

UMA ANÁLISE DA DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

Priscila Janaina Alves Chaves¹

RESUMO: As normas que criminalizam o aborto consagram valores e até posicionamentos científicos. O valor que protege, no entanto, não é a vida, uma vez que sob certas circunstâncias “excepcionais” é possível abortar. A penalização do aborto para verdadeiramente consagrar e reafirmar concepções e valores patriarcais de feminilidade ao mesmo tempo, exclui as mulheres do controle do seu corpo e da sua capacidade reprodutiva. Assim, esta proibição constitui um mecanismo de disciplina e domínio sobre as mulheres num contexto em que ser mãe – então outros, um papel subvalorizado – torna-se uma obrigação e não um direito; obrigação que deve ser assumida, quase sempre, exclusivamente pela mulher, e uma vez mãe, ela sofre discriminação por ser mulher e mãe. A penalização do aborto, em suma, impede o exercício dos direitos pelas mulheres detrimento do reconhecimento da sua plena personalidade jurídica.

Palavras-Chave: Aborto. Descriminalização do Aborto. Mulher .

ABSTRACT: The norms that criminalize abortion enshrine values and even scientific positions. The value that protects, however, is not life, since under certain “exceptional” circumstances it is possible to abort. The penalization of abortion to truly consecrate and reaffirm patriarchal conceptions and values of femininity at the same time, excludes women from controlling their bodies and their reproductive capacity. Thus, this prohibition constitutes a mechanism of discipline and dominance over women in a context in which being a mother – then in others, an undervalued role – becomes an obligation and not a right; An obligation that must be assumed, almost always, exclusively by the woman, and once she is a mother, she suffers discrimination for being a woman and a mother. The penalization of abortion, in short, prevents women from exercising their rights to the detriment of the recognition of their full legal personality.

2255

Keywords: Approach. Decriminalization of Abortion. Woman .

1 INTRODUÇÃO

O aborto é um assunto de tratamento rigoroso na esfera jurídica, pois está necessariamente associada a suscetibilidades morais, religiosas, bioéticas, políticas e sociais, entre outros aspectos. Na intensa deliberação social que esta questão tem produzido nos últimos anos, verifica-se a invocação incessante de diversos dogmas

¹ Graduanda do Curso de Direito do Centro Universitário Fаметro; ORCID: 0009-0002-8825-4760.

religiosos, bem como a repetição de inúmeras arengas antagônicas na promoção de interesses jurídicos que parecem inconciliáveis.

É claro que faz parte do intercâmbio democrático atender até mesmo a posições que parecem menos sensatas. Contudo, ao nível do sistema jurídico, é necessário abordar esta questão com muita cautela, porque dependendo da posição normativa adotada por quem representa a legalidade neste sentido, obrigações serão impostas e direitos serão reconhecidos em favor de um grupo cuja repressão social tem sido destacada pelos diversos grupos feministas: as mulheres.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o tratamento do aborto tem sido bastante cauteloso. O Tribunal Americano dos Direitos Humanos reconhece que a proteção jurídica em casos de aborto está sujeita ao reconhecimento legal da aplicação da interrupção do aborto pelos Estados em determinado caso. Este Tribunal deveria ampliar sua jurisprudência no sentido de considerar direitos como saúde, privacidade, entre outros, independentemente de questões estritamente jurídicas.

Assim tribunais regionais devem considerar nos casos de aborto a proteção da vida do concebido e, em aplicação da teoria do “equilíbrio adequado”, ponderar a vida dos concebidos para controlar a convencionalidade da legislação dos Estados. Alguns Estados membros consideram que a interrupção da gravidez deve ser permitida em certos casos e que os Estados devem ser internacionalmente responsáveis quando não permitem a aplicação do aborto legalmente. Há um setor da doutrina muito mais conservador, que defende a proteção absoluta da vida do concebido e destaca que a interrupção da gravidez é a pior opção para a mulher em termos médicos.

A permissão legal do aborto incentiva as mulheres a escolherem para a interrupção da gravidez, portanto é incorreto afirmar que as mulheres abortam independentemente da legalidade. Para muitos autores o aborto tem um impactonegativo na vida das mulheres. Eles dizem a interrupção da gravidez provoca efeitos negativos na saúde da mãe, por isso não deveria ser permitida legalmente.

Por outro lado, em relação à discriminação indireta contra as mulheres, outros doutrinadores podem ser alertados para concordarem ao afirmarem que ela é perpetrada quando o tratamento diferenciado é baseado em um princípio aparentemente neutro, ou seja, à primeira vista carece de um impacto prejudicial e injustificado, mas no final, prejudica potencialmente os membros de um determinado coletivo ou grupo social.

Outros concordam quando se referem aos estereótipos de gênero, apontando que eles permitem a construção de um sistema de organização social que estabelece uma hierarquia de poder em que os homens estão acima das mulheres, em que os homens concentram reconhecimento, valorização social, alocação de administração e controle de recursos.

