

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, PESQUISA E PÓS GRADUAÇÃO

LAYZA QUEIROZ SANTOS

LARISSA PIRCHINER DE OLIVEIRA VIEIRA

MARIANA PRANDINI ASSIS FRAGA

THAIS LOPES SANTANA ISAÍAS

Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil: uma abordagem jurídica prática e crítica

Artigo apresentado no IX Encontro da ANDHEP - 2016: Direitos Humanos, Sustentabilidade, Comunidades Tradicionais e Circulação Global

MAIO

2016

Direitos sexuais e reprodutivos no Brasil: uma abordagem jurídica prática e crítica

Layza Queiroz Santos, Larissa Pirchiner de Oliveira Vieira, Mariana Prandini Assis Fraga, Thaís Lopes Santana Isaías¹

INTRODUÇÃO

A cada dois dias, uma brasileira (pobre) morre por aborto clandestino e essa é a quinta maior causa de morte materna. Mais de 250 mil por ano vão parar em hospitais por complicações no aborto inseguro.²

A iniciativa de escrever o presente trabalho veio de uma demanda concreta de um grupo de mulheres feministas que queria debater mais acerca dos temas de direitos sexuais e reprodutivos com enfoque na perspectiva jurídica. A falta de acesso à informação sobre o aborto motivou o acionamento do Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular, para esclarecer dúvidas relacionadas diretamente à legislação. A partir daí percebeu-se o quanto era preciso fazer uma abordagem jurídica, prática e crítica sobre o tema dos direitos sexuais e reprodutivos.

Segundo pesquisa recente do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mais de 8,7 milhões de brasileiras com idade entre 18 e 49 anos já tiveram pelo menos um aborto na vida e, desses, 1,1 milhão foram provocados³. A mesma pesquisa aponta que o aborto aqui tem cor e renda. No Nordeste, por exemplo, o percentual de mulheres sem instrução que promoveram a interrupção da gravidez é sete vezes maior que o de mulheres com superior completo. Entre as mulheres negras, o índice de abortos provocados é o dobro daquele verificado nas mulheres brancas.

Se por um lado esses dados são representativos apenas de uma parcela da realidade nacional, já que a criminalização dificulta o levantamento de números precisos, por outro, eles apontam para a necessidade de se lidar com a questão a partir das chaves da saúde pública e do exercício de direitos.

Mas não é essa a realidade que encontramos no Brasil. O aborto é crime, com exceção dos casos em que a gravidez é resultado de estupro, coloca em risco a vida da gestante, ou o feto é anencéfalo. No entanto, próprio aborto de anencéfalo, hoje permitido

¹ Advogadas do Coletivo Margarida Alves de Assessoria Popular.

² DIP, Andrea. Clandestinas. A Pública – Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo. 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>>.

³ Disponível em: <http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=12250>

a partir de uma construção jurisprudencial, na prática encontra uma série de empecilhos. A situação parece querer piorar quando se tem no Congresso Nacional representantes de setores conservadores da sociedade brasileira e que pretendem retirar até mesmo essas garantias mínimas com projetos de leis absurdamente ultrapassados.

A contrainformação produzida por grupos que se intitulam pró-vida, aliada à falta de políticas públicas que garantam os direitos sexuais e reprodutivos, fazem com que milhares de mulheres fiquem reféns de ações ilegais, muitas das vezes praticadas por profissionais da saúde, delegado (as), juízes (as) e promotores (as).

Ainda há muito o que se percorrer na luta pela legalização do aborto, mas não podemos permitir que nossos direitos, conquistados com muita luta, sejam cotidianamente violados.

Por essa razão, esse artigo pretende ser muito mais que instrumento informativo para mulheres que lutam pela legalização do aborto no Brasil do que um artigo acadêmico. Acreditamos que informação é poder, e é através do compartilhamento de nossos saberes que conseguiremos avançar na construção de um mundo onde justiça reprodutiva seja uma realidade.

1 ABORTO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E TRATADOS INTERNACIONAIS

Pode-se dizer que os direitos reprodutivos fazem parte dos direitos humanos e visam assegurar em primeiro lugar o direito à saúde que, no âmbito da legislação interna encontra-se no rol dos direitos sociais, no art. 6º da Constituição Federal. Além disso, cumpre citar o direito à autonomia e ao planejamento familiar previsto no art. 226., §7º da Constituição Federal.

