

ABORTO: UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES

ABORTION: A MATTER OF WOMEN'S HUMAN RIGHTS

Mariângela Gama de Magalhães Gomes

Professora de Direito Penal da USP e Ex-Presidente do IBCCRIM (2013-2014).

ORCID: 0000-0002-1744-0905

mariangela@usp.br

Resumo: A partir da contextualização da criminalização do aborto no atual código penal brasileiro e da mudança de valores relacionada à proteção da mulher ao longo do tempo, são analisados documentos internacionais de proteção de direitos humanos para concluir pela inadequação de tal criminalização e necessidade de adequação do direito penal aos compromissos assumidos internacionalmente pelo Brasil.

Palavras-chave: Aborto, Direitos Humanos, Gênero.

Abstract: By the contextualization of the criminalization of abortion in the current Brazilian penal code and the change in values related to the protection of women over time, international human rights protection documents are analyzed to conclude that such criminalization is inadequate and the need for adequacy of criminal law to commitments made internationally by Brazil.

Keywords: Abortion, Human Rights, Gender.

A íntima relação entre os valores que orientam as relações sociais e as normas jurídicas – especialmente as normas penais – expressa-se com grande facilidade quando são analisadas as regras voltadas a disciplinar os comportamentos sexuais das pessoas e o exercício dos direitos individuais a eles relacionados. Nesse sentido, a criminalização do aborto presente no código penal brasileiro – em vigor desde 1940 – precisa ser compreendida no contexto em que ela foi inserida, o que se apreende da leitura das demais normas voltadas ao controle da sexualidade feminina.

Assim, na mesma lógica de valores presentes nas Ordenações Filipinas, no Código Criminal de 1830 e no Código Penal de 1890, o nível de “decência” com que a mulher se comportava socialmente a definia como merecedora ou não da tutela penal frente a determinadas formas de violência sexual, o que era expresso em tipos penais que protegiam exclusivamente a “mulher honesta”. Da mesma forma, a pureza da mulher, que era desde cedo moldada para as funções de mãe e esposa, expressava-se pela sua virgindade, cujo valor era tão alto a ponto de ser praticamente condição para o casamento; no caso de ser vítima de crime sexual, seu casamento com o agressor eliminava a punição deste, já que o maior dano que ela poderia sofrer seria a inviabilidade de se casar (posto que nenhum homem iria querer uma mulher já violada), o que já havia sido reparado. Outras referências que bem ilustram o papel ocupado pela mulher estão, por exemplo, na punição das condutas de “seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança” e de “raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso”.

Assim, a incriminação do aborto não parece destoar desse contexto, onde o controle dos comportamentos e da sexualidade feminina estava explícito na legislação penal; como se vê, a valorização da família patriarcal fazia parte e era estruturante da política de Estado.

Passados 80 anos desde o início da vigência do código penal, quase todos os dispositivos relacionados à tutela da mulher sofreram algum tipo de modificação, num movimento de promover uma proteção mais adequada às novas formas de violência e, também, eliminar o tratamento estereotipado que não corresponde – ou não deveria corresponder – ao lugar da mulher na sociedade do século 21. Se figuras como a sedução e o rapto, acima referidos, não fazem mais sentido, tipos penais como o feminicídio, a pornografia de vingança e o assédio sexual tornaram-se relevantes.

Quando se analisa o crime de aborto, no entanto, constata-se que foi a duras penas que o STF promoveu a única modificação no seu alcance, que diz respeito à permissão para a mulher abortar em caso de gravidez de feto anencéfalo. No plano legal, as mesmas proibições que poderiam fazer sentido em 1940 continuam em vigor, assim como as mesmas restritas hipóteses que autorizam a prática da conduta.

Ao longo desses anos – e mais especificamente das últimas décadas do século passado pra cá –, no entanto, a conscientização acerca dos direitos humanos das mulheres, tanto em documentos internacionais como em decisões de órgãos nacionais e internacionais, faz com que seja aviltante não só a manutenção de normas claramente impeditivas da fruição de direitos por parte das mulheres, mas também o silêncio dos tribunais encarregados de interpretá-las à luz de todo o ordenamento jurídico e da realidade social.

A fim de ilustrar a afirmação acima, alguns exemplos merecem ser mencionados, ainda que superficialmente.

Embora de maneira geral e introdutória já se possa mencionar tanto a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948) como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966) como instrumentos voltados a reconhecer direitos fundamentais a todas as pessoas, independentemente das muitas diferenças que há entre os indivíduos – entre elas, as relacionadas ao gênero –, documentos mais específicos conferem proteção mais sólida às mulheres frente à violência em que consiste a criminalização do aborto tal como se dá no Brasil.

