

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

BIOÉTICA E BIODIREITO:
discursos jurídicos acerca do aborto por grave anomalia fetal

PAULA PINHAL DE CARLOS

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo, fevereiro de 2007.

PAULA PINHAL DE CARLOS

BIOÉTICA E BIODIREITO:
discursos jurídicos acerca do aborto por grave anomalia fetal

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo, fevereiro de 2007.

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

C284a Carlos, Paula Pinhal de
Bioética e biodireito: discursos jurídicos acerca do aborto por
grave anomalia fetal / por Paula Pinhal de Carlos. -- 2007.
152 f. ; 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, Ciências
Jurídicas”.

1. Direito - Aborto. 2. Decisão judicial - Aborto - Grave
anomalia fetal. 3. Discurso jurídico - Direito da gestante. 4.
Bioética. I. Título.

CDU 343.62

Catalogação na Publicação:
Bibliotecária Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Bioética e biodireito: discursos jurídicos acerca do aborto por grave anomalia fetal”, elaborada pela aluna Paula Pinhal de Carlos, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de fevereiro de 2007.

Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo
do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto

Membro: Dra. Gisela Maria Bester

Membro: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

DEDICATÓRIA

Aos meus pais que, como professores, foram os responsáveis pelo despertar do meu interesse pela vida acadêmica.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Dr. Vicente de Paulo Barretto, por todo o aprendizado nesses dois anos do curso de Mestrado e, sobretudo, por ter sempre incentivado os alunos a sustentar suas próprias idéias.

Ao Diogo, namorado e melhor amigo, que, mais do que nunca, se revelou um grande companheiro, apoiando-me em todos os momentos, compreendendo as ausências, incentivando o alcance dos objetivos traçados e compartilhando comigo todas as vitórias.

À Taysa, que, como colega, sempre esteve disposta a discutir minhas idéias durante a execução deste trabalho, bem como a ler e tecer valiosas sugestões à sua versão final e, que, como grande amiga, socorreu-me em todos os momentos de “crise existencial”, mesmo à distância.

À Profa. Dra. Maria Cláudia Crespo Brauner, responsável pela minha iniciação científica, a quem devo meu início nos estudos de gênero, bioética e direitos humanos.

RESUMO

A partir do advento de novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, passou a ser possível a identificação intra-uterina de graves anomalias fetais. Contudo, o avanço da Medicina ainda não permite, na grande maioria das vezes, a disponibilização de tratamento para essas enfermidades. Por isso, o aborto adquire um sentido diferenciado, na medida em que se coloca como a única opção disponível para amenizar o sofrimento daqueles, gestantes ou casais, que, diante da impossibilidade de sobrevivência do feto após o nascimento, afirmam não poder suportar levar a termo a gravidez. Isso se reflete também no âmbito jurídico, principalmente por meio das ações judiciais que demandam autorização para a realização do aborto. Diante da ausência de regulamentação legal da questão, a resposta tem sido dada pelo Poder Judiciário. O objetivo principal deste trabalho é o de verificar quais são os discursos jurídicos proferidos sobre o tema, bem como o de compreender os significados que engendram esses mesmos discursos, dando-se especial ênfase à questão da gestante. Como objetivos específicos, cabe citar: a realização de um estudo histórico referente ao aborto, a averiguação das questões éticas suscitadas diante da aplicação das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, o exame do conteúdo dos princípios e direitos constitucionais que dizem respeito ao tema, a análise dos projetos de lei em tramitação no Brasil, a realização de um estudo de jurisprudência, a apreciação dos argumentos suscitados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a verificação da abrangência do conceito de gênero, a compreensão da maternidade como uma importante constituinte do gênero feminino, e suas conexões com a maternidade, a observação do processo de reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos e, por fim, a investigação do conteúdo ideológico do Direito. Como metodologia, recorreu-se à pesquisa bibliográfica descritiva de caráter interdisciplinar, abrangendo não só a área jurídica, mas também a História, a Filosofia, a Saúde, a Bioética, a Antropologia e a Sociologia. Foi efetuada também pesquisa documental, envolvendo tratados e convenções internacionais, leis, projetos de lei, ações e decisões judiciais. Percebe-se que os discursos jurídicos proferidos acerca da gestante nos casos de aborto por grave anomalia fetal têm profundas conexões com o papel de gênero feminino tido por ideal, especialmente com a relevância que a maternidade adquire no exercício desse papel. Dessa forma, se a maternidade é representada como destino biológico, o aborto significa a negação da própria natureza feminina. Além disso, o aborto, nos casos de grave anomalia fetal, contraria o ideal do instinto maternal, na medida em que demonstra o caráter cultural do amor incondicional da mãe pelo filho e dos sacrifícios que fariam parte do exercício da maternidade. No caso da reprodução dessas noções pelo Direito, verifica-se que isso é devido ao fato de que ele se constitui num fenômeno ideológico, permitindo a manutenção de um determinado *status quo* e operando como produtor e reproduzidor de verdades. Assim, verifica-se que a liberdade da gestante não é passível de legitimação jurídica, pois ela não é considerada como sujeito moral, capaz de realizar escolhas no campo da reprodução.

Palavras-chave: aborto. grave anomalia fetal. gestante.

ABSTRACT

From the advent of new technologies of prenatal diagnosis, it started to be possible the intrauterine identification of serious foetus anomalies. However, the improvement of Medicine still does not allow, most of the times, the availability of treatment for these diseases. Consequently, the abortion acquires another sense, because it leads to the only available option to reduce the suffering of the pregnant or couples, who has to face the impossibility of the foetus survival after the birth and do not consider themselves able to bear and take pregnancy to the term. This fact also reflects in the legal area, mainly considering the legal actions that demand authorization for abortion accomplishment. Because there is no legal regulation for this question, the answer has been given by the Court. The main objective of the present work is to verify what are the pronounced legal speeches regarding the subject, as well as to comprehend the meanings that are behind these speeches, giving special emphasis to the pregnant issue. As specific objectives, it is possible to quote: the accomplishment of a historical study concerning abortion, the ascertainment of bioethical questions generated by the use of new technologies of prenatal diagnosis, the content examination of the principles and constitutional rights concerning the theme, the analysis of the law projects in course in Brazil, the accomplishment of a jurisprudence study, the appreciation of the arguments generated by “Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental” nº 54, the verification of the gender concept wide-ranging, the understanding of maternity as an important constituent part of the female gender, the observation of the recognition process of sexual and reproductive rights and, finally, the inquiry of the ideological content of the Law. The methodology used was a descriptive and interdisciplinary bibliographical research, including not only the legal area, but also History, Philosophy, Health, Bioethics, Anthropology and Sociology. It has been also done a documentary research, involving treats and international conventions, laws, law projects, actions and sentences. It has been perceived that the pronounced legal speeches concerning the pregnant in cases of abortion for serious foetus anomaly have deep connections with the ideal female gender role, specially with the relevance that maternity acquires in this role exercise. Therefore, if maternity is represented as a biological destination, abortion means the denial of the female nature itself. Moreover, the abortion, in cases of serious foetus anomaly, opposes the ideal of maternal instinct, because it shows the cultural side of unconditional love given by the mother to her child and the sacrifices that would be part of the maternity exercise. In case of reproduction of these notions by the Law, it is verified that it happens due to the fact that it consists in an ideological phenomenon, allowing the maintenance of a determined *status quo* and operating as a producer and reproducer of truths. Thus, it has been verified that the pregnant freedom cannot be legitimized because the pregnant is not considered a moral subject, capable of making choices in reproduction field.

Keywords: abortion. serious fetal anomaly. pregnant.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O ABORTO NA HISTÓRIA E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL	15
2.1 BREVE HISTÓRICO DO ABORTO NO OCIDENTE	15
2.1.1 O Aborto no Século XIX	16
2.1.1.1 O Processo de Medicalização da Saúde	16
2.1.1.2 A Valorização da Maternidade	18
2.1.1.2 A Prática do Aborto	20
2.1.2 Revolução Sexual, Contracepção e Aborto a partir dos Anos 1960	23
2.1.2.1 Estados Unidos e Europa	24
2.1.2.1.1 Modificações sociais a partir da possibilidade de controle da fecundidade	24
2.1.2.1.2 A emergência do movimento feminista	26
2.1.2.1.3 Aborto	27
2.1.2.2 Brasil	32
2.1.2.2.1 Movimento feminista e ditadura militar	32
2.1.2.2.2 Controle da fecundidade e aborto	33
2.2 AS NOVAS TECNOLOGIAS DE DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL E A DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO: O CASO DAS GRAVES ANOMALIAS FETAIS	35
2.2.1 A Aplicação do Conceito de Pessoa ao Feto Portador de Grave Anomalia	38
2.2.1.1 Relevância da Questão	38
2.2.1.2 O Feto pode ser Considerado Pessoa?	40
2.2.1.3 Viabilidade e Graves Anomalias Fetais	44
2.2.1.4 A Controvérsia acerca do Aborto é Solucionada mediante a Resposta à Questão <i>o Feto é Pessoa?</i>	45
2.2.2 Sacralidade da Vida versus Qualidade de Vida	49
2.2.3 O Aborto por Grave Anomalia Fetal enquanto Procedimento Eugênico	53
3 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO BRASILEIROS	58
3.1 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E O PODER LEGISLATIVO ..	59
3.1.1 Constituição Federal	59
3.1.1.1 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Constitucional Fundamental	61
3.1.1.1.1 O caráter de princípio jurídico	61
3.1.1.1.2 Conteúdo ético da dignidade da pessoa humana	62
3.1.1.1.3 Conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana	63
3.1.1.2 Os Direitos Fundamentais	65
3.1.1.2.1 O direito à vida	67
3.1.1.2.2 O direito à liberdade	68
3.1.1.2.3 O direito à saúde	70
3.1.2 Projetos de Lei	72

3.2 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E O PODER JUDICIÁRIO	74
3.2.1 O Discurso dos Julgadores nos Acórdãos de Aborto por Grave Anomalia Fetal	75
3.2.1.1 Linguagem Jurídica e Definições Persuasivas	76
3.2.1.2 Definições Persuasivas nos Acórdãos Coletados	78
3.2.1.2.1 Definições persuasivas referentes ao Direito	80
3.2.1.2.2 Definições persuasivas referentes ao feto	80
3.2.1.2.3 Definições persuasivas referentes à gestante	81
3.2.1.2.4 A visão do Poder Judiciário acerca da gestante	87
3.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54	90
4 MULHER, MATERNIDADE E ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL	94
4.1 MULHER, GÊNERO E DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS	94
4.1.1 Conceito de Gênero	94
4.1.2 A Maternidade como Constituinte do Gênero Feminino	98
4.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS	104
4.2.1 Conceituando Direitos Sexuais e Reprodutivos	105
4.2.1.1 Surgimento da Noção de Direitos Reprodutivos	107
4.2.1.2 Surgimento da Noção de Direitos Sexuais	108
4.2.2 Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Sexuais e Reprodutivos	110
4.2.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres	110
4.2.2.2 Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos	111
4.2.2.3 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher	111
4.2.2.4 Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento	111
4.2.2.5 Quarta Conferência Mundial da Mulher	113
4.2.3 Proteção dos Direitos Sexuais e Reprodutivos no Direito Brasileiro	114
4.3 NOTAS SOBRE A VINCULAÇÃO ENTRE DIREITO E IDEOLOGIA	116
4.3.1 Conceituando Ideologia	116
4.3.2 O Direito como Fenômeno Ideológico	121
4.3.3 Maternidade e Escolhas Reprodutivas	125
5 CONCLUSÃO	131
REFERÊNCIAS.....	138

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho trata do aborto¹ em decorrência de grave anomalia fetal, sendo restrito às patologias letais, que podem ser abrangidas pelo conceito de inviabilidade, sendo consideradas irreversíveis e comprometendo funções vitais, o que necessariamente gera a morte do recém-nascido muito pouco tempo após o parto. Busca-se estudar sobretudo as questões relativas à gestante.

O objetivo principal é o de verificar quais são os discursos jurídicos proferidos sobre o tema, bem como o de compreender os significados que engendram esses mesmos discursos. Como objetivos específicos, cabe citar: a realização de um estudo histórico referente ao aborto; a averiguação das questões éticas suscitadas diante da aplicação das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal; o exame do conteúdo dos princípios e direitos constitucionais que dizem respeito ao tema; a análise dos projetos de lei em tramitação no Brasil; a realização de um estudo de jurisprudência; a apreciação dos argumentos suscitados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54; a verificação da abrangência do conceito de gênero; a compreensão da maternidade como uma importante constituinte do gênero feminino; a observação do processo de reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos e, por fim, a investigação do conteúdo ideológico do Direito.

Para tanto, realizou-se pesquisa bibliográfica descritiva, a qual, em virtude da complexidade do tema, demandou uma abordagem interdisciplinar, recorrendo-se à bibliografia não só da área jurídica, mas também da História, da Filosofia, da Saúde, da Bioética, da Antropologia e da Sociologia. Foi efetuada também pesquisa documental, envolvendo tratados e convenções internacionais, leis, projetos de lei, ações e decisões judiciais.

O avanço da ciência permitiu o surgimento de novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, passando a ser possível a identificação intra-uterina de graves anomalias fetais. No entanto, essa situação gerou um paradoxo, na medida em que, na grande

¹ Embora o termo médico correto seja *abortamento*, optou-se neste trabalho pelo emprego do vocábulo *aborto*, já que, além de ser esta a expressão mais comumente utilizada nos mais diversos âmbitos científicos, também está em conformidade com a conceituação jurídica.

maioria das vezes, não há tratamento disponível para essas enfermidades. Dessa forma, a interrupção da gestação coloca-se como a única opção disponível para amenizar o sofrimento da gestante (ou do casal) que afirma não poder suportar levar a termo a gravidez, sabendo que seu filho não possui chances de sobrevivência.

Diante desse avanço da Medicina, percebe-se também reflexos no âmbito jurídico. Isso se dá sobretudo por meio das ações judiciais postulando a concessão de alvarás que autorizem a realização do aborto. Diante da ausência de regulamentação da questão, já que o Código Penal, que disciplina as práticas abortivas no país, é de 1940, época em que não era possível realizar o diagnóstico pré-natal dessas graves malformações, as pessoas buscam se socorrer do Poder Judiciário, que adquire, aqui, um papel fundamental.

Num primeiro momento, tentar-se-á demonstrar, a partir de um resgate histórico, a polêmica que tem envolvido a temática do aborto. Para tanto, será focalizado o Ocidente e, especificamente, três momentos históricos: o século XIX, o período posterior aos anos 1960 e o que engloba o final do século XX, quando se verifica um maior desenvolvimento e a difusão das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal.

A escolha pela Idade Moderna foi efetuada porque, com o seu início, o processo de medicalização da saúde insere mudanças substanciais. Assim, também os cuidados com a gestação passam a ficar a cargo dos médicos, e não das parteiras, dissolvendo-se as redes de solidariedade femininas, responsáveis pela difusão de métodos abortivos. Com o aumento do poder dos médicos o aborto, assunto antes privado, torna-se público, passando a ser mais perseguido. Nesse período o aborto adquire outro sentido, pois, diante da nova lógica da família nuclear, passa a ser utilizado como controle da fecundidade e no interior das relações conjugais.

Na segunda metade do século XX, percebe-se a instauração de processos descriminalizatórios do aborto nos Estados Unidos e em muitos países europeus, sendo que a análise deste trabalho será restrita aos Estados Unidos e à França. Esse fato tem profunda conexão com o advento dos métodos contraceptivos eficazes, como a pílula anticoncepcional. Propicia-se, dessa forma, a ocorrência de uma revolução sexual, com a possibilidade de dissociar sexo de reprodução. Paralelo a isso, emerge a segunda onda do

movimento feminista, composta por mulheres que reivindicavam autonomia corporal, inclusive no que dizia respeito ao aborto. Analisar-se-á também os reflexos dessas modificações sociais no Brasil, verificando de que forma as reivindicações relativas à contracepção e ao aborto foram aqui inseridas, especialmente diante do momento histórico presenciado, qual seja, o regime militar.

Após isso, serão averiguados os principais complicadores trazidos pelas novas tecnologias de diagnóstico pré-natal à já polêmica discussão sobre o aborto. Com isso, serão analisados também não só o impacto do advento dessas novas tecnologias, mas outras questões pertinentes ao aborto em caso de grave anomalia fetal, tais como a extensão do conceito de pessoa, o critério de inviabilidade e a aplicação das noções de qualidade de vida e eugenia a esse tipo de interrupção da gestação.

Passado o estudo de questões históricas, referentes ao século XIX e aos anos 1960, e bioéticas, relativas ao advento das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, dar-se-á início ao estudo jurídico do tema, tendo-se por base aspectos legislativos e judiciais concernentes ao aborto por malformação fetal grave. Num primeiro momento, verificar-se-ão os dispositivos constitucionais atinentes à questão. A análise da Constituição torna-se indispensável diante da presença de uma lacuna na legislação penal, não contemplando, nas excludentes do crime do aborto, os casos de patologias consideradas letais. Serão apreciados, também, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional sobre o aborto por grave anomalia fetal.

Quanto à atuação do Poder Judiciário, inicialmente expor-se-ão os resultados de uma pesquisa de jurisprudência realizada em alguns Estados do país, objetivando-se a visualização das tendências discursivas relativas ao Direito, ao feto e à gestante, o que será feito por meio de um estudo de linguagem jurídica. Com isso, tentar-se-á demonstrar qual é a visão que os julgadores possuem acerca da gestante de feto portador de grave anomalia que deseja realizar um aborto. Por fim, proceder-se-á à averiguação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, repercutida nacionalmente, já que levou à apreciação do Supremo Tribunal Federal a questão do aborto devido à anencefalia fetal. Assim, serão analisados os principais argumentos trazidos pela peça processual.

No último capítulo, com base nas considerações feitas principalmente à atuação judicial no julgamento dos alvarás que postulam a realização do aborto, tentar-se-á identificar os porquês das tendências discursivas encontradas em relação à gestante. Isso se dará a partir da compreensão de que as preocupações relativas à mulher são parte fundamental do problema do aborto.

Para tanto, iniciar-se-á com a exposição do conceito de gênero, o qual é imprescindível para a análise de questões que envolvem as mulheres, tal como o aborto por grave anomalia fetal. Isso porque é a partir de uma perspectiva de gênero que será possível compreender o papel que a cultura tem sobre a produção da feminilidade, bem como que esse construto social pode ser naturalizado, o que faz com que ele passe despercebido, sendo visto como imutável.

A partir da verificação da construção do papel social de gênero feminino, necessitar-se-á estudar a relevância da maternidade. Isso será necessário para verificar se, devido ao fato de a gestação consistir num processo biológico exclusivamente feminino, ela pode fazer com que a maternidade seja tida como o aspecto central da vida das mulheres, o que poderia justificar os sacrifícios necessários ao exercício desse destino biológico. Ademais, procurar-se-á compreender o significado que o aborto pode ter se a maternidade é visualizada como constituinte do gênero feminino.

Em contraposição ao exposto, entendendo a maternidade não como destino natural, mas como escolha, caberá expor a noção de direitos sexuais e reprodutivos. Ela denota a rejeição à compreensão da sexualidade e da reprodução como intrínsecas ao âmbito da natureza, o que faz com que esses processos sejam passíveis da racionalidade do Direito. Dessa forma, expor-se-á o processo de reconhecimento desses direitos, demonstrando-se, também, de que forma eles estão garantidos, seja pelo Direito Internacional ou Brasileiro.

Ao perceber-se que os discursos jurídicos estão fortemente atrelados à naturalização da maternidade, será preciso tratar da vinculação entre Direito e ideologia. Consistindo a ideologia numa forma de dominação, que opera de maneira velada, produzindo verdades, tal noção pode estar vinculada ao Direito. Portanto, procurar-se-á verificar se o Direito consiste num fenômeno ideológico, o que faria com

que ele reproduzisse desigualdades e estereótipos presentes em nossa sociedade. Tratar-se-á, então, de aplicar tal noção aos discursos relativos ao aborto por grave anomalia fetal.

É com base nesses discursos que será problematizada, conclusivamente, a efetividade do *status* de sujeito da gestante, sobretudo com base nas poucas considerações relativas à sua liberdade e à necessidade da utilização do critério de inviabilidade, como forma de desqualificar o feto, para que sejam tecidas considerações a seu respeito.

2 O ABORTO NA HISTÓRIA E O IMPACTO DAS NOVAS TECNOLOGIAS DE DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL

Nesse primeiro momento, tentar-se-á, a partir de um resgate histórico, demonstrar o impacto das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal nas já polêmicas discussões acerca do aborto. Para tanto, realizar-se-á um breve histórico do aborto no Ocidente, privilegiando dois momentos: o século XIX e o período a partir dos anos 1960. Posteriormente, adentrar-se-á na questão específica do aborto por graves malformações fetais, suscitada a partir do advento de novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, a qual traz consigo diversos complicadores, tais como as questões relativas à aplicação do conceito de pessoa ao feto, bem como a emergência dos temas da qualidade de vida e da eugenia.

2.1 BREVE HISTÓRICO DO ABORTO NO OCIDENTE

O aborto é algo que parece ter sido praticado em todos os tempos e nos mais diversos locais. A regulamentação sobre sua prática, no entanto, seja ela com base na moralidade da sociedade em que é verificada, ou mesmo no Direito, é que é diferenciada. Em conformidade com Junges, grande parte dos filósofos gregos aprovava o aborto por motivos eugênicos ou demográficos. Na Roma Antiga, os pais tinham o poder decidir sobre a vida ou morte de seus filhos. Na Idade Média, era feita uma divisão entre fetos não-animados e animados, sendo apenas a expulsão dos últimos considerada como aborto (2006, p. 150).

Embora a prática do abortamento seja muito antiga, perdendo-se no tempo (PEDRO, 2003a, p. 21), serão analisados aqui somente dois momentos históricos específicos do aborto no Ocidente, quais sejam, o século XIX e o período dos anos sessenta do século XX. É na Idade Moderna que se insere uma mudança substancial, com o processo de medicalização da saúde, o que culmina também no maior desenvolvimento da ginecologia e da obstetrícia. A mulher passa a ser mais estudada e os cuidados com a gestação deixam, pouco a pouco, de ficar a cargo das parteiras, passando ao poder dos médicos. Com isso, práticas abortivas comumente empregadas não são mais tão acessíveis às gestantes, com a dissolução das redes de solidariedade femininas. O que é relativo à saúde feminina passa ao domínio homens, que exercem seu poder sobre os corpos femininos por meio da Medicina.

O período histórico posterior aos anos 1960, por sua vez, traz consigo uma verdadeira revolução, sendo possível verificar diversas transformações sociais. Novamente a Medicina está presente, pois é sobretudo a partir da possibilidade de utilização de métodos contraceptivos mais eficazes, especialmente da pílula anticoncepcional, que é possível verdadeiramente separar sexo de procriação. Num período de grande efervescência cultural, em que estão presentes manifestações sobre direitos civis de minorias, o feminismo adquire

visibilidade, colocando o direito ao aborto, bem como à contracepção, como formas de assegurar a não ingerência sobre os corpos das mulheres. Nesse contexto, visualiza-se, nos Estados Unidos e em alguns países europeus, legislações mais brandas a respeito dessa prática.

2.1.1 O Aborto no Século XIX

Durante o século XIX, o aborto passa a ter um caráter diferenciado: diante da nova lógica da família nuclear, dotada de um menor número de filhos, é visto também como uma forma de controle da fecundidade, utilizado no interior das relações conjugais. As práticas abortivas nesse período histórico não podem ser analisadas, no entanto, sem o estudo de dois processos importantes e que afetaram sobremaneira a vida das mulheres da época, que são a medicalização da saúde e a valorização da maternidade.

2.1.1.1 O Processo de Medicalização da Saúde

O processo de medicalização da saúde, verificado na Idade Moderna, teve grande influência na publicização da prática do aborto nas sociedades européias ocidentais. Nesse contexto, verifica-se o exercício de um controle, por parte de uma Medicina institucionalizada, dos corpos femininos, com especial atenção à saúde materna, sendo que, para Knibiehler, a vigilância e o culto destinado às mulheres grávidas dirigia-se sobretudo ao feto (1994, p. 358). Assim, o discurso médico é valioso para a delimitação do papel social atribuído às mulheres, legitimando a idéia de uma vocação maternal baseada em dados biológicos, ao mesmo tempo em que passa aos homens um conhecimento eminentemente feminino, relativo tanto aos cuidados com a gestação e o parto, quanto aos métodos abortivos.

É no século XIX que é intensificada a integração do corpo feminino ao campo das práticas médicas (PEDRO; SILVA, 2003, p. 120). Dessa forma, a partir do final do século XVIII, na Europa, verifica-se uma maior interferência dos médicos na vida familiar e na saúde materno-infantil (PEDRO, 2003a, p. 31).

Nas suas referências específicas às mulheres, o discurso médico do século XIX reforça a idéia de uma fragilidade feminina natural. Assim, a mulher, segundo Knibiehler, é, nessa época, “uma eterna doente”. Todas as etapas da vida feminina, como a gravidez, o parto, a puberdade e a menopausa, ainda que independente de qualquer doença, são

apresentadas como “crises temíveis” (1994, p. 361). O conhecimento médico é também o responsável pela comprovação da biologicidade do amor materno (PEDRO, 2003a, p. 31). Também o desenvolvimento da ovologia, entre 1840 e 1860, demonstra que o prazer feminino não é necessário para a ocorrência da fecundação, o que vem a confirmar a vocação da mulher para a maternidade (KNIBIEHLER, 1994, p. 367).

Sendo a gravidez e o parto considerados como momentos críticos, caberia à Medicina intervir nesses momentos das vidas das mulheres, trabalho antes reservado às parteiras. Com isso, tem início o processo de medicalização do parto, o qual, para Knibiehler, inicia-se no século XVIII, mas se difunde somente no século XIX. Inicialmente, tal prática médica é um fator de esnobismo, já que o preço do trabalho do médico era o triplo ou o quádruplo do valor cobrado pelas parteiras: “chamá-lo é um sinal de prosperidade”. Com a diminuição da clientela das parteiras, muitas passam a trabalhar nos hospitais e em clínicas privadas, mas submissas aos médicos, e não à disposição das gestantes. É assim que “uma forma tradicional de solidariedade feminina desorganiza-se, e as mulheres perdem toda a autonomia no domínio da reprodução” (1994, p. 358 e 360).²

No entanto, refere Pedro que, apesar de o conhecimento médico ter tido grande participação “na formulação de políticas públicas, na naturalização de papéis sexuais e no controle da sexualidade das mulheres”, o controle dos médicos sobre a gravidez foi difícil, já que tal acontecimento, assim como o do parto, era partilhado anteriormente entre mulheres e permeado pelo pudor, o que dificultou o acesso masculino a fatos considerados femininos. É nesse contexto que tem início a perseguição às parteiras e curandeiras, ou seja, no cenário da “luta pelo controle da medicina institucional” (2003a, p. 39).

2.1.1.2 A Valorização da Maternidade

Embora a prática da interrupção de uma gravidez indesejada tenha encontrado amparo em várias culturas e em diversas épocas da história da civilização ocidental, os processos de urbanização e aburguesamento, segundo Pedro, estariam por trás da instituição de formas de controle sobre o corpo, as quais geraram, no fim do século XVIII, a dedicação à maternidade como constituição da identidade de gênero (2003a, p. 22 e 27). Por isso, faz-se necessária uma análise da valorização da maternidade nesse período histórico, já que tal fato tem relação, assim como a medicalização da saúde, com as interdições às práticas abortivas.

² Acrescenta a autora que, embora as mulheres tenham elas próprias se tornado médicas, “o seu acesso a essa profissão foi tardio e lento. Durante muito tempo suspeitas aos olhos dos seus colegas masculinos, comportavam-se como alunas dóceis para melhor serem aceitas; não ousavam reivindicar postos de iniciativa e de responsabilidade” (KNIBIEHLER, 1994, p. 361).

Conjuntamente com a ampliação do poder da Medicina institucionalizada, tem influência na vida das mulheres do século XIX a valorização da maternidade. Compreende-se que ela faz parte do seu destino biológico, bem como que a procriação é necessária para que a sociedade burguesa prospere. Assim, as mães têm um papel muito específico nessa época, sendo responsáveis pela manutenção da ordem doméstica, na qual são repassados para os filhos os valores necessários à concretização da nova ordem política.

Para Fraisse e Perrot, no século XIX o poder que as mulheres ganham é sobretudo o de mães, fazendo com que a maternidade seja supervalorizada (1994a, p. 12). A extrema valorização da procriação pode ser visualizada também nos discursos acerca das mulheres sós e celibatárias do século XIX. Tais mulheres eram vistas como praticantes de um desvio relativo ao ideal feminino (DAUPHIN, 1994, p. 492). Essas mulheres negavam o destino burguês de esposas e mães, contrariando, dessa forma, a sua *natureza feminina*.

Quanto ao papel da mãe no século XIX, verifica-se a presença dos ideais de abnegação e de sacrifício de si mesma em favor dos outros, os quais embasam os conceitos que permeiam a história cultural desse século em relação ao gênero feminino (GIORGIO, 1994, p. 234). É por esse motivo que, segundo Godineau, as mulheres são necessárias nas suas famílias. O modelo republicano de mulher era o de mãe e as suas competências e a sua força deveriam ser colocadas a serviço da família, não se estendendo às questões públicas (1994, p. 36).³

Diante de tal valorização do papel social de mãe, a educação das filhas também deveria servir para despertar o *instinto maternal*, o que, em conformidade com Knibiehler, era realizado por meio de algumas práticas familiares do século XIX. Na educação das filhas adolescentes por suas mães, ensinava-se que a menstruação lembraria às mulheres, todos os meses, o seu “verdadeiro destino”. Além disso, a adolescente poderia tornar-se responsável pela criação de um animal doméstico ou, ainda, pela participação na educação moral de uma criança, na condição de madrinha. É, contudo, a boneca que consiste no principal instrumento

³ Ainda de acordo com a autora, a mãe republicana tem um papel social a representar no espaço público, na medida em que tem o dever de “educar seus filhos como bons cidadãos”. Ela possui, portanto, uma responsabilidade política, ainda que esta não ultrapassasse o âmbito doméstico (GODINEAU, 1994, p. 36).

de preparação à maternidade. Por volta de 1850, os fabricantes passam a produzir bonecas em forma de recém-nascidos, produto que tem sucesso imediato (1994, p. 368 e 369).

Paradoxalmente à supervalorização da maternidade, verifica-se, no contexto histórico do início da Idade Moderna, a prática do controle da fecundidade. Assevera Knibiehler que cada vez mais mulheres desejavam reduzir o número de filhos. Os dois países que apresentaram queda no número de nascimentos foram a França, a partir de 1790, e os Estados Unidos, a partir de 1800. “A redução dos nascimentos é um fenómeno complexo, onde se conjugam factores económicos, culturais, psicológicos: cada caso é especial”.⁴ Além disso, nessa época, a gravidez era tida como um obstáculo para a realização sexual, já que muitas mulheres pensavam que as relações sexuais eram prejudiciais durante a gestação e a amamentação, período que durava cerca de dois anos (1994, p. 731).

Nas classes médias francesas do século XIX, processos de controle da concepção conhecidos há muito tempo começam a adentrar nos casais legítimos, sendo sobretudo o coito interrompido o método mais utilizado, salienta a autora. Embora dependente essencialmente da iniciativa masculina, prosperando a lógica patriarcal que determina a submissão passiva da mulher ao *dever conjugal*, esse método vem a oferecer às mulheres da época “a possibilidade de uma vida diferente, liberta das cargas da maternidade”. Com a redução do número de integrantes da família, também a função materna se modifica, já que “a mãe de poucos filhos está mais presente junto de cada um deles, mais atenta, mais terna” (KNIBIEHLER, 1994, p. 372 e 375).