No âmbito do direito internacional menciona-se que os órgãos internacionais de direitos humanos caracterizam as leis que criminalizam o aborto como discriminatórias, pois elas impõem uma barreira específica ao acesso das mulheres à saúde. De modo mais específico, vários desses órgãos já se manifestaram e decidiram sobre o aborto em diferentes situações e todas essas normatizações internacionais ou vinculam a atuação do estado brasileiro, pela assinatura de tratados e convenções, ou a orientam, por ser o Brasil parte da comunidade internacional.

Como exemplo, tem-se a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (ICPD), ocorrida no Cairo em 1994 que decidiu que o aborto legal deve ser seguro e acessível. Além disso, cita-se a Plataforma de Ação de Beijing, pactuada em 1995 na Quarta Conferência Mundial sobre as Mulheres que reafirmou o mesmo direito das mulheres ao aborto legal seguro e acessível.

O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW), das Nações Unidas, recomendou que os Estados removam todas as punições contra as mulheres que praticam aborto, e também que legalizem o aborto em algumas situações.

Além disso, a CEDAW já decidiu em um caso concreto que a negativa de acesso ao aborto em situação de risco à vida ou à saúde da mulher, ou quando a gravidez resulta de estupro ou incesto, viola os direitos da mulher à saúde, à privacidade e ao não tratamento cruel, desumano e degradante. Referido Comitê também já estabeleceu que "leis que criminalizem procedimentos médicos de que apenas as mulheres necessitam e que punam as mulheres que se submetam a esses procedimentos" (Recomendação Geral 24, 1999), como é o caso do aborto, constituem uma barreira ao acesso das mulheres à saúde. Mais recentemente, o Comitê pediu aos Estados integrantes das Nações Unidas "removam todas as medidas punitivas contra as mulheres que praticam aborto" (CEDAW/C/PER/CO/7-8, 2014).

O Comitê de Direitos Humanos da ONU também decidiu em um caso concreto que negar acesso ao aborto em situação de risco à vida ou à saúde da mulher, ou quando a gravidez resulta de estupro ou incesto, viola os direitos à saúde, à privacidade e, em certas situações, o direito de estar livre de tratamento cruel, desumano e degradante.

A Assembleia Geral das Nações Unidas revisou e avaliou a implementação do ICPD em 1999, e decidiu que "nas circunstâncias em que o aborto não é contra a lei, os sistemas de saúde devem treinar e equipar os prestadores de saúde e devem tomar outras medidas para assegurar que tal aborto seja seguro e acessível, medidas adicionais devem ser adotadas para salvaguardar a saúde das mulheres." (Resolução da Assembleia Geral S-21/2, 1999).

O Alto Comissariado das Nações Unidas também entendeu que "a despeito da legalidade do aborto, serviços humanizados pós aborto devem ser assegurados, incluindo orientação quanto a métodos contraceptivos para evitar gravidez não desejada." (A/HRC/18/27, 2011).

A Relatoria Especial da ONU sobre a Tortura também demandou que os "Estados assegurem às mulheres acesso a serviço médico emergencial, inclusive cuidado pós aborto, sem que nelas inflijam medo de sofrerem penalidades criminais ou repreensões." (A/HRC/22/53, 2013). Em relação ao aborto legal para proteger a vida ou a saúde da mulher, a saúde da mulher é entendida, pelos órgãos internacionais de direitos humanos, de modo amplo para incluir a saúde mental.

Apesar dessas normativas internacionais parecerem distantes de nossa realidade cotidiana, elas podem e devem ser utilizadas como ferramentas de luta e de defesa. Assim, há que se exigir do estado brasileiro que as políticas públicas relativas ao abortivo legal

sigam as orientações internacionais e que o aborto seja descriminalizado, também em atendimento às demandas dos órgãos externos.

Tais instrumentos devem também ser utilizados para acionar o judiciário internamente, e principalmente para recorrer aos órgãos julgadores internacionais, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (CEDAW) e o Comitê de Direitos Humanos, ambos da Organização das Nações Unidas.