Assim, nos termos da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, “CEDAW” (1979), incorporada ao direito brasileiro pelo Decreto 4.377/2002, o país comprometeu-se a modificar os padrões socioculturais de conduta de homens e mulheres e buscar eliminar os preconceitos e práticas baseados na ideia da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou em funções estereotipadas de homens e mulheres (art. 5, a), assim como a adotar todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos e garantir, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive os referentes ao planejamento familiar (art. 12.1). Por sua vez, na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará (1994) e promulgada pelo De-

creto n. 1.973/96, encontra-se garantido o direito de toda mulher ao reconhecimento, desfrute, exercício e proteção de todos os direitos humanos e liberdades consagrados em todos os instrumentos regionais e internacionais relativos aos direitos humanos, incluindo, por exemplo, o direito a que se respeite sua vida e sua integridade física, mental e moral (art. 4, a e b).

Já na Plataforma de Ação da IV Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim, em 1995 – da qual o Brasil participou ativamente –, fez-se constar, de um lado, que em muitos países as políticas e os programas de saúde frequentemente perpetuam os estereótipos de gênero e não levam em consideração as diferenças socioeconômicas e outras existentes entre as mulheres, além de deixarem de levar em conta plenamente a falta de autonomia da mulher a respeito de sua saúde (item 90). Da mesma forma, ficou assegurado que os direitos humanos das mulheres incluem os seus direitos a ter controle sobre as questões relativas à sua sexualidade, inclusive sua saúde sexual e reprodutiva, e a decidir livremente a respeito dessas questões, livres de coerção, discriminação e violência (item 96). Quanto ao aborto, de forma específica, entre as recomendações estava a necessidade de reconhecer que as consequências, para a saúde, dos abortos feitos em más condições constituem um grande problema de saúde pública, cabendo aos Estados remediar esse problema (item 106, j). Do mesmo modo, os Estados devem tratar os efeitos sobre a saúde dos abortos realizados em condições inadequadas como sendo um importante problema de saúde pública e reduzir o recurso ao aborto mediante a prestação de serviços mais amplos e melhorados de planejamento familiar. Nos termos do Relatório Final, todos os esforços devem ser voltados, prioritariamente, para a eliminação da necessidade do aborto; medidas como a prevenção da gravidez não desejada e o acesso à informação confiável e orientação solidária às mulheres que engravidam sem o desejar são formas bem mais adequadas de se enfrentar o problema do que o recurso a medidas punitivas contra as mulheres que tenham se submetido a abortos ilegais. Além disso, nos casos em que o aborto é legal, deve ser assegurada sua prática em condições seguras, e em todas as hipóteses deve ser garantido acesso a serviços de boa qualidade para o tratamento de complicações derivadas de abortos; quando o aborto já tiver sido praticado, devem ser oferecidos à mulher serviços de orientação, educação e planejamento familiar, o que pode contribuir para evitar abortos repetidos (item 106, k).

Na esfera regional, o Protocolo à Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, sobre os Direitos das Mulheres (2003), foi o primeiro documento a inserir o aborto no rol dos direitos sexuais e reprodutivos; consta ali que os Estados devem adotar as medidas apropriadas para autorizar o aborto médico não só nos casos de violência sexual ou quando a vida da mãe ou do feto estiver em perigo, mas também quando a gravidez colocar em risco a saúde física ou mental da mãe (art. 14.2, c). Proporcionou-se, assim, uma mudança de perspectiva em relação ao assunto, retirando o aborto dos temas penais e inserindo-o definitivamente no campo da saúde da mulher. Na Europa, em 2008, a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, por meio da Resolução n. 1.607, expressou sua preocupação com restrições impostas por alguns Estados para a prática do aborto, uma vez que dificultam o acesso a serviços seguros e adequados, além de terem efeitos discriminatórios (mulheres informadas e com recursos financeiros podem obter abortos legais e seguros com mais facilidade). No referido documento, a Assembleia expressou ser contrária à proibição do aborto dentro de limites gestacionais razoáveis, ressaltando que essa postura não leva à prática de menos abortos, mas a abortos clandestinos ou ao “turismo” do aborto; a legalidade da prática, portanto, não afeta a necessidade de uma mulher de fazer um aborto, mas apenas o seu acesso a um aborto seguro (§§ 2 e 4).

A mesma Resolução, ainda, relata evidências de que estratégias e políticas de direitos e saúde sexual e reprodutiva apropriados, incluindo educação obrigatória e apropriada para a idade e com perspectiva de gênero para os jovens, resultam em menos recursos ao aborto. Antes de recomendar a descriminalização do aborto dentro

de limites gestacionais razoáveis, a Assembleia também afirma o direito de todas as pessoas, em particular das mulheres, ao respeito pela sua integridade física e à liberdade de controlar o seu próprio corpo, sendo que a decisão final sobre a realização ou não do aborto deve caber à mulher interessada, a quem devem ser disponibilizados os meios para exercer esse direito de forma efetiva (§§ 5, 6 e 7).