2.1.1.3 A Prática do Aborto

Embora haja notificação da prática do aborto em diversos períodos históricos, no âmbito da sociedade burguesa ele adquire um sentido diferenciado. Se antes era especialmente uma prática destinada às mães solteiras e as mulheres liberadas sexualmente, agora passa a ser visto como uma forma de controle da natalidade, no contexto da conjugalidade. Contesta-se, assim, o papel social da mulher na sociedade burguesa, desvinculando-se sexo de reprodução,

⁴ O declínio dos nascimentos não pode ser creditado à industrialização, já que tanto na França quanto no Estados Unidos tal processo o precede. Não corresponde à diminuição da mortalidade infantil e nem se deve à liberdade de consciência praticada pelo protestantismo (a população francesa é majoritariamente católica). Na França, são as camponesas que souberam regular mais cedo sua fecundidade, enquanto que as damas da aristocracia e da alta burguesia, bem como as operárias, continuavam a ter muitos filhos (KNIBIEHLER, 1994, p. 371).

bem como a valorização da procriação e da maternidade. Contudo, isso ocorre paralelamente ao aumento do poder dos médicos. O aborto torna-se um assunto público, não mais restrito, portanto, às redes de mulheres, que partilhavam, juntamente com as parteiras, seus conhecimentos sobre o funcionamento do corpo feminino.

Numa época em que as taxas de natalidade na classe média caíam vertiginosamente e que, no entanto, os métodos contraceptivos disponíveis eram pouco confiáveis, o aborto estava associado a uma estratégia genérica de controle da reprodução humana, infere Walkowitz. Ao contrário do uso de métodos contraceptivos, que obrigava os casais a ter mais consciência da sua sexualidade, o aborto, enquanto uma prática exclusivamente feminina, possuía uma dimensão diferenciada, pois deixava clara a separação do ato sexual da intenção reprodutiva. Ademais, as técnicas contraceptivas disponíveis na época requeriam tempo e dinheiro, não apresentavam grande taxa de segurança e dependiam da cooperação dos homens. Já o aborto, além de ser compreendido como um recurso nos casos de fracasso da contracepção, tinha a vantagem de conferir às mulheres algum tipo de controle sobre a sua pessoa, sobretudo nos casos em que o marido se negava a praticar a contracepção (1994, p. 421 e 422).⁵

Embora o aborto fosse tido como uma negação do destino biológico feminino, ainda segundo a autora, muitas mulheres de classe média recorriam às práticas abortivas com o intuito de cumprir o papel de mãe de família burguesa. Portanto, “o ‘culto da verdadeira feminilidade’ [...] incitava tanto a estratégias pró-natalidade como anti-natalidade”. Como no início do século XIX as famílias mais enxutas haviam se tornado o símbolo da classe burguesa, o planejamento do número de filhos fazia parte dessa ética familiar, associando-se ao dever maternal de possuir menos e melhores filhos. “Longe de ser uma fuga à maternidade, o aborto, enquanto alternativa à contracepção, ajudava a mulher burguesa a cumprir os seus deveres para com os filhos, a classe, a raça” (WALKOWITZ, 1994, p. 428).

Para Fraisse e Perrot, no século XIX, a mulher, bem como o seu corpo, é pública e privada e é o parto que coloca os corpos femininos num local central do aparelho social. O

⁵ Quanto aos métodos abortivos, refere Walkowitz que figuravam entre eles a auto-indução, a infusão de substâncias abortivas, como a arruda, pílulas de chumbo, sangrias, banhos quentes e exercícios violentos. A prática de tais atos não era individual, envolvendo a cumplicidade de uma rede de apoio entre mulheres. Como último recurso, recorriam as mulheres a uma aborteira. Em meados do século XIX, o comércio que girava em torno do aborto havia se tornado uma indústria, que era fonte de grandes lucros para médicos, farmacêuticos, massagistas, curandeiros e para a indústria de drogas (1994, p. 422 e 423).

nascimento, por exemplo, com a substituição das parteiras pelos médicos, torna-se um assunto estatal. O controle da natalidade, também: “os demógrafos se insinuam nos segredos de alcova, suspeitando do aborto, praticado por um número crescente de mulheres casadas múltíparas, uma forma insidiosa de controlo dos nascimentos”. A vontade das mulheres, portanto, intervém na limitação do número de descendentes, tornando-as também “actrizes demográficas” (1994b, p. 347).

É a interferência médica sobre o corpo das mulheres que, ao desarticular redes de solidariedade feminina, bem como ao desqualificar conhecimentos populares, o que era feito pelas parteiras e curandeiras, apagou da memória muitas técnicas populares de interrupção da gestação: “práticas anteriormente consideradas ‘coisa de mulher’, tratadas por mulheres, transmitidas entre gerações, tornaram-se parte do conhecimento médico e masculino. Entre estas, encontram-se as técnicas abortivas” (PEDRO, 2003a, p. 40 e 41).

Conforme Knibiehler, “desde sempre” as mulheres recorriam às práticas abortivas, sozinhas ou com a ajuda de outras mulheres, sem se sentirem culpadas, pois acreditavam que o feto só estava vivo a partir do momento em que se mexia, o que ocorria somente por volta do quarto mês de gestação. No entanto, no século XIX o aborto passa a ter outro carácter e significado, em virtude dos progressos técnicos e devido à interferência masculina no processo. Devido aos conhecimentos adquiridos acerca da anatomia e da fisiologia femininas, torna-se possível o uso de métodos menos traumáticos do que os utilizados anteriormente para interromper a gestação, como drogas e quedas, passando a ser utilizada uma agulha de tricotar para furar a bolsa que envolve o feto e, posteriormente, uma cânula que injeta água com sabão no útero (1994, p. 374).

A prática feminina do aborto passou, no século XIX, a ter um outro peso e um significado diferente como problema social e de identidade, assevera Walkowitz. Embora classificada em definições oficiais como uma atividade ilícita de mulheres sexualmente desregradas, compreende muito mais do que isso, tendo relação com o trabalho das mulheres, o seu estilo de vida e as suas estratégias de reprodução, incluindo aí a atividade sexual não reprodutora (1994, p. 404).⁶

⁶ Segundo Walkowitz, o aborto, embora possuindo um estatuto legal no século XIX, era uma prática muito evidente, consistindo também num grande negócio nos centros urbanos europeus e nos Estados Unidos. O tema “provocava violentos protestos dos médicos, e grupos de pressão esforçavam-se por impedir o livre acesso das

Menciona a autora que as campanhas contra o aborto realizadas por médicos norte-americanos, franceses, ingleses e russos demonstraram preocupações relativas à concorrência profissional realizada pelas aborteiras. Outras inquietações diziam respeito à má conduta das mulheres e às ameaças sobre a ordem social. As campanhas contra o aborto demonstravam medos classistas, raciais e sexuais.⁷ Um dos alardeadores dos médicos foi a difusão da prática entre senhoras da alta sociedade. Entendiam eles que essas mulheres tinham abandonado os seus deveres maternos, em prol de fins egoístas, tornando-as inclusive desleais em relação a seus maridos (1994, p. 424).

Notícia Knibiehler que, independentemente do meio utilizado para abortar, o número de interrupções da gestação aumentou na segunda metade do século XIX. Antes um ato reservado a jovens seduzidas ou mães de famílias numerosas, passa a ser visto como um processo de limitação dos nascimentos. Isso fez com que uma prática que antes era privada e discreta, restrita ao âmbito feminino, passasse a ser comercializada no mundo dos homens (1994, p. 374), já que também os médicos passam a realizar abortos, apropriando-se do conhecimento antes exclusivo das parteiras.

Compreende-se, então, que o contexto verificado no século XIX, em relação às mulheres, traduz explicações para a compreensão dos debates contemporâneos acerca do aborto. Embora tal prática tenha sido interdita em grande parte das sociedades ocidentais da época, foi sobretudo quando os médicos adquiriram uma espécie de domínio sobre os corpos femininos que a maternidade e, conseqüentemente, a interrupção da gestação, geraram maiores preocupações no âmbito público.

mulheres ao aborto”. As mulheres que interrompiam sua gestação eram freqüentemente vistas como alguém que negava o seu destino materno. No momento em que os médicos passaram a compreender o aborto não somente como o último recurso das mães solteiras, mas também como um método de controle da natalidade por parte de mulheres casadas, passou a ser intensificada a propaganda pública e as medidas legais contra mulheres que abortavam (1994, p. 421 e 424).

⁷ Para médicos franceses, ingleses e norte-americanos, essa fuga à maternidade poderia conduzir ao “suicídio da raça”, alude Walkowitz. Expressava-se, dessa forma, a aplicação de alguns elementos do pensamento darwinista ao problema populacional, já que uma linhagem racial superior era tida como indispensável para a sobrevivência dos mais adaptados nas lutas de classe e nacionalistas. Nos Estados Unidos, também temia-se que as mulheres prósperas, brancas e protestantes não gerassem filhos suficientes para a manutenção dos domínios político e social do seu grupo. Na Grã-Bretanha, por fim, os eugenistas preocupavam-se com a diferença apresentada entre a taxa de natalidade de mulheres das classes média e alta e das mulheres de classes inferiores. “No final do século XIX demógrafos franceses imputavam o problema populacional francês à decadência geral da sociedade e às mulheres egoístas e de espírito independente que se furtavam aos seus deveres cívicos de produzir filhos para a defesa da república” (1994, p. 425 e 426).

Assim, a maternidade é valorizada e considerada, nesse momento histórico, como um destino natural, como um dos principais papéis sociais atribuídos às mulheres. É esse o espaço público reservado às mulheres da sociedade burguesa, pois, no papel de mães, cabia a elas também a transmissão e manutenção dos valores republicanos. Logo, é no momento em que se percebe que os métodos contraceptivos e abortivos são utilizados também nas famílias de classe média, como forma de controle da natalidade, que o tema da perseguição ao aborto ganha força. Tratava-se de garantir a prosperidade dessa ordem social, o que se daria também pela procriação e, portanto, pela restrição das mulheres ao seu papel de mãe.

2.1.2 Revolução Sexual, Contracepção e Aborto a partir dos Anos 1960

Na segunda metade do século XX, verifica-se a instauração de um processo de descriminalização do aborto nos Estados Unidos e em vários países europeus. Esse fato, contudo, não é isolado: inscreve-se, ao contrário, num contexto de profundas modificações sociais, caracterizadas, sobretudo, pela possibilidade de controle eficaz da concepção, por meio dos novos métodos contraceptivos, como a pílula anticoncepcional, bem como pela emergência da chamada segunda onda do movimento feminista, reivindicando direitos sobre o próprio corpo. A análise concentrar-se-á nos Estados Unidos e na Europa e, num segundo momento, referir-se-á especificamente ao contexto brasileiro.

2.1.2.1 Estados Unidos e Europa

É nos Estados Unidos e em alguns países europeus que a discussão acerca do aborto é mais contundente, gerando, inclusive, novas regulamentações legais sobre a sua prática. Tal fato, ocorrido na década de 1970, tem como precedentes a possibilidade de controle eficaz da fecundidade e a emergência do movimento feminista que, nesse período histórico, vem reivindicar direitos sobre o próprio corpo, incluindo contracepção e aborto.

2.1.2.1.1 Modificações sociais a partir da possibilidade de controle da fecundidade

Se, a partir do século XIX, conforme visto anteriormente, já se verifica uma modificação na estrutura familiar, com a diminuição do número de filhos, a fecundidade, a partir dos anos sessenta, cai ainda mais, diante da possibilidade de um controle mais eficaz, com a utilização de novos fármacos. Com isso, o sexo desvincula-se da atividade reprodutiva e a sexualidade adquire um novo caráter, sobretudo para as mulheres.

A década de 1960 coloca em cena diversas mudanças e tanto a revolução sexual, que surge com o feminismo, juntamente com outros movimentos a favor dos direitos individuais, como a difusão da pílula anticoncepcional, são cruciais nas mudanças verificadas nessa época (DURAND; GUTIÉRREZ, 1999, p. 215). Com isso, também a instituição familiar foi atormentada quando, a partir de meados dos anos sessenta, os números indicadores de natalidade e fecundidade começaram a cair, levando a maior parte dos países desenvolvidos, após o período de quinze anos, à impossibilidade de substituição da população (LEFAUCHEUR, 1995, p. 479).

Para Lefaucheur, a diminuição da mortalidade infantil gerou uma transição demográfica nos países desenvolvidos: os pais já não precisavam mais ter cinco ou seis filhos, na esperança de verem dois deles atingirem a idade adulta. Isso fez com que pouco a pouco fosse limitada a fecundidade, instaurando-se um novo regime demográfico, que tinha como características uma fraca mortalidade e fecundidade. Esse *birth control*⁸ encontrou, no final dos anos cinquenta, uma forte arma, com o aperfeiçoamento e a comercialização de contraceptivos hormonais e dispositivos intra-uterinos, os quais, no entanto, “não se impuseram sem resistências nem lutas” (1995, p. 488).

Segundo Michel, graças aos progressos científicos foi possível a confecção de contraceptivos eficazes, os quais permitiram às mulheres a separação da sexualidade da procriação. A partir de então, foi iniciada uma grande batalha para colocar esses métodos a serviço de todas as mulheres e para que fossem abolidas as legislações repressivas à contracepção, em vigor em grande parte dos países. Nos Estados Unidos, a maioria dos casais em idade procriativa utilizava algum método contraceptivo em 1973. O mesmo se deu na França, na qual aproximadamente dois a cada três casais praticavam a contracepção (1983, p. 118 e 119).

⁸ Cabe ressaltar que o investimento maciço na pesquisa de métodos anticoncepcionais, durante os anos 60, se dá principalmente após a divulgação de estatísticas alarmantes acerca do crescimento populacional nos países subdesenvolvidos (VIEIRA, 1999, p. 75).

Nos anos 1950 e 1960 a libertação feminina passa pelo controle da fecundidade, o que vem a gerar uma reivindicação pela disposição do próprio corpo, na forma da tentativa de legalização da contracepção, refere Mossuz-Lavau. A gravidez, nesse contexto, se indesejada, é tida como algo que lesiona o livre exercício das potencialidades femininas, pois passa a ser compreendido que a mulher “já não é apenas mãe” (1995, p. 80). Isso porque, com contraceptivos eficazes, a maternidade torna-se escolha e não mais pode ser caracterizada como destino natural, o que permite que a mulher adquira também outros papéis sociais.

O advento desses novos métodos contraceptivos está, para Lefaucheur, na origem da “revolução das relações entre os sexos no que respeita à iniciativa e ao controlo da concepção e, talvez, ao conjunto da vida sexual”. A pílula anticoncepcional, especialmente, reduz as limitações nas relações sexuais e é muito mais confiável do que os métodos anteriormente utilizados. Ressalta-se que os novos métodos contraceptivos são de iniciativa feminina, permitindo às mulheres a decisão antecipada sobre a concepção gerada pelas suas relações sexuais, sobre o número de gestações a que querem se expor, bem como sobre o momento em que pretendem ter filhos. Deixa-se, então de evitar os filhos, passando-se a desejá-los. A utilização desses métodos também permite às mulheres, pela primeira vez, a não exposição contra a sua vontade ao risco de uma gravidez, fazendo com que o desejo de paternidade também se torne tributário da vontade da maternidade (1995, p. 489 e 490).

Foi a utilização de métodos contraceptivos, especialmente da pílula anticoncepcional, fundamental para a explosão da sexualidade verificada durante os anos 1960, afirmam Toscano e Goldenberg. Nesse contexto, a mulher passa a ser vista como um ser com necessidades sexuais, que devem ser satisfeitas pelo seu parceiro. Ao mesmo tempo, a não repressão do desejo não era mais somente uma regra masculina. Foi porque o prazer sexual estava dissociado da procriação e a decisão acerca de ter um filho era algo que podia e devia ser planejada que o exercício da sexualidade foi modificado (1992, p. 70 e 71).⁹ Essa nova visão acerca da mulher também está profundamente conectada com a segunda onda do movimento feminista, que emerge nesse período.

2.1.2.1.2 A emergência do movimento feminista

A emergência do movimento feminista nessa época não se constitui num fator isolado. Está profundamente associado com essa dissociação entre o exercício da sexualidade e a reprodução, a partir da possibilidade do controle da fecundidade, bem como com a emergência de *novas mulheres*, que tinham maior acesso à educação e que entraram no mercado de trabalho. Diante disso, buscam modificações nas suas vidas, reivindicando, a partir de uma mobilização, direitos.

As mobilizações feministas ocorridas nos anos 1960 e 1970 foram em grande parte reflexo dos conteúdos políticos produzidos nesse contexto histórico (DURAND;

⁹ O medo da gravidez, segundo as autoras, sempre foi uma espécie de freio ao livre exercício da sexualidade feminina. Por isso a pílula era vista como uma verdadeira revolução no controle da sexualidade, já que seria possível a busca do prazer sexual sem estar presente a preocupação com uma gestação indesejada. A gravidez passa a ser uma opção, e não uma obrigação à qual todas as mulheres estão sujeitas e o exercício da sexualidade passa a ser possível para mulheres de diferentes idades e dentro ou fora do casamento (TOSCANO; GOLDENBERG, 1993, p. 71).

GUTIÉRREZ, 1999, p. 215). Os movimentos de liberação das mulheres apareceram a partir de 1965 na América do Norte e na Europa, contendo uma nova geração de mulheres com um nível de instrução superior ao de suas mães e que questionavam a impossibilidade de utilização dos novos fármacos que permitiam a separação da sexualidade da procriação, o seu tratamento como objetos sexuais, a exigência de um papel doméstico na família, ou seja, um tratamento como o de um segundo sexo (MICHEL, 1983, p. 121).

O sucesso do movimento feminista na segunda metade do século XX foi devido a vários fatores: emergência da sociedade de consumo, entrada das mulheres em massa na força de trabalho e integração com outros movimentos de libertação emergentes (como a luta dos negros por direitos civis) (MURARO, 1993, p. 173 e 174). Por isso, a história das mulheres pode ser dividida em duas épocas, separadas pela revolução sexual de 1960, quando passaram a fazer parte da mão-de-obra, a controlar seu corpo e a desafiar a supremacia masculina em todas as suas formas, fazendo com que a revolução contra o patriarcado, ainda que não completa, fosse irreversível (LASCH, 1999, p. 113).

Para Beauvoir, “ninguém nasce mulher: torna-se mulher. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade; é o conjunto da civilização que elabora esse produto, intermediário entre o macho e o castrado que qualificam de feminino” (1980a, p. 9). Embora tenha sido escrito em 1949, seu livro *O segundo sexo* ganha notoriedade sobretudo a partir da década de 1960, fundando, de certa forma, essa nova etapa do feminismo.

É “distinguindo sexo e gênero, e politizando o espaço que assim se define”, que “os feminismos contemporâneos dotaram a feminilidade de profundidade e possibilidade históricas”, entende Ergas. O *slogan* “o privado é político” não afirmava somente uma não aceitação de que as prerrogativas dos maridos no casamento ou a violência sexual ficassem confinadas à moralidade individual, mas denotava também a importância da reconstrução do eu feminino (1995, p. 594 e 596).

Essa questão do “específico feminino” estava inserida num clima de insatisfação geral, devido às grandes mudanças atravessadas pelo mundo após a Segunda Guerra Mundial, entendem Toscano e Goldenberg. A forte predisposição pra uma ação política organizada é oriunda da inferioridade feminina no plano político, da falta de representatividade nas áreas do poder e das desigualdades no mercado de trabalho e no plano educacional, dentre outras questões que provocaram um clima de inquietação (1992, p. 31 e 32). O tema do aborto é uma dessas questões, verificando-se, a partir da década de 1970, uma tendência descriminalizadora dessa prática, o que, sem dúvida, foi fortemente influenciado pelas reivindicações feministas de controle sobre o próprio corpo.

2.1.2.1.3 Aborto

Conforme o já afirmado anteriormente, as discussões levantadas sobre o aborto na segunda metade do século XX inserem-se num momento específico de profundas modificações sociais, as quais incluem uma nova visão da sexualidade, especialmente da feminina, por meio da possibilidade de controle da fecundidade, e a emergência do movimento feminista. O direito ao aborto tornou-se, nessa época, uma de suas principais

reivindicações, pois estaria associado à autonomia corporal. Sendo assim, verifica-se, a partir dos anos 1970, uma onda de descriminalização dessa prática.¹⁰

Devido ao fato de os métodos contraceptivos não serem totalmente eficazes, compreendia-se que a total dissociação entre sexualidade e procriação somente efetuar-se-ia por completo com a garantia do direito ao aborto, afirma Michel. Foram as feministas inglesas e norte-americanas as primeiras a encabeçar essa luta. Em 1967, foi instaurada a liberalização do aborto na Inglaterra e, em 1973, nos Estados Unidos. Na França isso ocorreu somente em 1975 e a maior parte dos países europeus, após essa data, descriminalizou o aborto (1983, p. 119 e 120).

Pedro revela que um dos grandes marcos no advento de legislações mais liberais quanto à interrupção voluntária da gestação se dá na década de setenta. Foi o movimento feminista, retomado na década de sessenta que, principalmente em países da Europa, gerou ações que levaram a significativas modificações legislativas. “Ao lado disso, a campanha pelo controle da natalidade, o ressurgimento de ligas malthusianas e a divulgação das últimas descobertas – incluindo a da pílula – de métodos contraceptivos, promoveu uma verdadeira revolução no campo da sexualidade e do direito das mulheres ao controle sobre seu corpo” (PEDRO, 2003b, p. 169).

Segundo Ergas, as chamadas *políticas do corpo* eram as que apareciam de forma mais freqüente nas agendas feministas e incluíam diversas questões, sendo que as principais, nos países ocidentais, eram o aborto e a violência sexual. A idéia de que o corpo lhes pertencia era difundida com base em que, ao ser expropriada do seu corpo, a mulher era também expropriada do seu eu. Logo, se o desejo era o de retomar a posse do eu, era preciso retomar também a posse corporal. A sexualidade foi o terreno crucial para essa auto-reapropriação. Para muitas feministas, tirar a sexualidade do âmbito da dominação masculina significava lutar pela liberalização da contracepção e do aborto. Havia discordâncias, no entanto, por meio da compreensão de que o aborto apenas reforçava privilégios masculinos (1995, p. 600-602).

Para a autora, apesar das oposições, as feministas mobilizaram-se na defesa da liberalização do aborto em toda a Europa Ocidental e na América do Norte, sendo que as maiores campanhas concentraram-se na França, na Itália, na Holanda, nos Estados Unidos, no Reino Unido e na Espanha. Essas campanhas incluíam admissões de culpa por parte de mulheres e médicos, auto-incriminações,¹¹ julgamentos exemplares,¹² assim como a promoção do acesso ao aborto por parte de grupos de auto-ajuda, o que gerou

¹⁰ Aqui, contudo, restringir-se-á a análise desses processos legislativos aos Estados Unidos e à França.

¹¹ Em 1971, 374 mulheres notáveis da Alemanha ocidental declararam a uma revista ter interrompido voluntariamente sua gestação. No mesmo ano, 343 francesas assinaram um manifesto confessando a prática do aborto, testemunho seguido, dois anos mais tarde, pelo de 345 médicos que admitiram ter feito abortos (ERGAS, 1995, p. 602).

¹² É citado como exemplo o julgamento, em 1972, de Michèle Chevalier, de 16 anos, a qual teria sido estuprada por um colega de aula, que a denunciou por ter praticado um aborto ilegal. Tal causa tornou-se célebre na França (ERGAS, 1995, p. 603).

também uma cooperação internacional entre as feministas envolvidas na prestação de serviços de aborto (ERGAS, 1995, p. 602).

Adverte Mori que foi na segunda metade dos anos 60 e no princípio da década seguinte que o aborto passou a ser afirmado, por meio de repetidas intervenções de mulheres, como um direito, o qual seria necessário para a garantia da igualdade entre elas e os homens. Assim, o tema do aborto, antes “inominável”, passou a ser “um objeto sério de debate público”, pois várias mulheres admitiam publicamente a prática abortiva em algum momento de suas vidas. Elas também acusavam as legislações proibitivas de ineficácia e de as levar a buscar abortos clandestinos. Novas tecnologias médicas utilizadas na prática do aborto também podem ter sido responsáveis por tal reivindicação, já que o advento da técnica abortiva por sucção transformou o procedimento em intervenção ambulatorial, e não mais cirúrgica (1997, p. 25 e 26).

A partir de 1970, conforme Mossuz-Lavau, o aborto e a questão do corpo das mulheres torna-se a principal preocupação das feministas francesas. No entanto, se era o direito a serem as únicas donas de seus próprios corpos que era reclamado, é justamente essa exigência que não é aceita por um certo número de instâncias. Dá-se prioridade, ao contrário, à necessidade da eliminação do aborto clandestino e da modificação de leis que são desrespeitadas diariamente, bem como, por fim, à argumentação econômica, segundo a qual as famílias não possuem condições de ter todos os filhos que desejam (1995, p. 81 e 82).

Segundo Durand e Gutiérrez, nos Estados Unidos e nas democracias européias a luta pela legalização do aborto era tida como uma defesa da vida das mulheres, já que, devido às condições da sua prática, ele poderia gerar sua morte, doença crônica ou sanção legal. Tal movimento esteve intrinsecamente ligado à luta pela legalização da anticoncepção, pois o controle da fecundidade era considerado como um bem moral, como a liberdade e a responsabilidade de escolha, da qual as mulheres não podiam ser privadas. Era postulado não só a não-interferência estatal na liberdade, mas a garantia das condições de seu exercício (1999, p. 218 e 219).

Nossa atenção será voltada, agora, de forma mais específica, à regulamentação do aborto, nos anos 1970, nos Estados Unidos e na França. De acordo com o relatado por Durand e Gutiérrez, a denúncia da penalização do aborto foi um dos aspectos abordados pelas mulheres norte-americanas na década de 60. Elas articularam-se para investigar e denunciar as complicações e mortes registradas por abortos realizados de forma insegura. Assim, a demanda pelo aborto legal e seguro apareceu como um princípio de liberdade individual, sob o argumento de que as mulheres tinham direito à autonomia sobre o próprio corpo, bem como que as decisões acerca da reprodução eram necessárias para a ocorrência de um processo de autodeterminação feminino. Esses argumentos foram contrapostos por meio da formulação do direito à vida (1999, p. 219).

Guitton e Irons revelam que, no caso *Roe versus Wade*, ocorrido nos Estados Unidos, uma mulher solteira, utilizando o pseudônimo de Jane Roe, postulava autorização para interromper sua gestação, alegando que a lei norte-americana violava seu direito à privacidade, garantido constitucionalmente. A decisão da Suprema Corte reconheceu, então, que as mulheres possuíam um direito fundamental ao aborto, embora tenha também reconhecido o interesse estatal na proteção da potencialidade da vida humana após o primeiro trimestre de gestação (1995, p. 23). O caso *Roe versus Wade* é o mais famoso dos já decididos na Suprema Corte dos Estados Unidos e sua decisão tem sido criticada desde então (DWORKIN, 2003, p. 141).

A Suprema Corte dos Estados Unidos, nesse caso, sustentou sua decisão na viabilidade fetal, compreendendo que o Estado teria um interesse legítimo na proteção da vida em potencial, o qual tornar-se-ia inexorável com a viabilidade, pois seria a partir de tal ponto do desenvolvimento fetal que seria possível supor a capacidade do feto de levar uma vida significativa fora do organismo materno, o que ocorreria entre o segundo e o terceiro trimestres de gestação (SINGER, 1998, p. 149 e 150). A Suprema Corte, nessa decisão, entendeu que o termo *pessoa* não incluía o ser não nascido (MORI, 1997, p. 26).

Na Europa, lembra Mori que o debate jurídico concentra-se sobretudo na preocupação com o número de abortos clandestinos e com as suas decorrentes complicações, tendo sido evitada a discussão sobre a personalidade do feto. Assim, a partir dos anos 1970 foram aprovadas nesse continente diversas legislações permissivas ao aborto (1997, p. 26).

Segundo conta Ardaillon, a regulamentação do aborto na França e nos Estados Unidos ocorreu de forma bastante diferente. Na França, o aborto não foi descriminalizado. O que ocorreu foi que, em 1975, durante o auge das demandas feministas, a lei de 1810 foi suspensa por cinco anos, até que um novo projeto fosse regulamentado. Em 1979, a lei antiga foi votada de forma renovada. Manteve-se a criminalização do aborto, garantindo-se o respeito ao ser humano desde o começo da vida. O que ocorreu foi o acréscimo de um parágrafo autorizando a interrupção voluntária da gravidez. Assim, não foi concedido um direito, mas uma tolerância. “A nova lei criou um permissivo único que controla a desobediência”. Já nos Estados Unidos o aborto foi declarado como um direito constitucional em 1973. Com isso, a sociedade americana permitiu o aborto nos três primeiros meses de gravidez, garantindo o direito à “expressão pública do íntimo” (1997, p. 386 e 387).

Nos debates franceses sobre a interrupção voluntária da gravidez, afirma Mossuz-Lavau, as prerrogativas do homem são mencionadas: a sua aceitação poderia conceder à mulher o direito de abortar sem o consentimento do pai do filho,

desapossando o homem de uma autoridade ancestral. Da mesma forma, era realizada uma oposição à idéia de pertencimento do próprio corpo, com a compreensão de que o corpo de uma mulher grávida deixa de a pertencer. Assim, a prioridade cabe ao filho, a outra vida que em seu corpo se desenvolve (1995, p. 82 e 83).

Na França, por sua vez, conforme Durand e Gutiérrez, nos primeiros anos da década de sessenta a preocupação centrava-se no desenvolvimento de consultórios de planejamento familiar, proibidos por uma lei de 1920. Após os acontecimentos de maio de 1968, tem início uma grande movimentação pela legalização do aborto, que culminará com a aprovação de uma lei em 1975 (1999, p. 220).

Verifica-se, então, que os processos de descriminalização do aborto nesses dois países, Estados Unidos e França, se deu de forma diferente. Nos Estados Unidos, mediante uma decisão da Suprema Corte, conferiu-se ao aborto *status* constitucional, compreendendo-o como um direito, o qual estaria associado à intimidade, ou seja, à não interferência estatal. Na França, por sua vez, instituiu-se uma forma de tolerância legal, concebendo-se, no entanto, que isso não desprezava o direito à vida desde o seu princípio.

2.1.2.2 Brasil

Em nosso país, ecoam as modificações visualizadas nos Estados Unidos e nos países europeus. No entanto, isso se dá de forma diferenciada, já que o país se encontrava imerso no regime ditatorial. Dessa forma, os principais esforços concentravam-se nas movimentações a favor da restauração democrática, fazendo com que reivindicações específicas, como as referentes aos direitos das mulheres e, mais especificamente, ao aborto, ficassem em segundo plano.

2.1.2.2.1 Movimento feminista e ditadura militar

No Brasil, o movimento feminista está profundamente conectado com a resistência ao regime militar. As mulheres organizam-se, em princípio, juntamente com os homens, para mobilizar-se contra a ditadura, inclusive por meio da luta armada. Essa inserção num contexto de luta política faz com que as militantes transcendam o papel habitualmente reservado às mulheres, o que vem a gerar, entre elas, profundos questionamentos acerca da condição social feminina.

Para Toscano e Goldenberg, o período de repressão política, iniciado em 1964, foi propício para a conscientização acerca da situação da mulher na sociedade brasileira. Algumas mulheres organizavam-se em torno da resistência à ditadura militar. Elas possuíam as mais diferentes idades e origens políticas, sociais e religiosas (1992, p. 34).

O feminismo militante tem início no Brasil dos anos 1970 e surgiu principalmente como consequência da resistência das mulheres à ditadura, após a derrota das que acreditaram na luta armada, buscando-se elaborar política e pessoalmente tal derrota,

conforme Sarti. A presença de mulheres na luta armada significava não somente uma insurgência contra a ordem política vigente, mas uma profunda transgressão ao papel reservado na época às mulheres. Negando esse papel tradicional, as militantes assumiam um comportamento sexual que colocava em questão a virgindade e o casamento e, inclusive, *pegavam* em armas, ou seja, exerciam diversas facetas do papel antes atribuído somente aos homens (2004, p. 36 e 37).

Para Rago, foi no contexto de crise e construção de novos padrões de subjetividade e sexualidade nos anos 70 que emergiu o feminismo organizado em nosso país. Esse movimento era formado por mulheres da classe média, sobretudo por intelectuais. Na oposição à ditadura militar, o poder masculino era uma realidade também dentro das organizações de esquerda, que impediam a participação feminina em condição de igualdade com os homens. As feministas desse período objetivavam uma recusa radical dos padrões sexuais e do modelo de feminilidade posto, colocando em xeque também o conceito de mulher enquanto sombra do homem (1995/1996, p. 33).

