



Brasília | ano 51 | nº 201
janeiro/março – 2014

O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva

Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto

TERESINHA INÊS TELES PIRES

Sumário

1. Introdução. 2. O princípio da segurança jurídica e os direitos sociais. 3. O direito à saúde como direito social por excelência e os instrumentos políticos e jurídicos para sua efetivação. 4. O aborto ilegal e a morbidade/mortalidade maternas no Brasil. 5. A controvérsia em torno dos reflexos da prática abortiva voluntária na saúde mental da mulher. 6. O dever do Estado de formular políticas de combate ao aborto clandestino. 7. Conclusão.

1. Introdução

No tema da saúde reprodutiva, entendida, em regra, como uma área relacionada à preservação do bem-estar da mulher, a consideração do princípio da segurança jurídica é recorrente, haja vista as condições não ideais de assistência nos respectivos serviços públicos. O sistema de saúde brasileiro encontra-se em situação de crise, por não possuir estrutura suficiente para a satisfação da demanda social. Quando se coloca a tormentosa questão do aborto clandestino, a precariedade dos programas de orientação e planejamento familiar à disposição da mulher é incompatível com a garantia constitucional da segurança, exigindo dos poderes institucionais especial atenção.

Busca-se, neste estudo, abordar a categoria da segurança jurídica no contexto da prática do aborto ilegal, tendo em vista a fundamen-

Teresinha Inês Teles Pires é Promotora de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios; especialista em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás; mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; doutoranda em Direito pelo Centro Universitário de Brasília.

talidade do direito à saúde como um direito social constitucional. Apesar das inúmeras pesquisas nacionais que noticiam os altos índices de mortalidade materna relacionada às complicações advindas do aborto clandestino, não se vislumbra uma solução efetiva para o problema, considerando-se que o país passa por um processo de fortalecimento das posições conservadoras no cenário político.

A reflexão sobre o aborto deve partir da constatação de que não é possível um consenso universalizável, uma vez que os valores filosóficos e religiosos são diversos até mesmo no seio de uma mesma cultura. Investiga-se, em última análise, como tornar as demandas femininas mais visíveis à sociedade e passíveis de tutela por parte do poder público. Políticas públicas, ações de controle de constitucionalidade, programas e convênios empreendidos entre órgãos representativos da sociedade, como o Ministério Público, e entidades que atuam no interesse da saúde da mulher promoveram a criação de novos serviços de atendimento ao aborto, legal ou ilegal, e o encaminhamento da discussão do tema ao Supremo Tribunal Federal, em relação à hipótese de gestação de feto anencefálico.

Entretanto, a descriminalização do aborto configura, ainda, tema de extrema controvérsia nos debates desenvolvidos nas três esferas do poder institucional. O projeto de reforma do Código Penal, em trâmite no Congresso Nacional, contém proposta de legalização da conduta, em determinadas circunstâncias, com fundamento na ponderação dos interesses constitucionalmente protegidos, os da mulher e os da vida embrionária. Assim, a atualidade do assunto exige ampla investigação jurídica, que possa enriquecer a argumentação das diversas posições a serem sopesadas no processo de deliberação legislativa.

Sem ter a pretensão de encontrar respostas completas, tentar-se-á, nas linhas a seguir,

esboçar um quadro geral acerca das falhas da organização do Estado brasileiro no cumprimento dos seus deveres positivos no que tange à garantia da cidadania das mulheres na esfera reprodutiva. Além disso, será enfatizada a necessidade da continuidade do debate e, portanto, do aperfeiçoamento de instrumentos procedimentais que possibilitem à sociedade suscitar a manifestação das instâncias políticas sobre os limites do direito à vida pré-natal em face do direito da mulher ao aborto, em caso de gravidez indesejada.

2. O princípio da segurança jurídica e os direitos sociais

O princípio da segurança, em uma acepção genérica, vem expressamente previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, como uma garantia fundamental associada ao princípio da igualdade. Ainda no capítulo relativo aos direitos individuais e coletivos, a Carta Constitucional acolhe, dessa vez indiretamente, o princípio da segurança, ao firmar, no inciso XXXVI do artigo 5º, o respeito ao “direito adquirido”, ao “ato jurídico perfeito” e à “coisa julgada”¹. Já no capítulo da Constituição dedicado aos direitos sociais, a segurança aparece na qualidade de um direito público prestacional, ao lado de direitos básicos, tais como os direitos à saúde, à educação, ao trabalho e à previdência social (artigos 6º, *caput*, e 7º, inciso XXII).

Não se pode abordar o princípio da segurança de maneira estanque, pois a própria Lei Maior

¹ Sarlet (2005, p. 3, 5) explica que o princípio da segurança opera como um tipo de “cláusula geral” e que o legislador constituinte o conecta a outros princípios de igual natureza, discriminados no artigo 5º, citando como exemplos, entre outros, o princípio da legalidade (inc. II), o princípio da anterioridade e o princípio da irretroatividade da lei penal (incs. XXXIX e XL) e o da personalidade da pena (inc. XLV). Ver, nesse sentido, igualmente Costa (2004, p. 112-113).

lhe confere uma natureza bastante complexa, devendo ele, como ocorre com a totalidade dos princípios fundamentais, estar sujeito a uma ponderação de valores sob a ótica da efetivação dos direitos constitucionais. Em geral, a segurança está vinculada à garantia da proteção dos direitos subjetivos² no interior do ordenamento jurídico. Para a caracterização do significado normativo do princípio em estudo, no sentido de “segurança jurídica”, é bastante elucidativo o conceito formulado por Jorge Vanossi (1982, apud SILVA, 2009, p. 133): “A ‘segurança jurídica’ consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”.

Tomando-se por pressuposto o princípio da “confiabilidade”³, a discricionariedade do legislador na limitação de direitos já conferidos aos cidadãos fica reduzida à demonstração de sua necessidade. Segurança não significa somente a certeza da observância aos atos normativos, mas também a confiança das pessoas e da sociedade no reconhecimento dos seus direitos, o que compõe o dever de proteção do Estado. Em outros termos, a segurança jurídica é definida a partir do modelo do Estado Democrático de Direito⁴ e se submete à primazia da garantia assegurada pelos princípios constitucionais. Esse modelo está centrado na doutrina liberal da ampliação da autonomia individual, na esfera das escolhas subjetivas, e, em um enfoque mais pragmático, na possibilidade de defesa material dos direitos perante o poder público (OLIVEIRA, 2008, p. 4-5).

A previsibilidade dos atos normativos, sobretudo em sede de concretização das demandas pessoais e sociais, perdeu a rigidez, o que acarretou a relativização da segurança jurídica. A perspectiva da realização da justiça material reduziu a força do formalismo legalista, cujo estatuto vinculante depende hoje de sua conexão com as situações subjetivas passíveis de tutela⁵.

² É vasta a produção bibliográfica acerca dos direitos subjetivos, assim considerados aqueles conferidos a todas as pessoas, em caráter fundamental, passíveis de ser exigidos jurisdicionalmente e administrativamente (ALEXY, 2011; CANOTILHO, 1999; FERRAJOLI, 2007; PIEROTH; SCHLINK, 2008; SARLET, 2007; ZOLO, 2007).

³ A “confiabilidade” representa o nível de “estabilidade” das “posições jurídicas” das pessoas. Uma intervenção estatal nessas posições jurídicas exige “uma ponderação entre a agressão” “à confiança individual”, provocada pela restrição, e a “importância do objetivo almejado pelo legislador” (SARLET, 2005, p. 32-33).

⁴ Sobre as premissas do Estado Democrático de Direito, consulte-se Zolo (2006, p. 3-32) e Streck (2004, p. 147-154).

⁵ Nas palavras de Sarlet (2005, p. 7), “a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração”. Como diz, ainda, Costa (2004, p. 113), “O ordenamento jurídico” “equilibra-se entre os pólos da segurança” “e da inovação”.