2 ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

2.1 Aborto: uma leitura geral do Código Penal

O aborto é previsto enquanto crime e tipificado no Código Penal nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128. Esses artigos tratam do aborto provocado pela gestante com ou sem o seu consentimento, provocado por terceiro, suas formas qualificadas e exceções legais de permissão de realização do aborto. Assim, tem-se três figuras típicas de aborto: provocado (124), sofrido (125) e consentido (126). Na primeira figura a própria gestante realiza o abortamento, enquanto na segunda ela o desconhece e não o autoriza. Por fim, na terceira hipótese a gestante não provoca o aborto, mas consente que terceiro o realize.

Considera-se o bem jurídico tutelado a vida do ser humano em formação. Assim, não se protege a pessoa, posto que não há que se falar em pessoa quando se trata de feto ou embrião. Por isso inclusive que, nos termos do Código Penal, difere-se aborto de homicídio. Na tipificação do homicídio protege-se a pessoa humana. No aborto diz-se resguardar a vida em formação intrauterina. Para que se consume o aborto é necessário não somente a expulsão prematura do feto ou interrupção do processo de gravidez, mas as duas coisas seguidas de morte do feto. Pode ser utilizado qualquer meio capaz de interromper a gravidez, seja mecânico, orgânico, tóxico. Dentro do escopo legal, para que haja acusação da prática do aborto é necessário que se prove o estado fisiológico de gravidez, que o feto estava vivo ao tempo do aborto e que foi essa prática que gerou a morte do embrião por meio de perícia, bem como que o aborto foi provocado e não natural. Assim, o emprego de meios abortivos, por si só, seria insuficiente para se concluir com certeza a incidência em crime de aborto. Nesse sentido, importante destacar que a prova testemunhal é, portanto, insuficiente, sendo indispensável o exame de corpo de delito, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

É possível se falar em tentativa quando a morte do feto não ocorre por circunstâncias alheias a vontade do sujeito ativo, ou seja, aquele que pratica a conduta descrita nos artigos já mencionados. Também é importante ressaltar que não se admite o aborto culposos. Isso

porque o elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de interromper a gravidez.

A competência para julgar a prática do aborto, em se tratando de tipo enquadrado como crime doloso contra a vida, é do Tribunal do Júri. Passa-se então para uma abordagem mais apurada, nos termos do Código Penal.

Vale dizer que os meios preventivos e anticonceptivos não são abrangidos pelo conceito de aborto.

2.2 Abordagem detalhada dos artigos 124, 125 e 126 e algumas problematizações

O artigo 124 trata de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Esse artigo tipifica o crime de auto aborto, quando a própria gestante pratica a conduta, e o aborto consentido, quando a gestante consente validamente para que terceiro pratique a conduta. O sujeito ativo, ou seja, aquele que pode praticar o delito, no caso desse artigo é a gestante. Logo, trata-se de crime próprio.

Admite-se nesse tipo penal a possibilidade de participação. Contudo, a participação aqui se configurará a partir de atividade acessória, como em caso de indução ou auxílio à gestante para praticar auto aborto. O terceiro que realiza o aborto em si, participa de seus atos executórios, incorre como autor nos termos do artigo 126 e a gestante também como autora nos termos do artigo 124. Assim, o aborto consentido não admite coautoria entre terceiro e gestante. A pena aplicada é de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos. Pode ser utilizado qualquer meio capaz de interromper a gravidez, seja mecânico, orgânico, tóxico. Para que haja acusação da prática do aborto é necessário que se prove o estado fisiológico de gravidez através de perícia, bem como que o aborto foi provocado e não natural.

O artigo 125 trata de aborto provocado por terceiro sem consentimento:

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Esse tipo penal é também denominado de aborto sofrido e recebe punição mais grave, ou seja, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Aqui ou não se tem o consentimento real da gestante ou ela é menor de 14 anos, alienada ou débil mental, circunstâncias em que se presume a ausência de consentimento.

O sujeito ativo, ou seja, aquele que pode praticar o delito, nesse caso é a qualquer pessoa. Para que se considere que não houve consentimento não é necessário que o

aborto seja realizado mediante violência, simulação ou dissimulação para burlar a gestante. Basta que ela desconheça que nela está sendo praticado o aborto.

O art. 126 tipifica o crime de aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único - Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Aqui, como já dito, a gestante responde pelo tipo previsto no art. 124 e o terceiro por este tipo penal. O sujeito ativo nesse caso também pode ser qualquer pessoa.