As mulheres marcadas por uma experiência na esquerda política brasileira entenderam que o movimento pelos direitos das mulheres não poderia ser subordinado à luta pela redemocratização do país (RAGO, 1995/1996, p. 34). As feministas brasileiras, durante o período ditatorial, organizavam-se “à margem da esquerda”, pois as propostas feministas eram tidas como “pequeno-burguesas” para os partidos de esquerda, vistas como incapazes de atender aos interesses das mulheres trabalhadoras e desnecessárias naquele momento, em que o principal objetivo era a luta contra o autoritarismo e o debate sobre os problemas sociais do país (MANINI, 1995/1996, p. 52).

Denota-se, portanto, que as questões referentes às mulheres não eram bem vistas dentro do contexto de mobilização política contra a ditadura militar. Compreendia-se, nesse momento, que toda a movimentação deveria reunir-se em torno de um só objetivo, o que tornava de certa forma invisíveis as questões acerca da condição social feminina.

2.1.2.2.2 Controle da fecundidade e aborto

Durante o período da ditadura militar no Brasil, segundo Schultz, a implementação de uma política de controle da natalidade era incompatível tanto com a doutrina da Igreja Católica, detentora de uma grande força no país, como com o discurso oficial do crescimento da população como algo favorável ao crescimento econômico e à proteção geoestratégica de espaços não habitados. No entanto, era dada permissão a um grande número de organizações privadas estrangeiras para que implementassem programas de controle populacional. A maior delas, a Sociedade Civil de Bem-estar Familiar, fundada em 1965, difundia uma ideologia neomalthusiana, segundo a qual a causa do subdesenvolvimento é a população excessiva, sobretudo nas classes pobres. Essa organização distribuía contraceptivos hormonais sem custo nas suas clínicas, sem, no entanto, acompanhamento médico ou oferecimento de métodos alternativos (1993, p. 82).

Para Pedro *et al.*, teria sido no seio das discussões sobre a regulamentação da fecundidade, que foram acirradas no Brasil a partir da década de sessenta, que o aborto passou a ser debatido. Nesse contexto verificou-se também a entrada de novos métodos contraceptivos em nosso país. Tal fato veio acompanhado de uma discussão acerca do aborto,

pois a pílula surgia também “como uma solução para a redução dessa prática”. Além disso, a partir desse momento histórico, questões como aborto, contracepção, planejamento familiar e preocupações com o crescimento da população¹³ passaram a ser intimamente relacionadas (2003, p. 230, 231 e 242). Foi a entrada no mercado brasileiro da pílula anticoncepcional, conforme Pedro, ocorrida em 1962, assim como a discussão acerca da adoção de um programa de controle de natalidade, que trouxeram à tona a temática do aborto. Teria sido “justamente para combater sua incidência e prática que se defendia a comercialização e distribuição de contraceptivos” (2003c, p. 297).

No Brasil, o aborto era visto como um drama social, oriundo da pobreza e da ignorância das mulheres, ou seja, como questão de saúde pública, até 1975, ano a partir do qual tem início uma efetiva demanda pela sua autorização (ARDAILLON, 1997, p. 377). Os debates brasileiros sobre o aborto são também um reflexo da inserção de métodos contraceptivos e das preocupações com o crescimento populacional. No entanto, em nosso país, as discussões acerca do tema não geraram uma regulamentação legal diferenciada, permanecendo, assim, a legislação que já vigorava desde 1940 sobre o tema. A questão do aborto, contudo, vem novamente à tona a partir da década de 1990, com a profusão das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal.

2.2 AS NOVAS TECNOLOGIAS DE DIAGNÓSTICO PRÉ-NATAL E A DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO: O CASO DAS GRAVES ANOMALIAS FETAIS

Verificar-se-á, a partir de agora, quais são os principais complicadores trazidos pelas novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, que podem levar à interrupção da gestação por motivo de grave anomalia fetal, à já tão polêmica discussão acerca do aborto. Se somente o tema *aborto* já provocava debates intensos nas sociedades ocidentais, não surpreende que o diagnóstico pré-natal possa conduzir à exacerbação dos posicionamentos acerca da temática (DOUCET, 1995, p. 128). Nesse sentido, será avaliado o impacto do advento dessas tecnologias, bem como serão analisadas questões pertinentes ao aborto em caso de grave anomalia fetal, tais como a extensão do conceito de pessoa ao feto, o critério da inviabilidade e a aplicação dos critérios de qualidade de vida e eugenia a esse tipo de interrupção da gestação. Trata-se, dessa forma, do estudo de questões bioéticas relativas ao aborto, já que, além de esta ser uma questão envolvendo o início da vida, inclui, também, nos casos de grave anomalia fetal, a consideração dos reflexos das novas tecnologias, o que é feito a partir de um enfrentamento interdisciplinar, próprio da Bioética.

¹³ Destacam as autoras dois momentos relativos a políticas de controle da fecundidade no país: o primeiro, ocorrido durante o regime militar, entre as décadas de sessenta e setenta, em que o Estado atua estimulando a expansão da população e, o segundo, após os anos setenta, sob a influência de idéias neomalthusianas, principalmente em função de pressões internacionais, em que o Estado passa a compreender a contracepção como uma solução para problemas econômicos (PEDRO *et al.*, 2003, p. 243).

Os primeiros registros acerca da discussão sobre o aborto por malformações fetais ocorreram no início dos anos 60, ressalta Mori. Na Europa e nos Estados Unidos milhares de mulheres haviam utilizado, no início de suas gestações, a substância denominada talidomida, que não se sabia que gerava anomalias nos fetos. Tal problema parecia poder ser resolvido com a ampliação das exceções normativas relativas ao aborto, que contemplam o risco de vida materno e a gestação resultante de estupro (1997, p. 25).

No entanto, é somente no final do século XX, com o desenvolvimento e a conseqüente difusão de tecnologias mais específicas e seguras de diagnóstico pré-natal, que o tema das hipóteses de proibição do aborto se faz mais presente. O diagnóstico pré-natal objetiva a detecção de patologias, principalmente de natureza genética ou malformativa, utilizando-se, para tanto, técnicas não invasivas, como a ecografia, ou invasivas, como a amniocentese¹⁴ (FASANELLA *et al.*, 2001, p. 267). Se o aborto já era uma das questões éticas discutidas mais acirradamente (SINGER, 1998, p. 145), tais discussões ganham um elemento complicador quando passa a ser possível a identificação intra-uterina de anomalias fetais. Assim, a possibilidade desses diagnósticos viria a gerar um novo capítulo na história do debate acerca do aborto.

A capacidade da Medicina de verificar a saúde do feto gerou um paradoxo, pois, embora seja possível a previsão de anomalias intra-uterinas consideradas incompatíveis com a vida, é impossível oferecer aos pacientes a opção de amenizar o sofrimento decorrente desse diagnóstico (FRIGÉRIO *et al.*, 2002, p. 77), diante da impossibilidade de tratamento dessas doenças graves. No atual estado do conhecimento e dos recursos médicos, a fase diagnóstica raramente está vinculada à terapêutica, restando, na maioria dos casos, apenas duas alternativas: a aceitação do feto ou o recurso à interrupção da gestação (SGRECCIA, 1996, p. 256). Ou seja, já que grande parte das doenças diagnosticadas pelas novas tecnologias pré-natais não possui tratamento ou cura, muitas mulheres,¹⁵ nos casos mais graves, desejam

¹⁴ A ecografia avalia a normalidade do crescimento fetal, permitindo a visualização de anomalias estruturais do feto. Já a amniocentese consiste na retirada de líquido amniótico para a detecção de anomalias genéticas (FASANELLA *et al.*, 2001, p. 267).

¹⁵ Segundo pesquisa efetuada por Guilam em um ambulatório de genética pré-natal no país, contemplando especialmente casos de anencefalia e Síndrome de Down, há reações diversas em relação à possibilidade de interrupção da gestação, mesmo nos casos de feto anencéfalo, cuja interrupção pode ser juridicamente amparada. Ou seja, nem todas as mulheres optam pela realização do abortamento, “seja por motivos religiosos, por esperança de que *algo* aconteça e mude o curso da gravidez ou para viver a experiência da gestação até o fim” (grifo da autora) (2005, p. 173).

interromper sua gestação (DINIZ, 2003, p. 252). Sendo assim, entende Gollop que, ao ser detectada uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, deveria ser permitido ao médico oferecer uma alternativa ética capaz de resguardar, na medida do possível, a integridade emocional da gestante e/ou do casal (GOLLOP, 2000, p. 79).

Segundo Diniz, o exame realizado por meio de ecografia ampliou as possibilidades de tratamento do feto e, ao mesmo tempo, introduziu o tema do abortamento por má-formação fetal no cenário da Medicina Fetal (2003, p. 252). Antes da década de noventa, período em que as técnicas de diagnóstico pré-natais estiveram restritas à Medicina privada, as decisões acerca do abortamento ficavam restritas ao âmbito da relação médico-paciente. No entanto, foi em meados dos anos noventa, com a inserção da ecografia na Medicina pública, “que a pergunta sobre o que fazer diante do diagnóstico de inviabilidade fetal ultrapassou as fronteiras dos consultórios e hospitais e alcançou os tribunais e o parlamento”. Isso porque foram principalmente as mulheres usuárias do serviço público de saúde que buscaram autorização judicial para interromper sua gestação (2005, p. 83).

Diante da utilização dessas novas tecnologias também no serviço público de saúde, Gollop ressalta que o diagnóstico intra-uterino não pode ser considerado elitista, já que é realizado apenas por ultra-sonografia em cinquenta por cento dos casos. Metade das graves anomalias fetais, como “agenesia renal bilateral, anencefalia e anormalidades graves do esqueleto fetal” podem ser diagnosticadas em todo o país, por uma tecnologia simples e disponível no serviço público de saúde, atingindo gestantes de todos os estratos sociais da população. Nos demais casos, em que são necessárias técnicas mais sofisticadas, “os exames invasivos de monitoração fetal concentram-se em hospitais universitários, para onde é encaminhada a população de baixa renda”. Ademais, os métodos utilizados são seguros e eficientes, tanto que a margem de erro de todas as técnicas é de cerca de 0,1 por cento (2000, p. 80).

Sendo possível a realização desses exames intra-uterinos, é preciso questionar acerca do livre consentimento das gestantes ou dos casais. Sherwin afirma que, pelo princípio da autonomia, é preciso questionar se as gestantes têm um aconselhamento suficiente, antes da realização dos testes, “para avaliar a gama de possíveis resultados e as decisões que serão chamadas a tomar no caso de um resultado positivo”. Ou seja, trata-se de assegurar o

consentimento informado não só no que se refere ao exame que possibilita o diagnóstico de malformações fetais, como quanta à decisão relativa ao aborto (2003, p. 337 e 338).

A análise ética do diagnóstico pré-natal exige, ainda, compreende Doucet, além do estudo de suas diferentes facetas, a necessidade de o situar no contexto contemporâneo da reprodução humana. Atualmente ter um filho não tem o mesmo significado de outrora. A procriação humana está ligada à interpretação de um mundo aonde os seres humanos, devido ao seu saber, podem controlar diversos processos naturais. O desejo do filho se insere, dessa forma, num contexto cultural e científico que permite a utilização de técnicas como o aconselhamento genético, a reprodução assistida, além dos desenvolvimentos relativos ao período pré-natal (1995, p. 128).

Delineados os primeiros esboços acerca do impacto das tecnologias de diagnóstico pré-natal desenvolvidas na contemporaneidade, passar-se-á à análise de questões específicas referentes à temática, como a aplicação do conceito de pessoa ao feto portador de grave anomalia fetal, bem como a utilização dos critérios de qualidade de vida e eugenia nesses casos.

2.2.1 A aplicação do Conceito de Pessoa ao Feto Portador de Grave Anomalia

2.2.1.1 Relevância da Questão

Freqüentemente, no estudo da temática *aborto*, é a designação da personalidade ou não ao feto que ocupa lugar central. Assim, a interdição ou não da interrupção da gestação seria solucionada com a determinação do *status* do ser não nascido. Essa relevância pode ser vista em diversos autores. Afinal, o que é *pessoa*?

É a teoria kantiana que traz a idéia de *pessoa*. Para Kant, o ser humano “existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Por isso, em suas ações, ele deve considerar-se a si próprio, bem como a todos os outros seres humanos, sempre como fim. É isso o que distingue coisas de pessoas. As coisas possuiriam, portanto, apenas um valor relativo, o de meios, enquanto que as pessoas seriam objeto de respeito, não podendo ser empregadas somente como meios, pois a sua natureza as distinguiria como fins em si mesmas. É a partir desse ponto que se origina o seu imperativo: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de

qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (2004, p. 58 e 59).

Sève menciona que o ser humano, e não a pessoa, faz parte dos conceitos advindos da ciência biológica. Logo, “aquilo que visamos no ser humano, ao nomeá-lo pessoa, é de ordem incorporeal”. A qualidade de humano de um ser decorre do fato de que seu ponto de partida é a espécie biológica, ou seja, a humanidade é um fato. Já um ser humano é pessoa porque tem a humanidade como “ideal regulador”, ou seja, a pessoalidade é um valor. A palavra *pessoa* expressa que “o ser humano tem uma *dignidade* que motiva o *respeito*”: “a pessoa é uma *relação* humana, uma prerrogativa ética que, ao mesmo tempo, me pertence e me ultrapassa: aquilo que, nela, me pertence ultrapassa-me, aquilo que nela me ultrapassa, pertence-me” (grifos do autor) (1997, *passim*).

É devido ao fato de que o conceito de *pessoa*, então, traz a idéia de fim e, portanto, a exigência de um respeito, bem como a conexão a uma dignidade, que a caracterização do feto como pessoa parece ser tão importante no tema do aborto. Pessini e Barchifontaine alegam que a questão da personalidade do feto é um dos elementos mais críticos no debate acerca do aborto. Por isso, a resposta dada às questões *o feto é uma pessoa? e a partir de quando?* afeta o posicionamento relativo ao tema (2000, p. 236).

Então, pelo menos a partir da década de 1960, passou a ser possível a divisão das posições acerca do aborto em dois grupos, sendo ressaltadas as divergências dentro de cada um deles: pró-vida e pró-escolha, adverte Mori. O posicionamento do primeiro grupo traz o argumento da existência de uma pessoa desde a concepção, o qual tem um papel dominante no debate atual, fazendo parecer que “toda a controvérsia depende da questão de saber se o feto é ou não pessoa” (1997, p. 31).

A importância da questão do *status* moral do feto pode ser visualizada em diversos autores, o que será feito a partir de agora, de forma resumida. Barretto analisa diversos modelos que buscam determinar a partir de que momento há vida humana. Para o modelo vitalista, a pessoa existe desde a concepção, sendo necessário apenas o substrato biológico para que o ser humano se torne uma pessoa. Já para o modelo cultural, é preciso uma manifestação atual ou futura de consciência moral e racionalidade para que se fale em pessoa humana (2003, p. 233-243).

Também para Tooley parece ser fundamental, no debate sobre o aborto, questionar quando um membro da espécie humana se torna uma pessoa (1983, p. 76). O mesmo entende Wertheimer, para quem a questão fundamental envolvendo o aborto diz respeito ao *status* moral do feto. Ele analisa posições liberais e conservadoras, compreendendo que elas são absolutamente opostas no que se refere a esse estatuto, já que, para os liberais, o feto não seria um ser humano ou uma pessoa, enquanto que, para os conservadores, o seria (1983, p. 35 e 55).

Já Singer possui um argumento diferenciado. Ele descreve o ponto de vista conservador acerca do aborto como sendo o que coloca a premissa de que um feto humano é um ser humano inocente, motivo pelo qual seria errado matá-lo. Haveria, portanto, o direito à vida desde o momento da concepção. Já os argumentos liberais não contestam a afirmação de que o feto é um ser humano inocente, embora entendam que o aborto é admissível. Para os liberais, portanto, a defesa do aborto não está conectada com a negação do *status* de pessoa ao feto. Baseiam-se eles em três argumentos: as conseqüências das leis restritivas, o que teria como resultado não “tanto a redução do número de abortos realizados, mas, sim, o aumento das dificuldades e dos perigos para as mulheres com uma gravidez indesejada”; o argumento segundo o qual, sendo o aborto um crime sem vítimas, precisaríamos “ser tolerantes com os que defendem idéias diferentes das nossas e deixar a decisão de fazer um aborto a cargo da mulher que está vivendo o problema”; bem como o argumento feminista, segundo o qual “uma mulher tem o direito de escolher o que fazer com o seu próprio corpo” (1998, *passim*).

Para Dwokin, a maioria das pessoas credita a polêmica acerca do aborto à questão moral sobre o *status* de pessoa do feto. No entanto, também ele compreende que “tal modo de apresentar o debate sobre o aborto é fatalmente enganoso”. Isso porque, numa análise detalhada das concepções conservadora e liberal sobre o tema, seria perceptível que nem a primeira deriva da personalidade do feto e que tampouco a segunda tem origem na sua negação¹⁶ (2003, p. 42 e 43).

Diante do exposto, foi possível compreender a importância da definição do estatuto moral do feto, entendendo-o ou não como pessoa. É devido ao fato de que essa designação conferiria ao feto um respeito especial que grande parte do debate acerca do aborto centra-se nessa questão. No entanto, as discussões não se restringem à personalidade do feto, já que, conforme visto em Singer e Dworkin, a determinação do *status* fetal não solucionaria o problema.

2.2.1.2 O Feto pode ser Considerado Pessoa?

¹⁶ O jurista norte-americano utiliza como exemplos as exceções admitidas pelo ponto de vista conservador, como a tolerância ao aborto quando há risco de vida à gestante ou quando a gravidez resulta de estupro, o que seria incompatível com o pressuposto de que o feto é uma pessoa com direito à vida, bem como a opinião liberal sobre o aborto, segundo a qual, pelo menos em geral, ele suscita um problema moral, não sendo justificável por “razões triviais ou frívolas”, o que também não está de acordo com a negação do *status* moral de pessoa do feto (DWORKIN, 2003, p 42-45).

Ainda que não seja unânime entre os autores analisados a importância da determinação do estatuto moral do feto para a moralidade do aborto, tratar-se-á de verificar, agora, a possibilidade de considerar-se o feto em geral e, especificamente, o portador de grave anomalia fetal, como pessoa. Assim, traz-se abaixo o argumento vitalista ou cultural de alguns autores. Ressalta-se que, diante do caráter descritivo deste capítulo, buscou-se explorar ambos os argumentos, sejam eles favoráveis ou não à consideração da personalidade do feto.

O estatuto pessoal é por diversas vezes negado ao feto em função da sua dependência biológica da gestante. Compreende-se, dessa forma, que o feto é parte do corpo da mulher, que poderia retirá-lo ou não de acordo com sua vontade. Azevêdo nega essa afirmação, compreendendo que a autonomia garantiria ao feto o *status* de pessoa. Assim, entende a autora que o feto possui autonomia em relação à gestante, não podendo ser considerado parte de seu corpo. Tal autonomia é perdida somente com o nascimento, que é “a mais absoluta das dependências humanas”, já que o recém-nascido precisa ser alimentado e protegido por alguém o tempo inteiro.

Sgreccia também parte da afirmação da nova entidade biológica na qual consiste o feto, desde o momento da concepção, para afirmar a sua personalidade. Ele coloca que um dado esclarecido pela genética e incontestável é o de que, no momento da fertilização, os dois gametas formam uma nova entidade biológica, que é o zigoto, o qual consiste numa nova vida individual. Sendo assim, também aqui o feto não é considerado como parte da mãe, sendo que seu desenvolvimento dependeria da mãe apenas de modo extrínseco (2002, p. 346).¹⁷

Para esse autor, o ser em gestação é um ser humano, do ponto de vista biológico, devido ao fato de existir apenas uma diferença de desenvolvimento entre o primeiro momento da concepção e o momento do nascimento. O autor salienta, ainda, que, também do ponto de vista filosófico, todo o valor da pessoa humana estaria presente desde o momento da concepção, enumerando duas razões para tanto:

¹⁷ O autor refere também que fica demonstrada, pela fertilização *in vitro*, que é possível proceder à fertilização pela união de duas células gaméticas, sendo que, desse momento em diante, o embrião desenvolver-se-ia por mecanismos autoconstrutivos (SGRECCIA, 2002, p. 346).

a) o vínculo entre o corpo e a alma é um vínculo substancial e não acidental: o corpo é transcrição, epifania, instrumento da pessoa e não simples vestido ou acessório. A pessoa é corpórea, Eu encarnado e não apenas entidade que *tem* um corpo;
b) a *personalidade* no homem coincide com o *ato* existencial que realiza a natureza humana composta de alma e de corpo, de psique e de físico; o ato existencial age no momento mesmo em que *está em ato* o novo ser. [...] A unidade de desenvolvimento e a unidade ontológica do ser humano em formação levam à mesma conclusão: estamos diante de uma vida humana individual em estado de desenvolvimento (2002, p. 364 e 365).

Outros autores, por sua vez, negam esse *status* ao feto, compreendendo que nele não está presente o substrato necessário à consolidação da *pessoa*. Tal afirmação não necessariamente está conectada, contudo, à negação da existência biológica de um novo ser a partir do momento da concepção. Percebe-se, abaixo, a necessidade de diversas características, inexistentes na vida fetal, para que seja possível falar em *pessoa* e, conseqüentemente, ser sujeito do direito à vida. Por vezes, tais características seriam adquiridas somente com o nascimento, a exemplo do que salienta Arendt, para quem a natalidade é uma condição humana. É com o nascimento que “vem ao mundo algo singularmente novo”, ou seja, é com esse evento que tem início a ação (2001, p. 191). Outras vezes, como no caso dos argumentos presentes em Singer e Engelhardt, mesmo nos recém-nascidos o estatuto pessoal poderia não ser verificado.

Para Tooley, só pode ser compreendido como pessoa e como sujeito do direito à vida quem tem condições de desejar a continuidade da própria existência. Assim, seria necessário que o ser humano possuísse a idéia de si mesmo “como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales, y que crea que es tal entidad”.¹⁸ É o desejo de algo, portanto, que faz com que alguém possa possuir o direito a essa mesma coisa. Portanto, somente se o feto pudesse desejar viver teria direito à vida (1983, p. 81).

Conforme Singer, a vida de um feto não tem um valor superior à vida de um animal num estágio semelhante de racionalidade, consciência, capacidade de sentir etc. Entende o autor que o feto não é uma pessoa, motivo pelo qual não possui direito à vida. Contudo, tal argumento aplica-se, na sua opinião, também aos recém-nascidos, pelo fato de que eles, assim como os fetos, não são seres racionais e conscientes de si (1998, p. 178 e 179). Junges também trata do tema, embora de forma diferenciada. Para ele, desde a concepção há

¹⁸ O autor ressalta que o direito de um indivíduo a algo pode também ser violado quando ele desejaria tal coisa se não adviessem as causas seguintes: desequilíbrio emocional, inconsciência temporal ou influência para que desejasse a ausência desse algo (TOOLEY, 1983, p. 83).

“personidade”, ou seja, há as estruturas antropológicas necessárias ao tornar-se pessoa, mas não “pessoalidade”, pois tais estruturas não teriam ainda sido levadas à expressão (1999, p. 137). Isso não descaracterizaria o respeito que se deve ter com relação ao feto, em virtude da possibilidade de ele vir a ser pessoa, ao mesmo tempo em que não torna o aborto condenável em todos os casos.

De acordo com a moralidade secular, exposta por Engelhardt, “o início da vida biológica humana não é o início da vida de uma pessoa como agente moral”, o que torna problemática a condição moral dos fetos e até de bebês. Entende o autor que “não se pode afirmar que os fetos sejam pessoas, no sentido estrito de serem agentes morais”. Isso porque, como ainda não se sabe que tipo de pessoa o feto será, não podem ser atribuídas “responsabilidades morais seculares especiais” em relação às pessoas que ainda não existem. (1998, p. 308 e 309). Ou seja, o feto não é considerado aqui pessoa, porque não é agente moral. Logo, o feto não seria sequer passível de respeito, já que este somente pode ser atribuído às pessoas, enquanto agentes morais.

A condição moral do feto, ainda de acordo com esse autor, só pode ser compreensível a partir do exame do quanto tal vida é importante para as pessoas. Assim, um feto humano pode ter uma condição moral superior à de um animal no mesmo nível de desenvolvimento devido ao significado que ele possui para a mulher que o concebeu e para outras pessoas que possam estar interessadas na pessoa que esse feto irá se tornar. Logo, o valor dos fetos é dado, numa moralidade secular geral, por aqueles a quem eles pertencem. Por isso, devido ao feto ser malformado, por exemplo, um valor negativo lhe pode ser atribuído. Quem pode conferir esse valor e, ao mesmo tempo, determinar o uso do feto, seriam aqueles que o tenham produzido, especialmente a mãe, que o carrega em seu ventre. (ENGELHARDT, 1998, p. 310).

Boltanski também está de acordo com a necessidade de atribuição do valor do feto por outras pessoas. Para o autor francês, haveria uma manipulação ontológica do feto, o qual poderia ser caracterizado como autêntico ou tumoral. O feto autêntico já é um bebê. Ele faz parte de um projeto e encarna uma criança que nascerá. Já o feto tumoral deve deixar no mundo a menor quantidade de traços possível, não fazendo parte da memória (a não ser da gestante). Ele é uma figura que não existiu (2004, p. 173 e 174). Portanto, enquanto que o feto desejado poderia ser considerado *pessoa* antes do nascimento, porque alguém lhe atribuiu esse

valor, o feto tumoral, categoria na qual poderiam estar incluídos os portadores de grave anomalia fetal, mas somente nos casos em que a gestante deseja interromper a gestação, jamais adquirirá esse *status*.

Especificamente quanto aos fetos com graves malformações, é possível falar na permanência do estatuto pessoal? Em geral, para os que compreendem que o ser humano deve ser respeitado desde a concepção, possuindo o feto direito à vida, a ocorrência de patologias letais não modificaria sua condição de *pessoa*. No que tange ao aborto em decorrência de malformações, Sgreccia afirma que as malformações ou deficiências não interferem na realidade ontológica do nascituro (2002, p. 376). Semelhante opinião expressa Nedel, para quem o aborto seletivo ou eugênico viola “o direito fundamental à vida do concepto, que é prioritário, ao menos no aspecto temporal, em relação ao direito, também fundamental, de vir a ser após o nascimento”. Sendo assim, uma mentalidade que acolhe a vida somente sob determinadas condições chocar-se-ia com o imperativo ético do respeito incondicional à vida humana (2004, p. 21). Já os posicionamentos contrários parecem basear-se no critério de viabilidade, a ser analisado abaixo.

2.2.1.3 Viabilidade e Graves Anomalias Fetais

A partir da possibilidade de diagnóstico de graves anomalias fetais, dá entrada no cenário das discussões acerca do aborto o tema da viabilidade. Tratando-se de malformações letais, ou seja, que gerarão a morte do recém-nascido pouco tempo após o parto, passa-se, por vezes, a considerar que tal vida não é viável, não possuindo condições autônomas de manutenção, pois, com o desligamento do organismo materno, não possuiria ele o substrato necessário à manutenção da vida.

Assim, considerando-se o feto como inviável, pode-se questionar, como o faz Leone, se haveria mesmo aborto, ou se seria possível falar em indução do parto, já que o procedimento não traria reflexos para a vitalidade do recém-nascido, podendo produzir um efeito psicológico benéfico na mãe. “Fará sentido ‘respeitar’ por uns poucos dias a vida de um recém-nascido que, com toda a certeza, irá morrer? Será aceitável esta intangibilidade sagrada da vida?” (2001, p. 40).

Lilie também considera que o direito à vida só se faria presente se o feto fosse viável. Tratando do aborto por grave anomalia fetal, no que tange ao conflito existente entre os direitos do nascituro e de seus pais, salienta que o direito do feto à vida, caso se entenda que ele a possui, não anula o direito dos genitores. Logo, caberia “sustentar que o feto é titular de um direito firme à vida apenas se possui a potencialidade de converter-se em um ser autoconsciente, capaz de autodeterminação e livre-atuação” (2002, p. 141).

Da mesma forma, Barchifontaine questiona se deve ser considerada como pessoa um feto que não possui substrato biológico que lhe permita realizar uma vida “verdadeiramente humana”. Pergunta, ainda, se haveria aborto, no sentido moral do termo, em caso de interrupção da gestação em decorrência de deformação irreversível, como a anencefalia (2003, p. 251). Sève também traz a hipótese do feto como pessoa potencial. Logo, para ele, a oposição à interrupção da gestação de fetos malformados ou portadores de doenças graves e incuráveis “revelaria uma obstinação ética míope” sobre esse ser, e não um “verdadeiro respeito prospectivo pelo ser humano futuro” (1997, p. 111).

Junges, ao tratar das enfermidades letais intra-uterinas, compreende que nesses casos os fetos, embora vivos, não são viáveis. Coloca, outrossim, que “pode-se prever certas conseqüências graves para a mulher grávida e a continuação da gravidez pode parecer absurda e desprovida de sentido para aquela que sabe que não poderá receber em seus braços um filho vivo”. Termina referindo que as normas morais podem, em casos excepcionais, tornar-se injustas, o que pode ser verificado nos casos de graves anomalias: “o feto acometido por alguma enfermidade letal é um natimorto conservado em vida apenas pela ligação com a mãe, sem nenhuma viabilidade posterior. Quando existe um conflito de bens importantes para a mãe, seria permitido cortar essa ligação” (1999, p. 143 e 144).

2.2.1.4 A Controvérsia acerca do Aborto é Solucionada mediante a Resposta à Questão *o Feto é Pessoa?*

Primeiramente, tratou-se de demonstrar a relevância da questão *o feto é pessoa?*, bem como de que forma a controvérsia sobre o aborto foi sobre ela construída. No entanto, nem sempre a determinação do *status* moral do feto põe fim à questão acerca da moralidade do aborto. Diante desse fato, busca-se aqui demonstrar outras teses acerca do tema, que não colocam a personalidade do feto como ponto central. Varga, por exemplo, afirma que a questão

central no aborto é *quando tem início a vida humana?*, e não *o feto é pessoa?* Ele entende que “o emprego do termo ‘pessoa’ somente obscurece o problema principal, porque a sua definição pode ser arbitrariamente sujeita ao objetivo para o qual a definição foi formulada” (2001, p. 65 e 66).

Outros autores, contudo, trazem argumentos vinculados à moralidade, e não ao biológico. Mesmo supondo que há uma pessoa desde o momento da concepção e que o ser não nascido possui direito à vida, é possível sustentar a defesa do aborto, como o faz Thomson. Entende ela que a gestante tem direito ao seu próprio corpo e que o fato de o feto possuir direito à vida não garante que ele possa dispor do corpo da mãe, contra a vontade desta, ainda que essa disposição seja indispensável para a continuidade de sua existência. Sendo assim, o ato de negar o uso do seu corpo não seria injusto, já que não é possível exigir que a gestante sacrifique sua saúde e seus interesses por nove meses para manter viva outra pessoa (1983, p. 20 e 27). Dessa forma, para essa autora, a questão do aborto estaria intrinsecamente ligada à liberdade da gestante, já que o direito à vida do feto não seria absoluto, dependendo da *validação* materna.

Mori vai além, ao afirmar não só que o direito à vida de uma pessoa não torna obrigatória uma ligação necessária à continuidade dessa vida, mas também que “a mulher não perde a faculdade de retirar seu consentimento a uma eventual ligação, mesmo que o tivesse dado (implicitamente ou explicitamente) antes, ao aceitar a relação sexual (1997, p. 76).¹⁹ Outras opiniões expressam, apesar de não categorizar o feto como pessoa, um respeito a esse ser, o qual decorreria de outros elementos.

Segundo Junges, o respeito absoluto ao ser não nascido não decorre da sua pessoalidade, já que ele não possui muitos elementos que definem o *status* de pessoa, mas na sua “asciçã²⁰ ao gênero humano” ou na “solidariedade ontológica” de todos os seres

¹⁹ Para ele, não é possível sustentar a irrevogabilidade do consentimento à gravidez. “[...] o consentimento (implícito ou explícito que seja) ao uso de algo sobre o qual temos direito é sempre revogável”. Logo, conclui que, devido ao direito ao uso de seu próprio corpo que a mulher possui, o aborto seria sempre lícito, mesmo quando a mulher não utilize métodos contraceptivos, o que poderia denotar um consentimento implícito à gestação (MORI, 1997, p. 74 e 75).