Ao lado da normativa internacional, importante destacar decisões de órgãos estrangeiros e internacionais especialmente voltados à proteção dos direitos humanos, que vêm construindo sólida jurisprudência no sentido de evidenciar como a criminalização do aborto lesiona de forma específica os direitos das mulheres.

Na jurisprudência estrangeira, cabe lembrar o caso *Roe vs. Wade*, em que a Suprema Corte Norte-Americana, em 1973, entendeu que o direito da mulher à privacidade é amplo o suficiente para abarcar a decisão sobre o aborto, não sendo legítima a lei do Texas que proibia tal prática. Conforme ficou claro na decisão, no confronto entre a necessidade de proteção da saúde e da vida da mulher grávida e a tutela da potencial vida humana presente dentro dela, é lícito ao Estado regulamentar a prática do aborto, inclusive o proibindo nos estágios finais da gravidez, mas não criminalizá-lo completamente.

A Corte Suprema de Justiça da Argentina, no caso 259.XLVI (2012), em relação ao art. 86, 2, do código penal argentino (que trata da não punição do aborto quando a gravidez indesejada resulta de violação sexual), considerou que as previsões estabelecidas no art. 1º da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e no art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos não autorizam interpretação restritiva do alcance dos referidos dispositivos legais; a proteção do nascituro como sujeito de direito não pode desconhecer que a Convenção Americana não quis conferir-lhe uma proteção absoluta do direito à vida (Considerando 10).

Semelhante foi a Corte Constitucional colombiana, que na Sentença C-355 (2006) observou que, embora caiba ao Congresso adotar medidas idôneas para promover a proteção da vida, a relevância constitucional desse bem não tem valor absoluto e deve ser ponderada com outros valores, princípios e direitos constitucionais. Asseverou, além disso, que a proteção da dignidade humana das mulheres inclui as decisões relativas ao seu projeto de vida, sua autonomia reprodutiva e sua intangibilidade moral, o que se manifesta concretamente na proibição de lhe serem atribuídos papéis de gênero estigmatizantes ou infligido sofrimento moral deliberado – o que constitui um claro limite à liberdade do legislador em matéria penal (VI.5. e V.8.1.).

No plano internacional, menciona-se primeiramente o julgamento do caso *Vo contra a França* (2004), pela Corte Europeia de Direitos Humanos, que analisou a cláusula que garante o direito à vida na Convenção Europeia. Naquela oportunidade, destacou que, embora tal direito também alcance o nascituro, não é ele a “pessoa” diretamente protegida pela norma, estando sua proteção implicitamente limitada pelos direitos e interesses da mãe (§ 80).

O Comitê de Direitos Humanos da ONU, por sua vez, mais de uma vez manifestou-se pela importância da descriminalização do aborto para a proteção da saúde e da vida das mulheres. Em observações voltadas à Guatemala, Venezuela e Mali, aquele órgão destacou que a proibição do aborto faz com que haja desinformação sobre planejamento familiar e educação sexual, o que leva a grande número de práticas clandestinas dirigidas à interrupção da gravidez – praticadas, em geral, por pessoas despreparadas e em condições inadequadas. No caso da Venezuela, especificamente, foi feito destaque quanto ao problema decorrente do dever legal dos profissionais de saúde de denunciar às autoridades as mulheres que tenham feito aborto, pois as inibe de procurar tratamento médico e, consequentemente, expõe suas vidas a perigo ainda maior (CCPR/CO/71/VEN, de 26/04/01, § 19; CCPR/CO/72/GTM, de 27/08/01, § 19; CCPR/CO/77/MLI, de 16/04/03, § 14).

No caso *Mellet contra Irlanda* (2016), o mesmo órgão condenou o Estado por não garantir à mulher que desejava realizar o aborto o acesso a recursos médicos no seu território, fazendo com que ela tivesse que viajar a outro país para realizar tal prática. Em tal decisão,

constou que, ao negar às mulheres liberdade quanto à sua função reprodutiva, a legislação irlandesa pratica discriminação baseada no gênero, uma vez que restrição semelhante não é imposta aos homens. Além disso, por ser punitiva e estigmatizante, a lei coloca as mulheres em situação de específica vulnerabilidade; elas são vítimas do estereótipo sexista, segundo o qual a gravidez da mulher deve – salvo em casos de perigo mortal para a mãe – continuar, quaisquer que sejam as circunstâncias, porque seu papel é limitado à função reprodutiva (Opinião individual do comissário Yadh Ben Achour, §§ 3 a 5).