No parágrafo único o legislador define os parâmetros de validade do consentimento da gestante, deixando claro que menores de 14 anos não têm capacidade para consentir no aborto, bem como gestante alienada ou débil mental. Também não será válida qualquer forma de consentimento viciado. Assim, nessas hipóteses o terceiro incorre no artigo 125, ou seja, aborto praticado sem consentimento da gestante.

Já o artigo 127 prevê a forma qualificada do tipo aborto:

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

A pena do terceiro que provocou o aborto com ou sem o consentimento da gestante, será aumentada de 1/3 se, em decorrência do aborto, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave, mesmo que tenha consentido no crime. Ainda, a pena será duplicada se da conduta resultar a morte da gestante.

A incidência da qualificante ocorre mesmo que o aborto não venha a se consumar, sendo suficiente que o resultado que gera majoração decorra de manobras abortivas. Não se enquadram aqui lesões corporais leves.

Antes de seguir na sequência do Código Penal importante trazer algumas questões subjacentes. Em primeiro lugar, vale repisar que quem instiga, aconselha, influencia na decisão do aborto não incide na figura de autor ou coautor do aborto. Existe a modalidade de partícipe no abortamento, como em casos de auxílio direto à mulher ou a terceiro, sem, contudo, participação material nas manobras abortivas. Nesse caso, existe a possibilidade de enquadramento nos artigos 124, 125 e 126 enquanto participante, nos termos do artigo 29 do Código Penal.

Contudo, imprescindível pontuar que a participação se dá em casos concretos. Falar sobre aborto abstratamente não dá subsídio para enquadramento nesses artigos como participante. Não há qualquer previsão expressa em separado que trate de instigação,

incentivo ou auxílio ao aborto. Portanto, o que se considera instigação, incentivo ou auxílio deve ser tratado como participação nos artigos 124, 125 e 126, e, portanto, como questão casuística, a ser analisado no caso concreto, carecendo inclusive das devidas provas. Nesses termos, não se pode considerar, portanto, falas públicas que tragam os mais diversos tipos de questões e problematizações sobre a criminalização do aborto, que se colocam a favor da descriminalização, etc., por si só como auxílio, instigação e incentivo, muito menos pretender-se enquadrá-las genericamente como participação em casos de aborto. Isso na verdade atacaria direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, quais sejam, direito à livre expressão, direito de manifestação, etc.

Fora do Código Penal, existe a contravenção penal de “anunciar meio abortivo”:

Lei de Contravenções Penais

Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena - multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros.

Considera-se contravenção de anúncio de meio abortivo fazer propaganda, divulgar meio abortivo publicamente, orientar as pessoas publicamente que há um medicamento com efeitos abortivos. Essa conduta é enquadrada como contravenção por ser considerada de menor grau ofensivo. A punição é pecuniária.

Assim, pode-se afirmar que a indução, auxílio ou instigação, bem como o anúncio de meio abortivo não estão previstos como tipos do Código Penal. Existe um Projeto de Lei 5069, proposto pelo deputado Eduardo Cunha que tenta enquadrar essas condutas enquanto crimes penais.

Outro ponto importante a ser trazido é que fornecer, vender meios abortivos não se enquadra nem nos artigos 124 a 127, nem na contravenção penal de anúncio de meio abortivo. Hoje, a venda de abortivos é ilegal, mas é enquadrada no rol dos crimes contra a saúde pública, como falsificação de medicamento ou sem registro da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa). Vejamos:

Código Penal

Art. 273 - Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais: (Redação dada pela Lei nº 9.677, de 2.7.1998)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A - Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico. (

§ 1º-B - Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I - sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II - em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III - sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização;

IV - com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V - de procedência ignorada;

VI - adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º - Se o crime é culposo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa. (...)

No concernente ao crime de aborto, a maioria dos casos não chega a condenação. No geral, poucos processos chegam à pronúncia para júri e têm decisão de mérito. No transcurso da ação por vezes ocorre alguma interferência processual, como suspensão condicional do processo, em que mulher tem que cumprir algumas condições durante determinado tempo e então o processo fica suspenso.