²⁰ O conceito de ascriçã^o está presente na obra de Ricoeur, que a designa como um desdobramento entre o si e o outro, ou seja, trata-se do poder do agente de designar-se a si mesmo ao designar o outro (1996, p. 85 e 103). Silva Filho comenta essa conceituaçã^o, compreendendo que “ela indica que a atribuiçã^o de um predicado no plano da açã^o é sempre feita para uma pessoa, percebida a partir de uma unidade indissolúvel entre o corporal e o psíquico, assumindo centralidade a relaçã^o entre o agente e a motivaçã^o do seu ato” (2006, p. 128).

humanos. Para esse autor, a dignidade humana, enquanto intrínseca ao ser humano, é extensível ao feto, ainda que ele não seja manifestamente pessoa (1999, p. 138 e 140). Sève salienta que a ascrição é interpessoal e recíproca, pois é a forma de atribuição só utilizável quando “reportamos ao ser individual características universais da pessoa”. Seria a ascrição de uma dignidade o processo pelo qual o indivíduo passasse a pertencer ao gênero humano (1997, p. 74). Logo, ainda que o ser não nascido não possa ser considerado pessoa, a simples pertença ao gênero humano faz com que o respeito ao feto seja um dever. Dessa forma, o feto pode possuir dignidade humana, o que fundamentaria o respeito que as pessoas devem ter com ele.

Com opinião diversa, Boltanski fala da necessidade do reconhecimento como condição do direito à vida, embora não use o termo *ascrição*, exposto acima. Para o autor, o valor do feto é o valor que lhe é conferido pelas pessoas a ele relacionadas, especialmente pela mãe.²¹ Seria pelo desejo da mãe que se operaria a relação de ser desejado também numa ordem simbólica, sendo que o acesso a tal ordem seria uma condição de humanização. Assim, somente aquele que é desejado tem acesso a uma plena humanização, não podendo o aborto de um feto não desejado ser comparado à destruição de um ser humano (2004, p. 250-252). Com isso, Boltanski coloca as pessoas responsáveis pelo feto, como os seus familiares e, especialmente, a mãe, como responsáveis pela sua humanização. Então o pertencimento ao gênero humano não é algo que ocorre automaticamente, porque passa pelo desejo de terceiros. O valor do feto não é intrínseco, dependendo de um reconhecimento externo, sendo somente a partir dessa valoração que lhe é conferida dignidade humana.

D’Agostino, por sua vez, entende que o problema básico, no que se refere ao *status* do feto, é o da identidade. O nascituro possuiria, portanto, uma “*subjetividade*, autônoma e distinta daquela da mãe que o carrega no ventre” (grifo do autor). Daí adviria o seu direito de nascer. A identidade consistiria, em primeiro lugar, na “individualidade biológica própria de cada sujeito”, mas não se esgotaria nela, abrangendo também uma dimensão antropológica, que seria referida à possibilidade de “perceber a si mesmo como um *eu* e ser reconhecido pelos outros como tal” (grifo do autor), que é o que constitui o ser humano como sujeito. É a identidade que gera também a dignidade da vida, já que a vida humana seria digna justamente

²¹ Assim, para uma mulher que deseja ter um filho o feto é uma pessoa, a partir do momento em que ela sabe da gravidez, enquanto que, para a mulher que não tem esse desejo, a gestação é uma invasão e o feto é considerado como intruso (BOLTANSKI, 2004, p. 250 e 251).

porque o ser humano “é o único sujeito natural que possui uma identidade, não-reduzível à sua constituição estritamente biológica”. Baseando sua teoria no conceito de *identidade*, o aborto, para o autor, não é ilícito por atingir a pessoa, mas por atingir a identidade, ou seja, o sujeito pertencente à espécie humana (2006, *passim*).

Percebe-se, do exposto, que, de certa forma, também aqui está presente a idéia de pertença ao gênero humano. No entanto, o autor nomina isso de outra forma, sob o prisma da identidade. Com isso, ele coloca a *ascrição* ao gênero humano como algo que tem início com a individualidade biológica do feto. É com essa individualidade, somada à subjetividade, à possibilidade de reconhecer-se a si e de ser reconhecido pelos outros como sujeito, que derivaria a dignidade da vida, dirigida ao feto. Por isso, é por consistir num atentado ao ser humano que o aborto é condenável.

Habermas fala em dignidade da vida humana ao se referir à vida pré-pessoal. Entende o autor que os dois lados da discussão sobre o aborto (pró-vida e pró-escolha) não se dão conta de que algo pode ser considerado indisponível, mesmo que não possua o *status* de sujeito de direitos, ou seja, mesmo que não lhe sejam assegurados direitos humanos. Assim, embora não compreenda o feto como pessoa, não possuindo também uma dignidade humana, haveria uma dignidade da vida humana, extensível ao feto (2004, p. 44, 50 e 51). Portanto, não é a condição de pessoa necessária à atribuição de dignidade, da qual derivaria o respeito. Coloca-se, dessa forma, a dignidade (e a dignidade da vida humana) como algo anterior à atribuição de direitos. Habermas não considera o feto, no entanto, sujeito de direitos.

Semelhante opinião expressa Bourguet, para quem há um indivíduo da espécie humana desde a concepção, embora não haja uma pessoa. No entanto, tal fato não faz com que não exista uma necessidade moral de respeitar esse ser como pessoa (2002, p. 233). Note-se que o autor utiliza a expressão *indivíduo*, denotando concordância com a teoria de D’Agostino, exposta anteriormente, de que o feto possui autonomia em relação à gestante, contando também com uma identidade biológica diferenciada.

No caso das opiniões que expressam um respeito à vida humana, ainda que não se possa referir ao feto enquanto pessoa, parece existir um plano anterior, que sustentaria essa dignidade, ainda que não se possa falar em personalidade. Trata-se do conceito de sacralidade da vida. Tal perspectiva, da qual poderia ser denotado o respeito que deve ser garantido à vida humana, é freqüentemente oposta à outra, qual seja, a da qualidade de vida, fortemente ressaltada como uma das justificativas para a realização do aborto por grave anomalia fetal.

2.2.2 Sacralidade da Vida *versus* Qualidade de Vida

Esse respeito há vida humana, seja ele absoluto ou não, parece estar baseado na idéia de que ela é sagrada. Por isso, não seria imprescindível a existência de uma pessoa para que a consideração que impõe o respeito à vida humana fosse demandada. É a sacralidade, portanto, que pode explicar a concepção do aborto como um dilema, mesmo para aqueles que o defendem. Logo, tendo como fundamento a sacralidade da vida humana, é que ninguém parece duvidar do valor intrínseco da vida humana antes do nascimento (HABERMAS, 2004, p. 46).

Iniciaremos expondo a opinião de Dworkin que, ao contrário do que faz a maioria dos doutrinadores, busca o ponto de convergência nos posicionamentos liberal e conservador acerca do aborto. Assim, ambas as posições pressuporiam que “a vida humana tem em si mesma um significado moral intrínseco, de modo que é um erro, em princípio, pôr fim a uma vida mesmo quando não estão em jogo os interesses de ninguém”. O autor, com tal afirmação, subverte a lógica da maioria das discussões sobre o tema, que colocam a divergência acerca da consideração ou não do feto como pessoa como o centro, colocando esse significado intrínseco da vida humana como um valor moral comum a ambas as posições. Para ele, aquilo que é compartilhado por todos, o valor intrínseco da vida humana, “é mais fundamental do que nossas divergências sobre suas melhor interpretação”. E é devido ao pensamento de que a vida humana, incluindo a vida fetal, tem um valor intrínseco, que o aborto é moralmente problemático (DWORKIN, 2003, p. 47, 99 e 102).

Referindo-se especificamente às graves malformações fetais, que determinam uma vida após o nascimento breve e muito limitada, Dworkin aponta que a decisão se refere à morte anterior, pelo aborto, ou posterior, de forma natural, sendo que em ambos os posicionamentos há referências à sacralidade da vida humana. No último caso, tem-se que a morte imediata do feto “é uma frustração mais terrível do milagre da vida do que seria a vida breve e penosa de uma criança”, enquanto que, no caso dos que defendem o aborto, “seria uma frustração de vida ainda pior permitir que essa vida fetal continuasse”. Assim, o jurista

entende que as divergências sobre o aborto são mais bem compreendidas com a análise conferida à “importância moral relativa das contribuições natural e humana à inviolabilidade das vidas humanas individuais” (2003, p. 124-126).²² Embora não seja desta forma pelo autor denominada, parece estar aqui presente a oposição entre os valores da sacralidade da vida e da qualidade de vida, travestidas sob a denominação de contribuição natural e humana.

Mori segue essa opinião, igualmente afirmando que a justificativa da interdição do aborto recai no princípio da sacralidade da vida humana. Seria a ética da sacralidade da vida que pressuporia que a pessoa não possui a capacidade de dispor livremente de si mesma, pois teria o dever de seguir os fins impostos pela natureza (1997, p. 80). Já Singer ressalta que essa idéia da sacralidade da vida aplica-se somente à vida humana. A doutrina da santidade da vida humana consiste numa maneira de sustentar que a vida humana tem um valor especial, que difere do valor conferido à vida de outros seres vivos. No entanto, entende o filósofo que esse valor conferido aos membros da espécie *Homo sapiens* não teria razão de ser, já que “os fatos biológicos que determinam a linha divisória da nossa espécie não têm um significado moral”. Dessa forma, preferir a vida de um ser devido ao fato de ele pertencer a tal espécie faria com que possuíssemos a mesma posição dos racistas, que discriminam quem não possui a mesma raça que a sua (1998, p. 93, 94 e 98).

A sacralidade da vida freqüentemente aparece em oposição à qualidade de vida, como se fossem antônimas. No entanto, é suficiente o princípio da sacralidade da vida para solucionar as controvérsias acerca do aborto? Ou será que a simples defesa da sacralidade da vida intra-uterina, sem a consideração pelas condições em que o ser, após o nascimento, viverá, é, conforme Junges, “uma contradição e incoerência”? Como muitas vezes a defesa da inviolabilidade da vida pode levar a uma desconsideração com a qualidade de vida, ou seja, a uma ausência de preocupação com as condições de uma vivência digna (1999, p. 114 e 115), é preciso analisar também o outro conceito.

De acordo com Blondeau, é por meio da noção de *qualidade de vida*, freqüentemente colocada em oposição à de sacralidade da vida, que é considerada a

²² Dworkin, ao explicar tal afirmação, indica que é por isso que não surpreende que muitas pessoas contrárias ao aborto, situadas no extremo natural ou biológico do espectro, sejam adeptas de alguma fé religiosa, pois para elas Deus seria o autor do que há de natural no mundo, motivo pelo qual também “cada feto humano é um exemplo único de sua realização mais sublime”. Essa posição também pode ser creditada às pessoas que consideram a reprodução como um “milagre natural”, pois a ordem natural exigiria respeito “em nome de seu caráter sagrado”, o que faria com que a frustração desse investimento natural na vida humana raramente pudesse ser justificada. De forma oposta, as opiniões liberais atribuiriam maior peso à importância de não frustrar o investimento humano na vida, compreendendo-se aqui que a vida humana constitui-se centralmente pelas escolhas pessoais, pela formação, pelo envolvimento e pela decisão. Por isso, para tal opinião, “o fato de as ambições, o talento, a formação e as expectativas de um adulto se perderem devido a uma gravidez imprevista e indesejada frustra o milagre da vida muito mais do que a morte de um feto antes que se tenha feito qualquer investimento significativo dessa natureza” (2003, p. 127-129).

diversidade de aspectos da experiência humana, sem limitá-la à sua dimensão biológica. Essa forma de referência à qualidade de vida é recente, tendo aparecido somente após a Segunda Guerra Mundial. Tal noção aplica-se aos casos de fetos com graves malformações, permitindo o não prolongamento de sua existência, rompendo-se, assim, com o dogma do respeito absoluto à vida (1995, p. 296 e 297).

D'Agostino refere que a santidade da vida e a disponibilidade da vida seriam duas categorias tradicionais utilizadas na Bioética. A partir da perspectiva da santidade da vida, esta seria indisponível, sendo o seu imperativo “*defende a vida!*” de caráter deontológico absoluto. Já para a outra perspectiva, a vida deve ser defendida somente quando merecesse ser vivida. Privilegia-se aqui a escolha autônoma dos indivíduos e o imperativo “*defende a qualidade da vida!*” seria a norma fundamental. Conclui afirmando que ambas as éticas têm o mesmo fundamento, qual seja, a vida enquanto objeto, e que as antinomias se referem não à definição da vida humana, mas ao sentido conferido a ela (2006, p. 187 e 189 – grifos do autor).

Junges, da mesma forma, disserta acerca do tema da sacralidade da vida,²³ compreendendo que tal idéia está baseada em dois princípios: o da inviolabilidade, baseado na idéia de que a vida é propriedade divina, sendo o ser humano apenas seu administrador, e o da intangibilidade, que estaria centrado somente da dimensão biológica, podendo gerar considerações abstratas e descontextualizadas da vida. Entende o autor que sacralidade e qualidade da vida não são princípios excludentes e que, dependendo do momento, será preferível a utilização de um ou outro princípio, sem negá-los (1999, p. 113-116).

Segundo o mesmo autor, a qualidade de vida, por sua vez, diria respeito com as “condições da vivência digna”, manifestando-se como saúde. Gozar de boa saúde, então, significaria mais do que a simples ausência de doença, ou mesmo do que a fruição de um estado de completo bem-estar físico, mental e social: “*sadia* é aquela pessoa que consegue de tal maneira integrar na própria vida uma perturbação do bem-estar físico, psíquico e social que possa realizar-se como pessoa, não perdendo o sentido da própria dignidade e lutando para modificar aquelas coisas que sejam possíveis de mudar e integrando aquelas que sejam um dado imodificável” (1999, *passim*).

Devido ao fato de se referir à preocupação com as condições de uma vivência digna, conforme exposto, a qualidade de vida é uma questão bastante suscitada quando se trata dos recém-nascidos portadores de graves anomalias. Isso porque, devido às malformações, sua vida será muito breve e com uma qualidade prejudicada. A questão da qualidade de vida está no cerne dos debates bioéticos acerca da interrupção da gestação por grave anomalia fetal, devendo tal valor ser visto como complementar à vida (TESSARO, 2002, p. 81).

²³ Para o teólogo, a idéia da sacralidade não necessariamente remete ao contexto religioso, existindo também uma sacralidade leiga (JUNGES, 1999, p. 115).

Nesse caso, entende Engelhardt, a qualidade de vida deve incluir não só a qualidade de vida considerada pelos indivíduos ligados a essa vida, como os pais, mas também a qualidade de vida do modo com que ela será percebida por quem a vai viver (1998, p. 323). Também Dworkin trata do tema, afirmando que, se, para os posicionamentos liberais relativos ao aborto, tal procedimento seria permissível quando o nascimento acarreta uma condição de pouca qualidade de vida, tal justificativa é mais forte se, devido a deformações físicas graves, a vida torna-se “muito difícil e dolorosa”, implicando frustrações tanto para a criança quanto para os pais (2003, p. 135).

Coloca-nos este último autor que, embora quase todos aceitem o princípio abstrato de que é intrinsecamente mau que a vida humana, uma vez começada, venha a ser frustrada, as pessoas divergem quanto à melhor resposta à questão de se a morte prematura passível de ser evitada é sempre, ou invariavelmente, a mais grave frustração de vida possível. A opinião conservadora tem por base a convicção de que a morte imediata é inevitavelmente uma frustração mais grave do que qualquer opção que adie a morte, mesmo ao custo de uma maior frustração em outros aspectos. Já o ponto de vista liberal tem por base a convicção de que em alguns casos, ao menos, a opção pela morte prematura minimiza a frustração da vida, não sendo, portanto, uma atenuação do princípio de que a vida humana é sagrada, mas sim a opção que mais respeita esse princípio (2003, p. 125).

Percebe-se, dessa forma, que sacralidade e qualidade de vida não são dois princípios opostos, mas complementares. Não são, da mesma forma, princípios absolutos, pois a priorização de um ou outro variará de acordo com o caso concreto.

Tampouco possuem conceitos objetivos, já que nem o que é sagrado, nem o que é vivência digna, é extensível e compartilhável por todas as pessoas. A qualidade de vida pode ser oposta, ainda, nos casos de aborto por grave anomalia fetal, à eugenia. Assim, pode ser sustentado que esse tipo de procedimento consiste numa seleção dos seres que mereciam ou não viver, contrariando o princípio da sacralidade da vida.

2.2.3 O Aborto por Grave Anomalia Fetal enquanto Procedimento Eugênico

Por fim, cabe a análise de um tema fortemente suscitado nos casos de aborto por grave anomalia fetal: a eugenia. Procurar-se-á verificar, aqui, os argumentos utilizados na caracterização ou descaracterização desse tipo de interrupção da gestação como procedimento eugênico, bem como o possível impacto da permissão desse tipo do aborto para as pessoas portadoras de algum tipo de deficiência.

A questão ética da eugenia, conforme Barros, é a doutrina com pretensões científicas que objetiva a melhoria da espécie humana por meio da seleção artificial de indivíduos considerados inadequados (2003, p. 277). A eugenia consiste no estudo dos fatores que permitem o melhoramento da espécie humana, enquanto que o eugenismo é a “doutrina sociopolítica destinada a empreender essa melhoria”, podendo assumir a

forma do eugenismo negativo, mediante a eliminação dos fatores indesejáveis, evitando-se a sua transmissão, ou do positivo, por meio da promoção desses caracteres desejáveis, encorajando-se a sua transmissão (GOFFI, 2003, p. 345).

Azevêdo adverte, quanto às anomalias congênitas, que não há normalidade genética, já que todos possuímos imperfeições, as quais são constitutivas da espécie humana, o que seria um motivo para não discriminar um feto malformado. Conclui a geneticista que está instaurada na atualidade uma ideologia do filho perfeito, o que faz com que a condição de saúde seja superior ao amor incondicional estabelecido entre pais e filhos. Considera a dependência da sobrevivência dos filhos dos testes pré-natais uma limitação, que modifica “a tradição de soberania do amor materno”, o que denota “o surgimento de uma nova moral dentro da família” (AZEVEDO, 2000, *passim*).

Questiona Sherwin como permitir os diagnósticos pré-natais, bem como o aborto seletivo, sem transformar as crianças em produtos. Pergunta-se, ainda: é possível, por meio da introdução dessas novas tecnologias, “não acusar as mulheres caso sua recusa a participar dessas práticas resulte em crianças nascidas com deficiências previsíveis?” Entende que é preciso avaliar como a prática destinada a criar filhos saudáveis, no caso o aborto em decorrência de malformação fetal, pode alterar as experiências da gestação e da maternidade e da paternidade, bem como que é preciso considerar o impacto de tais práticas na vida dos deficientes (2003, p. 339).

A mesma advertência faz Barchifontaine, para quem o progresso científico dos diagnósticos pré-natais, ao permitir a seleção de filhos sadios, coloca “a questão do lugar dos deficientes na nossa sociedade” (2003, p. 252). Sfez também credita às novas tecnologias, dentre elas os testes pré-natais, o reforço da idéia do ser humano perfeito. A noção de criança perfeita não é originária propriamente das tecnologias, mas do senso das características que são indesejáveis (1996, p. 177).

Asch salienta que o teste pré-natal seguido de aborto não tem a intenção de evitar a deficiência ou a doença de um ser humano que irá nascer ou que já nasceu, mas a de evitar o nascimento de um ser humano que terá uma característica considerada indesejada. Para a autora, não haveria objeções morais ao abortamento quando a gestante decide que não quer gerar um filho naquele momento, por qualquer motivo que seja. No entanto, se está presente o desejo por esse filho e se isso desaparece diante do diagnóstico de uma anomalia, trata-se de uma medida discriminatória. Salienta, por fim,

que, além da diminuição das capacidades físicas, há um estigma cultural muito forte acerca da incapacidade de algumas deficiências (2003, *passim*).²⁴

Diniz, ao contrário de alguns autores citados acima, compreende que não há semelhança entre a eugenia praticada durante o nazismo e o aborto por anomalia fetal. Afirma que o aborto eugênico seria aquele que as mulheres praticam independente da sua vontade, por razões raciais, étnicas ou religiosas e que o aborto por anomalia fetal é baseado no pressuposto da autonomia reprodutiva (2004, p. 59 e 60).

Também Missa entende que o aborto por grave anomalia fetal não possui a natureza do eugenismo de Estado empregado, por exemplo, na Alemanha nazista, pois suas finalidades são diferentes. Para ele, não é pertinente o emprego desse termo, devido à sua carga emocional, a uma situação na qual são proporcionadas liberdade e autonomia. O diagnóstico pré-natal deve ser oferecido pelo médico e aceito pela gestante ou pelo casal. A decisão acerca do abortamento também a eles compete. O objetivo do casal que se utiliza dessa prática não é a melhora da espécie humana, mas apenas evitar o nascimento de um ser portador de uma doença grave. Trata-se de um eugenismo privado, o qual não deve ser temido enquanto a autonomia individual for respeitada. Por fim, não estaria presente, nessa situação, a busca irreal de um filho perfeito, mas o “desejo razoável de gerar um filho que não sofra de doenças graves” (2003, p. 352 e 353).

Conforme Jonas, o caso de diagnóstico pré-natal de malformações graves e incuráveis seguido de aborto está no campo da eugenia negativa, a qual consistiria apenas na tentativa de evitar a transmissão de genes que causam patologias, não trazendo problemas éticos. Trata-se de um controle biológico que ele denomina de protetor ou preventivo. A eugenia positiva, ao contrário, estaria presente apenas nos casos em que a seleção tem o objetivo de melhoramento da espécie, o que poderia ser verificado não no desejo dos pais de ter uma descendência perfeita, mas no estabelecimento de critérios mais ambiciosos para a admissão da vida, como a seleção de sexo, por exemplo (1997, p. 115-117).

Opinião contrária possui Dworkin. Ele refere que, às vezes, o juízo liberal acerca do aborto em caso de malformações fetais é erroneamente interpretado como implicando um desprezo pelas vidas de crianças ou adultos deficientes, ou mesmo como uma sugestão, associada à odiosa eugenia nazista, de que seria melhor para a sociedade se essas pessoas fossem eliminadas. Trata-se de um erro duplo. Em primeiro lugar, a questão geral da relativa tragédia inerente a diferentes fatos é muito diferente de qualquer questão sobre os direitos das pessoas que estão vivas agora, ou sobre o modo como devem ser tratadas. Em segundo lugar, a opinião liberal sobre o aborto de fetos deformados não implica, em absoluto, que seria melhor que até mesmo as pessoas

²⁴ Cabe referir aqui que a forma com que as deficiências são vistas é determinada culturalmente. Podemos citar como exemplo a deficiência visual parcial, como a decorrente de miopia, por exemplo, a qual não é encarada como uma deficiência pela nossa sociedade.

seriamente incapacitadas morressem. O juízo liberal não diminui a preocupação com os deficientes; ao contrário, tem raízes no mesmo respeito fundamental pelo investimento humano na vida, no mesmo horror diante da possibilidade de desperdício de tal investimento (2003, p. 136 e 137).

Trata aqui o autor do que ele denomina contribuição humana à vida. Assim, o desejo da morte das pessoas deficientes ou mesmo uma ausência de preocupação com elas é algo que contrariaria esse investimento humano. Ele apenas coloca que, de acordo com o juízo liberal, é a contribuição mais importante do que a natural (opinião oposta à do juízo conservador), mas que isso não diminui em hipótese alguma as considerações com as pessoas deficientes, estando, pelo contrário, em conformidade com elas.

Singer partilha do mesmo posicionamento. Ele entende que os deficientes físicos constituem um grupo de pessoas que tem se submetido a discriminações injustificáveis. Isso talvez se deva ao fato de que, “como, em alguns aspectos os deficientes são diferentes, deixamos de ver como discriminatório o ato de tratá-los de modo diferente”. No entanto, assevera que tais argumentos não são contraditórios em relação à sua defesa do aborto quando o feto possui grave deficiência:

Ser capaz de andar, de ver, de ouvir, de estar relativamente livre da dor e do mal-estar, conseguir comunicar-se bem, são coisas que, sob virtualmente quaisquer condições sociais, constituem benefícios inquestionáveis. Dizer isto não significa negar que as pessoas às quais faltam essas aptidões possam triunfar sobre as suas deficiências e viver vidas de uma riqueza e diversidade surpreendentes. Não obstante, não demonstramos preconceito contra os deficientes se preferimos, seja para nós mesmos ou para os nossos filhos, não nos deparar com obstáculos tão grandes que o simples fato de superá-los já constitui, em si, um triunfo (1998, p. 62-64).

Quanto à correlação do aborto por anomalia fetal com os direitos dos deficientes físicos, Diniz aduz que não há uma relação de causalidade entre a liberdade de escolha quanto à realização do aborto nesses casos e os direitos dos deficientes, já que grande parte das deficiências resulta do envelhecimento e de traumas, e não de malformações fetais. Logo, independentemente da popularização ou não do aborto por anomalia fetal, as deficiências continuarão a ser uma questão central em nossa sociedade, principalmente com o envelhecimento crescente da população (2004, p. 60 e 61).

Percebe-se, do exposto, que as novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, ao permitirem a visualização de diversas malformações fetais que, contudo, não possuem cura ou possibilidade de tratamento,

suscitam diversos questionamentos acerca do aborto, que transcendem os tradicionais argumentos empregados, tais como a denominação do feto como pessoa. A partir desse momento, questões como eugenia, qualidade de vida e inviabilidade fetal são também suscitadas. Ver-se-á, agora, especificamente no Direito brasileiro, a regulamentação legal do tema, os projetos de lei propostos a partir da difusão dessas novas tecnologias e o encaminhamento que vem sendo dado à matéria pelo Poder Judiciário, a partir das postulações de autorizações para a prática do aborto nos casos de graves malformações fetais.

3 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E OS PODERES LEGISLATIVO E JUDICIÁRIO BRASILEIROS

Neste momento, efetuar-se-á uma análise legislativa e judicial da questão do aborto por grave anomalia fetal. Num primeiro momento, no que tange ao Poder Legislativo, verificaremos o alcance de alguns dispositivos constitucionais referentes ao tema. Diante da não regulamentação dessa modalidade de aborto pelo Código Penal,²⁵ verifica-se uma lacuna dinâmica,²⁶ já que existente desde o momento da promulgação da lei, o que se deu em 1940, devido ao não desenvolvimento das tecnologias de diagnóstico pré-natal nessa época. O tema tampouco é regulamentado pela legislação civil, pois a capacidade de direitos e deveres nessa ordem é conferida às pessoas,²⁷ sendo que não há regulamentação acerca do *status* moral do feto. Além disso, é disposto que a personalidade civil tem início com o advento do nascimento com vida e, embora os direitos do nascituro estejam assegurados desde a concepção,²⁸ não há consenso acerca

²⁵ A legislação penal brasileira criminaliza o aborto, mas não o pune em dois casos: “Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

²⁶ Conforme Canaris, as lacunas legislativas nem sempre são negativas, já que podem ter a função de se oporem a uma generalização muito rígida. Assim, as lacunas podem servir à “tendência individualizadora da justiça” (2002, p. 240).

²⁷ “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

²⁸ “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

da extensão desses direitos a outros que não os apenas patrimoniais, decorrentes da sucessão. Por esse motivo, nosso estudo será restrito aos dispositivos constitucionais atinentes ao tema, os quais são geralmente utilizados nas fundamentações judiciais. Apreciar-se-á também os projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional sobre o aborto de fetos ditos inviáveis.

Quanto à atuação do Poder Judiciário, inicialmente serão expostos os resultados de uma pesquisa de jurisprudência realizada em alguns estados do país, com a finalidade de visualizar as tendências discursivas relativas ao feto e à gestante, o que foi feito por meio de um estudo de linguagem jurídica. Por fim, proceder-se-á à averiguação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, a qual teve grande repercussão nacional por levar a questão do aborto por anencefalia à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

3.1 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E O PODER LEGISLATIVO

Para as gestantes e/ou os casais que se sentem incapazes de suportar psicologicamente a gestação de um feto portador de grave anomalia, sabendo que seu filho morrerá muito precocemente, a única alternativa a ser oferecida é a interrupção da gestação, diante da impossibilidade de tratamento. No entanto, atualmente não existe, em nosso país, previsão legal para a realização do procedimento médico de interrupção da gravidez nesses casos.

A lei possui especial valor nos países da família romano-germânica, o que faz com que os juristas tenham nela a melhor maneira de chegar a soluções de justiça (DAVID, 1996, p. 93). Por isso, especialmente em países como o Brasil, o Direito positivo possui uma função legitimadora (WARAT, 1983, p. 45). A lei pode ser caracterizada, ainda, como “um campo de forças que incessantemente se recompõem, uma batalha onde se medem os grupos em presença, a profundidade dos obstáculos, a natureza das alianças, as mudanças de opinião” (PERROT, 1994, p. 530). Diante do exposto, percebe-se que a análise de dispositivos legais é imprescindível para o estudo de uma questão jurídica, ainda que ela não esteja contemplada em lei, como é o caso do aborto por grave anomalia fetal, motivo pelo qual proceder-se-á a uma análise dogmática crítica.

3.1.1 Constituição Federal

Devido à ausência de regulamentação da matéria em sede penal, na solução do tema do aborto por grave anomalia fetal devem ser buscados dispositivos constitucionais.²⁹ Por isso, nossa análise será restrita à Constituição e aos dispositivos que podem ilustrar o tratamento dessa questão. A Constituição pode ser conceituada como sendo um “acordo de vontades (pacto fundante) políticas desenvolvido em um espaço democrático que permite a consolidação histórica das pretensões sociais de um grupo” (MORAIS, 2002, p. 67).

²⁹ Para David, as regras constitucionais estão no vértice da hierarquia das leis. Nos países da família romano-germânica, é reconhecido às constituições um “prestígio particular” (1996, p. 93).

É esse pacto fundante que confere força normativa à Constituição. Assim, todas as normas constitucionais possuem uma eficácia normativa, sendo que as que consagram direitos fundamentais consistem num “direito actual directamente regulador de relações jurídicas” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 43).³⁰ Segundo Hesse, o desenvolvimento da força normativa da Constituição depende da incorporação do “estado espiritual de seu tempo”, ou seja, a sua correspondência à “natureza singular do presente”. Por isso, uma mudança das relações fáticas deve mudar a interpretação da Constituição, já que ela está condicionada pela realidade histórica (1991, p. 20, 23 e 24).

Demonstra-se, então, que a Constituição de um país possui um valor extremamente importante, seja ele relativo ao ordenamento jurídico ou à própria consolidação da democracia. Dessa forma, estariam contempladas nela as pretensões populares referentes a um determinado local e a uma determinada época.

Quanto à sua interpretação, tem-se, de acordo com Streck, que a Constituição é o “*topos* hermenêutico”, devendo com ela estar conforme toda a interpretação do restante do ordenamento jurídico. Ela coloca à disposição de uma comunidade mecanismos que permitem a concretização do “conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico” (2001, p. 237). O fato de a Constituição ser tida, dentro do ordenamento jurídico, como lei hierarquicamente superior faz com que ela não possa ser subordinada a qualquer outro parâmetro normativo, bem como que todas as outras normas devam com ela estar conformes, compreendem Canotilho e Moreira. Ou seja, essa “preeminência normativa da Constituição” faz com que toda a

³⁰ A imposição normativa da Constituição se dá quando há uma ação inconstitucional, ou seja, quando é realizado aquilo que ela proíbe, bem como quando existe uma omissão inconstitucional, quando não se faz aquilo que ela impõe (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 46).

ordem jurídica deve ser lida de acordo com suas normas e princípios, tornando-se inválidas as normas infraconstitucionais desconformes (1991, p. 45 e 46). Por isso, a partir da hermenêutica constitucional contemporânea, é possível a realização de uma nova leitura da dogmática jurídica, a qual transcende, dessa forma, uma concepção exclusivamente dogmática do direito (BARRETTO, 1999, p. 378).

Logo, os princípios e regras constitucionais servem ainda como norteadores da interpretação de todo o restante do ordenamento jurídico. Assim, não se torna necessária a expressa revogação de um dispositivo infraconstitucional se ele viola ou está em desacordo com a Constituição. Para o intérprete e aplicador do Direito, portanto, qualquer leitura do ordenamento jurídico necessita, paralelamente, de uma leitura constitucional.