O direito à tutela jurídica atribui uma importância ímpar ao princípio constitucional do devido processo legal (CF, art. 5º, incisos XXXV, LIII, LIV, LV e LXXVIII). Com a potencialização desse princípio, a busca pelo reconhecimento dos direitos estabelece uma inter-relação entre o direito material e o direito processual, visto que o primeiro se realiza na dimensão da “efetividade do processo”. A construção jurisprudencial nos tempos atuais caminha para um crescente aperfeiçoamento “das técnicas” procedimentais “mais apropriadas” para a “realização dos valores fundamentais do processo” (OLIVEIRA, 2008, p. 12-13). A segurança se subsume, assim, à exigência da operacionalidade prática dos mecanismos processuais na resolução dos casos concretos. Esse enfoque diferenciado do princípio da segurança se aplica, sobretudo, ao controle judicial de constitucionalidade das leis e à formulação de políticas públicas por parte dos órgãos representativos do Poder Executivo.

A segurança jurídica é um dos pilares do Estado de Direito porque é um parâmetro para a estabilidade do sistema de justiça. Como já pontuado, não tem o significado de “imutabilidade” dos atos legais, possibilitando as “mudanças sociais necessárias” à evolução da carta de “direitos fundamentais”. Por outro lado, quando se pensa na garantia da “eficácia” desses “direitos” dotados pelo legislador constitucional de caráter de fundamentalidade, a permissão de mutualidade, se implicar “retrocesso” (BRASIL, 2007, p. 2-3), encontra grandes restrições. Em outras palavras, não pode o legislador ordinário modificar seus próprios atos, ou os emanados pelos demais Poderes, se a modificação pretendida importar em regressão na prestação de serviços públicos já implantados a favor dos interesses da cidadania⁶.

Em uma conotação positiva, a cada direito fundamental corresponde um dever de atuação do Estado em prol de sua efetivação (MENDES, 2009, p. 5-6). Ao Estado incumbe empreender esforços na formulação de políticas que promovam um constante progresso no gozo material dos direitos; daí a exigência do não retrocesso. Certamente, prevalece na doutrina o posicionamento daqueles que defendem o perfil absoluto da proibição do retrocesso⁷, cláusula que se flexibiliza quando

⁶ A proibição do retrocesso é uma cláusula doutrinária que fortalece a proteção dos direitos fundamentais. É objeto de controvérsia sua validade em relação aos direitos sociais, e esse ponto será tratado adiante; mas é pacífico o entendimento de que, na proteção assegurada aos direitos individuais ou coletivos, se trata de uma cláusula vinculante, somente superável na hipótese de prevalência do interesse público.

⁷ Para Sarlet (2005, p. 26-27), por exemplo, se essa proibição fosse absoluta, ficaria impedido o próprio “desenvolvimento do direito constitucional”; além disso, a ação do legislador infraconstitucional se reduziria “à execução pura e simples da Constituição”. Também assim pensa Renata Bosco (2002, p. 37), que lembra que nenhum direito fundamental é absoluto, “nem mesmo” o direito à “vida”, podendo não ser assegurado em determinadas circunstâncias.

uma situação de urgência exige a racionalização dos usos dos recursos disponíveis geridos pelo Estado. No entanto, como um consectário da “obrigação de progressividade” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 92)⁸, a vedação de reversão de decisões ou programas protetores de direitos fundamentais somente é superável em caráter de excepcionalidade.

Os direitos sociais são aqueles que envolvem fortemente a obrigação prestacional do Estado. Em torno deles (CF, artigo 6º), gravitam os programas do governo na construção de serviços públicos de qualidade, aptos a proporcionar à sociedade, no mínimo, os componentes básicos daquilo que se conceitua como o direito “a uma vida com dignidade” (SARLET, 2005, p. 2). Diante da incapacidade do serviço público de atender as necessidades da população, é cada vez maior o recurso às vias judiciais na defesa da concretização dos direitos sociais. A partir daí, outra crise se instala, dessa vez de natureza institucional, no que concerne à legitimidade do Poder Judiciário de interferir na composição e na gestão orçamentária do poder público.

Diante da controversa discussão acerca da exigibilidade judicial dos direitos sociais, alguns autores advogam a tese da não distinção essencial entre “direitos civis e políticos”, de um lado, “e direitos econômicos, sociais e culturais”, de outro lado. Parte-se da compreensão de que essas duas espécies de direitos são igualmente produtoras de “obrigações positivas e negativas por parte do Estado” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 20, 25; SARMENTO, 2010, p. 181); portanto, não haveria justificativa para

negar aos direitos sociais a mesma garantia de exigibilidade que se atribui aos direitos civis.

Admitindo-se então a natureza de obrigatoriedade prestacional do poder público na seara dos direitos sociais, a construção jurisprudencial de instrumentos processuais adequados para a proteção de cada um desses direitos torna-se uma necessidade, do ponto de vista da otimização da eficácia jurídica dos princípios fundamentais. A “definição” de um direito, de qualquer modalidade, envolve sua “relação” com uma “ação judicial existente para exigí-lo”. Além disso, mesmo inexistindo uma ação específica “para remediar a violação de certas obrigações que tenham como fonte direitos” “sociais”, é possível o desenvolvimento de novas vias procedimentais para o seu acolhimento. Na hipótese de não haver uma nítida obrigação do Estado de proteger o direito invocado, pode-se recorrer a “estratégias” constitucionalmente amparadas “para protegê-lo indiretamente”, por meio de mecanismos de tutela que asseguram a defesa de outro direito (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 39-40, 168).

É preciso lembrar, contudo, que o avanço de medidas judiciais ou administrativas para a efetivação dos direitos sociais encontra fortes obstáculos. As “ações” “tradicionais” “de inconstitucionalidade” e de constitucionalidade desenvolveram-se, em regra, para o atendimento das demandas atinentes aos direitos individuais, que muitas vezes não impõem obrigações prestacionais ao Estado, mas apenas seu dever de não interferência. Para exigir esses direitos, existem ainda outras ações eficazes no nível do controle difuso de constitucionalidade, como o mandado de segurança, individual ou coletivo, e a ação civil pública. Em que pese os grandes empecilhos para coibir “as omissões do Estado” no cumprimento de suas “obrigações positivas” (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 42), o que é bastante recorrente no caso dos

⁸ A esse respeito, consulte-se a obra ora citada (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 92-96, 109) na qual os autores explicam que a pretensão de restringir a proibição do retrocesso transfere ao Estado o ônus da prova de sua necessidade (inversão do ônus da prova). Para maiores esclarecimentos acerca da exigência de progressividade na concretização dos direitos fundamentais, ver, ainda Canotilho (1999, p. 327).

direitos sociais, a prática jurídica aponta uma tendência à ampliação do controle judicial dos programas de governo que regulamentam os serviços públicos, com o intuito de reduzir os riscos à fruição de uma vida digna, nos termos propugnados pela Constituição.

A doutrina costuma argumentar que a “falta de especificação concreta do conteúdo” dos direitos sociais impõe limites quase intransponíveis à tese de sua exigibilidade. Para responder a essa objeção, defende-se que “a dogmática jurídica” e os vários níveis de atuação do poder institucional têm a tarefa de definir “o conteúdo” dos direitos sociais, a exemplo do que se faz em matéria de “direitos civis” e de normas abstratas em geral (ABRAMOVICH; COURTIS, 2004, p. 122-124). *Grosso modo*, dessa atividade criativa do direito depende a eficácia do sistema jurídico. E não é só o Poder Legislativo que pode vir a omitir-se na elaboração de leis que abram o caminho para a aplicação dos direitos fundamentais sociais aos fatos da vida; também a administração pública pode omitir-se na formulação de políticas públicas adequadas e na execução daquelas já formuladas. Por outro lado, a atuação da administração pública pode ser obstaculizada pelo conteúdo de leis vigentes distanciadas da realidade social, que, por não serem revistas, impõem impedimentos à realização de medidas a elas contrárias.

Outras duas categorias normativas compõem a reflexão atinente à garantia da segurança jurídica na proteção dos direitos sociais. Trata-se dos conceitos de “reserva do possível” e de “mínimo existencial”. Essas duas categorias se autolimitam, isto é, a primeira fornece parâmetros para a restrição dos direitos sociais, quando isso se mostrar necessário, enquanto a segunda indica uma medida mínima de implementação desses direitos (tal medida não poderia ser negada sob pena de afronta direta à dignidade existencial)⁹.