Contudo, é possível dizer que há um recorte socioeconômico das mulheres que chegam a processadas por aborto, mostrando também que a maioria deles é iniciado por denúncia do (a) médico (a) e da polícia militar em atendimentos de emergência. Ainda, que se por um lado os processos muitas vezes não chegam a condenações de mérito, por outro, essas mulheres processadas recebem duro tratamento da polícia e do judiciário. Ocorrem prisões em flagrante de mulheres em atendimentos de emergência, com casos de algemadas em hospitais, também de arbitramento de fiança fora das condições econômicas da mulher presas, etc. (DIREITO HUMANOS, PODER JUDICIÁRIO E SOCIEDADE, 2012).

Segundo matéria do ESTADÃO⁴, em 2014 as prisões por aborto ilegal no Brasil se concentram no Sudeste. O Rio tem 15 presas, São Paulo, 12, e Minas, uma. As demais denúncias foram registradas no Paraná (3) e no Distrito Federal (2). Acre, Maranhão, Rondônia, Tocantins e Roraima não informaram o número de denúncias. Todas as mulheres foram enquadradas no artigo 124 do Código Penal. Os perfis das réis têm semelhanças: jovens, negras, com pouca escolaridade e baixa renda.

Os dados sobre encarceramento feminino são pouco precisos quanto ao aprisionamento em razão de prática de aborto. Segundo estudo do Infopen (2014), a população carcerária cresceu 500% nos últimos 15 anos (37.380 mulheres). A maioria está

⁴ DIP, Andrea. Clandestinas. A Pública – Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo. 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>> .

encarcerada por tráfico (68%). 6% está encarcerada por crime contra a vida, não se especificando os casos por aborto.

3.2.1 A criminalização e o sigilo médico

Em 2014, em matéria já citada, o ESTADÃO divulgou dados que demonstravam que dos 1 milhão de abortos ilegais ocorridos no país, 33 viraram caso de polícia e a maioria das denúncias foi feita por médicos (as).

Os números de denúncias se mostram assustadores quando se tem a previsão do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1931/2009), de que os/as médicos/as devem guardar sigilo sobre as informações que detenham em razão do exercício de sua profissão.

É o que dispõe o art. 73, caput e parágrafo único no *Capítulo IX - SIGILO PROFISSIONAL* do referido Código⁵:

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente.

Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal.⁶

Ainda que se queira forçar uma situação e dizer que pelo justo motivo o (a) médico (a) poderia denunciar sua paciente com suspeita de ter cometido um aborto isso não seria possível, haja vista que conforme entendimento majoritário o justo motivo de que trata o Código de Ética Médica diz respeito, especialmente à situações que tragam risco para outros/as pacientes. O exemplo clássico de justo motivo é a moléstia grave ou transmissível por contágio, capaz de colocar em risco a vida do cônjuge ou sua descendência. Mesmo nessa hipótese devem ser esgotados os outros meios inidôneos para evitar a quebra do sigilo.

⁵ Tal proibição permanece quando se trata de paciente menor de idade:

É vedado ao médico:

Art.74.Revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente.

⁶ Nesse sentido, dispõe ainda o Código de Processo Penal: “Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.”

Além disso, corrobora com o argumento anterior o que está exposto no art. 66, da Lei de Contravenções Penais⁷ (Decreto-Lei 3.688/41) diz que o (a) médico (a) não podem comunicar às autoridades competentes crimes que tiveram conhecimento no exercício da medicina se a comunicação desse fato expuser seu paciente a procedimento criminal.

Em síntese, o sigilo médico é um dever legal e ético dos (as) médicos (as) e um direito da paciente. O Código de Ética Médica oferece destaque especial ao dever de sigilo chegando a dizer que este deve ser preservado mesmo após a morte da paciente. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA)

Mesmo nos casos em que o aborto configura como crime o (a) médico (a) deve preservar o sigilo profissional e não deve comunicar às autoridades, afinal médico (a) não é policial e conforme o já citado art. 66, da Lei de Contravenções Penais não deve comunicar às autoridades competentes crime que submeta sua paciente a procedimento criminal.

O dever de manutenção do segredo médico se justifica ainda pela necessidade da paciente em ter que confiar, irrestritamente no (a) médico (a), para que se possa estabelecer o melhor tratamento possível e com menos possibilidade de risco à saúde.