Neste sentido, o presente trabalho não pretende, a rigor, aprofundar-se nas definições acima descritas, mas sim vinculá-las à negação da solicitação de aborto legalmente permitido, a fim de dar uma ideia clara de quais nuances ou elementos esse comportamento pode constituir um caso de discriminação indireta contra a mulher. Isto será feito com base nos pronunciamentos delineados por diversas organizações internacionais de natureza quase jurisdicional. Ressalte-se que tal trabalho é extremamente relevante, uma vez que no âmbito interamericano não existe jurisprudência sobre o assunto pelo Tribunal Interamericano, e em nível europeu, o Tribunal de Estrasburgo não forneceu uma perspectiva de gênero adequada aos casos de interrupção da gravidez.

Desta forma, o objetivo deste estudo foi: analisar as hipóteses descriminalização do aborto na legislação penal brasileira. Para se atingir o objetivo foi desenvolvida uma pesquisa descritiva exploratória com enfoque qualitativo de cunho bibliográfica em artigos e livros que tratam do tema.

Deste ponto de vista, conclui-se que o Estado brasileiro ao se recusar a exigir o *avortement* legal protegido enfrenta a responsabilidade, de mesmo modo, e até é determinado que este *fait peut également* constitui uma discriminação indireta à *l'égard des femmes lorsqu'il est* I apresentada como uma prática neutra influenciada pelos estereótipos de gênero que afetam a forma desproporcional dos direitos das mulheres.

2 O INÍCIO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO DIREITO À VIDA

Em 2012, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “Corte do IDH”) emitiu a memorável decisão *Artavia Murillo* contra a Costa Rica, na qual interpretou o artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “CADh”) que estabelece o proteção jurídica do direito à vida como obrigação convencional que, em geral, deve ser assegurada desde o momento da concepção (Menon, 2013).

Na decisão acima mencionada, o Tribunal do IDH destacou que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”, a primeira entende tal expressão como o encontro do óvulo com o espermatozoide (fecundação); enquanto a segunda, como a implantação do óvulo fertilizado no útero da mãe.

Diante de ambas as teses díspares, o Tribunal do iDh considerou que a concepção não pode ser entendida como um processo que exclui o corpo da mulher, dado que um embrião não tem possibilidade de sobrevivência se a implantação não ocorrer; razão pela qual, discerniu que a proteção jurídica do direito à vida se dá a partir da implementação do óvulo fertilizado no útero da mãe, e não necessariamente da fertilização (Alegre e Gargarella, 2011).

Para além da interpretação acadêmica do termo “concepção”, importa legitimidade ou arbitrariedade na privação da vida do feto ou do nascituro. Neste sentido, o tEDh considerou que nos casos de aborto, mais do que elucidar a controvérsia sobre o início da vida – o que implica uma bifurcação entre ciência, filosofia e moral – o trabalho dos operadores jurisdicionais deve centrar-se na análise da legitimidade do aborto como supressão excepcional da vida do concebido.

A proteção jurídica do direito à vida adquire nuances especiais quando se refere ao período intrauterino, pois, a gravidez é um processo biológico que não deve ser compreendido exclusivamente pelo corpo da mulher. Desta forma, a vida do nascituro não pode ser absolutamente oposta aos direitos da mãe, ainda mais quando os direitos à vida e à integridade pessoal da mãe estão em colisão. A este respeito, o Comité das Nações Unidas para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (doravante “Comité CEDAw”) considerou que a vida pré-natal não tem uma natureza absoluta. Da mesma forma, considerando que o trabalho jurisprudencial da Corte Interamericana ainda não abordou diretamente o dilema da interrupção da gravidez, é aconselhável recorrer aos trabalhos preparatórios do CADh para comprovar a premissa anterior, com o objetivo de examinar as motivações dos Estados na elaboração da cláusula legal do direito à vida reconhecida no artigo 4º do referido tratado.

Dessa forma, percebe-se que o Conselho Interamericano de Jurisconsultos da OEA – encarregado de elaborar o projeto do CADh – incorporou o termo “em geral” (referindo-se ao início da proteção jurídica do direito à vida), porque vários Estados americanos, sob certos pressupostos, permitem a aplicação do aborto (Lagarde, 2017).

Embora tal incorporação tenha sido criticada pela delegação da República Dominicana, que considerou a inclusão do termo “em geral” como uma expressão que pode causar inconsistências na proteção jurídica do direito à vida; Tal observação foi finalmente rejeitada pela vontade geral dos Estados, que permite inferir que é possível estabelecer certas exceções na proteção jurídica da vida pré-natal sem incorrer em responsabilidade internacional no âmbito do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

3 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DO ESTADO PELA OMISSÃO NA PRÁTICA DO ABORTO LEGALMENTE RECONHECIDO

Embora tenha sido estabelecido que, para cumprir o referido tratado, os Estados Partes devem: “legalizar a interrupção da gravidez por motivos terapêuticos, seja para salvar a vida da mãe ou para prevenir danos graves ou permanentes à sua saúde física. e menta, no nível jurisprudencial, as diferentes organizações internacionais têm mantido posições muito mais conservadoras. Pelo menos até à data, nenhum Estado foi responsabilizado internacionalmente por restringir um caso de interrupção da gravidez que anteriormente não era legalmente permitido. Portanto, muito frequentemente, é reconhecida uma “margem de valorização” a favor do ente estatal ou, o que dá no mesmo,