Em linhas gerais, a “reserva do possível” é uma ponderação aceita de forma problemática na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, havendo, inclusive, decisão do Min. Celso Mello no sentido de que o Estado não pode desincumbir-se de cumprir “suas obrigações constitucionais”, salvo sob a alegação de “justo motivo objetivamente aferível” (ADPF nº 45, DJU de 4/5/2004) (SARMENTO, 2010, p. 197). Em contrapartida, a ideia de “mínimo existencial” possibilitou engrandecimento significativo da tutela dos direitos sociais, com fundamento no dever de assistência material, no que diz respeito aos serviços de “educação básica” e de “saúde básica”, bem como no socorro “aos desamparados”, e no dever de promoção “do acesso à justiça” (BARCELLOS, A. P. 2011. p. 302).

⁹ Para uma melhor consideração da expressão “reserva do possível”, no que concerne aos direitos sociais, ver Sarmento (2010, p. 196-202); quanto ao argumento do “mínimo existencial”, ver Sarmento (2010, p. 202-208).

3. O direito à saúde como direito social por excelência e os instrumentos políticos e jurídicos para sua efetivação

Por estar relacionada à garantia do direito à vida, a saúde é um direito social (CF, art. 6º) dotado de maior grau de fundamentalidade, comparado aos demais. Tanto é assim que a Constituição estabelece como objetivos da “ordem social” o “bem-estar e a justiça sociais” (art. 193), o que não se efetiva sem o oferecimento de serviços de saúde pública ao alcance da população de baixa renda. Nos artigos 196 e 197, a Carta Maior impõe o caráter universal e integral do direito à saúde e o dever prestacional do Estado de promover sua realização mediante ações públicas.

Não é possível, então, dissociar o direito à saúde do princípio da igualdade material, o que cria obrigações ao poder público no sentido de solucionar as demandas sociais, provenientes dos interesses e das necessidades muitas vezes conflitantes dos diversos grupos comunitários. Nessa perspectiva, foi instituído no país o Sistema Único de Saúde – SUS (Lei 8.080/90, de 19/9/90 – recepcionada pelo art.198 da CF), cuja meta é proporcionar tratamento de saúde integral e gratuito a toda a população¹⁰.

Inúmeras são as dificuldades apresentadas na gestão financeira dos serviços do SUS, muitas vezes por precariedade de recursos (ANDRADE, 2011, p. 5-6). Visando suprir essas dificuldades, a Emenda Constitucional nº 29, de 13/9/2000, modificou o art. 198 da CF para dispor que a saúde pública deve ser financiada com recursos “do orçamento da seguridade social”, com a contribuição de todos os entes

federativos. O problema é que o financiamento público destinado à saúde não é suficiente para o atendimento das demandas pelos respectivos serviços. Conforme dados divulgados, “cerca de 70% da população brasileira depende” exclusivamente do SUS, por não ter condições de custear planos de saúde privados. Além disso, a eficácia das políticas públicas na área da saúde é prejudicada pela má gestão dos recursos – desvios, falta de repasse, equívocos do prestador dos serviços, que “cobra do SUS procedimentos não realizados”, e falta de prestação adequada do serviço médico-hospitalar por parte do profissional contratado (ANDRADE, 2011, p. 7).

Nesse contexto, observa-se um descompasso entre a estrutura financeiro-administrativa do SUS e os avanços científicos que caracterizam os tempos atuais em matéria de definição do próprio conceito de saúde. Mencione-se, inicialmente, o conceito formulado pela Organização Mundial de Saúde (OMS), segundo o qual saúde significa o “perfeito bem-estar físico, mental e social” do indivíduo. Isso remete à ideia de qualidade de vida ou, pensando-se no princípio constitucional fundamental da “dignidade da pessoa humana” (CF, art. 1º, III), à ideia de vida digna, a que todos têm direito.

O conceito de saúde acima referido já é objeto de críticas, que apontam a natureza utópica do parâmetro da “perfeição”. Desse ponto de vista, só se pode caracterizar o “perfeito bem-estar” pela ótica subjetivista dos interesses e valores pessoais. Ademais, a concepção de saúde da OMS estaria ultrapassada também por cindir os elementos físico, mental e social, o que vai de encontro à vertente contemporânea da interação entre essas esferas na consideração da saúde (SEGRE, 1997, p. 438-542; BECK, 1999, p. 348-351) O interessante nessa nova concepção de saúde e de qualidade de vida é o resgate da dimensão da identidade individual, isto é, somente o indivíduo é capaz de definir aquilo

¹⁰Sobre o processo de implementação do SUS e os princípios ético-políticos do programa, ver *Caminhos do Direito à Saúde no Brasil* (BRASIL, 2007, p. 7-10).

que constitui o seu próprio “bem-estar”, no sentido mais abrangente. Esse “bem-estar” representaria, então, o acesso aos meios para a satisfação não só de suas necessidades físicas, mas também de seus projetos de vida, em conformidade com suas concepções morais, o que, em princípio, deve ser, inclusive, protegido contra a intervenção estatal¹¹.

A área da saúde traz consigo uma realidade de risco à garantia da cidadania, na medida em que o Estado não consegue eliminar a “insegurança jurídica” presente na ausência de atendimento integral a uma população carente de recursos. O princípio da universalidade adotado pelo SUS (Lei 8.080/90) termina onerando os serviços de saúde, uma vez que até mesmo aqueles que têm condições de arcar com um plano de saúde privado se tornam usuários da assistência pública (ANDRADE, 2011, p. 9). Considerando a insuficiência do sistema, as pessoas movem ações judiciais, utilizando-se das prerrogativas do controle difuso de constitucionalidade, e o Judiciário exerce seu poder de fiscalização, compelindo o Executivo a cumprir seu dever de prestação de assistência adequada à saúde nos casos levados à sua apreciação.

A questão é bastante controversa, havendo autores que afirmam a irrazoabilidade de várias decisões judiciais que, em detrimento de uma “alocação racional de recursos” e da implementação de “políticas coletivas” de saúde, protegem apenas o direito individual daqueles que ingressam com ações¹². “O casuísmo da jurisprudência brasileira” é atacado especialmente em matéria de distribuição de medicamentos, que, segundo aqueles que assim se posicionam, deveria ter por fundamento uma “norma jurídica, fruto da deliberação democrática” (BARROSO, 2008, p. 4, 21)¹³. Por óbvio, esses autores admitem que a intervenção do Judiciário na efetivação do direito à saúde no Brasil promove uma melhoria na prestação dos serviços, nas hipóteses de omissão dos demais Poderes. Contudo, entendem ser necessário o estabelecimento de parâmetros operacionais objetivos para essa atuação, de modo a aperfeiçoar a distribuição coletiva dos recursos públicos.

¹¹ Voltar-se-á a esse ponto no item a seguir, em que será abordada mais especificamente a moderna concepção de saúde mental.

¹² Entre os críticos da natureza não coletiva da atuação judicial na área da saúde, destacam-se Luís Roberto Barroso (2008), Juliano Heinen, Marcos Maselli Gouvêa, Maria Dallari Bacci e Ana Paula de Barcellos (ANDRADE, 2011, p. 10-11).

¹³ O autor ora citado resume os impasses que contornam a judicialização de políticas da saúde, a saber: a) falta de competência do Judiciário para a definição de políticas sociais e econômicas (ao teor do art. 196 da CF); b) sua falta de legitimidade democrática para decidir a forma de utilização dos recursos públicos; c) a reserva do possível; d) em se tratando de distribuição de medicamentos, o risco de “desorganização da Administração Pública”, que, às vezes, retiraria recursos que poderiam ser aplicados, por exemplo, em políticas preventivas, como as de saneamento básico ou redes de água potável, a fim de cumprir as decisões judiciais de caráter condenatório; e) por fim, a “crítica técnica”, que acentua a falta de “conhecimento específico” do Judiciário para “instituir políticas de saúde” (BARROSO, 2008, p. 22-27).