Ainda na mesma decisão, a comissária Sarah Cleveland destacou que o direito à igualdade de sexo e gênero e à não discriminação obriga os Estados a garantir que suas normas, inclusive aquelas relacionadas ao acesso aos serviços de saúde, acomodem as diferenças biológicas fundamentais entre homens e mulheres na reprodução e não discriminem direta ou indiretamente com base no sexo. Assim, o direito não pode ser balizado por estereótipos tradicionais de gênero, em que o papel reprodutivo da mulher coloca tal função acima de sua saúde física e mental, e também da sua autonomia (§§ 7 e 14).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto n. 678/92, teve a cláusula que garante o direito à vida interpretada mais de uma vez no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, não havendo dúvida quanto ao seu alcance. Assim, quando o art. 41 assegura que tal direito "deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção", não é cabível o argumento de que o feto já concebido é titular de direito absoluto à vida, independentemente de outros direitos eventualmente envolvidos.

De um lado, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, na Resolução n. 23/81, referente ao caso n. 2141 ("*Baby boy contra os*

Estados Unidos da América"), a partir de uma interpretação histórica da referida norma, destacou que a expressão "em geral" foi propositalmente ali inserida justamente para que ordenamentos americanos em que fosse permitido o aborto legal não se encontrassem em desconformidade com a Convenção.

De outra banda, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Artavia Murillo e outros contra Costa Rica*, fez uma série de considerações sobre o alcance do art. 41 da Convenção. De maneira específica em relação à expressão "em geral", destacou que sua finalidade é permitir que, frente a um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção; o direito à vida não é, portanto, um direito absoluto, cuja proteção possa justificar a negação total de outros direitos. De forma expressa, enfatizou que toda tentativa de proteger a vida deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, especialmente da mãe (§§ 258 e 260).

Ainda que outras referências internacionais pudessem ser aqui lembradas, as que foram citadas parecem suficientes para demonstrar a completa inadequação da manutenção da criminalização do aborto no Brasil; quando são comparados o contexto da sua criminalização com o atual estágio da proteção dos direitos humanos no plano internacional, resta evidente a necessidade de modernização da legislação brasileira. Se houve um tempo em que a punição do aborto se inseria numa lógica de controle da sexualidade feminina e total desconsideração dos custos pessoais e sociais impostos às mulheres, o momento atual exige que sejam cumpridos os compromissos de respeito aos direitos humanos assumidos pelo Brasil, que os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres sejam de fato protegidos e respeitados, que não seja atribuído à vida e à saúde das mulheres valor menor do que a vida de um feto.

Autora Convidada

ABORTO LEGAL EM CASO DE ESTUPRO: PORTARIA 2.282/20 E A NECESSÁRIA INDEPENDÊNCIA DOS SISTEMAS DE SAÚDE E JUSTIÇA CRIMINAL

ABORTION IN CASE OF RAPE: ORDINANCE 2,282/20 AND THE NECESSARY INDEPENDENCE OF PUBLIC HEALTH AND CRIMINAL JUSTICE SYSTEMS

Gabriela Rondon

Doutora e mestre em direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pesquisadora e advogada na Anis – Instituto de Bioética.

ORCID: 0000-0002-9584-8690

g.rondon@anis.org.br

Resumo: Após o debate público provocado pelos obstáculos ao aborto legal impostos a uma menina de 10 anos vítima de violência sexual no Espírito Santo em agosto de 2020, o Ministério da Saúde editou a portaria 2.282, que adicionou ainda mais entraves à oferta desse serviço pela imposição de notificação compulsória à polícia. A portaria viola os direitos das meninas e mulheres à saúde, dignidade, intimidade, privacidade e integridade física e mental, além de violar a obrigatoriedade do sigilo profissional no contexto de acesso à saúde. O episódio suscita a discussão sobre a necessária independência dos sistemas de saúde e justiça criminal no enfrentamento à violência sexual.

Palavras-chave: Aborto, Estupro, Violência Sexual, Notificação Compulsória.

Abstract: After the public debate caused by the obstacles to legal abortion imposed on a 10-year-old girl victim of sexual violence in Espírito Santo in August 2020, the Ministry of Health issued ordinance No. 2,282, which added even more barriers to the provision of this service by imposing compulsory notification to the police. The ordinance violates the rights of girls and women to health, dignity, intimacy, privacy and physical and mental integrity, in addition to violating the obligation of professional secrecy in the context of access to health. The episode raises the debate about the necessary independence of the health and criminal justice systems in the fight against sexual violence.

Keywords: Abortion, Rape, Sexual Violence, Compulsory Notification.

O país já havia ultrapassado 118 mil mortes por Covid-19, quando a publicação de uma nova portaria do Ministério da Saúde ganhou

as notícias em 28 de agosto de 2020. Não se tratava de nenhuma normativa específica sobre a resposta à pandemia, mas da portaria