2259

Prova disso é o tEDh no caso *Tysiac v. Polônia* – em que foi negada à vítima a interrupção da gravidez, apesar de a continuação do período de gestação implicar que ela estava completamente cego – afirmou que quando o legislador decide permitir o aborto, ele não deve estruturar o seu quadro jurídico de uma forma que limite as possibilidades reais. Desta forma, nota-se que o tEDh, neste tipo de casos, condiciona a responsabilidade internacional dos Estados Europeus à sua prévia autorização legal de algum tipo de interrupção da gravidez.

Tal prática jurisprudencial não está isolada no sistema. Para acrescentar um exemplo emblemático, note-se que no caso *ABC v. Irlanda*, o tEDh (2010) ouviu o pedido de três vítimas cujas quimioterapias foram negadas quando estavam grávidas, para que tivessem que se mudar para o Reino Unido para interromper a gravidez e, assim, salvaguardar as suas vidas. Na referida controvérsia, seguindo a linha jurisprudencial mencionada no parágrafo anterior, o Tribunal de Estrasburgo condenou a Irlanda por não garantir na prática a interrupção da gravidez por motivos terapêuticos, uma vez que aquele Estado permitiu legalmente tal caso de aborto anterior. Consequentemente, corrobora-se

que, diante de dilemas relativos à interrupção da gravidez, o tEDh submete a responsabilidade internacional dos Estados ao reconhecimento legal de tal serviço de saúde (Carmona, 2018).

Da mesma forma, do estudo das recomendações do Comitê CEDAw e do Comitê de Direitos Humanos da ONU (doravante “Comitê de Direitos Humanos”), deduz-se que tais organizações internacionais seguiram a linha jurisprudencial relatada anteriormente. Desta forma, manifestaram-se contra o Estado peruano quando este se recusou a realizar um aborto legalmente permitido sempre que o estado de saúde dos petionários estivesse em risco sério.

Assim, no caso *LC v. Peru*, o Comitê CEDAw tomou conhecimento do caso de uma menina de treze anos que necessitava de um aborto urgente para intervir posteriormente, a fim de evitar a consolidação do diagnóstico de trauma vertebromedular cervical, luxação cervical e secção completa da coluna vertebral com risco de incapacidade permanente. Como é evidente, neste caso, a saúde da vítima foi gravemente prejudicada, pelo que legalmente era cabível a interrupção da sua gravidez por motivos terapêuticos (de acordo com a legislação peruana). Apesar disso, o Estado peruano recusou-se a praticar tal serviço de saúde, o que foi rejeitado pelo Comitê CEDAw.

2260

Da mesma forma, no caso *Karen Llantoy v. Peru*, perante o Comitê de Direitos Humanos da ONU foi relatado que as autoridades médicas daquele Estado se recusaram a realizar um aborto em favor de uma menina que aos 17 anos carregava um feto anencéfalo. De referir que a anencefalia é uma doença fetal que coloca em sério risco a saúde física e mental da mãe e que muitas vezes desencadeia a morte do feto antes do nascimento. Neste caso, o Estado peruano foi mais uma vez condenado no litígio internacional por não garantir na prática a realização do aborto terapêutico quando, como reiterado, é legalmente permitido.

Nesse sentido, do exposto, nota-se que sempre que um Estado permita legalmente a interrupção da gravidez em algum caso, poderá ser responsabilizado internacionalmente quando não garantir tal serviço de saúde na prática.

3.1 A negação injustificada do aborto como possível forma de discriminação contra as mulheres

Em termos gerais, a discriminação foi conceptualizada pelo Comitê dos Direitos

Humanos da ONU em 1989 como qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência ou outro tratamento diferenciado que surja numa base proibida de discriminação e que se destine a causar, anular ou afetar o reconhecimento, gozo ou exercício em igualdade de condições dos direitos garantidos pelo Direito Internacional (Puccetti, 2016).

Neste sentido, as diferenças de tratamento baseadas em bases proibidas são consideradas discriminatórias, a menos que o Estado demonstre a existência de uma justificativa razoável e objetiva para elas.

Neste contexto, o artigo 1.1º. do CADh consagra a obrigação geral de não discriminação dos Estados em resposta a uma série de categorias suspeitas, entre as quais o gênero. Por ordem de ideias, é possível concluir que qualquer tratamento diferenciado que careça de justificativa objetiva e razoável e se baseie no gênero de uma pessoa deve ser considerado discriminatório.