Não é demais lembrar que a violação de sigilo profissional, além de ser apurada no âmbito do Conselho Federal de Medicina⁸ configura crime previsto no art. 154, do Código Penal (Seção IV - Dos crimes contra a inviolabilidade dos segredos):

Violação do segredo profissional

Art. 154 - Revelar alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante representação.

Nada obstante, como já apontado o alarmante número de mulheres presas por aborto tem como maior fonte a denúncia de médicos (as) que deveriam ter o dever ético e legal de guardar o sigilo profissional.

⁷ Lei de Contravenções Penais:

CAPÍTULO VIII

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

⁸ A punição do âmbito do CFM pode variar entre advertência, até a suspensão por 30 dias ou a cassação do direito de exercer a função médica.

Não há, portanto, justificativa plausível para a quebra do sigilo médico nos casos de aborto. Embora se saiba que se trata de um tabu e que envolve questões subjetivas, morais e religiosas, o (a) médico (a) deve portar-se de forma profissional.

Por fim, caso não concorde com a prática por estar incumbido de uma questão moral, por vezes religiosa o (a) médico (a) poderia utilizar-se da objeção de consciência prevista no Código de Ética Médica como o direito do médico *Recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência*. (inciso IX, Capítulo II - Direitos dos Médicos). Ocorre que essa objeção não é aplicável quando: 1. haja ausência de outro médico na instituição; 2. em caso de urgência ou emergência, ou 3. quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.

Há que se tomar o devido cuidado, já que caso realize o procedimento e quebre o sigilo o (a) médico (a) pode incorrer no tipo previsto no art. 154, do Código Penal, mas caso alegue objeção de consciência nos casos em que isso não é permitido pode ser responsabilizado por omissão, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal.

3.3 Os casos legalmente permitidos de aborto

O artigo 128 do Código Penal prevê hipóteses em que o aborto é permitido. São elas o aborto necessário ou terapêutico, que ocorre nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante, e o aborto humanitário ou ético, que ocorre em situações em que a gravidez é consequência do crime de estupro. Vejamos os termos do Código Penal:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro (Aborto humanitário)

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Assim, nas hipóteses do artigo 128, o aborto poderá ser praticado por médico, auxiliado por sua equipe médica. Portanto, a enfermeira também não será punida, visto que a norma penal é extensiva a ela neste caso.

No caso do aborto necessário, são dois os requisitos simultâneos exigidos: o perigo da vida à gestante e que não haja outro meio de salvá-la. Assim, é condição restritiva e fundamental o risco iminente à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. Ainda, o aborto deve ser a única alternativa possível e viável para que se enquadre nesse permissivo legal, sob pena de punição em caso contrário.

Em se tratando de caso de perigo de vida, não é necessário o consentimento da gestante ou de seu representante legal, bem como o procedimento pode ser realizado mesmo que contra a vontade dela., me razão do iminente risco à vida. Ainda, na falta de médico, outra pessoa poderá realizar a intervenção fundamentada no estado de necessidade e estrito cumprimento de dever legal, artigos 23 e 24 do Código Penal.

Já nas circunstancias de aborto humanitário, o consentimento da gestante é obrigatório. Pelo Código Penal, não há limitação temporal para a grávida em razão de estupro decidir-se pelo abortamento. Apesar da necessidade de se provar que a gravidez resulta de estupro, de acordo com a jurisprudência, não é necessária a realização de Boletim de Ocorrência e exame de corpo de delito, sendo suficiente a declaração da mulher. Contudo, sabe-se que há hospitais que exigem, fora desse entendimento jurisprudencial. Ainda, caso as alegações da gestante sejam falsas, somente ela responderá criminalmente por isso, dentro do artigo 124, se for comprovada a falsidade de suas afirmações. A boa-fé do médico, enfermeiro ou quem realize o procedimento afasta sua criminalização.

Outra hipótese de exclusão de criminalização não prevista expressamente no Código, mas decorrente de entendimento jurisprudencial do STJ pacificado é o aborto de anencéfalo, cujo enquadramento é restritivo e sua realização prescinde de autorização judicial. Assim, os profissionais de saúde não podem exigir autorização do juiz para aborto de feto anencéfalo. O problema é que essa hipótese é também restritiva porque não se permite automaticamente o abortamento em razão de outras deficiências similares que também inviabilizam a vida, sendo exigido para essas outras deficiências autorização específica para o caso concreto.