Quanto aos medicamentos, existem listas elaboradas com a participação dos diversos entes federativos (Portaria 3.916/98, do Ministério da Saúde). A jurisprudência acolhe o poder fiscalizador do Judiciário nos limites dos medicamentos constantes dessas listas, não podendo uma decisão judicial coagir o Executivo a distribuir medicamentos nelas não incluídos (BARROSO, 2008, p. 17, 30). Isso já representa, em tese, critério objetivo que norteia os processos decisórios. Trata-se de um parâmetro adequado, visto que as decisões judiciais, para serem legítimas e razoáveis, se condicionam, no que diz respeito ao acesso a medicamentos, a programas previamente elaborados pelos órgãos executivos, portanto passíveis de controle, havendo omissão na sua realização.

4. O aborto ilegal e a morbidade/mortalidade maternas no Brasil

Em 2009 foi feito, pelo Ministério da Saúde, estudo paradigmático intitulado “Aborto e Saúde Pública no Brasil – 20 anos”. O relatório então elaborado revelou que 1.054.242 abortos foram induzidos em 2005, sendo que esses dados não cobriram a realidade de sua prática em todas as camadas sociais e faixas etárias da mulher. Observou-se, também, que não há informações precisas sobre os métodos utilizados nas clínicas privadas, as sequelas, os índices de mortalidade/morbidade e a condição das mulheres vítimas de violência sexual (BRASIL, 2009, p. 16-17, 21).

Quanto ao perfil das mulheres que já se submetem ao aborto em condições de ilegalidade, o conjunto das pesquisas realizadas no estudo acima mencionado indicou que a maioria delas possui entre 20 e 29 anos, vive em união estável ou segura, e declara professar a religião católica. Além disso, as mulheres são, em regra, trabalhadoras, com baixo grau de escolaridade (até 8 anos de tempo de estudo),

e usuárias de métodos contraceptivos (BRASIL, 2009, p. 17-19).

No que tange ao comportamento das mulheres, é frequente o uso do “misoprostol” (cytotec) em casa; cerca de 24 horas depois, costumam procurar os hospitais, com “dores abdominais e sangramentos”, onde são diagnosticadas como estando em um quadro de “abortamento incompleto”. O estágio da gestação costuma não ultrapassar as 12 semanas (BRASIL, 2009, p. 25).

Entre 1990 e 2000, o aborto induzido “se manteve” como “a terceira e a quarta causas de mortalidade materna” em muitas das capitais do país (BRASIL, 2009, p. 31). “Nas regiões com piores condições socioeconômicas e precário acesso à saúde, o aborto inseguro é a primeira causa de morte materna. Em Salvador, por exemplo, este problema se registra desde a década de 1990” (FREITAS, 2011, p. 29). Houve uma queda na “morbimortalidade” em razão da escolha do uso do misoprostol, método mais seguro que os procedimentos “perfurantes ou cáusticos”. No entanto, depois da proibição da comercialização desse medicamento, constatou-se um aumento de “quase 50% das complicações infecciosas e hemorrágicas” pós-abortamento. Esclareça-se que o misoprostol é um medicamento utilizado para tratamento de úlcera gástrica, sendo sua venda, entre 1986 e 1991, permitida nas farmácias brasileiras, independentemente de receita médica. Depois disso, ao se descobrir que as mulheres estavam fazendo uso do medicamento para fins abortivos, sua comercialização foi proibida no país (BRASIL, 2009, p. 32, 35; FREITAS, 2011, p. 23).

A ilegalidade do acesso ao misoprostol é fator preocupante no aspecto da saúde da mulher, pois muitas delas não conseguem adquirir o medicamento, ou levam maior tempo para ter acesso a ele. A eficácia do medicamento “depende da dose e do estágio da gestação”; quanto menor o número de semanas do período gestacional,

maiores as chances de bons resultados. Como as mulheres recorrem ao mercado clandestino, podem comprar o misoprostol adulterado, além de terem de pagar valores bem acima do preço regular do remédio com prescrição de uso (BRASIL, 2009, p. 32-33; FREITAS, 2011, p. 23).

A proibição da venda liberada do misoprostol teve por escopo evitar uma possível “epidemia de aborto no Brasil”. Porém, o estudo do Ministério da Saúde (BRASIL, 2009) mostrou, com base no número de internações hospitalares, não a ocorrência de crescimento nos atendimentos pós-aborto no período da livre comercialização do medicamento, “mas sim a queda da morbimortalidade a ele associada”, como já comentado. O aumento da segurança do aborto pelo método medicamentoso é tão significativo que alguns estudos internacionais “registram eficácia de 90% na indução completa do aborto” quando o misoprostol é usado “em doses específicas” (BRASIL, 2009, p. 36, 38).

Apesar desses registros, a Anvisa expediu, no ano de 2006, a Resolução nº 1050, “suspendendo, em todo território nacional, as publicidades e orientações sobre” a utilização do misoprostol para fins abortivos “em fóruns de discussão, murais de recados e portais na internet”. Com base em mentalidade oposta, diante dos dados científicos, o uso do misoprostol “foi recomentado”, em 2007, “pela OMS”, pela “Federação Latino-Americana de Sociedades de Obstetrícia e Ginecologia (FLASOG)” e pelo “International Journal of Gynecology and Obstetrics”. Com isso, a Anvisa autorizou, em 2008, o uso do misoprostol nos “Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal”; mas o Ministério da Saúde manteve sua exigência de “cadastramento do Hospital para a compra do produto” (FREITAS, 2011, p. 23-24). Em suma, ainda permanecem as barreiras ao uso hospitalar do medicamento nos serviços de saúde da mulher.

Em verdade, a vedação do acesso das mulheres ao misoprostol para fins abortivos conduziu a uma situação de grave ameaça à sua saúde. O descompromisso do Estado com a realidade concreta da vida reprodutiva das mulheres mostra que, até o acirramento da pressão dos movimentos feministas, nos anos 2000, o país não considerava como um problema de saúde pública os altos índices de morbimortalidade decorrentes do aborto induzido e os riscos de más-formações fetais pelo uso tardio do misoprostol – vinculado à clandestinidade de sua venda.

Pesquisa realizada em 2010 (UNB/ANIS/MINISTÉRIO DA SAÚDE) mostrou outro dado importante em relação ao número de abortos no país e aos riscos de sequelas advindas dos procedimentos inseguros. Registrou-se que “mais de cinco milhões e 300 mil mulheres brasileiras” se submeteram ao aborto em algum momento de suas vidas. Estimou-se, ainda, que mais de 55% dessas mulheres foram internadas porque tiveram complicações. Essas complicações ocorrem porque o aborto inseguro é feito “com o auxílio de pessoas mal treinadas” e “em condições de higiene inadequadas”. É comum, nos serviços públicos, a constatação de casos de “perfuração do útero” que trazem como resultado “sequelas permanentes”, como a “infertilidade e a perda do órgão reprodutor” (FREITAS, 2011, p. 40-41).

Nos atendimentos pós-aborto inseguro, a cirurgia mais realizada pelo SUS é a curetagem. Segundo os dados do Serviço de Saúde Comunitária do Grupo Hospitalar Conceição – Porto Alegre/RS, referentes à internação de mulheres por curetagem pós-aborto, no período de 2004 e 2005, “a internação de mulheres por curetagem pós-aborto equivale a 43% e 46% das internações maternas” (MEDEIROS, 2007, p. 18). Pesquisa do “Instituto do Coração da Universidade de São Paulo, baseada em dados

do DATASUS”, registrou “3,1 milhões” de procedimentos de curetagem ocorridos na rede pública, no período compreendido entre 1995 e 2007 (FREITAS, 2011, p. 27-28).

Existe outro método indicado pelo próprio Ministério da Saúde como sendo mais barato e seguro do que a curetagem, se realizado até 12 semanas de gestação. Trata-se da chamada “Aspiração Manual Intrauterina” (AMIU). Por motivos não registrados, esse método é ainda ignorado “pelas equipes médicas”. Em municípios dos estados de Pernambuco, Rio de Janeiro, Paraíba e Bahia, a curetagem foi escolhida em 98% dos procedimentos de finalização dos casos de aborto incompleto, e as mulheres atendidas declaram ter sido vítimas de “atendimento desumano”, caracterizado por “longas esperas em jejum”, “curetagens feitas sem anestesia” e “atitudes de recriminação e culpabilização” (IPAS, 2010; FREITAS, 2011, p. 31-32)¹⁴.