Ora, é conveniente, para fins terminológicos, distinguir tal obrigação convencional daquela correspondente ao direito à igualdade perante a lei. A este respeito, a Corte do DIH estabeleceu no caso Karen Atala Riffo e meninas versus Chile que, embora a obrigação geral do artigo 1.1 se refira ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos reconhecidos no CADh, o artigo 24 do referido instrumento protege o direito à “igual proteção da lei” que impõe igualdade de tratamento na estipulação formal das normas legais ou na sua aplicação. Tal como o Tribunal do IDh descreve, se um Estado discriminar no respeito ou na garantia de um direito convencional, não cumpre a obrigação estabelecida no artigo 1.1 do CADh e o direito substantivo em questão; Se, por outro lado, a discriminação se refere à proteção desigual do direito interno ou à sua aplicação, o fato deve ser analisado à luz do direito à igualdade perante a lei.

Da mesma forma, Carmona (2018) indica que para falar em discriminação, esta tem que ser dirigida a um grupo social com características comuns, portanto é dever da lei amenizar a situação de injustiça sofrida por aqueles que pertencem a este grupo, para que se encontrem numa situação semelhante para aqueles que eles se desenvolvem de forma relativamente normal.

Feitos os esclarecimentos conceituais anteriores, conclui-se que algum tipo de discriminação contra a mulher poderia ocorrer diante da recusa injustificada do aborto

legalmente permitido, desde que tal omissão afete desproporcionalmente a mulher com base no seu gênero, não seja objetiva nem razoável e esteja relacionada com direitos fundamentais convencionalmente reconhecidos, como os direitos à saúde ou à integridade pessoal.

3.2 Rumo a uma definição de descriminalização do aborto

Em termos simples, a descriminalização do aborto significa remover da lei sanções penais específicas contra o aborto e alterar a lei e as políticas e regulamentos relacionados para alcançar o seguinte: não punir ninguém por oferecer aborto seguro; não punir ninguém por fazer um aborto; não envolver a polícia na investigação ou no processo judicial sobre a prática do aborto seguro; não envolver os tribunais na decisão de permitir o aborto; e, tratar o aborto como qualquer outra forma de cuidados de saúde – isto é, utilizar as melhores práticas na prestação de serviços, na formação dos prestadores e no desenvolvimento e aplicação de diretrizes baseadas em evidências, e aplicar a legislação existente para lidar com quaisquer práticas perigosas ou negligentes.

O aborto foi legalmente restringido em quase todos os países no final do século XIX. As fontes mais importantes de tais leis foram os países imperiais da Europa – Grã-Bretanha, França, Portugal, Espanha e Itália – que impuseram as suas próprias leis proibindo o aborto nas suas colônias. De acordo com o *site* abrangente da Divisão de População das Nações Unidas sobre leis de aborto, os sistemas jurídicos sob os quais o aborto é legalmente restringido enquadram-se em três categorias principais, desenvolvidas principalmente durante o período do colonialismo a partir do século XVI: direito consuetudinário: o Reino Unido e a maioria das suas antigas colônias – Austrália, Bangladesh, Canadá, Índia, Irlanda, Malásia, Nova Zelândia, Paquistão, Singapura, Estados Unidos e os países anglófonos de África, das Caraíbas e da Oceania; direito civil: a maior parte do resto da Europa, incluindo Bélgica, França, Portugal, Espanha e suas ex-colônias, Turquia e Japão, a maior parte da América Latina, África subsaariana não anglófona e as antigas repúblicas soviéticas da região Central e Ocidental Ásia. Além disso, as leis de vários países do Norte de África e do Médio Oriente foram influenciadas pelo direito civil francês; e Lei islâmica: os países do Norte de África e da Ásia Ocidental e outros com populações predominantemente muçulmanas e que têm influência na lei pessoal, por exemplo, Bangladesh, Indonésia, Malásia e Paquistão (Lay, 2008).

Historicamente, as restrições ao aborto foram introduzidas por três razões principais: O aborto era perigoso e os abortistas matavam muitas mulheres. Assim, as leis tinham a intenção de saúde pública de proteger as mulheres – que, no entanto, procuraram o aborto e arriscaram as suas vidas ao fazê-lo, como ainda fazem hoje, se não tiverem outra escolha; O aborto era considerado um pecado ou uma forma de transgressão da moralidade, e as leis tinham como objetivo punir e agir como dissuasor; e, o aborto foi restrito para proteger a vida fetal em algumas ou em todas as circunstâncias.

Desde que os métodos de aborto se tornaram seguros, as leis contra o aborto só fazem sentido para fins punitivos e dissuasivos, ou para proteger a vida fetal em detrimento da vida das mulheres. Embora ainda ocorram alguns processos por abortos inseguros que causam ferimentos ou morte, as leis existentes são muito mais frequentemente utilizadas contra aqueles que praticam abortos seguros fora da lei. Ironicamente, são as leis restritivas sobre o aborto – resquícios de outra época – que são responsáveis pelas mortes e milhões de ferimentos de mulheres que não podem pagar por um aborto ilegal e seguro (Dager, 2019).

O fato é que quanto mais restritiva a lei, mais ela é desprezada, dentro e fora das fronteiras. Seja o que for que tenha levado ao atual impasse na reforma legislativa em benefício das mulheres – quer se trate de estigma, misoginia, religião, moralidade ou cobardia política – poucas, se é que alguma, leis existentes sobre o aborto são adequadas à sua finalidade.