3 DIREITOS DAS MULHERES QUE PRATICAM O ABORTO

Mesmo nos casos em que o aborto é criminalizado é preciso lembrar os direitos que as mulheres têm, em qualquer situação. Existem direitos e garantias fundamentais que a protegem do assédio da polícia, de médicos (as) ou de qualquer outra pessoa que tente dela extrair informações com o intuito de criminalizá-la.

Um desses direitos que entendemos é o chamado "direito a não autoincriminação", que decorre do direito à autodefesa e ampla defesa, sendo a última uma das garantias do devido processo criminal.

O direito a não autoincriminação significa que nenhuma mulher é obrigada a se autoincriminar ou a produzir prova contra si mesma. Assim, elas não poderiam por qualquer indivíduo, seja ele(a) autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação, declaração, dados, objetos, ou provas que possam a incriminar direta ou indiretamente. Essa garantia tem significado amplo, e engloba qualquer tipo de

manifestação (ativa) da mulher, seja documental, oral, material, corporal, ou puramente procedimental.

O direito a não autoincriminação incluiria ainda o direito ao silêncio (permanecer calada diante de qualquer autoridade); o direito de não colaborar com a investigação ou a instrução criminal; direito de não declarar contra si mesma; direito de não confessar; direito de declarar o inverídico, sem prejudicar terceiros; direito de não apresentar provas que prejudique sua situação jurídica e o direito de não produzir provas contra si mesma (inclusive de não participar ativamente de procedimentos probatórios incriminatórios e não ceder o seu corpo para a produção de prova que a incrimine).

Tudo isso é garantido pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso LXIII⁹), pela Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 8º, 2, g¹⁰) e pelo Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (artigo 14, 3, g¹¹). E esses direitos se aplicam tanto na fase de investigação (ou seja, perante a polícia e durante o inquérito) quanto na fase processual, perante um/a juiz/a, caso haja um processo criminal.

Muitas vezes, as mulheres sequer têm acesso a informação de que esses direitos existem e acabam por ter seus direitos violados, até os mais elementares deles: o acesso a um (a) advogado (a) ou Defensor (a) Público (a), ao devido processo penal e à ampla defesa e contraditório, nos termos do resguardado pela Constituição e mesmo tratados internacionais (artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal¹², artigo 8º, 2, e, da Convenção

⁹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

¹⁰ Artigo 8. Garantias judiciais
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

¹¹ ARTIGO 14
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:

g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

¹² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Americana de Direitos Humanos¹³, e artigo 14, 3, d¹⁴ do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto de surto de Zica, faz-se necessário a retomada de debates ainda incipientes na sociedade como o dos direitos sexuais e reprodutivos. No decorrer do texto, notou-se que embora as mulheres tenham alguns direitos e garantias mínimas, como por exemplo, todo uma gama de normas internas que resguardem a dignidade humana e tratados internacionais que garantam o direito ao acesso ao aborto, o tema ainda é tabu na sociedade, fazendo com que, especialmente profissionais da saúde criem uma série de empecilhos para a realização de certos procedimentos que acabam por violar o direito das mulheres.

A legislação interna, traz proibição expressa com relação ao aborto, mas resguardar o direito de realizá-lo em alguns casos. Embora exista toda uma luta dos movimentos feministas para a ampliação dos direitos das mulheres, no atual contexto vivido no país, o que se percebe é uma tentativa de retirada deles, especialmente pelos conhecidos projetos de lei do Deputado afastado Eduardo Cunha.

Apenas a título de exemplos emblemáticos desses projetos ameaçadores são o Projeto de Lei 5069/2013, do deputado Eduardo Cunha, e Projeto de Lei 478/2007 (Estatuto do Nascituro), dos deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, com aprovação do Deputado Eduardo Cunha.

O primeiro visa acrescentar o artigo 127-A ao Código Penal brasileiro, para criminalizar também o anúncio de

“(...) processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto, induzir ou instigar gestante a usar substância ou objeto abortivo, instruir ou orientar gestante sobre como praticar aborto, ou prestar-lhe qualquer auxílio para que o pratique”.