Cabe salientar, por fim, o papel exercido pela atual constituição em nosso país. A Constituição de 1988 foi elaborada após a saída de um regime ditatorial, motivo pelo qual foi vista como um “instrumento de reconquista da liberdade e lugar propício para a definição de uma nova ordem jurídica, democrática e justa” (DALLARI, 1999, p. 33). Logo, o valor simbólico da Constituição de 1988 assenta-se no fato de ela ter sido a principal forma de restauração do Estado democrático de Direito, com a superação de uma perspectiva autoritária e não pluralista de exercício do poder político (BARROSO, 1999, p. 43).

Dessa forma, o momento de elaboração da atual constituição foi aquele em que todos os grupos tentavam concretizar seus interesses, sob a forma de direitos constitucionais. Como vários desses interesses podem ser opostos, a redação do texto constitucional constituiu-se num verdadeiro embate de forças, o que é verificado, por exemplo, no que se refere à tutela da vida, contemplada adiante. Expostas essas linhas gerais sobre a Constituição,

passar-se-á à análise de alguns dos seus dispositivos.

3.1.1.1 A Dignidade da Pessoa Humana como Princípio Constitucional Fundamental

3.1.1.1.1 O caráter de princípio jurídico

Consistindo a dignidade da pessoa humana em um princípio constitucional fundamental, cabe primeiramente verificar a conceituação de princípio jurídico, o que geralmente é feito em oposição ao conceito de regra. Isso é imprescindível porque, de acordo com a concepção contemporânea de interpretação constitucional, a hermenêutica refere-se não somente a normas, mas também a princípios, os quais antecedem a ordem constitucional (BARRETTO, 1999, p. 381). Dessa forma, a violação de um princípio constitucional significa também a ruptura da Constituição (STRECK, 2001, p. 239).

Segundo Canotilho, os princípios exigem “a realização de algo, da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fácticas e jurídicas”. Assim, não se verifica a proibição, permissão ou exigência de alguma coisa, impondo-se, ao contrário, a otimização de um direito ou bem jurídico (2000, p. 1215). Os princípios consistem, então, em “ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas” (SILVA, 2004, p. 92). Enquanto as normas contêm uma regra, uma instrução ou uma imposição vinculante, os princípios, que são a base das normas jurídicas, são “núcleos de condensação nos quais confluem bens e valores constitucionais” (CANOTILHO; MOREIRA, 1991, p. 49).

Dworkin considera como princípio todo padrão que não é regra. Para ele, as regras são aplicáveis “à maneira do tudo-ou-nada”, o que leva à consideração da validade ou não dessa regra. Já os princípios consistem em padrões a serem observados porque são “uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade”, motivo pelo qual possuem a dimensão do peso ou da importância (2002, p. 36, 39 e 42).

Ávila realiza a distinção entre regras e princípios, propondo um conceito de ambos. Assim, as regras descrevem comportamentos, possuem um caráter retrospectivo e possuem pretensão de decidibilidade e abrangência. As regras têm seu centro em finalidades ou princípios. Já os princípios estabeleceriam um fim a ser alcançado, possuindo um caráter prospectivo. Além disso, a aplicação dos princípios exigiria “uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção” (2006, p. 78 e 79).

Verifica-se, então, que os princípios jurídicos, enquanto estabelecadores de finalidades, possuem uma extrema importância em nosso ordenamento jurídico. Dessa forma, são cruciais para a resolução de questões não contempladas diretamente, que é o que ocorre com o aborto por grave anomalia fetal.

3.1.1.1.2 Conteúdo ético da dignidade da pessoa humana

Se a dignidade da pessoa humana consiste no fundamento não jurídico da ordem jurídica (BORELLA, 1999, p. 30), é preciso, para compreender sua influência no ordenamento brasileiro, a análise do seu conteúdo ético. Neste trabalho, privilegiar-se-á o conceito de dignidade humana de Kant.³¹ Sendo assim, torna-se imprescindível o estudo do imperativo categórico ou do princípio da moralidade.

Para Kant, o imperativo é uma fórmula da determinação da ação necessária de acordo com o princípio da boa vontade. O imperativo será categórico se a ação for representada como boa em si mesma. O imperativo categórico, também denominado de imperativo da

³¹ Também tratam do conteúdo ético desse princípio, dentre outros: ANDORNO, Roberto. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: Universitaires de France, 1997; BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (dir.). *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999, p. 29-38; GONZÁLEZ, Ana Marta. La dignidad de la persona, presupuesto e la investigación científica. In: LLOMPART, Jesús Ballesteros; MIRALLES, Ángela Aparisi (eds.). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*. Navarra: EUNSA, 2004, p. 17-41; MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: 70, 1986; NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989, p. 267-301 e ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998, p. 62-70.

moralidade, determina imediatamente um comportamento, sem se basear em nenhum propósito para chegar a esse comportamento (2004, p. 45 e 47).

Kant descreve o imperativo categórico da seguinte forma: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”. O autor acrescenta que, se desse imperativo é possível derivar todos os imperativos do dever, o imperativo universal do dever exprimir-se-ia assim: “age como se a máxima da tua ação devesse se tornar, pela tua vontade, lei universal da natureza” (2004, p. 51 e 52).

Ao tratar da dignidade, Kant alega que o ser humano existe como um fim em si mesmo, e não como meio para o uso arbitrário de alguma vontade. Logo, ele deve ser sempre considerado como fim. O filósofo salienta que somente os seres racionais são pessoas, pois a natureza os distingue como fins em si mesmos e, por isso, eles são objeto de respeito. Assim, tem-se que “a natureza racional existe como fim em si”. Portanto, conclui o autor com a formulação do seguinte imperativo: “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio” (2004, p. 58 e 59).

Assim, segundo o autor, tudo tem um preço ou uma dignidade. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo equivalente. Já algo que está acima de qualquer preço, não admitindo equivalência, possuiria dignidade. Coloca-nos o filósofo, ainda, a condição da moralidade para tornar um ser racional um fim em si mesmo. Portanto, somente “a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade” (2004, p. 65).

3.1.1.1.3 Conteúdo jurídico da dignidade da pessoa humana

Exposta a concepção de dignidade de Kant, é possível agora verificar seu conteúdo jurídico e a importância exercida por esse princípio no sistema constitucional. A dignidade da pessoa humana é um “valor supremo”, atraindo o conteúdo de todos os direitos fundamentais, sejam eles os direitos pessoais tradicionais ou os direitos sociais (SILVA, 2004, p. 105). Nesse sentido, ela

constitui-se como fonte ética de todos os direitos humanos (MIRANDA, 2000, p. 181).

O princípio da dignidade da pessoa humana exerce o papel de “núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno”, consistindo num norteador na interpretação e aplicação das normas jurídicas (CASTRO, 1999, p. 113 e 114). A consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como o fundamento da unidade do sistema constitucional dos direitos fundamentais elucida que a pessoa humana possui um valor em si mesma (G. MORAES, 1997, p. 89).

É porque a dignidade da pessoa humana ocupa um lugar central nos pensamentos filosófico, político e jurídico que ela é qualificada como valor fundamental, sobretudo para as ordens constitucionais que buscam a constituição de um Estado democrático de Direito, entende Sarlet. Por isso, o constituinte de 1988 elevou-a à condição de princípio fundamental (2004a, p. 38 e 67). O autor conceitua a dignidade da pessoa humana como:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (2004a, p. 59 e 60).

Para Castro, diante da menção constitucional à dignidade da pessoa humana como fundamento da organização nacional, nosso Estado possui uma abertura constitucional radicada nesse princípio. Portanto, seria uma instituição tendente a absorver de forma ilimitada aspirações e conquistas sociais, pacificando os diversos projetos de dignificação humana (1999, p. 106 e 107). Segundo A. Moraes, a dignidade é um valor moral inerente à pessoa, manifesto na autodeterminação relativa à própria vida e incluindo o respeito por parte das demais pessoas. Esse princípio fundamental possui uma dupla concepção: prevê um direito individual protetivo ao mesmo tempo em que

estabelece um dever de tratamento igualitário dos semelhantes (1997, p. 60 e 61).

Por meio da positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, o Direito Constitucional brasileiro reconhece que a pessoa humana tem uma dignidade própria e constitui um valor em si mesma, o qual não pode ser sacrificado em prol de interesses coletivos (FERREIRA FILHO, 2000, p. 19). De acordo com Bastos e Martins, a partir da previsão posta pelo constituinte, “o Estado se erige sob a noção da dignidade da pessoa humana”, ou seja, uma das finalidades do Estado é a de propiciar condições para que as pessoas se tornem dignas. Assim, embora o sentido da vida humana seja algo conferido pelos indivíduos, o Estado pode facilitar essa tarefa com a ampliação das “possibilidades existenciais do exercício da liberdade” (1988, p. 425).

Percebe-se, então, que a noção de dignidade da pessoa humana ocupa um papel central no ordenamento jurídico constitucional brasileiro. Por meio desse princípio, coloca-se a pessoa como o cerne das preocupações do Estado democrático de Direito. Disso, decorre a garantia de todos os direitos fundamentais, sejam eles individuais ou coletivos. Ela possui, ainda, uma função hermenêutica, já que toda a legislação constitucional ou infraconstitucional deve ser de acordo com tal princípio interpretada.

3.1.1.2 Os Direitos Fundamentais

Conforme afirmado anteriormente, é do princípio da dignidade da pessoa humana que decorrem os direitos fundamentais, que estão expressos na Constituição. É a dignidade da pessoa humana, conforme Sarlet, que exige e pressupõe o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais. É devido a essa ligação intrínseca que se pode afirmar que, em caso de ausência do reconhecimento dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sua dignidade está sendo negada (2004a, p. 84). Portanto, é preciso verificar o

conceito e o alcance da expressão *direitos fundamentais*.

A expressão *direitos fundamentais* designa os direitos humanos concretizados pelo ordenamento jurídico positivo, objetivando a dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana (SILVA, 2004, p. 178 e 179). Os direitos fundamentais também podem ser conceituados como direitos subjetivos que asseguram “uma esfera de ação própria e livre, impondo abstinência ou limitação à atividade estatal ou privada”, bem como direitos que determinam a possibilidade de exigência de prestações estatais positivas (G. MORAES, 1997, p. 24).

Os direitos fundamentais assentam-se nos seguintes pressupostos: existência de uma esfera individual de ação própria e livre frente ao Poder Público, existência de um Estado ou de uma comunidade política integrada e verificação de uma positivação jurídico-constitucional (G. MORAES, 1997, p. 26 e 27). A positivação dos direitos fundamentais na Constituição denota a incorporação à ordem jurídica de direitos inalienáveis dos indivíduos (CANOTILHO, 2000, p. 371), reconhecendo-se, também, a sua historicidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade (SILVA, 2004, p. 181). Segundo G. Moraes, haveria seis diretrizes básicas do sistema constitucional de direitos fundamentais: a representação do indivíduo como portador de um valor absoluto, a consideração da pessoa humana como inserida em uma unidade social que permite a plena realização individual, a concepção de autonomia pessoal, o objetivo da qualidade de vida, a impossibilidade de a dignidade humana ser objeto de qualquer modo de limitação espacial e a prevalência da liberdade sobre a propriedade (1997, p. 92-95).

Esses direitos podem ser categorizados como direitos de defesa e como direitos a prestações, entende Sarlet. Enquanto direitos de defesa, os direitos fundamentais tratam de limitar o poder do Estado, o que assegura aos indivíduos sua liberdade, bem como outorga um direito subjetivo que evite intromissões

indevidas na sua esfera de autonomia pessoal.³² Já enquanto direitos a prestações, os direitos fundamentais necessitam de uma postura ativa do Estado, obrigando-o a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e fática. Assim, não basta que o Estado não intervenha na esfera de liberdade pessoal dos indivíduos, sendo necessária a colocação à disposição dos meios que possibilitam o exercício dessa liberdade (2004b, p. 180, 181 e 200).

Conceituados os direitos fundamentais, pode-se passar agora à análise específica dos que são mencionados na discussão acerca do aborto por grave anomalia fetal. Serão analisados apenas os direitos à vida, à liberdade e à saúde. O direito à vida e à liberdade são os que se opõem quando se trata do aborto, sendo freqüentemente utilizados na sustentação da posição contrária (direito à vida) ou favorável ao aborto (direito à liberdade). Já o direito à saúde tem uma implicação importante especialmente nos casos de grave anomalia fetal, diante dos riscos ou danos acarretados à gestante. Embora não sejam os únicos suscitados pela questão, entende-se que, além de serem os principais, são também os mais referidos pela jurisprudência analisada no item 3.2.1, bem como são os que constam na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

3.1.1.2.1 O direito à vida

O primeiro direito a ser verificado aqui é também aquele mencionado sobretudo pelos que se opõem à realização do aborto nos casos de graves malformações fetais, qual seja, o direito à vida. É com base na vida do feto que não poderia ser permitido, seja legalmente ou judicialmente, o procedimento médico de interrupção da gestação. No entanto, não há previsão constitucional acerca do início da proteção jurídica da vida humana.

³² Segundo o autor, essa “‘função defensiva’ dos direitos fundamentais não implica, na verdade, a exclusão total do Estado, mas, sim, a formalização e limitação de sua intervenção, no sentido de uma vinculação da ingerência por parte dos poderes públicos a determinadas condições e pressupostos de natureza material e procedimental” (SARLET, 2004b, p. 181).

Para Silva, nossa Constituição não enfrentou o tema do aborto diretamente. Descreve ele três tendências presentes no âmbito da Constituinte: a que queria assegurar o direito à vida desde a concepção, a que previa que a condição de sujeito de direito seria adquirida com o nascimento com vida e, por fim, a que compreendia que a Constituição não deveria vedar nem admitir o aborto. Para esse autor, a Constituição “parece inadmitir o abortamento”. No entanto, tal decisão dependeria de outra, relativa ao início da vida, a qual, para o constitucionalista, já existiria no feto. No entanto, coloca que o aborto é decidido pela legislação ordinária, sobretudo a penalista. Termina salientando que há casos em que a interrupção da gestação é justificável, citando, além do salvamento da vida da gestante e da gestação decorrente de estupro, os casos “que a ciência médica aconselhar” (2004, p. 202).

Também Mota e Spitzcovsky revelam que a previsão constitucional do direito à vida gera diversas controvérsias relativas ao aborto, com base no momento em que a vida se iniciaria. Diante da neutralidade presente na Constituição, compreendem os autores que as normas referentes ao aborto contidas no Código Penal são recepcionadas em sua totalidade, ou seja, tanto no que tange à sua caracterização como crime, quanto no que diz respeito às duas excludentes, quais sejam, os casos de risco de vida para a gestante e quando a gravidez resulta de estupro. Seria com fundamento nessa abstenção constitucional relativa ao início da tutela da vida que o Poder Judiciário estaria admitindo a possibilidade de realização do aborto quando o feto não possui condições de sobrevivência (2000, p. 323).

De acordo com A. Moraes, a Constituição protege a vida de forma geral, o que incluiria a vida intra-uterina. A penalização do aborto no sistema penal corroboraria essa proteção jurídica da vida do nascituro. No entanto, no que se refere às hipóteses de inviabilidade da vida extra-uterina, o autor entende que não haveria justificativas para a penalização, já que

o Direito não estaria protegendo a vida, mas ferindo direitos fundamentais da mulher, a sua dignidade humana e a sua liberdade, consistindo tal restrição em uma “flagrante inconstitucionalidade” (1997, p. 90 e 91). Assim, embora a ordem constitucional brasileira proteja a vida intra-uterina, tal proteção não é tão intensa quanto a assegurada à vida de pessoas nascidas, o que faz com que, mediante uma ponderação de interesses, seja possível a sua relativização em prol de direitos fundamentais da gestante (SARMENTO, 2006, p. 150).

Conforme o exposto, diante do silêncio constitucional quanto ao início da tutela da vida, restam dúvidas sobre a sua extensão à vida intra-uterina. Ademais, mesmo que se compreenda que também a vida dos seres não-nascidos é tutelada por esse direito, é possível não o compreender como absoluto, o que daria margem à sua relativização nos casos de grave anomalia fetal, ainda que o direito à vida possa ser considerado superior aos outros direitos fundamentais, já que, sem a sua garantia, nenhum outro direito pode ser exercido. Cabe ressaltar, ainda, que o direito à vida pode ser mencionado em relação à gestante, caso se entenda que a continuidade da gravidez coloca em risco sua vida. O mais comum, no entanto, no caso do aborto por grave malformação fetal, é a compreensão da existência de um conflito entre a vida do feto e a liberdade da gestante, direito fundamental examinado a seguir.

3.1.1.2.2 O direito à liberdade

O direito à liberdade é posto como um dos fundamentos mais relevantes na legalização ou descriminalização do aborto, a exemplo do verificado nas campanhas da década de setenta, que proclamavam a autonomia sobre o próprio corpo. Para Kant, a liberdade não é aquela atribuível à nossa vontade, independentemente de seu fundamento, mas a que possuímos razão suficiente para atribuir a todos os seres racionais. Portanto, “a liberdade tem de ser demonstrada como propriedade da vontade de todos os seres racionais”, deve

pertencer à atividade dos seres racionais dotados de uma vontade (2004, p. 80 e 81). A vontade, portanto, só é livre se é universalizável. Na filosofia moral kantiana, a dignidade humana é identificada com uma liberdade autônoma (GONZÁLEZ, 2004, p. 20).

A liberdade pode ser conceituada, com Silva, como a “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. Portanto, com o exercício da liberdade busca-se a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, ou seja, a liberdade deve estar em harmonia com a consciência pessoal, com o interesse do seu agente (2004, p. 232). Também Sánchez Vázquez entende que a liberdade de escolha, ou seja, de decisão e ação, acarreta primeiramente a consciência das diferentes possibilidades de ação (2005, p. 131). Por isso, nos casos de aborto por grave anomalia fetal, é apenas com a não interdição do procedimento médico que é garantida a liberdade da gestante, já que somente assim se colocam diante dela diferentes possibilidades de ação.

Segundo Canotilho e Moreira, a liberdade garantida constitucionalmente, no âmbito dos direitos fundamentais, é “a liberdade em si e para si, expressão da própria autonomia individual”. O direito à liberdade não é somente baseado numa teoria liberal, possuindo ainda uma concepção social, segundo a qual seria também um direito positivo a prestações da coletividade e do Estado, o que garantiria a sua efetividade (1991, p. 101-103). Ou seja, não se trata, apenas, de um direito que exige a não-intervenção estatal ou de terceiros, necessitando, para a sua concretização, de prestações positivas, que assegurem o exercício dessa liberdade.

A liberdade necessita para sua efetivação de um domínio de autodeterminação pessoal (FRIED, 1988, p. 105). É isso o que é postulado nas campanhas em prol do aborto e é também o sustentado em algumas decisões permissivas à realização do aborto nos casos

de grave anomalia fetal. Isso porque o tema do aborto envolve a autonomia reprodutiva da mulher, fundamentada constitucionalmente no direito à liberdade (SARMENTO, 2006, p. 161).

Logo, trata-se aqui não apenas da disposição do próprio corpo, o que poderia ser compreendido a partir da concepção do feto como propriedade da gestante, mas, sobretudo, de autonomia reprodutiva, ou seja, da possibilidade de se efetuar escolhas morais no campo da reprodução. Isso é subjetivo, pois é possível que indivíduos ou casais diferentes realizem também opções diferentes, como acerca da manutenção ou não da gestação de um feto portador de grave malformação. Além do mencionado, se o direito à liberdade possui também uma concepção social, a efetividade da liberdade da gestante, nesses casos de aborto, passa também pela garantia do atendimento médico pela rede pública de saúde.

3.1.1.2.3 O direito à saúde

O direito à saúde é outro direito fundamental constantemente suscitado na defesa dos interesses da gestante. Além do comprometimento da saúde psíquica daquela que deseja abortar e é impedida, devendo levar a gravidez a termo, cabe ressaltar o comprometimento da saúde física, acarretado pela gestação de um feto portador de grave malformação fetal, o que é verificado nos processos analisados, com base em laudos médicos. Em virtude disso, muitas vezes é compreendido que, havendo risco à saúde da gestante, seja ela física ou psíquica, não seria razoável a imposição à mulher da continuidade dessa gestação (SARMENTO, 2006, p. 155).

Embora a saúde esteja diretamente conectada com o direito à vida, pois é um pressuposto indispensável tanto à sua existência, quanto à sua qualidade (SCHWARTZ, 2001, p. 52), foi somente com a criação da Organização Mundial da Saúde, em 1946, que a saúde foi reconhecida como um direito fundamental de todo e qualquer ser humano e conceituada como “completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas ausência de doença”, salienta Rocha. Para ele, a conceituação da saúde deve ser compreendida como a concretização da sadia qualidade de vida, da vida com dignidade, motivo pelo qual a discussão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena (1999, p. 43). De acordo também está Morais, que entende que o direito à saúde não se refere somente à cura ou prevenção das doenças. Assim, a partir da noção de qualidade de vida, falar-se-ia em promoção da saúde. O cerne estaria na saúde, e não na doença, o que faz com que tal direito consista num dos elementos da cidadania (1996, p. 188 e 189).

Para Sarlet, é no direito à saúde que há a vinculação mais contundente entre o seu objeto com o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana. Além dessa vinculação, o direito à saúde está também diretamente atrelado à proteção da integridade física do ser humano, seja ela corporal ou

psicológica. Tal direito encontra sobretudo nos artigos 196 e seguintes da Constituição uma maior concretização normativa (2004b, p. 319 e 320).

O direito à saúde está incluído no rol dos direitos sociais, que compreendem prestações proporcionadas pelo Estado, com o objetivo de assegurar melhores condições de vida aos que não as possuem, assevera Silva. Dessa forma, os direitos sociais estão ligados ao direito de igualdade, pois com eles se busca a criação de condições materiais para que seja efetivada a igualdade real, bem como ao exercício da liberdade, o qual só será proporcionada com essa igualdade (2004, p. 285 e 286). O direito à saúde possui um aspecto defensivo e uma dimensão prestacional, assevera Sarmiento. Em sua dimensão defensiva, impede que o Estado ou terceiros lesem ou ameacem a saúde do titular do direito, enquanto que, em sua dimensão prestacional, impõe ao Estado o dever de implementação de políticas públicas que objetivem a promoção da saúde das pessoas (2006, p. 153).

Segundo Rocha, é porque a Constituição trata o direito à saúde como sendo de todos que ele possui a natureza jurídica de um direito difuso, o qual caracteriza-se pela pluralidade de titulares indeterminados, bem como pela indivisibilidade do objeto de interesse. Isso não retira a sua qualidade de direito público subjetivo exigível contra o Estado. A referência à saúde como um direito social, faz com que seja necessário observá-lo também em sua concepção transindividual, já que pertencem a determinados titulares aglutinados em um grupo, classe ou categoria de pessoas (1999, p. 46 e 47).

Conforme Schwartz, há uma conexão entre Estado democrático de Direito e direito à saúde. Diante disso, o Brasil teria o dever de efetivamente aplicar a saúde, bem como de que ela consista num instrumento de justiça social. Assim, o direito à saúde seria, ao mesmo tempo, um direito de primeira e

segunda geração, ou seja, um direito de titularidade individual, que pode ser oposto à vontade estatal, e um direito social, que exige prestações estatais positivas para a sua efetivação (2001, p. 50, 52 e 53).

Logo, percebe-se que o direito à saúde conecta-se diretamente com o direito à vida, já que a ausência de saúde coloca em risco o exercício deste último. Tem relação, também, com a noção de qualidade de vida, por meio da qual é possível compreender a saúde como um estado de completo bem-estar, conforme preconizado pela Organização Mundial da Saúde. Sendo assim, tem-se que o direito à saúde abrange não só a saúde física, mas também a psíquica. Então, seria esse o *locus* jurídico não só para a explicitação dos riscos à gestante em decorrência da patologia de seu feto, como para a mensuração do seu sofrimento psicológico. Ressalta-se, por fim, que, enquanto direito social, o direito à saúde exige prestações estatais positivas, no sentido, no que tange aos casos de aborto estudados neste trabalho, do acesso aos exames pré-natais que garantem a visualização de graves anomalias, da exposição das informações sobre a enfermidade diagnosticada, de acompanhamento por uma equipe multidisciplinar, que auxilie a gestante ou o casal na realização da sua escolha (continuidade da gestação ou realização do aborto).

Vê-se, portanto, que, além da do princípio da dignidade da pessoa humana, é também indispensável, para uma análise jurídica da questão do aborto por grave anomalia fetal, a verificação dos direitos fundamentais conexos ao tema. Após esse exame, pode-se passar à apreciação dos projetos de lei sobre a temática que atualmente tramitam no Congresso Nacional.

3.1.4 Projetos de Lei

O aborto em decorrência de anomalia fetal, nos casos em que há malformação incompatível com a vida extra-uterina é uma situação que tem demonstrado um maior consenso sobre sua moralidade em nosso país, assevera Diniz. Diante disso, verifica-se a

ocorrência de projetos de lei e recomendações médicas no sentido da modificação da legislação brasileira. No entanto, os projetos de lei que tramitam no Congresso Nacional não avançam e “as poucas sessões de audiências públicas sobre o tema têm mais semelhança com espetáculos de horror do que com consultas públicas sobre a diversidade moral da população brasileira” (2004a, p. 43). A partir dos anos noventa, é possível observar uma maior quantidade de propostas favoráveis à possibilidade de interrupção da gestação, além das já contempladas pelo Código Penal, salientam Hardy e Rebello. No entanto, apesar da tendência geral favorável, até o presente momento não ocorreu modificação da legislação (1996, p. 262).

O primeiro projeto de lei versando sobre a interrupção da gestação por malformação fetal (PL nº 632) foi proposto no Congresso Nacional em 1972, pelo deputado federal Araújo Jorge, e tinha como objetivo impedir o nascimento de deficientes, bem como coibir a reprodução de pessoas deficientes, expõem Rocha e Andalaft Neto. No entanto, o tema da eugenia teria acompanhado o debate legislativo nesses casos como um argumento dos parlamentares contrários à prática, e não como razão moral para a sua autorização. A exceção é o projeto de lei (PL nº 1.459) proposto pelo deputado federal Severino Cavalcanti, em 2003, propondo a criminalização do aborto de fetos inviáveis, com base no caráter eugênico do procedimento. O fundamento dos demais projetos de lei sobre a matéria é o da autonomia reprodutiva, amparada na inviabilidade fetal (2005, p. 84 e 85). Destaca-se, ainda, a participação de segmentos da categoria médica nas discussões legislativas sobre aborto, ocorrida sobretudo nos anos noventa, sustentando uma visão favorável à possibilidade de realização do procedimento quando há anomalia fetal grave e irreversível (2003, p. 286).

Segundo Diniz, entre 1972 e 2004 foram apresentados ao Poder Legislativo doze projetos de lei sobre grave anomalia fetal, sendo que metade no segundo semestre de 2004, ou seja, após a tramitação da ação sobre anencefalia no Supremo Tribunal Federal. Destaca a autora também que, embora a temática do aborto tenha sido tradicionalmente discutida na Câmara dos Deputados, verifica-se nos últimos tempos uma forte participação do Senado Federal, com a proposição de três projetos. Outros projetos de lei em tramitação propõem a autorização ou proibição total do aborto no país, o que indiretamente legislaria sobre malformação fetal (2005, p. 85).

Há atualmente cinco projetos de lei tramitando no Congresso Nacional referentes ao aborto decorrente de anencefalia ou de outras anomalias fetais graves. O Projeto de Lei nº 3.280 data de outubro de 1992 e é de autoria do deputado federal Luiz Moreira. Dispõe sobre a autorização para a interrupção da gravidez até a vigésima quarta semana quando o feto for portador de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais e desde que precedida de indicação médica. Prescreve ainda que o parecer médico favorável à interrupção da gestação deve ser dado por pelo menos um médico e que este deve ser diverso daquele que realizará o abortamento. Atualmente, ele foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.135, de 1991, de autoria do deputado federal Eduardo Jorge, dentre outros, que visa suprimir o artigo do Código Penal que caracteriza como crime o aborto praticado pela gestante ou com o seu consentimento. Este último projeto encontra-se na Comissão de Seguridade Social e Família desde outubro de 2005.

O Projeto de Lei nº 1.956, de 23 de maio de 1996, é de autoria da deputada federal Marta Suplicy. Objetiva autorizar a interrupção da gravidez quando o produto da concepção não apresentar condições de sobrevivência em decorrência de malformação incompatível com a vida ou de doença degenerativa incurável, precedida de indicação médica, ou quando for constatada a impossibilidade de vida extra-uterina. Esse projeto também foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.135.

Já o Projeto de Lei nº 1.459, proposto em 2003 e de autoria do deputado federal Severino Cavalcanti, tem o objetivo de penalizar o abortamento em decorrência de anomalia fetal. Busca o seu autor acrescentar um parágrafo ao artigo 126 do Código Penal, prevendo a aplicação da pena do artigo aos casos de abortamento provocado em razão de anomalia fetal. Tal projeto foi apensado ao Projeto de Lei nº 3.280.

O Projeto de Lei nº 4.403, também de 2004, é de autoria da deputada federal Jandira Feghali, dentre outros deputados. Prevê o acréscimo do inciso III ao artigo 128 do Código Penal, o qual disporia acerca do abortamento terapêutico, quando há evidência clínica embasada por técnica de diagnóstico complementar de que o feto possui grave e incurável anomalia, a qual implique na impossibilidade de vida extra-uterina. Esse projeto foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família, mas com uma emenda que o restringe aos casos de fetos anencéfalos. Desde maio de 2005 ele encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Trata-se do projeto com o andamento mais adiantado.

Por fim, o Projeto de Lei nº 4.834, o qual data de 2005 e que tem como autores os deputados federais Luciana Genro e Doutor Pinotti, objetiva acrescentar o inciso III ao artigo 128 do Código Penal, prevendo a exceção legal quando o feto é portador de anencefalia, contanto que a anomalia seja comprovada por laudos independentes de dois médicos. Ele também foi apensado ao Projeto de Lei nº 1.135.

Visualiza-se que, dos cinco projetos, dois, o de nº 4.403 e o de nº 4.834 são posteriores à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 e tratam apenas da anencefalia, tema da ação. Consistem os projetos, portanto, numa tentativa de permissão legal, caso a ação seja julgada improcedente pelo Supremo Tribunal Federal, ou mesmo numa forma de legislar sobre a matéria após uma decisão favorável do Poder Judiciário.

3.2 O ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL E O PODER JUDICIÁRIO

Diante da lacuna existente na legislação, a atenção deve necessariamente voltar-se às decisões judiciais. No caso das graves malformações fetais, os alvarás judiciais consistem num verdadeiro fenômeno, sendo o processo visto como um instrumento de garantia de um direito subjetivo não previsto legalmente. Analisar decisões judiciais, não restringindo o estudo à análise dos dispositivos legais referentes à matéria, faz-se necessário porque o sentido jurídico não é formado apenas pelos textos legais, mas também pelo saber acumulado, enquanto senso comum teórico,³³ e pelas práticas institucionais dos tribunais (WARAT, 1983, p. 49). Destaca-se também, a relevância da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, embora ela trate especificamente dos casos de anencefalia fetal.

3.2.1 O Discurso dos Julgadores nos Acórdãos de Aborto por Grave Anomalia Fetal

Para Gollop, a detecção de graves malformações fetais “costuma ser um evento extremamente traumático par o casal”, devido ao impacto da notícia do diagnóstico sobre os desejos e as fantasias previamente elaborados em relação ao filho. Com a possibilidade de

³³ Conforme Warat, “a expressão ‘senso comum teórico dos juristas’ designa as condições implícitas de produção, circulação e consumo de verdades nas diferentes práticas de enunciação e escritura do Direito” (1994, p. 13). A idéia de senso comum teórico é, portanto, uma crítica aos operadores jurídicos que se contentam em reproduzir as palavras contidas nas leis, uma crítica à falta de aprofundamento teórico, jurídico e filosófico, o que culmina com a introdução, no discurso jurídico, de pré-conceitos e pré-juízos.

realização do procedimento abortivo com autorização judicial, “a paciente pode ser internada em um hospital da rede pública ou privada, utilizar seu seguro de saúde, evitar o sentimento de estar incorrendo em crime e ter uma assistência médica e psicológica adequada”. Ressalta, por fim, o descompasso existente entre a realidade cotidiana da Medicina Fetal, diante do desejo da gestante e/ou dos casais de interromper a gestação, e os instrumentos jurídicos disponíveis (2000, p. 81 e 82).