3.3 Esforços para reformar a lei e a prática do aborto desde 1900

O primeiro país a reformar a sua lei do aborto foi a União Soviética, estimulada pela feminista Alexandra Kollantai, através de um decreto sobre os cuidados de saúde das mulheres em Outubro de 1920. Desde então, a reforma progressiva da lei do aborto (do tipo que beneficia as mulheres) tem sido justificada na saúde pública e por motivos de direitos humanos, para promover famílias mais pequenas por razões populacionais e ambientais, e porque a educação das mulheres e a melhoria do estatuto socioeconómico criaram alternativas à procriação (Diniz, 2009).

Talvez o mais importante seja que o controle da fertilidade se tornou tecnicamente viável e aceitável em quase todas as culturas atuais. No entanto, apesar de 100 anos de campanha a favor do aborto seguro, o uso de contraceptivos foi completamente

descriminalizado, enquanto o aborto não o foi.

O aborto é um dos procedimentos médicos mais seguros se for realizado de acordo com as orientações da Organização Mundial de Saúde (OMS). Mas é também a causa de pelo menos uma em cada seis mortes maternas devido a complicações quando não é seguro.

Em 2004, uma investigação da OMS baseada estimativas e dados de todos os países mostraram que quanto mais amplos os fundamentos legais para o aborto, menos mortes ocorrem por abortos inseguros. Na verdade, a investigação concluiu que existem apenas seis fundamentos principais para permitir o aborto na maioria dos países: risco de vida; estupro ou abuso sexual; anomalia fetal grave; risco para saúde física e às vezes mental; razões sociais e económicas a pedido. (Fernandes, s/d)

A cada terreno adicional, passando do terreno 1 para o 6, os resultados mostram que o número de mortes cai. Os países onde quase não há mortes por aborto inseguro são aqueles que permitem o aborto mediante pedido e sem restrições. Esta é a prova de que a melhor forma de remeter o aborto inseguro para a história é eliminar todas as restrições legais e proporcionar acesso universal ao aborto seguro. Mas a questão permanece: como passar de onde as coisas estão agora para onde poderiam (e deveriam) estar?

2264

As tentativas de passar da criminalização quase total para a descriminalização parcial (e muito menos total) do aborto têm sido lentas e repletas de dificuldades. Por que? Porque a melhor forma de controlar a vida das mulheres é através do (risco de) gravidez. A crença tradicional de que as mulheres devem aceitar “todos os filhos que Deus dá”, a recente glorificação do feto como tendo mais valor do que a mulher da qual depende, e a cultura dominada pelos homens são todas utilizadas de forma extremamente eficaz para justificar restrições criminais. No entanto, a necessidade do aborto é uma das experiências definidoras de ter um útero.

Globalmente, 25% das gravidezes terminaram em aborto induzido em 2010- 2014, incluindo em países com elevadas taxas de prevalência de contraceptivos. Cada vez mais, graças à anos de campanhas eficazes, cada vez mais mulheres defendem a necessidade do aborto, bem como a direito a um aborto seguro – e acesso a ele se e quando precisarem. Além disso, um número crescente de governos, tanto no Norte Global como, mais recentemente, no Sul Global, começaram a reconhecer que a prevenção de abortos inseguros faz parte do seu compromisso de reduzir as mortes maternas evitáveis e das

suas obrigações ao abrigo do direito internacional dos direitos humanos.

Embora algumas pessoas ainda desejem que isto possa ser alcançado apenas através de uma maior prevalência do uso de contraceptivos ou de cuidados pós- aborto, os fatos vão contra isso. Esses fatos incluem tanto a ocorrência de falha contraceptiva entre aqueles que utilizam um método como a falha no uso de contracepção, ambos eventos e comportamentos sexuais comuns (KARAM, 2009).

3.4 O papel dos organismos internacionais de direitos humanos no apelo à reforma legislativa

Nos últimos anos, surgiu uma nova camada de envolvimento na defesa do aborto seguro, baseada numa análise de como as leis existentes afetam as mulheres e se cumprem as normas internacionais de direitos humanos. Organismos de direitos humanos das Nações Unidas – incluindo o Comitê dos Direitos Humanos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Políticos, o Grupo de Trabalho sobre a discriminação contra as mulheres na lei e na prática, e os Relatores Especiais sobre a o direito ao mais alto nível de saúde possível, os direitos das mulheres em África e a tortura – têm desempenhado um papel cada vez mais visível no apelo a uma reforma progressiva da lei do aborto. Organismos regionais como o Tribunal Interamericano dos Direitos Humanos, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos e a Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (CADHP) também têm estado muito ativos neste aspecto. A CADHP apelou, em Janeiro de 2016, à descriminalização do aborto no Brasil, em conformidade com o Protocolo de Maputo, e renovou esse apelo em Janeiro de 2017, causando agitação em todo no Brasil que começava a ser dominado pela extrema direita e suas pautas morais.