¹³ Artigo 8. Garantias judiciais
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei

¹⁴ ARTIGO 14
3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias:
d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo.

A pena prevista para o novo crime é de quatro a oito anos, aumentada de um terço caso a gestante seja menor. Trocando em miúdos, a legislação proposta criminaliza toda e qualquer pessoa que instrua uma mulher decidida a fazer um aborto, informando-a acerca de procedimentos ou substâncias de que possa se valer. Essa conduta, como abordamos, até então não é tida como crime, mas tão somente contravenção penal.

A previsão se estende mesmo para os casos de violência sexual, tendo sido proposta também alteração da Lei 12.845 que dispõe sobre o atendimento obrigatório e integral de pessoas em situação de violência sexual. Ou seja, não basta impedir que a mulher tenha acesso a um aborto seguro, quer-se agora impedi-la também de acesso à mera informação.

O segundo Projeto de Lei que é mais conhecido como “estatuto do nascituro” ou “bolsa estupro”, e constitui uma das maiores ameaças ao direito ao aborto para as mulheres. De acordo com o PL, o nascituro seria considerado um ser humano, sujeito de direitos fundamentais. O PL é visto por muitos como inconstitucional, pois a Constituição Federal não previu direitos fundamentais ao nascituro, razão pela qual uma lei inferior não poderia fazê-lo.

O atual contexto político em que vivemos no país assinala para a tentativa cada vez mais forte de retirada de direito das mulheres restrição ainda maior dos tímidos direitos sexuais e reprodutivos existentes na nossa legislação e conquistados a partir de muita luta.

Não é demais lembrar que enquanto parlamentares conservadores querem fazer emplacar seus pensamentos e ideologias conservadoras continua morrendo no Brasil a cada dois dias, uma brasileira, vítima do aborto ilegal, conforme estimativa da Organização Mundial de Saúde (OMS).

Nesse sentido, é que com o presente texto buscou-se contribuir para a retomada do debate sobre os direitos sexuais e reprodutivos seja junto à sociedade civil, seja na academia. A proposta foi ainda proporcionar que este seja um instrumento informativo para mulheres que lutam cotidianamente para a garantia de seus direitos. Aprofundar o debate sobre o tema deverá ser desafio dos próximos textos.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>, Acesso em: 15 de maio de 2015.

BRASIL, Decreto-Lei 2.848/40. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL, Decreto-Lei 3.688/41. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3688.htm>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL, Decreto-Lei 3.689/41. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL. Decreto 562/92. Atos Internacionais. Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 478/2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

BRASIL. Projeto de Lei 5069/2013. Acrescenta o art. 127-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565882>, Acesso em: 15 de maio de 2016.

CLAM. Disponível em: <<http://www.clam.org.br/destaque/conteudo.asp?cod=12250>>, Acesso em: 01 de abril 2016.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução 1.931/2009. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2009/1931_2009.htm>, Acesso em 15 de maio de 2016.

DIP, Andrea. Clandestinas. A Pública – Agência de Reportagem e Jornalismo Investigativo. 17 de setembro de 2013. Disponível em: <<http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/>>, Acesso em: 15 de maio de 2015.

DIREITO HUMANOS, PODER JUDICIÁRIO E SOCIEDADE. Relatório final Mulheres incriminadas por aborto no RJ: diagnóstico a partir dos atores do sistema de justiça. Grupo de Pesquisa– UERJ IPAS Brasil, 2012. Disponível em <http://www.apublica.org/wp-content/uploads/2013/09/Relat%C3%B3rio-FINAL-para-IPAS.pdf>. Último acesso: 16.05.2016.

INFOPEN MULHERES. Levantamento Nacional de informações penitenciárias, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/estudo-traca-perfil-da-populacao-penitenciaria-feminina-no-brasil/relatorio-infopen-mulheres.pdf>>, Acesso em: 16 de maio de 2016.

MACIEL, Edgar. De 1 milhão de abortos no Brasil, 33 viraram casos de polícia em 2014. Estadão. 20 de dez. de 2014. Disponível em: <<http://saude.estadao.com.br/noticias/geral,de-1-milhao-de-abortos-ilegais-no-pais-33-viraram-casos-de-policia-em-2014,1610235>>, Acesso em: 15 de maio de 2016.