Segundo Diniz, o primeiro alvará que autorizou a realização de aborto em decorrência de anomalia fetal teria se dado no estado do Mato Grosso do Sul, em Rio Verde do Mato Grosso, em 1991. A anomalia constante no pedido era a anencefalia. O fundamento judicial foi o de que a anencefalia impediria a sobrevivência, motivo pelo qual não haveria violação ao princípio de proteção da vida, no qual se baseia a proibição do aborto (2004a, p. 44).

Tem-se que, em nosso país, já teriam sido dadas cerca de duas mil autorizações para a realização de abortamentos em decorrência de grave anomalia fetal,³⁴ sendo que a maior concentração dos registros é verificada nos Estados de São Paulo e Rio de Janeiro, além do Distrito Federal (DINIZ, 2004a, p. 45). Por isso, nossa investigação será limitada a esses Estados, além do Rio Grande do Sul, bem como aos tribunais superiores. A ausência de jurisprudência sobre aborto por grave anomalia fetal no Tribunal de Justiça do Distrito Federal provavelmente está ligada à instituição, pelo Ministério Público, “em 1999, no âmbito da Promotoria de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde, do processo de habilitação para autorização de antecipação terapêutica do parto de fetos com inviabilidade extraordinária”, em que há a declaração de que o fato é atípico e que não será perseguido criminalmente, possuindo as mesmas consequências do alvará judicial (RIBEIRO, 2004, p. 133 e 134).

3.2.1.1 Linguagem Jurídica e Definições Persuasivas

Em primeiro lugar, é preciso explicitar o porquê da importância do estudo da *linguagem* para a ciência do Direito. Levando-se em consideração que o Direito sempre se expressa através da linguagem, seja nas peças processuais, nas normas ou na doutrina, podemos afirmar que a linguagem é central para a compreensão dos fenômenos de produção e

³⁴ Ainda segundo a autora, não existe registro de autorização de aborto nos casos de malformação compreendida como compatível com a vida extra-uterina, restringindo-se os alvarás judiciais aos casos de grave anomalia fetal. Tem-se como exemplo a Síndrome de Down. Embora tenha havido pedidos judiciais nesse sentido, o sistema judicial brasileiro tem optado pela negação da autorização para aborto nesses casos (DINIZ, 2004, p. 46).

aplicação jurídicas. A necessidade do estudo da linguagem faz-se presente, ainda, devido ao fato de que, em conformidade com Warat, as linguagens não se esgotam nas informações transmitidas, já que engendram uma série de ressonâncias significativas e normalizadoras das práticas sociais. Isso porque, ao transmitir uma mensagem, um indivíduo não só reflete seus propósitos, como também reproduz uma concepção de mundo, fazendo com que a linguagem possua também uma função social de dominação. Como a mensagem não se esgota na significação de base das palavras empregadas, “o sentido gira em torno do dito e do calado”. Por isso, a função da linguagem consiste num nível de análise que confere a elucidação das relações entre os sentidos manifestos e encobertos de um discurso (1995, p. 15, 65 e 67).

Nos julgados analisados, encontramos *definições persuasivas*. Warat entende que o ato de interpretação da lei sempre tem como consequência a produção de definições persuasivas, que são aquelas nas quais “são estabelecidos critérios de relevância, visando a convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor para o caso”. O que se busca, na utilização dessas definições, é a produção de um acordo sobre o seu conteúdo. Isso porque “atrás de um argumento que justifica uma decisão nova, ou da redefinição que altera as decisões socialmente aceitas, existe sempre um conjunto de padrões ideológicos que tornam legitimável a decisão” (1979, p. 93, 146 e 147).

Para o autor, ao interpretar a lei sempre há a produção de definições persuasivas, nas quais são estabelecidos critérios de relevância que objetivam convencer o receptor a compartilhar o juízo valorativo postulado pelo emissor. Utilizamos uma definição persuasiva quando, na definição de um termo, apresentamos como relevantes características que mantêm o seu valor emotivo, bem como quando orientamos valores favoráveis ou desfavoráveis que o uso desse termo implica, no que se refere às situações ou aos fatos aos quais tal terminologia objetiva se referir. Sendo assim, com a formulação de uma definição persuasiva, recomenda-se uma idéia com o intuito de modificar o significado descritivo de uma palavra, mas mantendo o seu significado emotivo (1994, p. 33-35).

O jurista entende que as definições persuasivas dizem respeito às cargas valorativas, vinculadas aos usos emotivos da linguagem. Por meio dessas cargas emotivas, objetiva-se a aproximação do receptor das referências valorativas do emissor. Tais referências valorativas são, então, encobertas com uma

roupagem descritiva, o que facilita a aceitação do discurso emitido. Por esse motivo, as cargas emotivas vinculam-se às definições persuasivas, as quais “encontram-se integradas por propriedades designativas selecionadas para os fins persuasivos”. Isso significa que, “sob a aparência de definições empíricas, as definições persuasivas encobrem juízos de valor”. As definições persuasivas estabelecem “critérios designativos com a finalidade de convencer os receptores em relação aos juízos valorativos que o emissor pretende induzir por meio do processo definitório”. Por isso a análise das definições persuasivas é imprescindível quando se efetua uma leitura ideológica dos discursos jurídicos, para que se possa detectar justificações e legitimações que atuam como se fossem explicações (1995, p. 69-71 e 80).

Prossegue o autor, salientando que as definições persuasivas pressupõem a realização de um *processo redefinitório*. Redefinir seria “alterar o significado de um termo possibilitando sua aplicação a situações antes não consideradas”. A redefinição torna-se uma definição persuasiva quando o critério utilizado para a modificação é axiológico. Isso sempre ocorreria na interpretação da lei, pois o modo de produção de significados nas decisões judiciais é sempre valorativo. A partir das redefinições, o significado do texto legal pode ser alterado, o que facilita a adequação da atividade judicial às modificações sociais (1979, p. 94 e 95; 1994, p. 38).

Nesse estudo, não se busca a rediscussão de um caso já julgado. Pretende-se, apenas, através da identificação das definições persuasivas, no julgamento dos pedidos de autorização judicial para a realização da interrupção da gestação de fetos portadores de graves anomalias fetais, verificar qual é a imagem que os julgadores possuem acerca da do feto e da gestante.

3.2.1.2 Definições Persuasivas nos Acórdãos Coletados

Na pesquisa realizada, coletou-se acórdãos dos tribunais de justiça do Rio Grande do Sul, de São Paulo e do Rio de Janeiro. Também foram buscados acórdãos no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal. A busca foi realizada por meio dos *sites*

da Internet dos respectivos órgãos públicos,³⁵ abrangendo o período de tempo entre 1º de julho de 1996 até 30 de junho de 2006 e utilizando-se para tanto o termo *aborto*. Embora o objetivo fosse apenas o de utilizar os acórdãos que versassem sobre graves anomalias fetais, a busca genérica fez-se necessária devido ao fato de serem utilizadas expressões diferentes nas ementas desses julgados, tais como aborto eugênico, eugenésico, terapêutico etc.

Ao todo, foram estudados trinta e seis acórdãos. As ocorrências estavam distribuídas da seguinte forma: dez acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quinze acórdãos no Tribunal de Justiça de São Paulo, seis acórdãos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, quatro acórdãos no Superior Tribunal de Justiça e um acórdão no Supremo Tribunal Federal.

Na maioria dos julgados, a malformação fetal que ensejava o pedido era a anencefalia. A anomalia foi verificada em vinte e um dos pedidos. Em cinco processos, constava que o feto era portador de Síndrome de Edwards. Múltiplas malformações fundamentavam o pedido em três acórdãos; no mesmo número de julgados, não havia menção à grave anomalia fetal. Em apenas um acórdão, por fim, encontramos as seguintes malformações: Síndrome de Patau, anencefalia e ausência de olhos, deformidade no crânio e ausência de olhos e rins multicísticos e encefalocele.

No que tange às decisões proclamadas, tem-se que dez dos julgados apresentavam perda do objeto. Desses, oito processos tiveram seu pedido prejudicado devido à superveniência do parto, em virtude da morosidade da justiça, enquanto que, nos outros dois processos, tal fato verificou-se em virtude da realização do procedimento médico de abortamento, com base em autorização judicial de instância inferior. Nesse último caso, uma das ações era um mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público contra o ato do juiz que autorizou a interrupção da gestação, enquanto que a outra ação consistia num *Habeas Corpus* impetrado por um terceiro, tendo como paciente o nascituro anencéfalo. Essa intervenção de terceiros, ou seja, de pessoas interessadas na decisão, mas que não eram partes no processo, foi verificada em cinco julgados. Em quatro dos processos, a ação era em favor do feto e, em apenas um processo, em favor da gestante.

³⁵ Disponíveis em <<http://www.tj.rs.gov.br>>, <<http://www.tj.sp.gov.br>>, <<http://www.tj.rj.gov.br>>, <<http://www.stj.gov.br>> e <<http://www.stf.gov.br>>.

Quanto à decisão proclamada nos demais acórdãos, os julgadores, em suas decisões, extinguiram os processos sem julgamento do mérito. Em quinze processos, a decisão final foi pela expedição de alvará judicial que autorizasse a interrupção da gestação, enquanto que, em nove processos, os julgadores decidiram pela desautorização do procedimento médico. O único processo em que não havia perda do objeto que foi julgado no Superior Tribunal de Justiça teve sua decisão contrária ao aborto. No Rio Grande do Sul, seis pedidos foram deferidos, enquanto que três foram indeferidos. A maioria dos processos julgados pelo Tribunal de Justiça de São Paulo também teve como resultado a autorização do aborto, já que, dos oito processos, apenas um deles o desautorizava. No Rio de Janeiro, por sua vez, verificou-se um posicionamento oposto. Lá, somente dois julgados foram pela expedição do alvará judicial, enquanto que, nos outros quatro, a decisão final era contrária a tal ato.

Dos quinze acórdãos em que o procedimento de interrupção da gestação foi autorizado, a anencefalia figurava como anomalia fetal em dez deles (em um julgado, o feto possuía, além de anencefalia, ausência de olhos). Quatro dos processos tinham como fundamento do pedido a Síndrome de Edwards e, um processo, a Síndrome de Patau. Já dos nove julgados em que o aborto foi desautorizado, em seis deles o feto era portador de anencefalia. Em dois processos, não havia menção à anomalia fetal e, em um acórdão, o pedido era fundamentado em múltiplas malformações fetais.

Percebeu-se diversas definições persuasivas nos acórdãos coletados, as quais passar-se-á a enumerar a partir de agora. Ressalta-se que as definições puderam ser visualizadas inclusive em alguns dos julgados em que a decisão final foi pela perda do objeto.

3.2.1.2.1 Definições persuasivas referentes ao Direito

Duas das definições persuasivas encontradas não diziam respeito à gestante ou ao feto, mas ao Direito. A definição persuasiva denominada *desatualização do Direito* foi encontrada em nove acórdãos. Nesses, percebe-se que os julgadores que mencionam essa idéia nas suas fundamentações entendem que a hipótese do aborto em decorrência de grave anomalia fetal não poderia ter sido prevista no Código Penal, já que, à época de sua promulgação, não estavam disponíveis no Brasil as tecnologias de diagnóstico pré-natal que hoje permitem a visualização intra-uterina de malformações no feto. Percebe-se aqui a tentativa, por parte dos julgadores, de, com base na desatualização, utilizar, em sua fundamentação, direitos constitucionais, e não questões referentes à legislação penal, ou mesmo critérios meta-jurídicos, tais como os laudos médicos sobre as condições fetais ou da gestante.

Já na definição *ausência de previsão legal*, descoberta em onze acórdãos, a idéia presente é a de que não está prevista, na legislação penal, a autorização para a realização de aborto em decorrência de grave malformação fetal, mas tão somente nos casos de risco de vida para a gestante ou de gravidez resultante de estupro. Trata-se de uma definição persuasiva, e não descritiva, pois tem como objetivo o convencimento de que não há embasamento legal para deferir o pedido judicial. Sendo assim, é menos complicado para os julgadores operar dessa forma, do que com fundamento em outros critérios, tais como o *status* moral de pessoal do feto ou a sua titularidade do direito à vida. A solução mais simples também parece mais legitimável, uma vez que é colocada como a impossibilidade da ausência de resposta diversa do Judiciário.

3.2.1.2.2 Definições persuasivas referentes ao feto

Quanto ao feto, salienta-se a verificação da ocorrência de duas definições persuasivas. A primeira, denominada *incompatibilidade com a vida*, foi visualizada em dezessete julgados e expressa a opinião dos julgadores que percebem que a anomalia é irreversível e incurável, fazendo com que o recém-nascido sobreviva muito pouco tempo após o parto e com pouca qualidade de vida. Aqui, a persuasão está em desqualificar a vida do feto, colocando-o como ser morto ou à beira da morte, o que ensejaria a permissão do aborto. Trata-se de, colocando o feto no centro da questão, desconsiderá-lo ou não considerar que ele, em virtude de sua patologia, merece a consideração destinada aos fetos *saudáveis*.

A segunda definição, chamada de *direito à vida*, foi encontrada em sete processos. A partir dela, o julgador afirma que o nascituro possui direito à vida, o qual não poderia ser violado pela autorização judicial do procedimento abortivo. Nesse caso, percebe-se que, diante da disposição do feto como sujeito de direitos e, conseqüentemente, do direito à vida, não poderia a liberdade da gestante ser com ele contrastada, já que a vida seria um bem jurídico superior.

3.2.1.2.3 Definições persuasivas referentes à gestante

Proceder-se-á, então, à análise das definições persuasivas relativas à gestante, tema aqui privilegiado. Ressalta-se que, das vinte e uma decisões citadas aqui, constam definições persuasivas no discurso de três desembargadoras mulheres, em quatro acórdãos. Duas são do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e, a outra, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A primeira definição persuasiva é intitulada *sofrimento da gestante* e figurou em dezesseis julgados. Nesses, a idéia pré-concebida pelos desembargadores ou ministros era a de que a gestação de um feto possuidor de uma grave anomalia fetal é algo que impõe um sofrimento psicológico significativo à mulher. No *Habeas Corpus* apreciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o julgador reconhece que a anomalia do feto, consistente em rins multicísticos e encefalocele, “é motivo de trauma profundo, dor, desespero, frustração inimaginável, aptos a desestabilizar psicologicamente uma gestante, que nem mesmo o mais sensível dos seres humanos tem condições de dimensionar” (BRASIL, 2006, p. 8). Também o ministro do Supremo Tribunal de Justiça menciona o sofrimento da gestante, ao ressaltar o seguinte:

[...] os estudos multidisciplinares indicam que as reações emocionais dos pais após o diagnóstico de malformação fetal abrangem, conjuntamente ou não, os seguintes sentimentos: ambivalência, culpa, impotência, perda do objeto amado, choque, raiva, tristeza e frustração. É facilmente perceptível a enorme dificuldade de se enfrentar um diagnóstico de malformação fetal. É possível imaginar a quantidade de sentimentos dolorosos por que passam aqueles que de súbito se vêem diante do dilema moral de interromper uma gestação, unicamente porque nada se pode fazer para salvar a vida do feto (BRASIL, 2004, p. 11).

O desembargador do Estado de São Paulo Egydio de Carvalho, em seu voto vencido, expõe que a autorização da interrupção da gestação, devido à anencefalia fetal, é necessária “para evitar sofrimento físico e psicológico à mãe e familiares”. Entende também que:

[...] não pode e não deve a gestante ser obrigada a suportar o prosseguimento desta gestação deficiente, além do pior, que será presenciar a morte de seu filho que já antecipadamente sabe que virá a ocorrer. O sofrimento, portanto, seria desumano e inexigível, e o prolongamento desse quadro não traria à requerente nenhum benefício, mas ao contrário, prejuízo maior do que ela já vem sofrendo e certamente sofrerá com o abortamento que se faz preciso (SÃO PAULO, 2002, p. 4 do voto vencido).

O voto vencedor do desembargador Segurado Braz, de São Paulo, reconhece “a angustiante situação da gestante e de seu companheiro, sabedores de que o feto apresenta gravíssimo caso de anomalia (‘Síndrome de Edwards’) em que a vida extra-uterina se prenuncia como vegetativa e breve”. No mesmo julgado, mas na declaração do voto do desembargador Donegá Morandini, é referido que a gestação impõe “intenso sofrimento psicológico e inútil à gestante” (SÃO PAULO, 2001, p. 3 do voto vencedor e p. 3 do voto vencido). Em outro acórdão proferido em São Paulo, em que o feto possuía a mesma anomalia, o relator sustenta que o aborto evita “a amargura e o sofrimento físico e psicológico, por cerca de quatro meses, no mínimo, à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver” (SÃO PAULO, 2004, p. 3).

No mesmo Estado, é salientado em outro julgado que a não autorização da interrupção da gravidez imporá “intenso sofrimento físico, psicológico e inútil à gestante”. Também é mencionada a situação angustiante da gestante e a possibilidade de acometimento da mesma por doença psicológica. Por fim, o desembargador entende ser necessário autorizar a interrupção do “sofrimento do casal”, bem como do “trauma por que passa a gestante, cujas conseqüências ainda mais gravosas [...] são esperadas pós-parto” (SÃO PAULO, 2005a, p. 9 e 10). Outro desembargador paulista ressalta “os aspectos psicológicos a que se submeterá a gestante”. Aduz que, “durante o período de gestação, já sabedora do resultado final, estará ela acometida de grave depressão, impossível de ser medida”. Por fim, conclui que é necessário “interromper o sofrimento do casal e, principalmente, o trauma por que passa a gestante, cujas conseqüências gravosas são esperadas pós-parto” (SÃO PAULO, 2003, p. 4 e 5).

O relator David Haddad assevera que, com o procedimento médico de interrupção da gestação, evita-se “a amargura e o sofrimento físico e psicológico, pro cerca de cinco meses,

no mínimo, à mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver” (SÃO PAULO, 2000a, p. 3; 2000b, p. 2). O mesmo julgador, em outro processo, conclui que, nesses casos, “devem ser garantidos os sentimentos familiares” (SÃO PAULO, 2000b, p. 2). Já o desembargador Pires Neto menciona, em relação à gestante, “a angústia – agravada a cada dia – de suportar, no âmbito familiar, a dor trazida pela gestação de um feto acometido de anencefalia”. Posteriormente, relata que ela deseja, “com o esperado provimento judicial, obter o conforto do atendimento médico a tempo de evitar a dolorosa consequência antecipadamente conhecida de todos” (SÃO PAULO, 2005b, p. 4 e 13).

Por fim, o relator de voto vencido, na apreciação de mandado de segurança pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assevera que “a admoestação pretendida aos pais já foi alcançada com a punição decorrente da notícia quanto à total incompatibilidade de vida, ao fruto do amor deles”. Especificamente quanto à gestante, alude que, para esta, a gravidez tornou-se “um tremendo tormento”. Adiciona que, para ela, “ver nascer o filho, sem a menor possibilidade de viver, será um padecimento”. Afirma que caberia ao Poder Judiciário evitar “essa dor” e assegurar “o bem-estar para quem necessita de uma proteção especial, em um instante desolador de sua vida”. Por fim, relata que a decisão do tribunal, contrária à autorização para o abortamento, revela a falta de “comiseração com aquela mãe, pessoa já duramente castigada, com uma concepção inviável”. A resposta estatal, conforme o magistrado, obriga a gestante a “conscientemente fazer de suas entranhas um esquife para um feto sem qualquer condição de vida extra-uterina” (RIO DE JANEIRO, 2000, p. 2 e 3 do voto vencido).

No julgamento de uma apelação crime pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o julgador salienta que, ao negar o pedido de autorização judicial do aborto, estaria impondo “árido sofrimento” à gestante (RIO GRANDE DO SUL, 2003a, p. 8). Também em julgado gaúcho, o relator demonstra captar o drama do casal, afirmando que eles “não merecem a incompreensão; ao contrário, já foram penalizados por todo o drama vivido, agravado pela espera de uma resposta favorável do Judiciário” (RIO GRANDE DO SUL, 2002, p. 11).

Em outro acórdão do mesmo Estado, é mencionado que, com o procedimento abortivo, “evita-se o prolongamento do sofrimento físico, psíquico e emocional da mãe, consciente ela de que traz no ventre não a vida querida e desejada, mas a morte inevitável” (RIO GRANDE DO SUL, 2005a, p. 6 e 7). Já o desembargador Marcel Esquivel Hoppe, ao

relatar um acórdão, entende que “não se pode prolongar ainda mais sofrimento tão intenso e profundo” à gestante (RIO GRANDE DO SUL, 2005b, p. 13). Outro desembargador rio-grandense afirma, compreendendo a situação dos pais, que “deve ser uma tragédia na família nascer uma criança que vai ter poucas horas de vida” (RIO GRANDE DO SUL, 2003d, p. 7).

Encontrou-se ainda a definição persuasiva *riscos à vida e à saúde da gestante* em doze decisões judiciais. A idéia implícita aqui é a de que a gestação de um feto com grave anomalia fetal pode imprimir à mulher riscos à sua vida e à sua saúde, sendo esta física ou psíquica.

Na declaração de voto vencedor, Segurado Braz, desembargador paulista, refere que a persistência do estado de gravidez gera “riscos à saúde física ou psíquica da gestante”. No mesmo julgado, no voto vencido, outro desembargador assevera que o sofrimento imposto à gestante acarreta-lhe “inegável dano à sua saúde” e, posteriormente, reitera a presença, no caso, de “risco à saúde da gestante” (SÃO PAULO, 2001, p. 4 do voto vencedor e p. 3 e 4 do voto vencido). Outro desembargador paulista entende que o sofrimento imposto à gestante acarreta-lhe “dano à saúde”. Salienta, também, que a gravidez é de risco, “já que com idade superior a quarenta anos, em primeira gestação, e portadora de mioma, o que, como enfatizado pelos médicos, poderia lhe trazer complicações com a persistência do estado de gravidez”. Devido a isso, conclui que “não se pode concreta e serenamente também afastar eventual risco à vida da gestante” (SÃO PAULO, 2005a, p. 8). Por fim, também outro magistrado desse Estado, julgando um mandado de segurança em que o feto possui anencefalia, entende o seguinte:

[...] é sempre iminente, nesses casos, o risco à vida da mãe, não só pela grave perturbação da espera psicógena, que gera atitudes inseqüentes e desorganização familiar, com grande possibilidade de suicídio, como igualmente pelas complicações de tal tipo de gestação (vômitos graves e incoercíveis) e do próprio parto (distócia do desprendimento do ombro fetal, rotura uterina e choque hemorrágico) (SÃO PAULO, 2000b, p. 3 e 4).

No único julgado carioca no qual tal definição foi encontrada, a desembargadora relata que “com a ocorrência de anencefalia fetal, a gestação é freqüentemente complicada por polidramnia, ocorrente nos três últimos meses, acarretando graves conseqüências para a saúde da gestante” (RIO DE JANEIRO, 2005, p. 4).

Quanto aos riscos à saúde da gestante, um julgador gaúcho coloca a preservação da saúde mental como fundamento para a autorização judicial: “a jurisprudência [...] tem feito uma interpretação extensiva do disposto no art. 128, I, do estatuto repressivo, admitindo o aborto, não só quando indispensável para salvar a vida da gestante, mas quando necessário para preservar-lhe a saúde, inclusive psíquica”. No caso em questão, o casal já possuía um filho portador de retardo mental e dificuldades motoras e ingressou com o pedido judicial por ser o feto portador da Síndrome de Patau. O desembargador coloca também que, a sobrevivência da criança, que no caso dessa malformação genética poderia se estender por alguns meses, poderia gerar uma “terrível desorganização da saúde mental” do casal (RIO GRANDE DO SUL, 2003a, p. 5 e 8).

Também no Rio Grande do Sul, igualmente diante do diagnóstico de anencefalia, o julgador afirma que o aborto “visa, em última análise, resguardar sim a integridade física da gestante, melhor dizendo, salvar a sua vida”. Em outro momento, coloca que “do ponto de vista psicológico, não podemos olvidar que com a interrupção precoce da gestação estar-se-á preservando a saúde mental e emocional da gestante, já tão condoída, porquanto denota fragilidade para enfrentar o lamentável calvário”. Por fim, conclui que, “se a gravidez da autora alcançar o seu termo, a extração do feto será laboriosa e de alto risco, podendo causar a morte da parturiente” (RIO GRANDE DO SUL, 2002, p. 8-10).

Em outro julgado desse mesmo Estado, o relator ressalta que a gravidez “gera risco à vida da gestante, visto que o parto de um portador de acrania é difícil”, o que é baseado também no parecer médico. Reitera, no final do seu voto, que, caso a gestação seja levada a termo, “a retirada do feto será laboriosa e de alto risco para a gestante, que poderá morrer no ato” (RIO GRANDE DO SUL, 2003b, p. 4 e 5). Por fim, o desembargador Marcel Esquivel Hoppe, ao julgar um pedido de aborto em razão de anencefalia fetal, assevera que a gestação “gera sério risco para a saúde mental da apelante” (RIO GRANDE DO SUL, 2005b, p. 13). Outro julgador gaúcho, ao apreciar uma apelação crime, assegura que “quanto mais cedo for interrompida a gravidez, menor o risco sofrido pela gestante, ante o afastamento dos fatores que o agravariam no momento do parto” (RIO GRANDE DO SUL, 2003c, p. 5).

A definição *direito à liberdade* foi concebida em apenas três julgados e expressa que, no imaginário dos magistrados que a utilizaram, faz-se clara a noção de que a mulher que gesta um feto portador de grave anomalia fetal possui direito à liberdade, o qual lhe garantiria

a autorização judicial do procedimento de interrupção da gravidez. No único julgado sobre o tema encontrado no Supremo Tribunal Federal, consta que “estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito”. Ao referir-se à liberdade da gestante, assevera Joaquim Barbosa:

[...] ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviolável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal (BRASIL, 2004, p. 10, 14 e 15).

No mesmo julgado, o relator menciona que “a procriação, a gestação, enfim os direitos reprodutivos, são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio de autodeterminação pessoal, particularmente da mulher”. Ademais, ao comparar a situação dos autos ao aborto quando a gravidez decorre de estupro, assevera que:

Seria um contra-senso chancelar a liberdade e autonomia privada da mulher no caso do aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia [...]. Há, na verdade, a legítima pretensão da mulher em ver respeitada sua vontade de dar prosseguimento à gestação ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher (BRASIL, 2004, p. 16 e 17).

Em acórdão julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, a relatora compara o caso dos autos a uma notícia jornalística, na qual constava o depoimento de uma mãe que dizia ter permitido o nascimento de seu filho, embora o médico tivesse se prontificado a realizar a antecipação do parto. Quanto a tal declaração, sustenta que “aquela mãe teve a oportunidade de optar entre realizar a cesariana no sexto mês ou manter a gravidez até o final. Tal direito de escolha está sendo retirado da ora Paciente”. Salienta, também, que “a decisão final será da Paciente, na medida em que ao Judiciário caberá permitir a cirurgia, e não impor a realização da mesma. Em outras palavras, o que se busca é, em última análise, o direito de escolha” (RIO DE JANEIRO, 2003, p. 2 e 3). Em outro julgado do mesmo tribunal, o relator do voto vencido, também comparando o caso relatado no processo ao de outra gestante, que havia distribuído um depoimento escrito para cada julgador da sessão, salienta que “são pessoas diferentes” e que “cabe à justiça ver essa diferença individual, para cumprir a sua

finalidade”, já que “cada pessoa sente o mesmo fenômeno de forma diferente” (RIO DE JANEIRO, 2000, p. 3 do voto vencido).

3.2.1.2.4 A visão do Poder Judiciário acerca da gestante

O objetivo da análise de jurisprudência foi sobretudo o de verificar qual é a visão que os julgadores têm acerca das mulheres que gestam um feto portador de grave anomalia fetal. Busca-se, com isso, ver o que aquilo que é dito e explicitado pelos julgadores pode representar. Procura-se, dessa forma, ir além, compreendendo também o que não é dito, o que está implícito, perguntando-se pelos porquês desses silêncios e quais são as mensagens que são transmitidas.

No que se refere à gestante, encontramos três definições persuasivas: sofrimento da gestante, riscos à vida e à saúde da gestante e direito à liberdade. Na primeira definição, o que é valorado é o sofrimento psíquico da mulher. Termos como dor, trauma e angústia são utilizados na redefinição dos sentimentos da gestante. Para os julgadores, o sofrimento refere-se ao período gestacional, diante do diagnóstico pré-natal, bem como ao pós-parto, caso a gestação seja levada a termo, devido ao fato de a mulher vir a presenciar a morte de seu filho pouco tempo após o nascimento. Também é ressaltada, em alguns julgados, a idéia da inutilidade do sofrimento, já que ele em nada modifica as condições fetais, não trazendo benefícios à gestante e prolongando-se até depois do parto. Por fim, é mencionada a desestabilização psicológica causada à gestante e, por vezes, ao marido ou companheiro, ou mesmo à família, a qual poderia causar, inclusive, o desenvolvimento de doença psíquica ou o suicídio.

A definição persuasiva denominada riscos à vida e à saúde da gestante demonstra a presença, no imaginário dos julgadores, dos riscos, sejam eles físicos ou psíquicos, proporcionados pela gestação de um feto portador de grave anomalia fetal. No caso dos riscos físicos, percebe-se o forte apoio em laudos médicos. Aqui são ressaltadas, por exemplo, as dificuldades de realização do parto (especialmente nos casos de anencefalia) ou outros riscos em virtude de especificidades da gestante, como o aumento da quantidade de líquido amniótico ou a presença de mioma uterino, por exemplo. Tal definição, no que se refere aos riscos psíquicos, relaciona-se com a definição anterior, pois também está baseada no sofrimento emocional da mulher. Nesse caso, para os julgadores, o sofrimento imposto à

gestante gera também riscos à sua saúde psíquica, podendo ocorrer desorganização da saúde mental.

No que tange aos riscos à vida e à saúde, eles são embasados sobretudo em laudos médicos. Ou seja, a legitimidade do ato jurídico é baseada em indicações médicas, o que pode denotar que esse movimento no sentido da ampliação das hipóteses de permissão do aborto no Brasil não constituiria “verdadeiramente uma ampliação de escolhas reprodutivas para as mulheres” (GUILAM, 2005, p. 175).

A última definição, direito à liberdade, traz, nos julgados em que foi encontrada, a manifestação dos julgadores acerca da liberdade da gestante em optar ou não pela realização do procedimento médico de interrupção da gravidez. Fala-se aqui em autonomia e em autodeterminação pessoal. Há também a comparação com a autonomia que é conferida pelo ordenamento jurídico quando a gestação é resultante de estupro. Entendem os julgadores, nesses casos, que cabe ao Direito a preservação da singularidade de cada pessoa, permitindo às gestantes o direito de escolha acerca da manutenção ou não da gestação, o qual seria negado pela desautorização do aborto.

Percebe-se, do exposto, que os julgadores fazem referências às condições da gestante nas suas fundamentações, no que se refere à autorização judicial para a realização de aborto em decorrência de grave malformação fetal. Seu sofrimento psicológico é compreendido e são explicitados os riscos que a gestação gera e/ou pode gerar à saúde física e/ou psíquica da mulher. No entanto, somente em três dos trinta e seis acórdãos estudados há menção ao bem jurídico liberdade. Logo, ainda que tanto o sofrimento da gestante, quanto os riscos à sua vida e à sua saúde, digam, de forma indireta, respeito à autonomia, isso não é compreendido pelos desembargadores e ministros nos julgados analisados.

Com base em seu sofrimento psicológico, a gestante opta por interromper a gestação de feto portador de grave anomalia fetal. Da mesma forma, com base nos riscos que correm sua vida e sua saúde, ela escolhe, dentre as alternativas possíveis e viáveis, realizar o aborto. Dessa forma, é o direito à liberdade, é a possibilidade de escolha, o que fundamenta os pedidos de autorização judicial. O sofrimento é suportável ou não dependendo daquilo que cada ser humano entende como tolerável. A partir daí, a pessoa deliberadamente opta ou não por cessar o sofrimento, quando isso é possível. Os riscos que a vida e a saúde correm

também são dimensionados por cada um, que, diante desses fatos, opta ou não por sofrê-los, quando isso é possível.