Evidencia-se a existência de discriminação no acesso aos serviços de saúde por motivo de gênero, raça, nível educacional, idade e classe social (IPAS, 2010). Registra-se maior incidência de mortalidade materna entre as mulheres negras ou pardas. Nesses grupos sociais, são marcadamente inferiores os níveis de renda, de escolaridade e de acesso a informações acerca dos métodos contraceptivos e dos direitos de assistência médica pós-aborto provocado (MARTINS, 2006, p. 2473-2477).

5. A controvérsia em torno dos reflexos da prática abortiva voluntária na saúde mental da mulher

O aprofundamento da temática de gênero desencadeou intensa investigação na esfera da saúde mental. Estudo empírico realizado pela Organização Pan-Americana da Saúde mostrou que as mulheres, em razão dos diversos papéis que exercem nas relações familiares e sociais, são mais predispostas ao desenvolvimento de transtornos psíquicos e de natureza comportamental. De acordo com o mesmo estudo, a sobrecarga de tarefas, a consequente dificuldade de inserção no mercado de trabalho, a violência doméstica e até mesmo a repressão sexual são hoje consideradas causas de maior incidência de depressão e ansiedade nas mulheres, em comparação aos homens (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2001, p. 86-88).

¹⁴Sobre o maior grau de segurança oferecido pelo método da “Aspiração Manual Intrauterina”, ver também Magnitude do aborto no Brasil (BRASIL, 2008, p. 20-21). Nessa pesquisa, abordam-se os efeitos da violência sexual na saúde reprodutiva das mulheres como um todo, um problema de saúde pública de alto grau de complexidade, não só por seus reflexos nas estatísticas de morbimortalidade materna, mas também pelas sequelas de doenças sexualmente transmissíveis.

Os aspectos afetivo-emocionais são outro complicador na estrutura psíquica das mulheres, o que torna complexa a tentativa de avaliar todas as circunstâncias envolvidas na definição dos seus projetos de vida e na construção de sua identidade. Em regra, o acometimento de distúrbio psíquico é antecedido pelo “casamento e a maternidade nas mulheres” menos jovens e nas de “baixa escolaridade”. O nível de frustração diante do abandono do parceiro e de sua conformação a valores preestabelecidos, como o do desempenho exclusivo do dever de cuidado com os filhos e familiares, prejudica a potencialização das plenas capacidades mentais das mulheres, comprometendo seu direito à cidadania. Em relação ao dever de cuidado, observa-se que as mulheres se sentem responsáveis por cuidar dos seus familiares mesmo quando estão enfermas (SANTOS, 2009, p. 1180).

Pensar o bem-estar da mulher como um estado que envolve seu direito de autodeterminação é compatível com a concepção moderna de “pessoa”, “caracterizada” pela afirmação da “individualidade e autonomia”; diferentemente, “outras concepções” entendem que “o grupo é portador da identidade do sujeito” (CHAZAN, 2000, p. 93). Os dados fornecidos pelas pesquisas em saúde mental da mulher dão suporte para postular que a ausência de livre poder de decisão no planejamento reprodutivo contraria os dispositivos constitucionais que asseguram a igualdade e a cidadania das mulheres.

A falta de acesso aos métodos de contracepção, bem como a ausência de conhecimento suficiente acerca deles, além da proibição do aborto voluntário, são situações que agravam o equilíbrio psíquico feminino. Os serviços do SUS, porém, não estão equipados para prestar essa assistência integral à mulher, levando-se em conta os componentes de desigualdade social e a importância da contracepção na preservação de sua saúde física e mental. A contracepção de emergência, por exemplo, mesmo sendo objeto de norma do Ministério da Saúde, cuja eficácia é reconhecida “pelo Conselho Federal de Medicina” na prevenção da gravidez indesejada, tem pouca “divulgação e prescrição nos serviços de saúde”. A esterilização voluntária, também regulamentada por portaria do Ministério da Saúde (nº 144), é outro exemplo de procedimento não amplamente realizado, persistindo “obstáculos ao acesso” na rede pública (AQUINO, 2009, p. S198).

Muitos estudos procuram detectar os efeitos negativos do aborto voluntário no estado de bem-estar psicológico da mulher. Há resultados que indicam a existência de períodos de depressão e ansiedade após a realização do aborto. Esses estudos, todavia, costumam não considerar outros dramas psicológicos inerentes à história de vida da mulher, como eventuais “experiências de abuso na infância, violência do parceiro”, e

outros “fatores de risco”, que obviamente contribuem para o desenvolvimento dos transtornos mentais observados na fase pós-aborto. O que se observa, em geral, é um sentimento de tristeza, paralelamente a um “sentimento de culpa”, que pode ser confundido com “distúrbio mental” (NEEDLE; WALKER, 2008, p. XVIII, XIX).

Os resultados que associam negativamente o aborto voluntário à saúde mental da mulher ignoram que o crescente “estigma social” do aborto e sua criminalização aumentam os “sintomas depressivos” relatados nas pesquisas. No mesmo passo, há indicações de que a “confiança da mulher”¹⁵ no seu direito ao aborto, nas hipóteses permitidas, diminui esses sintomas. Em realidade, os achados empíricos concernentes aos efeitos psicológicos negativos da decisão de interromper a gravidez acabam sendo utilizados como “uma arma política nos esforços para restringir o acesso legal ao aborto” por parte daqueles que não concordam com sua liberalização; mas não há “evidência científica de que ter um aborto legal voluntário” efetivamente ofereça riscos à saúde mental da mulher (NEEDLE, 2008, p. XV, XVII, XIX). Segundo Ângela Freitas (2011, p. 28), a “Associação Psiquiátrica Americana não reconhece a síndrome pós-aborto como um diagnóstico”. Há até estudos que concluem que “o abortamento legalizado”, se realizado “no primeiro trimestre da gravidez, não traria consequências para a saúde mental” (NOMURA et al., 2011, p. 645, 650).¹⁶

¹⁵ Como se viu no início deste artigo, o princípio da confiabilidade impõe limites à restrição dos direitos fundamentais, cuja necessidade precisa ser demonstrada. A confiabilidade é um dos componentes da segurança jurídica. A segurança é “crédito social”, “é a expectativa” “da ativa proteção da personalidade humana como escopo fundamental do ordenamento”, é “fator essencial à realização da justiça material” (COSTA, 2004, p. 116).

¹⁶ O artigo de Nomura (2011) ora citado avalia os aspectos emocionais e sociais do aborto e o diagnóstico de depressão, comparando mulheres que vivenciaram o aborto em duas capitais brasileiras, São Paulo e Natal, no período de janeiro de 2009 a maio de 2010.

Em outra vertente de estudos, evidencia-se que a criação de filhos não planejados produz “consequências negativas à saúde” e ao estado psicológico da mulher, às “suas famílias” e à “sociedade” como um todo. Esses efeitos negativos “incluem uma maior probabilidade de mortalidade e morbidade para as mães e para as crianças”. A responsabilização por filhos não planejados tem sido igualmente vinculada “a uma variedade de problemas sociais, incluindo-se abuso de criança, divórcio, pobreza, delinquência juvenil e criminalidade”. Como bem documentado, “crianças não desejadas” apresentam menor probabilidade de ter “uma vida familiar segura”. Quando adultos, apresentam “maior probabilidade de engajarem-se em comportamento criminoso” “e receberem serviços psiquiátricos” (NEEDLE, 2008, p. XIII, XIV).