4 LEGALIZAR OU DESCRIMINALIZAR: O QUE SIGNIFICA UMA PALAVRA?

Curiosamente, nenhum organismo de direitos humanos chegou ao ponto de apelar à permissão do aborto a pedido da mulher, mas muitos apelaram à descriminalização do aborto. Isto levanta a questão do que é entendido em diferentes setores pelo termo “descriminalização”.

Durante muitos anos, o movimento internacional pelo direito ao aborto apelou ao “aborto seguro e legal”. Mais recentemente, também surgiram apelos à “descriminalização

do aborto”. Isso significa a mesma coisa? Em termos simplistas, podem ser diferenciados da seguinte forma: legalizar o aborto significa manter o aborto na lei de alguma forma, identificando os motivos pelos quais é permitido, enquanto descriminalizar o aborto significa remover completamente as sanções penais contra o aborto.

Nesse sentido, o aborto é legal por um ou mais motivos (principalmente como exceções à lei) em quase todos os países hoje, enquanto o Canadá se destaca como o único país até à data que, através de uma decisão do Supremo Tribunal em 1988, descriminalizou efetivamente o aborto. Nenhum outro país, por mais liberal que seja a sua reforma legislativa, esteve disposto a retirar completamente o aborto da lei que o delimita (Maia, 2008).

No entanto, esta distinção muitas vezes não é o que se quer dizer. Em vez disso, os dois termos são usados indistintamente – isto é, o aborto pode ser legalizado ou descriminalizado em alguns ou todos os motivos. É provável que ninguém seja capaz de mudar esta falta de diferenciação na terminologia. No entanto, é crucial, ao recomendar a reforma da legislação sobre o aborto, ser claro o que exatamente é e o que não é pretendido. As restrições criminais à prática do aborto estão contidas na lei estatutária – por outras palavras, leis aprovadas pelas legislaturas, por vezes como parte de códigos penais, que consolidam um grupo de leis penais. No Reino Unido, por exemplo, o aborto foi criminalizado nas secções 58 e 59 da Lei de Ofensas contra a Pessoa de 1861, com um aspecto definido na Lei de Preservação da Vida Infantil de 1929, e depois permitido por certos motivos e condições na Grã-Bretanha. (mas não na Irlanda do Norte) na Lei do Aborto de 1967, que foi posteriormente alterada na Lei de Fertilização Humana e Embriologia de 1990. Na Lei do Aborto de 1967, os fundamentos legais para o aborto são estabelecidos como exceções à lei penal, mas a Lei do Aborto de 1861 ainda está em vigor e ainda hoje é usada para processar abortos ilegais.

A Irlanda, anteriormente parte do Reino Unido, também estava sujeita à Lei de Ofensas contra a Pessoa de 1861 e revogou as secções 58-59 apenas na Lei de Proteção da Vida durante a Gravidez de 2013, que impôs a sua própria criminalização quase total do aborto.

Serra Leone, uma ex-colônia britânica, também revogou a Lei de Ofensas contra a Pessoa de 1861 na Lei do Aborto Seguro, aprovada em dezembro de 2015 e novamente pela segunda vez por unanimidade em fevereiro de 2016. Essa lei permite o aborto mediante

solicitação durante as primeiras semanas de gravidez, e até a semana 24 em casos de estupro, incesto ou risco à saúde do feto ou da mulher ou menina, mas não foi finalmente sancionada.

No Brasil. O Congresso Nacional nunca se debruçou no tema, sempre pressionado pela religião, que ainda tem grande valia sobre os congressistas. Ainda no Brasil, essa discussão tem-se aprofundado principalmente depois do voto do ministro Luiz Roberto Barroso no julgamento do Habeas Corpus 124.306, do Rio de Janeiro em que o referido ministro deu um voto extremamente polêmico sobre o direito ao aborto. Seu voto foi fundamentado no princípio da liberdade individual, e no dever do Estado de permitir a livre escolha. O ponto mais polêmico do voto do ministro se deu no fato que para ele, se o aborto for realizado em até três meses não haverá crime.

Em 2017 o tema volta à tona no Supremo Tribunal Federal com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 442 do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Durante 6 anos, nenhum presidente do STF colocou o tema em pauta. Ressalta-se que este tema só está sendo discutido no STF por completa omissão do Congresso Nacional em debater o tema, sentado em pautas morais, o que obriga o STF a fazê-lo já que foi provocado pela ajuizamento de uma ação.

2267

No final do século XX, o aborto era legalmente permitido para salvar a vida da mulher em 98% dos países do mundo. A proporção de países que permitiam o aborto por outros motivos era a seguinte: para preservar a saúde física da mulher (63%); preservar a saúde mental da mulher (62%); em caso de estupro, abuso sexual ou incesto (43%); anomalia ou comprometimento fetal (39%); razões econômicas ou sociais (33%); e a pedido (27%) (Nucci, 2017).