Ao contrário das outras duas definições persuasivas, o direito à liberdade não parece ser tão passível de legitimação. Com Ardaillon, é possível afirmar que, mesmo quando a argumentação judicial tem a intenção de autorizar o aborto, sua fundamentação “não é inspirada pelo reconhecimento às mulheres de um direito de decidir sobre o rumo de suas vidas”. Ao contrário, a Justiça “tende a minorizar as mulheres, que devem ser protegidas ou corrigidas” (1997, p. 379).

Conforme salientado anteriormente, por meio das definições persuasivas, busca-se a concordância do receptor em relação aos valores que as informam. Sendo assim, demonstra-se que é difícil um acordo quanto à proteção da autonomia reprodutiva da gestante. Não é fácil o convencimento do interlocutor quando o embasamento da decisão é calcado no direito de escolha. Assim, tem-se que o juízo valorativo no que tange à liberdade da gestante na maioria das vezes não é um critério de relevância, sendo outros os critérios selecionados (sofrimento e riscos à vida e à saúde) na busca de uma similitude axiológica com os valores dominantes.

Ao mesmo tempo, como, a partir das definições persuasivas, busca-se travestir juízos de valor de definições empíricas, é mais difícil encobrir a definição do direito à liberdade com uma roupagem descritiva. Isso é plenamente verificável nas outras duas definições. Na primeira, são enumerados os sentimentos que constituem o sofrimento da gestante, tais como dor, trauma e angústia. Os riscos à vida e à saúde são, por sua vez, baseados em laudos médicos, com os quais busca-se comprovar empiricamente os danos que a continuidade da gestação pode causar à mulher. Essa roupagem descritiva, em relação ao direito à liberdade, pode ser visualizada, contudo, na comparação feita com as gestantes que decidiram levar a termo sua gravidez, permitindo o nascimento de seu filho.

As poucas referências ao direito à liberdade demonstram a invisibilidade, nos discursos judiciais, da autonomia reprodutiva. Tal aspecto, ao contrário das referências ao sofrimento da gestante e aos riscos que a gravidez poderia provocar à vida e à saúde, é negado na maioria dos acórdãos. Não consistindo essa autonomia um objeto de enunciação, figura como inexistente, pertencente apenas ao plano do “inconsciente político da sociedade”, mas não do imaginário social (WARAT, 1995, p. 111). A gestante, pelo menos nos acórdãos

coletados, parece operar muito mais como ser passivo, que passa por sofrimento psicológico, que corre risco de vida e de danos à sua saúde, e não como sujeito autônomo, capaz de, diante do quadro de gestação de um feto possuidor de grave malformação, decidir acerca da opção ou não pelo aborto.

Os julgadores, então, não vão além, não considerando o direito à liberdade como categoria fundante das suas decisões. Embasam-nas, ao contrário, em questões biológicas, físicas ou psíquicas, empiricamente demonstráveis e de mais fácil legitimação. Dissimulam-se os critérios valorativos nos quais se apóiam os julgados, restando como não dita, assim, a autonomia reprodutiva, questão indispensável na discussão acerca do aborto em decorrência de grave anomalia fetal.

3.2.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) está prevista no artigo 102, parágrafo 1º, da Constituição, tendo sido regulamentada pela Lei nº 9.882, de 1999. Os preceitos fundamentais, objeto da ação, englobam tanto os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição, como os fundamentos e objetivos fundamentais da República (A. MORAES, 2001, p. 17).

A ADPF é o instrumento que possibilita que questões referentes aos princípios fundamentais, como dignidade humana, vida, igualdade e liberdade, sejam diretamente apresentadas ao Supremo Tribunal Federal, explica Buglione. Essa ação tem efeito *erga omnes*, vinculando os conflitos posteriores à sua decisão (2005, p. 98), o que está garantido no artigo 10, parágrafo 3º, da Lei n.º 9.882/99.

De acordo com Streck, a ADPF “objetiva compelir o Poder Público a abster-se de realizar um ato abusivo e violador do Estado”. Além disso, ela pode ser intentada também preventivamente, com o objetivo de controle dos atos que possam violar preceitos fundamentais da Constituição. Para o autor, o objeto da ação, ou seja, os preceitos fundamentais, seriam os direitos “reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado” (2004, p. 816 e 831).

A ADPF nº 54 foi proposta em 16 de junho de 2004. A medida liminar foi concedida pelo Ministro Marco Aurélio Mello no dia 1º de julho de 2004, autorizando a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia, bem como suspendendo todos os processos no país contra mulheres e profissionais de saúde que realizaram o procedimento. Sua revogação se deu no dia 20 de outubro do mesmo ano.

Embora diversas anomalias tidas como incompatíveis com a vida fundamentem a jurisprudência brasileira, a estimativa de que entre 55 e 65% dos casos correspondem à anencefalia, além da inexistência de qualquer dúvida científica sobre a sua letalidade, fizeram com que a ADPF versasse exclusivamente sobre essa patologia. Para Diniz, a restrição da ação proposta no Supremo Tribunal Federal à anencefalia deveu-se a dois motivos: pelo fato de ser uma malformação incompatível com a vida, havendo um consenso na literatura médica internacional sobre o diagnóstico e a inviabilidade fetal,³⁶ bem como pelo fato de que a anencefalia corresponde a no mínimo metade dos casos de grave malformação fetal já julgados pelo Poder Judiciário do país (2005, p. 88).

Diniz, que cunhou a expressão *antecipação terapêutica do parto*, afirma que ela teria surgido por meio do acompanhamento de mulheres grávidas de fetos portadores de anomalias fetais consideradas letais em Brasília. Isso porque as gestantes nunca descreviam o procedimento de interrupção da gestação como aborto, afirmando, ao contrário, que, como não havia nada a ser feito, o melhor seria antecipar o sofrimento (2004b, p. 18, 22 e 23).

Na argumentação exposta na ADPF, passou-se ao largo da temática do aborto, sustentando-se que a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos não constitui aborto. Não foi questionado, então, o tratamento conferido ao aborto pelo Direito positivo brasileiro, que o caracteriza como crime contra a vida. A principal tese contida na ADPF, conforme Diniz, é a de que a antecipação terapêutica do parto, nos casos de anencefalia fetal, não é aborto, o que faz com que a exigência de uma autorização judicial para a realização de um procedimento médico que não é considerado crime infrinja os preceitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa humana, à liberdade e à saúde. Portanto, a ADPF não

³⁶ Ela salienta que a mais importante técnica de diagnóstico da anencefalia é a ecografia, um exame simples e disponível no Sistema Único de Saúde e que a compreensão do diagnóstico e a tomada de decisão seriam mais simples nesses casos, pois a imagem de um feto com anencefalia é nítida até para pessoas leigas (DINIZ, 2005, p. 88).

enfrentou a questão do início da vida, partindo apenas do pressuposto da certeza da morte do feto anencéfalo (DINIZ, 2004b, p. 30 e 32).

Acerca argumentação utilizada na peça processual encaminhada ao Supremo Tribunal Federal, refere Diniz que se prescindiu de um acordo sobre o *status* moral do feto, a partir da compreensão de que as discussões sobre o aborto paralisavam no conflito entre o direito à vida do feto e a autonomia reprodutiva da mulher. Assim, o fundamento utilizado foi o de que, diante da inevitabilidade da morte precoce do feto, a interrupção da gestação nesse caso não se enquadraria na definição penal de aborto, já que o anencéfalo não possuiria a potencialidade de se converter em uma pessoa.³⁷ Transferiu-se, dessa forma, o debate moral do início para o fim da vida, o que vai ao encontro do critério utilizado em nosso país para determinar a morte, que é o da ausência de atividade cerebral, a qual não pode ser verificada nesses casos. Considerou-se o anencéfalo, então, como feto morto. Diante disso, modificou-se também a terminologia, passando-se do aborto à antecipação terapêutica do parto, pois o primeiro conceito seria aplicável somente à vida presente ou potencial (2005, p. 89 e 90).

Quanto ao feto, é mencionada a letalidade da anencefalia e a sua impossibilidade de cura ou tratamento. No que tange à gestante, foram dispostos os riscos gerados à sua saúde, principalmente em virtude do alto índice de mortalidade intra-uterina, o que faz com que o procedimento médico possua indicação terapêutica, já que não há como reverter a inviabilidade do feto. Também é ressaltado que não haveria o aborto tipificado penalmente, pois a morte do feto não seria resultante dos meios abortivos, mas da malformação congênita.

É colocado na peça processual que, diante da ausência de potencialidade de vida extra-uterina do feto, o foco da atenção volta-se ao estado da gestante. Assim, não haveria ponderação de bens ou valores no conflito feto *versus* gestante, pois a opção pela antecipação terapêutica do parto estaria protegida por preceitos fundamentais, quais sejam: o da dignidade da pessoa humana, o da liberdade e o da saúde. É compreendido como uma violação à dignidade da pessoa humana a imposição à gestante do dever de carregar durante nove meses um feto que não sobreviverá, “causado-lhe dor, angústia e frustração”. É disposta também a potencial ameaça à sua integridade física e os danos causados à sua integridade moral e psicológica. Como violação ao direito à liberdade é mencionado que, já que a antecipação

³⁷ Segundo Buglione, desloca-se a discussão da anencefalia para o fato da não-vida (2005, p. 96).

terapêutica do parto não está vedada pelo ordenamento jurídico, deve a autonomia da vontade individual prevalecer. Por fim, como violação ao direito à saúde é referido que, como a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia é o único procedimento médico cabível para abreviar os riscos e o sofrimento causados à gestante, o impedimento de sua realização acarreta danos à sua saúde.

O ministro relator da ADPF decidiu pela convocação de uma audiência pública, antes da prolação da decisão final pelo Supremo Tribunal Federal, colocam Oliveira *et al.* Foram convocadas entidades que solicitaram participação na ação na qualidade de *amicus curiae*: a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil; as Católicas pelo Direito de Decidir; a Associação Nacional Pró-vida e Pró-família; a Associação de Desenvolvimento da Família; a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; a Sociedade Brasileira de Genética Clínica; a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; o Conselho Federal de Medicina; a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos; a Escola de Gente; a Igreja Universal; o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e o deputado Federal José Pinotti, médico especialista na matéria. Essa audiência ainda não tem data marcada. Sendo assim, a decisão final da ADPF consistirá na primeira oportunidade real de análise pelo Supremo Tribunal Federal da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, abrindo a análise do Direito ao tema polêmico do aborto (OLIVEIRA *et al.*, 2005, p. 88 e 89).

Foram analisadas questões legislativas, incluindo os dispositivos constitucionais aplicáveis ao aborto por grave malformação fetal e os projetos de lei que tramitam sobre a matéria, e judiciais, com a averiguação das tendências discursivas dos julgadores de três Estados, além dos tribunais superiores, e da ADPF nº 54/2004. Num país de tradição romano-germânica, a lei reveste-se de um caráter especial, o que pode ser demonstrado pelo número considerável de projetos de lei sobre o aborto nesses casos, para os quais não há previsão legal. Justamente em virtude disso, não seria possível ignorar a importância do Poder Judiciário, que é o que tem respondido às demandas da população que busca uma legitimação jurídica para a sua escolha. Passar-se-á, agora, ao estudo de questões específicas referentes às mulheres, na tentativa de compreender, sobretudo no que tange às manifestações judiciais, o porquê dessa desvalorização da escolha da gestante pelo Direito.

4 MULHER, MATERNIDADE E ABORTO POR GRAVE ANOMALIA FETAL

Na questão do aborto, é preciso considerar tanto o respeito pela vida fetal quanto a preocupação com a mulher (JUNGES, 1999, p. 131). Ambas as questões são partes fundamentais de um mesmo problema, não podendo nenhuma delas ser subestimada. Deduz-se daí, portanto, que a liberdade da gestante é um problema fundamental,³⁸ mesmo para os que sustentam que o feto é pessoa desde a concepção. Tratando-se da questão da gestante, torna-se imprescindível analisar o conceito de gênero e sua vinculação com os ideais ou mitos relativos à maternidade. A partir de então, compreendendo-se a maternidade como escolha, faz-se preciso o estudo do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos, que estão sobremaneira conectados tanto com o gênero, quanto com a maternidade. Por fim, proceder-se-á a uma análise do caráter ideológico do Direito, pretendendo-se demonstrar sua relação com a reprodução dos discursos sobre aborto por grave malformação fetal.

4.1 MULHER, GÊNERO E DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

4.1.1 Conceito de Gênero

Na chamada *segunda onda* do movimento feminista, verificada na década de 1960, este se volta, além das preocupações sociais e políticas, para as construções teóricas. É no âmbito do debate entre estudiosas e militantes com seus críticos que é engendrado e problematizado o conceito de gênero. É nesse contexto que surgem os *estudos da mulher*, a partir do momento em que militantes feministas participantes do mundo acadêmico trazem para o interior das universidades e escolas as questões que as mobilizavam (LOURO, 1997, p. 15 e 16). A construção de uma teoria feminista vem a ocorrer posteriormente, na década de 1970, no meio acadêmico e no dos movimentos sociais.

O conceito de *gênero* tem origem na Psicologia e na Sexologia dos Estados Unidos dos anos 1950, ressalta Stolke, no momento em que a postura médica em relação à transexualidade e à intersexualidade foi modificada, efetuando-se, a partir de então, cirurgias de mudança de sexo. Nesse contexto, o termo gênero foi adotado para distinguir o sexo social do anatômico (2004, p. 84). Posteriormente, sobretudo após a intensa movimentação cultural da década de sessenta, e mais especificamente a partir dos anos setenta, o termo gênero passou a ser empregado em outros campos científicos, principalmente no das Ciências Sociais. Sua nova concepção, que será analisada aqui, foi criada com o intuito de separar o fato de alguém ser fêmea ou macho do trabalho de simbolização que a cultura realiza sobre

³⁸ O uso do corpo alheio é uma questão explicitada por Thomson, quando a autora coloca a hipótese de uma mulher que, sem consentir, tem seus rins conectados aos de um famoso violinista, procedimento que durará nove meses, sendo que desconectá-lo significaria matá-lo. É referido também que, como o violinista é uma pessoa, cortar essa ligação implica na morte de uma pessoa (1983, p. 11 e 12).

essa diferença sexual (HEILBORN, 1997, p. 51). O termo gênero é usado de duas formas diferentes: em primeiro lugar, como referência à personalidade e ao comportamento, opondo-se ao sexo e, em segundo lugar, como referência às construções sociais que tem a ver com a distinção entre feminino e masculino, o que inclui as construções que separam os corpos (NICHOLSON, 2000, p. 9).

Para contrapor o argumento da distinção biológica entre mulheres e homens como fundamentadora das desigualdades, faz-se necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas a forma com que elas são representadas ou valorizadas que constrói o feminino e o masculino em uma dada sociedade e em um dado momento histórico. Esse debate constitui-se através de uma nova linguagem, na qual gênero é um conceito fundamental (LOURO, 1997, p. 21).

Vários aspectos do papel ou da identidade de gênero, que são construídos socialmente, são tidos como biológicos.³⁹ A biologização ou naturalização das diferenças vem a legitimar as desigualdades entre mulheres e homens, na medida em que as pode tornar invisíveis e incontestáveis.⁴⁰ Portanto, por meio do termo gênero, utilizado ao invés de sexo, refuta-se o argumento patriarcal da submissão natural das mulheres aos homens, indicando-se, ao contrário, que a condição das mulheres não é determinada pelo sexo, sendo resultado de uma invenção social e política (PATEMAN, 1993, p. 330).

De acordo com Safiotti e Almeida, uma mesma cultura, sob a qual vivem mulheres e homens, destina a cada um dos gêneros um papel diverso nas relações sociais. Esses papéis serão exercidos de diferentes formas, de acordo com a cultura local e o período histórico (1995, p. 15 e 17). Levando-se em conta que existem diversos papéis de gênero na sociedade, o que pode ser comprovado pelo fato de eles serem variáveis de acordo com a cultura, não podem os mesmos ser tidos como inevitáveis (VANCE, 1995, p. 10).

³⁹ Acerca da biologização das diferenças culturais, ver: CITELI, Maria Teresa. Fazendo diferenças: teorias sobre gênero, corpo e comportamento. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 131-145, jan./jun. 2001.

⁴⁰ Strey *et al.* asseveram que “quando uma característica *masculina ou feminina* é vista como derivada ou produto do biológico, apesar de ser culturalmente construída, isso terá uma importância muito maior do que se fosse considerada somente como algo cultural. É mais fácil dizer que o *estado de espírito* de uma mulher é consequência da menstruação, da gravidez ou da menopausa, do que da vivência de certos processos sociais, interacionais ou culturais no transcorrer de sua vida diária” (1997, p. 85).

Para Scott, o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais fundadas sobre as diferenças percebidas entre os sexos (GROSSI *et al.*, 1998, p. 115). A autora fundamenta o gênero em quatro elementos: os símbolos culturalmente disponíveis que evocam representações simbólicas;⁴¹ os conceitos normativos que põem em evidência as interpretações do sentido dos símbolos, que se esforçam para limitar e conter suas possibilidades metafóricas;⁴² a noção de política e a referência às instituições e à organização social⁴³ e a identidade subjetiva.⁴⁴ O gênero é, ainda, uma primeira maneira de dar significado às relações de poder (1990, p. 16).

A formulação mais usual de gênero, conforme Heilborn, que o caracteriza como a distinção entre os atributos culturais destinados a cada um dos sexos em contraste com condições fisiológicas dos seres humanos, está sob ataque. Pergunta-se, sobretudo, se o sexo, no qual o gênero se apoiaria, seria auto-evidente. Isso se dá principalmente quando é colocado que a diferença entre os sexos é uma invenção,⁴⁵ o que ocorre no final do século XVIII. Por meio de uma interpretação estruturalista do gênero, seria necessária, então, a admissão de uma distinção entre natureza e cultura, afirma Heilborn, o que não significa que não se possa reconhecer o sexo como categoria “historicamente datada”. De acordo com a autora, essa interpretação não se contenta com a afirmação de que os gêneros possuem conteúdos contrastantes e complementares, compreendendo também a lógica hierárquica⁴⁶ inerente ao domínio do gênero (1998, *passim*).

Portanto, diante da consideração da invenção do sexo, ou seja, da tomada do sexo como algo que, assim como o gênero, também é culturalmente construído, a conceituação do gênero simplesmente como algo que se opõe ao sexo é insuficiente. A interpretação estruturalista, embora não desconsidere a oposição entre natureza e cultura, leva em conta a

⁴¹ Como exemplo, temos Eva e Maria simbolizando a mulher, dentro da tradição cristã do Ocidente (SCOTT, 1990, p. 14).

⁴² Os conceitos normativos “estão expressos nas doutrinas religiosas, educativas, científicas, políticas ou jurídicas e tomam a forma típica de uma oposição binária, que afirma de maneira categórica e sem equívocos o sentido do masculino e do feminino” (SCOTT, 1990, p. 14).

⁴³ É necessária uma visão mais ampla do gênero, que não inclua somente o sistema de parentesco, mas também o mercado de trabalho, a educação e o sistema político (SCOTT, 1990, p. 15).

⁴⁴ Isso porque os homens e as mulheres reais não cumprem sempre os termos das prescrições da sua sociedade ou das categorias de análise, tornando-se necessário o exame das maneiras pelas quais as identidades de gênero são realmente construídas, relacionando-as com uma série de atividades, de organizações e representações sociais historicamente situadas (SCOTT, 1990, p. 15).

⁴⁵ Sobre o tema ver: LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

⁴⁶ Heilborn refere que “as propriedades simbólicas particulares à constituição do masculino e do feminino são fenômenos da relação hierárquica entre eles” (1998, p. 52).

construção cultural do sexo. Ademais, compreende que os gêneros feminino e masculino não só são opostos (e complementares), mas hierarquicamente diferentes. Essa hierarquia, que coloca o masculino como o pólo valorado, expressando relações de poder e produzindo dominação, seria algo também inerente à estrutura de gênero.

A distinção entre sexo e gênero, segundo Butler, teria sido concebida para questionar o destino biológico, atendendo à tese de que, ainda que o sexo possa parecer uma certeza biológica, o gênero é um construto social, ou seja, “não é nem o resultado causal do sexo, nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo”. Logo, enquanto significado cultural assumido pelo corpo sexuado, o gênero não necessariamente decorre de um sexo, já que a distinção sexo/gênero sugeriria uma separação total entre corpos sexuais e gêneros construídos socialmente (2003, p. 24).

Apesar de sua grande diversidade, o pensamento feminista desenvolvido a partir dos anos setenta coloca a questão das diferenças entre os sexos de forma política, ressalta Collin. Parte ele da constatação de que há uma estrutura de poder nas relações entre homens e mulheres, a qual assegura a dominação (1995, p. 342). Por isso, apesar de o gênero poder ser conceituado na atualidade como uma categoria analítica, permitindo compreender ou interpretar uma dinâmica social que hierarquiza as relações entre o masculino e o feminino (ARILHA *et al.*, 1998, p. 24), ele é também, segundo Weeks, uma relação de poder. Os padrões de sexualidade feminina são tidos para o autor como um produto do poder dos homens para definir o que é necessário e desejável, sendo tal poder historicamente enraizado (2001, p. 56).

Heilborn salienta que, na classificação do que é masculino e feminino, há sempre um vetor de assimetria, o qual estabelece o masculino como o pólo valorado e o feminino como o pólo subordinado. Isso não implica, necessariamente, na associação do masculino a homens e do feminino a mulheres, pois há a possibilidade de um certo deslocamento da condição sexual anátomo-fisiológica e do gênero. A autora traz dois exemplos. O primeiro exemplo refere-se aos travestis, por serem homens que transitam para um gênero feminino. O segundo exemplo é trazido por uma sociedade africana de pastores do Sudão, na qual uma mulher infértil pode comprar uma outra mulher, casar-se e ter filhos com ela, através de um escravo de uma outra etnia. Não há qualquer tipo de contato sexual entre essas mulheres. Nesse caso, apesar de biologicamente ser mulher, a identidade de gênero assumida por ela nessa sociedade é masculina (HEILBORN, 1997, p. 52 e 53). A opressão de gênero, conforme Oliveira, diz

respeito à opressão dos indivíduos do sexo feminino, bem como ao questionamento dos privilégios atribuídos aos indivíduos do sexo masculino “advindos das relações assimétricas entre os gêneros e das relações de poder delas decorrentes” (2003, p. 350).⁴⁷

Louro argumenta que, ao dirigir o foco para o caráter “fundamentalmente social”, não se pretende negar a biologia,⁴⁸ pois o gênero se constitui sobre corpos sexuados. Busca-se, contudo, enfatizar a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas. Recoloca-se o debate no campo do social, pois é nele que se constroem e se reproduzem as relações desiguais entre os sujeitos (1997, p. 21 e 22). Marodin entende que são esperados determinados comportamentos sociais das pessoas de determinado sexo. Tal expectativa é denominada “papel de gênero”. Por esse papel, são prescritas pela sociedade diferentes funções para as mulheres e para os homens, diferindo essas prescrições conforme a cultura, a classe social e o período histórico (1997, p. 9).

Percebe-se, portanto, que, por meio do conceito de gênero, busca-se dissociar aquilo que é naturalmente dado do que é culturalmente construído. Dessa forma, é a partir de uma perspectiva de gênero que seria possível compreender o papel social destinado às mulheres em nossa época e em nossa cultura, indo além do determinismo biológico. Logo, após essa introdução, pode-se passar à análise específica da maternidade e da sua pertença à constituição do gênero feminino.

4.1.2 A Maternidade como Constituinte do Gênero Feminino

Tratando-se da gestante, e partindo-se de uma perspectiva de gênero, não se poderia deixar de considerar a questão da maternidade, já que esse processo é tido como uma das constituintes do gênero feminino. Enquanto processo biológico que, até o presente momento, é exclusivo das mulheres, é representado como um *locus* de domínio da natureza, o que poderia engendrar sua significação como o centro da vida das mulheres, os sacrifícios por que elas deveriam passar em prol do exercício desse *destino*, bem como denotar a idéia do aborto como uma negação de todo o exposto e, conseqüentemente, do papel social de gênero atribuído às mulheres.

Em primeiro lugar, cabe traduzir aqui a ideologia segundo a qual a maternidade, com suas alegrias e seus sacrifícios, centralizaria a vida feminina. “Em vez de instinto, não seria

⁴⁷ Acerca das desigualdades de gênero, instituídas por meio de uma dominação simbólica de um gênero sobre o outro, ver: BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003 e WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 452-468, jul./dez. 2001.

⁴⁸ Sobre a dicotomia construção social *versus* determinismo biológico, ver: VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 7-31, 1995.

melhor falar de uma fabulosa pressão social para que a mulher só possa se realizar na maternidade?” (BADINTER, 1985, p. 355).⁴⁹ Disso decorreriam todos os cuidados que a mulher deveria ter durante a gestação, assim como toda a doação necessária aos filhos após o seu nascimento. Cabe também mencionar a restrição ao domínio privado ou, o que ocorre a partir do século XIX, conforme já exposto no item 2, como uma forma de inserção no âmbito público, por meio da compreensão de que a maternidade não é algo circunscrito à mulher, mas de interesse estatal. A reprodução do discurso da maternidade como característica central da vida das mulheres foi identificada, ainda, “como a fonte de inúmeras dificuldades que as mulheres tiveram de enfrentar para desenvolver suas várias capacidades como pessoas e ter condições de exercer uma ampla gama de direitos humanos reconhecidos independentemente do sexo dos indivíduos” (PEREA, 2003, p. 365).

Apesar desse caráter central na vida das mulheres, ou justamente devido a isso, a experiência da gestação pode ser descrita com significações diferenciadas, que compreendem os sentimentos opostos envolvidos, resultantes também da socialização desse processo. Sobre a experiência da gestação, com sua significação ambígua, descreve Beauvoir:

[...] a gravidez é principalmente um drama que se desenrola na mulher entre si e si; ela sente-o a um tempo como um enriquecimento e uma mutilação; o feto é uma parte de seu corpo e um parasita que a explora; ela o possui e é por ele possuída; ele resume todo o futuro e, carregando-o, ela sente-se ampla como o mundo; mas essa própria riqueza a aniquila: tem a impressão de não ser mais nada. Uma existência nova vai manifestar-se e justificar sua própria existência; disso ela se orgulha, mas sente-se também o joguete de forças obscuras, sacudida, violentada. O que há de singular na mulher grávida é que, no mesmo momento em que se transcende, seu corpo é apreendido como imanente: encolhe-se em si mesmo, em suas náuseas e seus incômodos; deixa de existir para si só e é quando se faz mais volumoso do que nunca. [...] na futura mãe abole-se a oposição sujeito e objeto; ela forma, com esse filho de que se acha prenhe, um casal equívoco que a vida submerge; presa às malhas da Natureza, ela é planta e animal [...]; [...] ela é um ser humano, consciência e liberdade, que se tornou um instrumento passivo da vida (1980a, p. 262 e 263).

Tem-se que, para Beauvoir, a gravidez é tida como um drama, com fortes traços de ambivalência: o feto é parte da mulher e algo estranho a ela, o ventre está entre “a vastidão do mundo e o nada, entre o ser e o não-ser”, afirma Joaquim. Por isso, a filósofa francesa teve que enfrentar a questão de como romper com a visão predominante das mulheres como mães (1999, p. 187, 188).

Essa visão das mulheres como mães tem origem na idéia da maternidade como um destino natural. Sendo pertencente ao domínio do biológico, não se reconhece a maternidade

⁴⁹ Badinter acrescenta que, transcorrido o percurso da história das atitudes maternas, fica-se convicto de que o instinto materno é um mito, pois não há nenhuma conduta universal e necessária da mãe. Dessa forma, o amor materno poderia ser tido como apenas um sentimento e, então, como algo contingente. “O amor materno não é inerente às mulheres. É ‘adicional’” (1985, p. 367).

como escolha, como opção. Assim, negar a maternidade é negar a própria natureza feminina, o que tem fortes implicações na questão do aborto.

A partir do momento em que a contracepção torna-se eficaz o destino feminino não esteve mais circunscrito à maternidade, entende Badinter, fazendo com que os processos fisiológicos não mais comandassem a vida das mulheres. Os índices de fecundidade que em diversos países são inferiores a dois filhos por mulher demonstram que a maternidade é apenas uma etapa da vida das mulheres. Essa diminuição do tempo da maternidade se dá por duas razões: o aumento da expectativa de vida, o que faz com que o interesse das mulheres não esteja mais centrado nos filhos, e a diminuição desse tempo da maternidade na vida diária das mulheres, sobretudo devido à vida profissional (1986, p. 258 e 260).⁵⁰

De acordo com Beauvoir, a maternidade seria a vocação natural da mulher, integrando seu destino fisiológico, já que seu organismo estaria voltado à perpetuação da espécie. No entanto, ela ressalta que “a sociedade humana nunca é abandonada à natureza”, motivo pelo qual a função reprodutora deixou de ser um acaso biológico, sendo controlada pela vontade (1980a, p. 248). A filósofa adiantava que, por meio da inseminação artificial, teria fim a evolução que permitiria à humanidade o controle da função reprodutora. Colocava, contudo, que todas as formas de controle da concepção tinham uma importância fundamental para as mulheres, pois, ao diminuir o número de gestações, permitira a sua integração racional à sua vida, e não a sua escravatura diante dela. Assim, a libertação da natureza permitia que as mulheres se tornassem donas dos seus corpos (1980b, p. 157).

Foi com o advento da modernidade, conforme preconiza Scavone, com seus avanços tecnológicos no campo da contracepção e, mais recentemente, no da concepção, que as mulheres passaram a ter uma maior possibilidade na escolha da maternidade, abrindo espaço para a criação do “dilema de ser ou não ser mãe”. Nesse processo, a legalização do aborto, ocorrida sobretudo em países do hemisfério norte, consiste num elemento importante, pois a sua prática é uma possibilidade de escolha para a não-realização da maternidade, o que reforça seu caráter social e enfraquece seu determinismo biológico (2004, p. 174 e 177).

Apesar de, por meio das tecnologias contraceptivas e conceptivas, a maternidade poder ser cada vez mais vista como escolha, isso não diminui o caráter público adquirido por ela. Meyer menciona essa politização contemporânea da maternidade, compreendendo que tal processo refere-se a um contexto no qual “o corpo, os comportamentos, as habilidades e os sentimentos maternos se tornam alvo principal de vigilância”. Portanto, continua-se a atribuir especialmente à mãe a responsabilidade de gerar e criar seres humanos perfeitos (2005, p. 87).

⁵⁰ A autora afirma, também, que esse desligamento das funções fisiológicas teria se tornado ainda mais evidente com as novas tecnologias reprodutivas. Portanto, com o recuo desses “imperativos da natureza”, cada vez mais o conceito de maternidade se aproxima do de paternidade (BADINTER, 1986, p. 261).

Acrescenta-se que, caso o ser humano gerado não seja *perfeito*, o que é verificado nos casos de grave malformação fetal, esse fato não poderia fazer sanar o instinto materno, do qual deriva o amor da mãe pelo seu filho, bem como a sua aceitação e assimilação, acima de toda e qualquer circunstância.

Para ilustrar a questão do mito do amor materno, utiliza-se a obra de Badinter. Essa autora, por meio de uma análise histórica, demonstra que o amor materno, tal como o conhecemos hoje, é algo inventado, e não inerente à natureza, não podendo ser a maternidade vista como instintiva. Segundo a autora, é apenas no final do século XVIII que a imagem da mãe modifica-se substancialmente. Após 1760, diversas publicações recomendam que as mães cuidem pessoalmente dos seus filhos e os amamentem, impondo às mulheres a obrigação de serem mães antes de qualquer outra coisa. É dessa forma que se engendra o mito do instinto materno ou do amor espontâneo da mãe sobre o filho, que continua vivo até a atualidade. A associação das palavras *amor* e *materno* não só promove o sentimento, como também a mulher, enquanto mãe. Ao assumir as tarefas maternas, as mulheres tornavam-se respeitadas, indispensáveis à família e, com isso, poderiam atingir a felicidade e a igualdade, já que tal tarefa os homens não podiam realizar (1985, p. 145-147).