Os estudos sobre o aborto e a saúde mental permitem a formulação de novas políticas públicas com o escopo de minimizar as complicações físicas e emocionais que podem seguir-se aos procedimentos realizados. A saúde pública, especialmente no Brasil, ainda não incorporou com eficácia a necessidade de examinar a vida concreta da mulher que busca aconselhamento psicológico a fim de decidir seu destino reprodutivo. A insegurança jurídica perpassa a vida de todos os envolvidos, a mulher, a criança, a família, a sociedade. Em contextos tão repressivos em relação ao direito ao aborto, como é o caso do Brasil, a insegurança se torna mais dimensionada, pois os órgãos do Poder Executivo, que implementam as políticas públicas de saúde, ficam limitados às prescrições legais restritivas e não podem reduzir significativamente os riscos à saúde da mulher que decide interromper ilegalmente sua gestação¹⁷.

¹⁷ Como exemplo dessa limitação, cite-se medida em estudo, relacionada aos serviços de atendimento ao aborto do SUS, que prevê a obrigação do médico de orientar a mulher que, mesmo consciente do caráter criminoso do ato, se

Diante de todos esses fatores de risco, desde os riscos à vida e à saúde até os riscos de penalização criminal, é possível imaginar o peso psíquico que contorna o processo decisório da mulher de levar adiante ou não uma gravidez não planejada ou indesejada. No Brasil, de acordo com um estudo específico sobre os casos de gravidez resultantes de violência sexual, constatou-se que as mulheres, ao tomarem conhecimento do diagnóstico de gestação, manifestam sentimentos de medo, desproteção, sensação de falta de alternativas, humilhação e desmoralização. Como primeira reação, as mulheres costumam apresentar crise de choro, depressão, isolamento e abandono das atividades diárias (BRASIL, 2008, p. 40-41).

Assim, a exata discriminação das causas que levam a mulher à decisão pelo aborto não está, em tese, ao alcance dos profissionais que lidam com a assistência nos serviços médicos de planejamento reprodutivo. As motivações para a prática do aborto voluntário relacionam-se a “argumentos particulares e individuais”, calcados em “questões sociais, econômicas e emocionais”. Em alguns casos, a decisão é tomada em situação de “violência doméstica ou sexual” (NOMURA et al., 2011, p. 650).

De qualquer sorte, o respeito à autonomia individual parece representar um parâmetro seguro, do ponto de vista médico-psicológico, para a proteção da saúde mental da mulher. A ampliação das hipóteses do aborto legal capacitaria a mulher a controlar sua vida reprodutiva, escolher o momento de gerar filhos, o período entre eles e sua quantidade. Isso levaria a uma melhora no seu estado de bem-estar psíquico,

decide a realizar o aborto ilegal. Essa orientação consistiria na informação a respeito de todos os métodos ao seu alcance e dos riscos de cada um deles (FOLHA DE S. PAULO, 2012). Contudo, mesmo sendo efetivada essa medida, ela se mostra insuficiente para a proteção da mulher, que terá de recorrer aos serviços clandestinos de aborto.

com a redução da depressão, da ansiedade e de outros distúrbios de igual natureza. Com efeito, o direito constitucional-social à saúde fundamentou, juntamente com o princípio da autodeterminação, a modificação da legislação abortiva em vários países, incluindo-se os da América Latina¹⁸, para permitir o direito ao aborto até determinado estágio do processo gestacional.

6. O dever do Estado de formular políticas de combate ao aborto clandestino

A concepção de saúde no Brasil, após a Constituição Federal de 1988 e a criação do SUS, passou a estar associada ao exercício da cidadania. O indivíduo, como sujeito de direitos, é considerado “a partir de um dever do Estado” de garantir-lhe, em um nível satisfatório, o gozo de suas necessidades existenciais (MEDEIROS et al., 2007, p. 34).

Do ponto de vista do conceito de integralidade da assistência à mulher, adotado pelo SUS, a ação prestacional do Estado deve alcançar a maior satisfação possível das demandas femininas relacionadas à saúde. A centralização das políticas públicas na assistência “clínico-ginecológica”, na assistência “pré-natal” e na “assistência ao parto e ao puerpério imediato” é insuficiente para o cumprimento do compromisso firmado na Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM), que, conforme documento do Ministério da Saúde (BRASIL, 2004, p. 69-70), prevê a proteção da saúde da “mulher em situação de abortamento”, inclusive “em condições inseguras”. O “contrvertido tema do planejamento familiar”, como

¹⁸Na Europa ocidental, em quase todos os países, por último em Portugal (2007); na América Latina, na Colômbia (2006), no México (2008) e no Uruguai (2012).

“um direito de todos os segmentos da sociedade à livre escolha dos padrões de reprodução”, requer maior penetração nos programas do governo (MEDEIROS, 2007, p. 19, 40-41). O direito individual de regulação da fecundidade está assegurado na Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (dispõe sobre o planejamento familiar), que gera para o SUS o dever de distribuir medicamentos e métodos contraceptivos.

No âmbito da prática do aborto, as políticas de planejamento familiar interferem diretamente na segurança jurídica da vida da mulher. Os altos índices de morbimortalidade materna se relacionam com a situação do aborto provocado em condições insalubres. Nas gestações resultantes de violência sexual, muitas vezes as mulheres não têm acesso aos serviços de assistência ao aborto legal, ou não têm conhecimento do próprio direito ao aborto, e acabam recorrendo aos serviços clandestinos, o que contribui para o aumento das complicações e dos óbitos maternos. Conforme pesquisa do Ministério da Saúde, em 45% das entrevistas, as mulheres revelaram que somente receberam a informação de que poderiam fazer o aborto legalmente por terem se dirigido a uma delegacia de polícia, tendo ali recebido os esclarecimentos necessários (BRASIL, 2008, p. 6-7, 42).

Quanto ao aborto criminoso, a mentalidade política prevalente nos serviços de assistência é a da não obrigatoriedade de um atendimento técnico qualificado e humanizado, como revelam os depoimentos das mulheres e os resultados das pesquisas mencionadas neste trabalho, que noticiam os métodos inseguros usados no trato das complicações diagnosticadas naqueles serviços.

Para o aperfeiçoamento das políticas de planejamento familiar, medida importante é a liberação, sem entraves éticos ou religiosos, da contracepção de emergência. Ainda se observa, em “uma boa parcela de gestores e profissionais da saúde”, “convicção equivocada” de que a

pílula do dia seguinte, como popularmente conhecida, tem efeito abortivo. Apesar da existência de dados científicos seguros de que a anticoncepção de emergência não produz efeitos após a fecundação, há omissão do Estado em sua utilização como método eficiente de prevenção à gravidez (BRASIL, 2008, p. 14).

Outra conclusão que se extrai de uma pesquisa promovida em 1999 pelo Instituto Alan Guttmacher, no que diz respeito aos riscos do aborto clandestino, é a de que, nos países com leis restritivas, nos quais o aborto é proibido na maioria das circunstâncias, “a probabilidade de morte” decorrente do abortamento é muito superior à constatada nos países cuja legislação é mais receptiva ao avanço de sua legalização. O risco de morte nos procedimentos de aborto é “de 1 para 100.000 procedimentos” nos países que permitem o acesso das mulheres a serviços confiáveis, e “de 1 para 100” procedimentos nos países onde o aborto é feito por meios clandestinos (BRASIL, 2008, p. 20).

Nesse quadro, impõe-se ao Estado brasileiro o encaminhamento de medidas que favoreçam a ampliação da legalização do aborto, o que não se concretiza em razão da predominância de uma visão religiosa na condução dos processos de apreciação da matéria, sobretudo no âmbito do Poder Legislativo¹⁹. Desde a década de 1980, a sociedade civil formula propostas e projetos de lei para a revisão dos dispositivos do Código Penal que criminalizam o aborto, sem que tenha havido, até os dias de hoje, qualquer modificação que ofereça soluções efetivas à insegurança do abortamento ilegal.

Discutem-se muito as razões pelas quais o Brasil não cumpre as normas formuladas

¹⁹ Sobre a necessidade de o Estado garantir, “inclusive por meio de medidas intervencionistas”, o respeito ao princípio constitucional da liberdade individual de escolha de projetos de vida, tema diretamente vinculado aos direitos reprodutivos da mulher, ver Pires (2012, p. 53-63).

nos documentos internacionais que acolhem os direitos reprodutivos, ratificados pelo país. *Grosso modo*, em tais documentos o aborto foi reconhecido como “grave problema de saúde pública”, e os governos participantes comprometeram-se a empreender medidas para a melhoria do acesso das mulheres ao “planejamento reprodutivo” e à interrupção da gestação indesejada em condições seguras (BRASIL, 2008, p. 23-24). São normas de “natureza constitucional” no sistema jurídico brasileiro, que prescrevem o dever do Estado de assegurar às mulheres tratamento igualitário, direito de autodeterminação e proteção à sua integridade física, psíquica e moral (TORRES, 2008, p. 5).