O número de países em 2002 que permitiram cada um destes motivos variou muito por região. Assim, o aborto foi permitido mediante pedido em 65% dos países desenvolvidos, mas apenas em 14% dos países em desenvolvimento, e por razões econômicas e sociais em 75% dos países desenvolvidos, mas apenas em 19% dos países em desenvolvimento. Alguns países permitem motivos adicionais para o aborto, por exemplo, se a mulher tiver HIV, tiver menos de 16 anos ou mais de 40 anos, não for casada ou tiver muitos filhos. Alguns também permitem que isso proteja crianças existentes ou devido a falhas contraceptivas.

Estas percentagens, publicadas em 2002, estão desatualizadas, mas não mudaram

drasticamente. No final de 2017, pesquisas que atualizam as leis mundiais sobre o aborto e acrescentam novas informações sobre políticas relacionadas, conduzidas sob a égide do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisa/Programa de Reprodução Humana da OMS, serão incorporadas ao *site* da Divisão de População das Nações Unidas. (Alegre e Gargarella, 2011)

Há muito mais nesta história, no entanto. Além da lei estatutária, outras formas de liberalizar, restringir ou regular o acesso ao aborto, que também têm valor legal, incluem o seguinte: constituições nacionais em pelo menos 20 países, como a Oitava Emenda à Constituição (1983) na Irlanda; decisões da Suprema Corte, como nos Estados Unidos (1973, 2016), Canadá (1988), Colômbia (2006) e Brasil (2012), bem como decisões de tribunais superiores, como na Índia (2016, 2017), permitindo que indivíduos abortos de mulheres além do limite máximo de 20 semanas; direito consuetudinário ou religioso, como interpretações da lei muçulmana que permitem o aborto até 120 dias na Tunísia e nos Emirados Árabes Unidos, mas não permitem o aborto noutros países de maioria muçulmana; regulamentos que exigem confidencialidade por parte dos profissionais de saúde, por um lado, mas, por outro lado, exigem que os profissionais de saúde denunciem um ato criminoso de que tenham conhecimento, por exemplo, enquanto prestam tratamento a complicações de um aborto inseguro; códigos de ética médica, que, por exemplo, permitem ou não a objeção de consciência; e normas e diretrizes clínicas e outras regulatórias que regem a prática do aborto, como diretrizes para notificação, procedimentos disciplinares, consentimento dos pais ou do cônjuge e restrições sobre quais profissionais de saúde podem realizar abortos e onde, quem pode aprovar um aborto e quais métodos podem ser usados — como complementos (embora nem sempre formalmente parte) da lei.

Lagarde (2017) descobriu que a distinção entre leis e regulamentos que regem o aborto nem sempre é clara e que alguns países, geralmente aqueles onde as leis sobre o aborto são altamente restritivas, não emitiram qualquer regulamento. Nos casos mais complexos, existem vários textos ao longo de muitos anos que podem conter disposições contraditórias e linguagem obscura e desatualizada. O resultado pode ser que ninguém tem certeza de quando o aborto é realmente permitido e quando não é, o que pode servir para impedir que ele seja realizado de forma segura e aberta.

Os cuidados pós-aborto para tratar as consequências dos abortos inseguros foram

instituídos desde que foram aprovados no Programa de Acção da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento em 1994, em países onde havia pouca ou nenhuma perspectiva de reforma legislativa, como medida provisória, para salvar vidas. Mas isto não tem sido um sucesso em países africanos como a Tanzânia, onde, ao abrigo do Código Penal Revisto de 1981, continua a não ser claro se o aborto é legal para preservar a saúde física ou mental de uma mulher ou a sua vida, e onde 16% das mortes maternas são ainda devido a abortos inseguros.

Embora o governo tenha tentado expandir a disponibilidade de cuidados pós-aborto, um estudo de 2015 concluiu que “ainda existiam lacunas significativas e a maioria das mulheres não estava a receber os cuidados de que necessitavam

Às vezes, outras leis não relacionadas ao aborto criam barreiras. Em Marrocos, a lei do aborto foi estabelecida em 1920, quando Marrocos era um protetorado francês. Em Maio de 2015, na sequência de um debate público decorrente de relatos de mortes de mulheres devido a abortos inseguros, um processo de reforma para expandir as proteções legais foi iniciado por uma diretiva do rei. De acordo com a Associação Marroquina de Planeamento Familiar, apesar do consenso de que o aborto deve ser permitido nos primeiros três meses se a saúde física e mental da mulher estiver em perigo, e em casos de violação, incesto ou malformação congénita, as mulheres solteiras seriam excluídas porque é ilegal fazer sexo fora do casamento (Carmona, 2018).

Na Índia, uma lei de aborto muito liberal para a época foi aprovada em 1971, mas tem sido implementada de forma inadequada e desigual, de modo que altas taxas de morbidade e mortalidade persistem até hoje. Mesmo há 15 anos, o processo de registro de clínica como um provedor de aborto aprovado era árduo, limitando o número de clínicas. Além disso, duas outras leis levaram a restrições no acesso ao aborto: a Lei de Técnicas de Diagnóstico Pré-Concepção e Pré-Natal (Proibição de Seleção de Sexo), que proíbe o ultrassom para fins da determinação do sexo e levou a restrições a todas as práticas de aborto no segundo trimestre, e à Lei de Proteção das Crianças contra Ofensas Sexuais, que exige a denúncia do sexo de menores, para que as menores que engravidam não se sintam seguras se procurarem fazer um aborto (PUC CETTI, 2016).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do exposto, é possível afirmar que o Estado têm relativa discricionariedade para

determinar os casos em que permitem a aplicação da interrupção da gravidez; Contudo, quando no uso da sua soberania o Estado permite legalmente a aplicação de um caso de interrupção da gravidez, são obrigados a torná-lo possível na prática, caso contrário incorrem em responsabilidade à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Ora, é preciso ter em mente que a recusa arbitrária do aborto legal não costuma ocorrer – espontaneamente – sem qualquer motivação; nesse sentido, é necessário verificar se tal fato pode configurar discriminação indireta contra a mulher, para o qual será necessário verificar a existência de estereótipos de gênero, a natureza neutra do comportamento e o impacto considerável em detrimento das mulheres. No caso deste último, fica claro que a recusa injustificada do aborto legalmente permitido prejudica, no mínimo, os direitos à saúde e à integridade da mãe e, eventualmente, pode até comprometer o seu direito à vida.

Além do exposto, quando a negação do aborto legalmente protegido ocorre num contexto de discriminação estrutural contra as mulheres, é válido presumir a existência de estereótipos de gênero, como fez a Corte Interamericana em seu vasto trabalho jurisprudencial. Isto também será relevante para que as autoridades estatais possam desenhar as políticas públicas necessárias para contrariar as estruturas culturais e sociais que desencadeiam a discriminação contra as mulheres em relação à aplicação da interrupção da gravidez.

Assim, recomenda-se que o Brasil considere a presença de estereótipos de gênero no desenvolvimento das suas políticas de saúde pública relacionadas com a regulamentação e protocolização dos tipos de aborto que permitem; Da mesma forma, é aconselhável que seja ministrada formação ao pessoal médico, para que tenha consciência de suas obrigações de saúde e elimine a presença de equívocos sobre a maternidade na tomada de suas decisões profissionais.

Por fim, é importante que a legislação e a jurisprudência específicas sobre o tema aqui investigado sejam consolidadas no Brasil. Embora isto dependa em grande parte da vontade das instituições democráticas e judiciais, é prioritário que a sociedade civil internalize plenamente as arestas e dimensões que compõem a questão do aborto e, conseqüentemente, reivindique os direitos violados em consequência da rejeição da solicitação de aborto não apenas no sistema judicial, mas, especialmente, no âmbito cultural, o que responde aos objetivos deste estudo.

REFERÊNCIAS

ALEGRE, M.; GARGARELLA, R. **O direito à igualdade**. Contribuições para um constitucionalismo igualitário. São Paulo: Contexto, 2011.

CARMONA, E. **Os principais marcos jurisprudenciais do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos sobre a igualdade de gênero**. Teoria e realidade constitucional nº 42, 2018. Disponível em <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/artigo/visualizaci3n/23635> Acesso em 25 de set de 2019.

DAGER, A. R. **A descriminalização do aborto no Brasil**. 2019. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/monografia-tcc-tese,a-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil,589539.html>>. Acesso em: 25 de set de 2023

DINIZ, D. **Aborto e saúde pública: 20 anos de pesquisas no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública, v.25, n.4, p. 939-942, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So102311X2009000400025&lng=pt&nrn=iso>. Acesso em: 27 de set de 2023.

FERNANDES, M. **Aborto no Brasil: Como os números sobre abortos legais e clandestinos contribuem no debate da descriminalização**. Disponível em: <<https://agenciapatriciagalvao.org.br/mulheres-de-olho/dsr/aborto-no-brasil-como-os-numerosobreabortoslegaiseclandestinoscontribuemnodedebatedadescriminalizacao/?print=pdf>>. Acesso em: 25 de set de 2023.

2271

KARAM, M. L. **Proibições, crenças e liberdade: o direito à vida, a eutanásia e o aborto**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LAGARDE, M. **Gênero e feminismo: desenvolvimento humano e democracia**. São Paulo;/ Atlas, 2017.

LAY, E. **Assassinato de Mulheres e Direitos Humanos**. São Paulo: Editora 34, 2008.

MAIA, M. B. **Direito de Decidir Múltiplos Olhares sobre o Aborto**. Editora Autentica 1ª Ed. 2008.

MENON, M. **Abortos inseguros matando uma mulher a cada duas horas**” The Hindu. 6 de maio de 2013; Disponível em <http://www.thehindu.com/news/national/unsafe-abortion-killing-a-woman-every-two-hours/article4686897> Acesso em 25 de set de 2023.

NUCCI, G. de S. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. 2 ed. OMS: 2017.

PUCETTI, R. **Aborto e saúde da mulher: o estado da questão**. Boletim de Doutrina Social da Igreja nº 19, [pp 11 - 17], 2016. Disponível em: <http://ucsp.edu.pe/cpsc/el-aborto-y-la-salud-das-mulheres-o-estado-da-quest3n/> Acesso em 25 de set de 2023.