Na “Revisão Periódica Universal” do “Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas”, ocorrida em novembro de 2011, foi avaliado se o Brasil está respeitando os direitos humanos consignados nos tratados internacionais na área da saúde sexual e reprodutiva da mulher²⁰. A avaliação das Nações Unidas baseia-se nos dados já consagrados referentes à correlação entre países com leis restritivas em matéria de aborto e altos índices de morbimortalidade materna. Conclui-se que a criminalização do procedimento médico do aborto contraria os compromissos internacionais ratificados pelo país em matéria de direitos humanos. Entende-se que a norma proibitiva do aborto tem natureza discriminatória porque obstaculiza a prestação de um serviço hospitalar ou medicamentoso de que só a mulher necessita (IM AIS, 2011, p. 6). Pelas diferenças biológicas entre homens e mulheres, as políticas de proteção à saúde devem ater-se às necessidades específicas das funções reprodutivas femininas. A inabilidade da sociedade de lidar com as distinções de gênero decorre da não reconstrução do sistema normativo a partir de um “padrão inclusivo de equidade” (COOK; HOWARD, 2007, p. 1040).

Sob essa ótica, o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas acentuou que, para assegurar às mulheres seu direito à vida, os Estados têm a obrigação de “tomar medidas” que evitem o recurso ao aborto clandestino em condições inseguras (IM AIS, 2001, p. 6). No que concerne ao atendimento ao aborto legal, deve estar “suficientemente disponível” nos serviços de saúde pública; já a realidade do aborto ilegal impõe aos governos a instituição de políticas voltadas para o respeito à autonomia da mulher (COOK; HOWARD, 2007, p. 1055). Segundo o órgão consultivo das Nações Unidas, em sua última avaliação, acima mencionada, o Brasil

²⁰ “Brazil – 13th Universal Periodic Review Session” – Geneva/Switzerland – 28/11/11. Em relação aos direitos da mulher, o Conselho fez menção específica aos seguintes documentos: a) CEDAW (Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher); b) CESC R (Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais); c) CCPR (Convenção Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos) (IM AIS, 2011, p. 6).

falhou tanto em assegurar o acesso ao aborto legal quanto em promover a revisão da lei criminal que pune o aborto, de modo a reduzir os danos à saúde da mulher (IMAIS, 2011, p. 7-8).

Em relação à legalização do aborto, mencione-se que o Conselho Federal de Medicina firmou, recentemente, posição favorável à liberação do aborto até 12 (doze) semanas de gestação, com fundamento no direito de escolha da mulher, independentemente da apresentação de laudos médicos ou psicológicos²¹. Os Conselheiros explicaram que a delimitação do prazo de 12 semanas de gestação, para que se respeite a autonomia da vontade da gestante, se deve à constatação de que o aborto após esse período pode implicar maiores riscos à mulher e também ao fato de que somente a partir daí se forma o “sistema nervoso central” do feto. Essa posição reforça os argumentos que defendem uma ressignificação dos limites da coerção legítima do Estado sobre a liberdade de escolha, na esfera da autonomia reprodutiva da mulher. Nesse enfoque deve estar centrada a análise do direito ao aborto de feto compatível com a vida.

O pronunciamento do CFM confere, inclusive, maior proteção à liberdade individual, pois, ao não estabelecer exigência de atestado médico declarando a condição subjetiva da mulher, o Conselho representativo da classe médica firmou entendimento importante acerca da necessidade de ponderar a inadequação da proteção absoluta dos interesses do feto desde a concepção. No primeiro trimestre da gestação, a capacidade decisória em relação à interrupção da gravidez deve ser totalmente determinada pelos valores éticos individuais da mulher e

por sua personalidade moral. É verdade que a manifestação dos Conselheiros chamou a atenção para o problema do aborto clandestino, sob o enfoque da saúde pública, mas o parâmetro fundamental para a recomendação a favor da sua legalização foi o respeito à vontade de mulher. A partir desse marco, os Conselhos Regionais de Medicina terão oportunidade de também discutir a questão, aprimorando os estudos médicos sobre os direitos da mulher. Igualmente, os congressistas levarão em conta novos argumentos acerca do aborto no debate sobre a reforma do Código Penal.

Em suma, até que a questão seja novamente objeto de deliberação política, tarefa primordial do Estado consiste no aperfeiçoamento dos serviços públicos de assistência médica e psicossocial às gestantes que optem por realizar o aborto, com o intuito de minimizar os riscos à sua saúde, incluindo-se o risco de morte. Por outro lado, isso, por si só, não resolve a contento o problema da insegurança do aborto, que receberia acomodação adequada por meio de descriminalização (TORRES, 2008 p. 7-11). Entretanto, não deixa de ser imprescindível o encaminhamento, na esfera do Poder Executivo, das medidas que José Torres reúne sob o nome de “programa de redução de riscos” (TORRES, 2008, p. 22).

7. Conclusão

O sistema jurídico brasileiro, que se defronta com a demanda da mulher pelo reconhecimento do direito ao aborto voluntário em caso de gravidez indesejada, não consegue solucionar o impasse, pela ausência de um processo de atualização dos dispositivos do Código Penal que tipificam a conduta como crime.

Na área executiva, os órgãos competentes são dotados de legitimidade para regulamentar a conduta médica nos respectivos serviços públicos, com vistas ao cumprimento da meta

²¹ Posição adotada pela entidade no “I Encontro Nacional de Conselhos de Medicina”, realizado em março de 2013, em Belém. Decidiu-se pelo envio de um parecer à comissão do Senado que analisa a reforma do Código Penal (PL 236/2012), contendo recomendação pela aprovação do projeto, na parte que concerne à descriminalização do aborto (ACAYABA, 2013).

da redução de riscos e da promoção da saúde integral da mulher. A consideração dos transtornos psíquicos advindos da imposição da maternidade não desejada é objeto de crescente interesse por parte do poder institucional, constituindo-se atualmente em uma categoria referencial na perspectiva da defesa da descriminalização do aborto. Entretanto, no âmbito das políticas públicas do governo, só é possível a tomada de medidas eficazes para o atendimento do aborto legal, permanecendo o aborto ilegal como uma realidade que desafia os postulados da segurança jurídica.

A conclusão mais direta desse estudo é a de que somente a descriminalização do aborto, com base nos critérios adotados pelos demais países democráticos, possibilitará a redução dos riscos à vida e à segurança da mulher. O que se promove por intermédio dos programas do governo se limita à orientação às gestantes quanto às consequências de sua opção pelo aborto ilegal.

Nesse quadro, a análise da proposta de reforma do Código Penal, na parte que concerne à criminalização do aborto, oferece mais uma oportunidade para o aperfeiçoamento dos direitos reprodutivos no Brasil e para a concretização das liberdades constitucionais fundamentais e, em especial, do direito à saúde. Os princípios da dignidade humana e da autonomia individual, inseridos no contexto do direito ao planejamento reprodutivo, são parâmetros racionais que devem conduzir o processo de deliberação política. Dessa forma, a consideração dos resultados das pesquisas relativas à mortalidade materna e à desproteção da integridade psíquica da mulher, advinda da obrigatoriedade da maternidade quando indesejada, traz para o centro da discussão o dever do Estado de garantir a saúde da mulher e a segurança jurídica dos procedimentos abortivos.

Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madri: Trotta, 2004.

ACAYABA, Cíntia. Conselho de Medicina defende liberação do aborto até a 12ª semana: entidade vai enviar parecer à comissão do Senado que reforma Código: pelo texto atual, aborto só é permitido em caso de risco à saúde e estupro. *G1 Política*, Brasília, 21 mar. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/03/medicos-defendem-liberacao-do-aborto-ate-12-semana-de-gestacao.html>>. Acesso em: 25 mar. 2013.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRADE, Laura Helena; VIANA, Maria Carmen; SILVEIRA, Camila Magalhães. Epidemiologia dos transtornos psiquiátricos na mulher. *Revista de Psiquiatria Clínica*, São Paulo, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.hcnet.usp.br/ipq/revista/vol33/n2/43.html>> Acesso em: 18 abr. 2012.

ANDRADE, Zenaide Tatiana Monteiro. Da efetivação do direito à saúde no Brasil. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XIV, n. 86, mar. 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9037>. Acesso em: 18 dez. 2012.

AQUINO, Estela M. L. Gênero e saúde: perfil e tendências da produção científica no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 40, n. especial, p. 121-32, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsp/v40nspe/30631.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

_____.; MENEZES, Greice. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 2, p. S193-S204, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/csp/v25s2/02.pdf>>. Acesso em: 18 dez. 2012.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. *Portal Marcelo Abelha*, Rio de Janeiro, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.marceloabelha.com.br/site/aluno.php>>. Acesso em: 20 dez. 2012.

BECK, Carmem Lúcia Colomé; BUDÓ, Maria de Lourdes Denardin; GONZALES, Rosa Maria Bracini. A qualidade de vida na concepção de um grupo de professoras de enfermagem: elementos para reflexão. *Rev. Esc. Enf. USP*, São Paulo, v. 33, n. 4, p. 348-54, dez. 1999.

BRASIL, Francisca Narjana de Almeida. O princípio da proibição do retrocesso social como efetividade da segurança jurídica. *DireitoNet*, São Paulo, nov. 2007. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3816/O-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social-co-mo-efetividade-da-seguranca-juridica>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

_____. *Magnitude do aborto no Brasil: aspectos epidemiológicos e sócio-culturais: abortamento previsto em lei em situações de violência sexual*. Brasília: Ministério da Saúde, 2008.

_____. *Caminhos do direito à saúde no Brasil*. Brasília, Ministério da Saúde, 2007. Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/Caminhos_do_Direitos_em_Sau-de_no_Brasil.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. Disponível em: <http://bvsm.sau.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>. Acesso em: 12 abr. 2012.

_____. *Política nacional de atenção integral à saúde da mulher: princípios e diretrizes*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

CANOTILHO, José Gomes. *Direito constitucional e teoria constitucional*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CHAZAN, Lilian Krakowski. *Fetos, máquinas e subjetividade: um estudo sobre a construção social do feto como pessoa através da tecnologia de imagem*. 2000. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Medicina Legal, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2000.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar.

COSTA, Judith Martins. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *R. CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2004. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/641/821>>. Acesso em: 2 dez. 2012.

COOK, Rebecca; HOWARD Susannah. Accommodating women's differences under the women's anti-discrimination convention. *Emory Law Journal*, Atlanta, v. 56, n. 4, p. 1039-1041, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1029375>>. Acesso em: 28 dez. 2012.

CUNHA, Anna Lúcia Santos. *Pessoa e direito, corpo e ciência: negociando significados e preceitos cosmológicos em torno da legalização do aborto*. 2007. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Antropologia Social, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível

em: <<http://www.openthesis.org/documents/Pessoa-e-direito-corpo-negociando-334434.html>>. Acesso em: 20 dez. 2102.

DINIZ, Débora; LIONÇO, Tatiana; CARRIÃO, Vanessa. *Laicidade e ensino religioso no Brasil*. Brasília: Letras Livres, 2010.

_____; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar.

_____. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? médicos, promotores e juízes em cena. *PHYSIS: Rev. Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 13- 34, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v13n2/a03v13n2.pdf>>. Acesso em: 4 abr. 2012.

_____; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 15, jun. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1413-81232010000700002&script=sci_arttext>. Acesso em: 20 maio 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justice for hedgehogs*. Cambridge: Harvard University, 2011.

_____. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

FOLHA DE S. PAULO. Governo estuda adotar medidas para a redução de danos para aborto ilegal: sistema de saúde teria que acolher mulher decidida a abortar e informá-la sobre riscos e métodos. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 jun. 2012. Disponível em: <<http://acervo.folha.com.br/fsp/2012/06/06>>. Acesso em: 6 jun. 2012.

FREITAS, Ângela. *Aborto: guia para profissionais de comunicação*. Recife: Grupo Curumim, 2011.

IM AIS – Instituto Mulher pela Atenção Integral à Saúde e Direitos Humanos. *Plataforma brasileira de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais*. Rio de Janeiro: IM AIS, 2011. Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos-site/file/UPR_sa%C3%BAde%20reprodutiva.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2012.

INSTITUTO PERNAMBUCANO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE (IPAS). *A realidade do aborto inseguro*. Pernambuco: IPAS, 2010. Disponível em: <<http://www.observatoriode-genero.gov.br/menu/noticias/a-realidade-do-aborto-inseguro/>>. Acesso em: 20 maio 2012.

MATOS, Murílio Castro de. *A criminalização do aborto em questão*. Coimbra: Almedina, 2010.

MARTINS, Alaerte Leandro. Mortalidade materna de mulheres negras no Brasil. *Caderno de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 11, p. 2473-2479, nov. 2006. Disponível em: <<http://www.scielosp.org/pdf/csp/v22n11/22.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

MEDEIROS, Patrícia Flores et al. O aborto e as políticas de atenção integral à saúde da mulher. *Pesquisa e Práticas Psicossociais*, São João Del Rei, v. 2, n. 1, p. 18-23, mar./ago. 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEEDLE, Rachel B.; WALKER, Lenore E. A. *Abortion counseling: a clinician's guide to psychology, legislation, politics, and competency*. New York: Springer, 2008.

NICOLAU JUNIOR, Mauro. Segurança jurídica e certeza do direito: realidade ou utopia num estado democrático de direito? *Universo Jurídico*, Juiz de Fora, ano XI, 14 de out. de 2004. Disponível em: <http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/1868/seguranca_juridica_e_certeza_do_direito_realidade_ou_utopia_num_estado_democratico_de_direito>. Acesso em: 2 dez. 2012.

NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto et al. Depressão, aspectos emocionais e sociais na vivência do aborto: comparação entre duas capitais brasileiras. *Revista da Associação Médica Brasileira*, São Paulo, v. 57, n. 6, p. 644-650, 2011.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro. Os direitos fundamentais à efetividade e à segurança em perspectiva dinâmica. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, Pernambuco, 2008. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/66>>. Acesso em: 20 nov. 2012.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Relatório sobre a saúde mental no mundo*. Genebra: OMS, 2001. Disponível em: <<http://www.dgs.pt/upload/membro.id/ficheiros/i006020.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2013.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais: direito estadual II*. Lisboa: Universidade Lusíada, 2008.

PIRES, Teresinha Inês Teles. Liberdade de Consciência, Liberdade de Crença e Pluralismo Político. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 49, n. 195, p. 53-63, jul./set. 2102.

SARLET, Wolfgang Ingo *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 12 jul. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54>. Acesso em: 20 nov. 2012.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. *Mundo Jurídico*, Rio de Janeiro, 28 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/contentemente/uploads/2012/09/Legalização-do-Aborto-versão-final.pdf>>. Acesso em: 24 mar. 2012.

_____. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Ana Maria Corbi Caldas. Articular saúde mental e relações de gênero: dar voz aos sujeitos silenciados. *Ciência e Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 14, n. 4, p. 1177-1182, 2009.

SEGRE, Marco; FERRAZ, Flávio Carvalho. O conceito de saúde. *Revista de Saúde Pública*, São Paulo, v. 31, n. 5, p. 538-542, 1997.

SILVA, José Afonso da. *Comentário contextual à Constituição*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Aborto inseguro: é necessário reduzir riscos. *Ações Afirmativas em Direito e Saúde*, Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <http://www.aads.org.br/arquivos/Torres_2008.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2012.

VANNOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1982.

ZOLO, Danilo. Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. In: FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Trotta, 2007.

_____. Teoria e crítica do estado de direito. In: _____. COSTA, Pietro. *O estado de direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.