Badinter refere que, a partir do século XVIII, desenha-se uma nova imagem da mãe, que tem seus traços acentuados nos séculos seguintes. Com isso, o bebê e a criança passam a ser objetos privilegiados da atenção materna, o que faz com a mulher aceite se sacrificar para que seu filho viva e para que ele viva melhor, junto dela. A primeira demonstração de mudança no comportamento materno é a vontade de amamentar exclusivamente os próprios filhos. Abandona-se a faixa que aprisionava o bebê, restringindo-se a liberdade da mãe em favor da maior liberdade do filho. A saúde dos filhos torna-se o objeto principal da preocupação dos pais. Também a vigilância materna estende-se, cabendo à mãe o cuidado carinhoso de seu filho em todos os momentos, sob pena de ser considerada negligente. “Não amar os filhos tornou-se um crime sem perdão” (1985, *passim*).

A mãe do século XX, ressalta a autora, arcará ainda com a responsabilidade sobre o inconsciente e os desejos do filho, sendo promovida, graças à psicanálise, como a grande responsável pela felicidade dos filhos. Assim, a natureza feminina foi definida de forma a implicar todas as características da boa mãe. No final do século XIX e nos primórdios do século XX, coloca-se em voga a ideologia do devotamento e do sacrifício. O sofrimento da

mãe era a condição de felicidade do seu filho. Esse masoquismo⁵¹ deixou, inclusive, de ser natural, sendo substituído pela idéia de um masoquismo obrigatório (1985, *passim*).

Assim, torna-se mais claro o porquê, no que se refere à mulher, de o aborto ser visto como um ato tão grave. Deixando-se de lado as questões relativas ao *status* fetal, tem-se que, no que tange à gestante, ele significa a negação da maternidade, a negação do seu destino natural e, conseqüentemente, a negação da própria feminilidade, já que a maternidade seria uma forte constituinte do gênero feminino.

Como a decisão pelo aborto indica uma escolha pela não-maternidade, isso remete ao significado subjetivo e social da maternidade, entende Scavone: “do ponto de vista social, fora ou dentro da família, a maternidade representa, sobretudo, a responsabilidade feminina com a procriação. Do ponto de vista subjetivo, a maternidade é uma relação de intensa afetividade, particularmente pelo fato de que seu processo biológico é circunscrito ao corpo das mulheres, estabelecendo desde o início da gestação um vínculo de pertença” (2004, p. 108 e 109).

No que se refere ao aborto, Beauvoir coloca-o como uma *ultima ratio* quando falham os métodos anticoncepcionais, devido à proibição legal de sua comercialização ou de sua rudimentaridade. Entende que esse tema é tratado de forma hipócrita pela “sociedade burguesa” e nomina como absurdos os argumentos invocados para contrariar a descriminalização desse ato. Compreende a autora que o feto “pertence à mulher que o traz no ventre” e que a mesma sociedade que defende os direitos do não nascido desinteressa-se por esse mesmo ser após o nascimento. Saliencia, também, que, embora a autonomia do feto em relação à mãe seja suscitada como forma de interditar o aborto, a sua pertença ao corpo feminino é referida quando se trata de exaltar a maternidade (1980a, p. 248-250). Logo, em Beauvoir a questão do aborto é colocada como sendo a face obscura da ideologia da maternidade, segundo a qual a mulher sempre se realizaria no seu destino biológico (JOAQUIM, 1999, p. 186 e 187).

Segundo Scavone, a escolha pela interrupção da gestação estabelece uma ruptura com a natureza, ao mesmo tempo em que expressa o caráter cultural e social da maternidade. A maternidade não pode ser pensada apenas como um dado biológico, pois, para compreender os diversos aspectos que a implicam, bem como as possíveis variações desse fenômeno, é preciso visualizá-la também como um dado sociológico. Ou seja, no que tange às questões culturais e subjetivas que envolvem a face da negação da maternidade, por meio da contracepção ou do aborto, é possível compreender que, com tais atos, constitui-se a maternidade como escolha e direito, e não como “fato biológico irreversível” (SCAVONE, 2004, p. 123, 143 e 144).

⁵¹ Nunes salienta que o masoquismo feminino era desejável e aceito apenas dentro de limites bastante específicos, quais sejam, no âmbito do casamento e da maternidade. Se extravazasse a esfera doméstica, devido à sexualidade excessiva, ele se tornava uma ameaça. “Nesse sentido o masoquismo feminino, embora desejável, deve ser também criteriosamente regulado” (1998, p. 229).

Do exposto, verifica-se que, se a questão do aborto não prescinde de um cuidado com os interesses da mulher. Além disso, conclui-se que a maternidade, com seu caráter não só biológico, mas também social e cultural, é o eixo central dessa consideração. A interdição ao aborto em decorrência de malformação fetal letal também está fortemente ligada à compreensão da maternidade enquanto destino biológico e, portanto, como algo que não pode ser negado e muito menos fruto de escolha. Soma-se a isso o papel social ao qual as mulheres devem se adequar para serem consideradas boas mães. A idéia do sacrifício e até do masoquismo é algo que pode estar presente na consideração da gestação de um feto portador de grave anomalia. Além disso, o aborto nesses casos nega, juntamente com a maternidade, o amor instintivo da mãe sobre o filho, o qual estaria, justamente por ser *natural*, acima de qualquer condição do filho e acima de qualquer sofrimento que sua gestação ou seu nascimento pudesse acarretar para a mãe.

Viu-se, então, que essa análise da questão da maternidade torna-se algo extremamente necessário para o estudo do aborto por grave malformação fetal, em virtude da biologização dos seus caracteres culturais, tais como o mito do amor materno. É a partir, inclusive, da consideração da maternidade como escolha, bem como da consideração dos diversos aspectos socialmente construídos sobre esse processo biológico, que se torna possível pensar não só a maternidade, mas diversos aspectos relativos a ela, como contracepção, acesso a novas tecnologias reprodutivas, disponibilização de serviços de planejamento familiar, dentre outros, como direitos, o que será averiguado a partir de agora.

4.2 O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS SEXUAIS E REPRODUTIVOS

Passar-se-á, a partir de então, à verificação do processo de reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos no âmbito internacional, bem como de seus reflexos no Direito brasileiro. Tais direitos tem conexão com o conceito de gênero, e, justamente por isso, colocam a maternidade e a reprodução no campo dos direitos, não mais os compreendendo como deveres.

Conforme Villela, para a conquista dos direitos sexuais e reprodutivos é exigida a desconstrução de que gênero, corpo e sexualidade são fatos dados, naturais e, portanto, imutáveis. Isso porque se o sexo e a reprodução são tidos como algo instintivo, inscrito na natureza, torna-se um desafio a construção da idéia de direitos sexuais e reprodutivos, já que

parece ilógica a regulamentação de um impulso (VILLELA, 2002, p. 83 e 84). Logo, a inserção da noção de direitos sexuais e reprodutivos consiste num desafio, na medida em que a sexualidade e a reprodução geralmente são tidas como pertencentes à ordem da natureza e, portanto, são compreendidas como não-passíveis da aplicação da racionalidade do Direito (CORRÊA; ÁVILA, 2003, p. 58).

A história da reivindicação do reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos está vinculada aos movimentos sociais, sobretudo aos movimentos de mulheres e homossexual (BUGLIONE, 2002, p. 128). Dessa forma, trata-se de direitos que emergem de novas necessidades, sentidas pelos cidadãos e não contempladas pelo Direito estatal. Essa forma de constituição do Direito está ligada à noção de *pluralismo jurídico*, trazida por Wolkmer. O autor fala de um novo Direito, produzido pela comunidade, e não mais somente pelo Estado, resultado de um projeto cultural pluralista e emancipatório. Para tanto, é necessária a concepção de “novos sujeitos coletivos de juridicidade”,⁵² dentre os quais se incluem as mulheres (2001, p. 234, 265 e 239) e os homossexuais.

Os direitos sexuais e reprodutivos passam a ser reconhecidos no âmbito internacional a partir da compreensão de que a proteção genérica dos direitos humanos não seria suficiente para contemplar sujeitos com necessidades específicas, como as mulheres. A neutralidade do discurso dos direitos humanos deve ser questionada, pois ela supõe que somos todos iguais, não se questionando acerca do histórico de exclusões e desigualdades que impedem o exercício de tais direitos (PEREA, 2003, p. 375).

Segundo Piovesan, a primeira fase de proteção dos direitos humanos, que tem início com a Declaração Universal de 1948, foi marcada pela proteção geral,⁵³ com base na igualdade formal. No entanto, esse tratamento do indivíduo de forma genérica e abstrata revelou-se insuficiente. Compreendeu-se, posteriormente, que determinados sujeitos de direitos ou determinadas violações de direitos necessitavam de uma resposta diferenciada. A partir de então, passa-se ao paradigma da visibilidade de novos sujeitos, dentre eles as

⁵² Para o autor, “o ‘novo’ [...] não está mais numa totalidade universalista constituída por sujeitos soberanos, centralizados e previamente arquitetados, mas no espaço de subjetividades cotidianas compostas por uma pluralidade concreta de sujeitos diferentes e heterogêneos” (WOLKMER, 2001, p. 236).

⁵³ Essa proteção geral é baseada no discurso iluminista, que, segundo Crampe-Casnabet é um discurso do gênero humano, o que faz com que as distinções sexo sejam minimizadas. “Se o discurso iluminista se dirige a todos os homens, ele só pode manter-se na dimensão do universal. Desta inevitável consequência surgem, necessariamente, dificuldades – também elas inevitáveis – uma vez que, finalmente, quem tem direito ao universal? [...] E, no entanto, forçoso é reconhecer que o universal é habitado por uma contradição interna. Supõe-se que ele é válido para todos, mas, de facto, representa o privilégio de alguns” (1994, p. 370).

mulheres. Isso faz com que, no âmbito do sistema global de proteção dos direitos humanos, passem a coexistir os sistemas geral e especial, enquanto complementares (2002, p. 67 e 68). É no âmbito do sistema especial de proteção dos direitos humanos que os direitos sexuais e reprodutivos serão reconhecidos.

4.2.1 Conceituando Direitos Sexuais e Reprodutivos

Até meados da década de 1980, era a noção de saúde integral da mulher o conceito utilizado para articular questões relacionadas à sexualidade e à reprodução (CORRÊA; ÁVILA, 2003, p. 19). Somente depois começou-se a perceber que esse conceito era insuficiente para abarcar tais questões, sendo necessária uma concepção mais ampla. Os direitos sexuais e reprodutivos estão vinculados com a liberdade, a integridade física, as decisões sobre a sexualidade, a maternidade e o rechaço à qualquer forma de coerção (MONTAÑO, 1996, p. 183). Tais direitos incluem:

- a) o direito de adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coerção ou violência;
- b) o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos e o intervalo entre seus nascimentos;
- c) o direito de ter acesso a informações de métodos anticoncepcionais, meios seguros (serviços), disponíveis, acessíveis e a toda a tecnologia disponível para ter ou não ter filhos;
- d) o direito de acesso ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva;
- e) a reprodução como direito de personalidade⁵⁴ (BUGLIONE, 2002, p. 142 e 143).

Conforme Corrêa e Ávila, o processo de legitimação dos direitos sexuais e reprodutivos ocorreu paralelamente ao amadurecimento das noções de saúde sexual e reprodutiva, advindas do campo institucional, e não dos movimentos sociais. O conceito de saúde reprodutiva foi elaborado na segunda metade da década de 1980 no âmbito da

⁵⁴ Os direitos da personalidade, conforme Sarmento, seriam uma das formas de proteção da pessoa humana no Direito Privado, embora não se esgotem na tutela dos direitos tipificados em textos infraconstitucionais, a exemplo do que ocorreu no Código Civil de 2002: “é certo que a tutela da personalidade humana deve ser dotada de elasticidade, incidindo sobre todas as situações em que apareça alguma ameaça à sua dignidade, tipificada ou não pelo legislador. Todo e qualquer comportamento, comissivo ou omissivo, que atente contra esta dignidade deve ser coibido pela ordem jurídica” (2004, p. 122 e 129). Sobre o tema ver ainda: MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 169-194; PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83 e TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

Organização Mundial de Saúde. Já a noção de saúde sexual foi formulada na década de 1990, especialmente devido ao impacto da AIDS (2003, p. 22).

Os direitos sexuais e reprodutivos “apresentam uma dimensão própria tanto dos direitos civis (a não-discriminação; o espaço da autonomia e da autodeterminação no exercício da sexualidade e reprodução), quanto dos direitos sociais (o direito à saúde, mediante a implementação de políticas públicas positivas pelo Estado)”, ressalta Piovesan. Eles tratam, de um lado, do direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, clamando-se pela não-interferência do Estado, bem como ao seu exercício livre de discriminação, coerção e violência; de outro lado, a interferência estatal faz-se essencial, pois é preciso a implementação de políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva (2002, p. 71, 76 e 77).

Corrêa e Petchesky afirmam o teor ético dos direitos sexuais e reprodutivos, compreendendo que eles estariam assentados em quatro princípios: integridade corporal, autonomia pessoal, igualdade e diversidade. O princípio da integridade corporal inclui o direito ao controle sobre o próprio corpo, estando na base da noção de liberdade sexual e reprodutiva. O princípio da autonomia pessoal faz com que os indivíduos sejam tratados como capazes de tomar decisões em assuntos relativos à sexualidade e reprodução (1996, p. 170, 171 e 173).

Ainda de acordo com as mesmas autoras, cabe ressaltar o princípio da igualdade, aplicável aos direitos sexuais e reprodutivos tanto nas relações entre mulheres e homens (sistema de gênero), quanto nas relações entre mulheres (condições de classe, etnia, idade etc). Por fim, o princípio da diversidade⁵⁵ requer o respeito pelas diferenças entre os indivíduos, sejam elas de cultura, religião, orientação sexual etc (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 75 e 77). Verificar-se-á, agora, o surgimento das noções de direitos reprodutivos e direitos sexuais. Isso se dará de forma separada, já que esses conceitos têm origem em momentos históricos distintos, bem como advêm de manifestações de grupos diferentes.

4.2.1.1 Surgimento da Noção de Direitos Reprodutivos

⁵⁵ Aqui se revelam tanto a universalidade, quanto a especificidade dos direitos sexuais e reprodutivos, como aqueles que não só devem ser aplicados de forma global, como também adquirindo sentidos diferentes de acordo com os contextos sociais e culturais (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 78).

A formulação dos direitos reprodutivos foi fruto do movimento de mulheres, agregado aos profissionais de saúde. Esses direitos foram compreendidos não somente em sua concepção negativa, ou seja, no sentido de evitar violações estatais, mas sobretudo na sua forma afirmativa, a qual exige uma intervenção por parte do Poder Público, a fim de permitir a sua efetivação.

O termo *direitos reprodutivos* surgiu explicitamente apenas com a criação da Rede Mundial de Defesa dos Direitos Reprodutivos das Mulheres, em 1979, salienta Perea. Com tal definição, os direitos reprodutivos iriam além da decisão sobre a fertilidade e o momento de exercê-la, “envolvendo ainda o questionamento da maternidade como projeto de vida obrigatório para as mulheres” (2003, p. 366).

A formulação dos direitos reprodutivos tem início na luta pelos direitos à anticoncepção e ao aborto nos países industrializados, ou seja, ela se dá predominantemente num marco não-institucional (CORRÊA, 1999, p. 41). Foi a partir do final dos anos 1970 e do início dos 1980 que os movimentos sociais que surgiram na esfera pública de vários países latino-americanos trouxeram para o debate público temas relativos aos direitos reprodutivos, antes tidos como próprios do espaço privado, em virtude da inserção das questões de gênero (PITANGUY, 1999, p. 21).⁵⁶

O termo *direitos reprodutivos*, segundo Corrêa e Ávila, criado pelas feministas norte-americanas, foi introduzido no Brasil em 1984, quando um grupo de feministas brasileiras retornou do I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã. Nesse momento chegou-se a um consenso de que esse termo traduzia de forma mais adequada a “ampla pauta de autodeterminação reprodutiva das mulheres” (2003, p. 19 e 20).

Esses direitos têm por base, ainda, o conceito de saúde reprodutiva, cuja formulação se dá também no âmbito institucionalizado dos profissionais dessa área. Saúde reprodutiva significa:

⁵⁶ É durante os processos de democratização, verificados sobretudo ao longo da década de 1980 e no início dos anos 1990, que são verificadas as primeiras políticas públicas com perspectiva de gênero, bem como o aumento do número de mulheres nos Poderes Legislativo e Executivo, afirma a autora. Como exemplo de política pública, cabe mencionar o Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher, divulgado em 1983 e resultado de uma articulação entre o meio acadêmico, o movimento feminista e o Ministério da Saúde. Esse programa constitui-se numa das “primeiras iniciativas governamentais de incorporação de princípios feministas em políticas públicas de saúde”. Aqui se colocava o planejamento familiar na ótica da saúde, mas não foi incorporada a questão do aborto, nem no que se refere ao cumprimento da legislação penal vigente (PITANGUY, 1999, p. 22 e 26).

- a) que as pessoas tenham a habilidade de se reproduzir, assim como de regular sua fertilidade com o maior conhecimento possível das conseqüências pessoais e sociais de suas decisões e com acesso aos meios para implementá-las;
- b) que as mulheres possam ter acesso à maternidade segura;
- c) que a gravidez seja bem-sucedida quanto ao bem-estar e à sobrevivência materna e da criança. Além disso, que os casais sejam capazes de ter relações sexuais sem medo de gravidezes indesejadas e de contrair doenças (FATHALLA, 1988).

Perea refere que a publicização da discussão dos direitos reprodutivos traz importantes implicações, já que a reprodução é geralmente definida como algo inerente à esfera privada, “de espaços que se supõem pertencentes às mulheres e que, por conseguinte, merecem um menor grau de direitos”. Ocorre que questões cotidianas, como a reprodução, foram adquirindo importância, sendo a esfera privada ligada a esses novos direitos, “particularmente como de uma reformulação do *significado do corpo* como objeto de atenção, de dignificação e de autodeterminação em experiências nas áreas da sexualidade e da reprodução” (2003, p. 369).

4.2.1.2 Surgimento da Noção de Direitos Sexuais

O conceito de *direitos sexuais*, por sua vez, tem uma história mais breve, pois sua formulação é verificada somente na década de 1990, no âmbito dos movimentos homossexuais europeus e norte-americanos, sendo incorporado, posteriormente, ao movimento feminista, que considerava a sexualidade “como domínio crucial para compreender e transformar a desigualdade de gênero” (CORRÊA; ÁVILA, 2003, p. 20 e 21). A idéia de direitos sexuais é importante para que os indivíduos, e sobretudo as mulheres, sejam considerados não só seres reprodutivos, mas também sexuais (PETCHESKY, 1999, p. 21).

Assim como o verificado no conceito anterior, esse também tem por base a noção de saúde sexual, a qual pode ser definida como

[...] a habilidade de mulheres e homens para desfrutar e expressar sua sexualidade, sem riscos de doenças sexualmente transmissíveis, gestações não desejadas, coerção, violência e discriminação. A saúde sexual possibilita experimentar uma vida sexual informada, agradável e segura, baseada na auto-estima, que implica uma abordagem positiva da sexualidade humana e o respeito mútuo nas relações sexuais. A saúde sexual valoriza a vida, as relações pessoais e a expressão da identidade própria da pessoa. Ela é enriquecedora, inclui o prazer e estimula a determinação pessoal, a comunicação e as relações (HERA, 1999).

Tais direitos possuem tanto um caráter negativo, no sentido de evitar a interferência estatal, quanto afirmativo, embora este último não seja tão exposto. A maior ênfase dada pelas

campanhas em favor dos direitos humanos das mulheres nas violações de direitos, como mutilação genital e tráfico sexual, capitaliza a imagem das mulheres como vítimas, como seres fracos e vulneráveis e, portanto, incapazes de reivindicarem direitos sexuais num sentido afirmativo (PETCHESKY, 1999, p. 25 e 26).⁵⁷

Os direitos sexuais possuem, segundo Petchesky, um grupo de princípios éticos específicos: a diversidade sexual, que implica a aceitação não só da tolerância dos diferentes tipos de expressão sexual, mas também a visão de que eles consistem num aspecto positivo de uma sociedade justa e pluralista; a diversidade habitacional, que traz em seu bojo o reconhecimento de diversas formas de família; a saúde, assegurando-se o direito ao prazer sexual como parte da saúde básica e do bem-estar humano e a autonomia, que coloca o direito de as pessoas tomarem suas próprias decisões em assuntos relativos a seus corpos e à sua saúde (1999, p. 27-29).

⁵⁷ Petchesky aduz que “a ênfase dada a esses casos – apesar de horripilantes e importantes para chamar a atenção dos meios de comunicação para a legitimidade dos direitos sexuais como parte dos direitos humanos -, na melhor das hipóteses, nos leva a um nível de tolerância liberal” (1999, p. 27).

4.2.2 Instrumentos Internacionais de Proteção aos Direitos Sexuais e Reprodutivos

Verificar-se-á, neste momento, os instrumentos internacionais que protegem os direitos sexuais e reprodutivos. Percebe-se que o Direito, ainda que de forma bastante incipiente, e graças mais aos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos do que aos mecanismos jurídicos internos (SIMIONI; CARLOS; SCHIOCCHET, 2003, p. 12), já estabeleceu princípios e normas mínimas de proteção a tais direitos.

Por meio da noção de direitos sexuais e reprodutivos, conclui-se que a necessidade de proteção da saúde sexual e reprodutiva consiste numa questão de justiça social, podendo ser tratada pela aplicação progressiva tanto dos direitos humanos previstos nas Constituições, quanto dos tratados internacionais de direitos humanos (COOK, 2002, p. 13). “Conceber os direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos significa compreender o exercício da sexualidade e da reprodução como inerentes à condição humana” (BUGLIONE, 2002, p. 140).

4.2.2.1 Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres foi adotada, no âmbito da Organização das Nações Unidas, em 1979, e ratificada pelo Brasil em 1984. Esse documento consagra tanto uma vertente repressivo-punitiva, expressa na proibição da discriminação, quanto uma vertente positivo-promocional, relativa à promoção da igualdade, afirma Piovesan. É no seu artigo 12 que podem ser verificadas as primeiras linhas referentes aos direitos reprodutivos, enquanto aqueles que exigem dos Estados um duplo papel: eliminar a discriminação contra a mulher na esfera da saúde e assegurar o acesso a serviços de saúde, inclusive os relativos ao planejamento familiar (2002, p. 69 e 71).⁵⁸ Ou seja, essa convenção enfrenta especificamente os direitos humanos relativos

⁵⁸ “Art. 12. § 1. Os Estados Membros adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher na esfera dos cuidados médicos, a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, o acesso a serviços médicos, inclusive referentes ao planejamento familiar.

§ 2. Sem prejuízo do disposto no parágrafo 1º, os Estados Membros garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1979).

aos serviços de planejamento familiar e à informação e educação referentes à decisão sobre o número e espaçamento de filhos (COOK, 2002, p. 17).

4.2.2.2 Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos

Na Segunda Conferência Internacional de Direitos Humanos, realizada em 1993, em Viena, as mulheres mobilizavam-se para que as violações contra os seus direitos passassem a ser tratadas como violações de direitos humanos (PITANGUY, 1999, p. 34). Essa reivindicação foi acatada, já que, em seu parágrafo 18, consta que: “os direitos humanos das mulheres e das meninas são inalienáveis e constituem parte integral e indivisível dos direitos humanos universais”. Essa percepção dos direitos das mulheres como direitos humanos pressupõe que as diferenças entre mulheres e homens não são sexuais, mas de gênero (LAGARDE, 1996, p. 90). Ademais, a elevação dos direitos das mulheres ao patamar dos direitos humanos coloca também os direitos sexuais e reprodutivos enquanto direitos humanos.

4.2.2.3 Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher

Também denominada *Convenção de Belém do Pará*, este documento, aprovado no âmbito da Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificado pelo Brasil no ano seguinte, afirma que a violência contra a mulher consiste numa violação de direitos humanos. Isso se estende à violência sexual, expressamente contemplada nos artigos 1º e 2º.⁵⁹ Portanto, aqui também se trata de uma forma de violação aos direitos sexuais e reprodutivos.

4.2.2.4 Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento

⁵⁹ “Artigo 1º. Para os efeitos desta Convenção deve-se entender por violência contra a mulher qualquer ação ou conduta, baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto no âmbito público como no privado.

Artigo 2º. Entender-se-á que violência contra a mulher inclui violência física, sexual e psicológica:

§ 1. Que tenha ocorrido dentro da família ou unidade doméstica ou em qualquer outra relação interpessoal, em que o agressor conviva ou haja convivido no mesmo domicílio que a mulher e que compreende, entre outros, estupro, violação, maus-tratos e abuso sexual:

§ 2. Que tenha ocorrido na comunidade e seja perpetrada por qualquer pessoa e que compreende, entre outros, violação, abuso sexual, tortura, maus tratos de pessoas, tráfico de mulheres, prostituição forçada, seqüestro e assédio sexual no lugar de trabalho, bem como em instituições educacionais, estabelecimentos de saúde ou qualquer outro lugar, e

§ 3. Que seja perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra.

Na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, foram discutidas questões relativas a saúde e direitos reprodutivos, deslocando-se as temáticas de população da esfera demográfica para a esfera dos direitos (PITANGUY, 1999, p. 34). Aqui a expressão vida reprodutiva satisfatória e segura passou a estar presente. Foi nessa conferência, portanto, que se adiantou substantivamente o processo de institucionalização dos conceitos de direitos reprodutivos, conforme Montaño. No Cairo, o tratamento dado ao tema foi somente o de direitos reprodutivos e de forma separada do capítulo destinado à saúde, ainda que com ela tivesse conexão (1996, p. 176 e 177).

No Plano de Ação dessa conferência, os direitos reprodutivos foram reconhecidos, pela primeira vez, como direitos humanos (PIOVESAN, 2002, p. 76). A Conferência do Cairo foi importante porque chamou a atenção da comunidade internacional para a saúde sexual e reprodutiva, coloca Galvão. Assim, em contrapartida às políticas públicas que desenvolviam programas verticais de planejamento familiar, ou mesmo de controle da natalidade, a nova agenda internacional incluiu três temas: direitos reprodutivos, *empowerment* das mulheres e saúde sexual e reprodutiva. O consenso sobre as definições de saúde reprodutiva⁶⁰ e direitos reprodutivos⁶¹ também foi efetuado nessa oportunidade (1999, p. 171).

Conforme Barboza, foi após a Conferência Internacional do Cairo e a Conferência de Pequim que se reconheceu pela primeira vez em sede oficial a denominação direitos reprodutivos. A autora salienta ainda que no direito à escolha reprodutiva inclui-se o “como” reproduzir-se, relacionado às técnicas de reprodução artificial (2004, p. 229). De acordo com Galvão, a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo, em 1994, foi a responsável por chamar a atenção da comunidade internacional para as questões relacionadas às saúdes reprodutiva e sexual. Já a Conferência da Mulher, realizada

⁶⁰ “A saúde reprodutiva é um estado de completo bem-estar físico, mental e social, relacionado ao sistema reprodutivo e a suas funções e seus processos. Ela implica que as pessoas têm a potencialidade de se reproduzirem e a liberdade para decidir se, quando e com que frequência fazê-lo. Está implícito nesse conceito o direito dos homens e das mulheres à informação e ao acesso aos métodos seguros, eficazes e aceitáveis para o planejamento familiar, bem como a outros métodos de sua escolha para o regulamento da fertilidade, que não sejam contrários à lei, e o direito de acesso aos serviços de cuidado com a saúde durante a gravidez e o parto. O cuidado da saúde reprodutiva inclui também a saúde sexual, cuja finalidade é a qualidade de vida e das relações pessoais” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994).

⁶¹ “Os direitos reprodutivos englobam determinadas direitos humanos que já são reconhecidos em leis nacionais e em documentos internacionais de direitos humanos. Esses direitos têm por base o reconhecimento do direito básico de todos os casais e indivíduos de decidir livre e responsabilmente o número, afastamento e frequência de seus filhos e de ter as informações e os meios para fazê-lo, e o direito de alcançar o padrão mais elevado de saúde sexual e reprodutiva. Incluem também o direito de tomar decisões a respeito da reprodução livre de discriminação, coerção e violência” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1994).

em Pequim, no ano posterior, enfatizou ainda mais o enfoque da igualdade de gênero, reafirmando o foco nos direitos reprodutivos (1999, p. 171).

Especificamente quanto ao aborto, o Plano de Ação da Conferência do Cairo menciona o tratamento que deve ser dispensado à questão pelos Estados. É ressaltado que ele nunca deve ser utilizado como método de planejamento familiar e que o aborto inseguro deve ser tratado como questão de saúde pública. Nos países em que o aborto é permitido, todos os abortos devem ser realizados com segurança, enquanto que, nos locais em que ele é contrário à legislação, deve ser garantido o tratamento das complicações decorrentes desse ato.

4.2.2.5 Quarta Conferência Mundial da Mulher

A IV Conferência Mundial sobre a Mulher foi realizada em Pequim, em 1995. Embora na Conferência do Cairo a sexualidade já tenha aparecido como algo positivo,⁶² é apenas na Plataforma de Ação de Pequim que as mulheres são consideradas pela primeira vez seres sexuais, além de seres reprodutivos, ou seja, detentoras de direitos humanos para decidir livremente sobre sua sexualidade (PETCHESKY, 1999, p. 18, 19 e 21).

Essa conferência foi a ocasião de estabelecer os limites admissíveis pelos governos, sendo o cenário de negociação de um sentido comum global acerca da reprodução e da sexualidade, ressalta Montaño. Em sua Plataforma de Ação, foram ratificados os direitos das mulheres como parte dos direitos humanos. Além disso, já no preâmbulo, é posto o direito das mulheres ao controle de todos os aspectos de sua saúde, especialmente da sua própria fecundidade (1996, p. 174 e 175).

Em Pequim, a questão da saúde sexual e reprodutiva passou a ser tratada como um problema de direitos humanos, ressalta Montaño. Aqui não se verifica o divórcio entre reprodução e sexualidade, produzido no Cairo, sendo afirmado que a saúde reprodutiva inclui a saúde sexual, que tem por objetivo o desenvolvimento da vida e das relações pessoais, e não apenas o assessoramento e a atenção relativos à reprodução e às doenças sexualmente transmissíveis, já que a saúde possui um conceito mais amplo, que abarca a saúde reprodutiva

⁶² Petchesky critica a ênfase dada aos casos de violações dos direitos sexuais, em detrimento da busca da afirmação de tais direitos. Para ela, centralizar o foco nos casos de violações, na melhor das hipóteses, nos levaria a um nível de tolerância liberal, já que a proposta negativista e exclusivista dos direitos não pode, por si mesma, auxiliar-nos a construir uma visão alternativa ou levar a transformações fundamentalmente estruturais, sociais e culturais (1999, p. 27).

(1996, p. 176 e 177). Com isso, esse documento, além de confirmar os resultados obtidos no Cairo, enfatizou ainda mais a igualdade de gênero, reafirmando o foco nos direitos sexuais e reprodutivos (GALVÃO, 1999, p. 171).

A Conferência de Pequim, além de reforçar conquistas anteriores, também avançou em relação à saúde reprodutiva, sendo um dos exemplos o tratamento destinado ao aborto: ele foi compreendido como questão de saúde pública, sendo os governos conclamados a atenderem às mulheres que solicitassem a interrupção da gestação nos casos previstos em lei e as mulheres com problemas em decorrência da realização de abortos ilegais, além de ter sido solicitado que os governos revissem as punições sobre mulheres submetidas ao aborto voluntário (PITANGUY, 1999, p. 36 e 37). Isso significa que se verificou a flexibilização dos governos no sentido de revisar sua legislação relativa ao tema (MONTAÑO, 1996, p. 179).

4.2.3 Proteção dos Direitos Sexuais e Reprodutivos no Direito Brasileiro

Ainda que a expressão *direitos sexuais e reprodutivos* não conste no Direito positivo brasileiro, não é possível afirmar que eles não são pelo nosso ordenamento contemplados. Eles estão implicitamente previstos tanto em normas constitucionais quanto infraconstitucionais, sobretudo no que se refere ao planejamento familiar, que menciona claramente o conteúdo desses direitos.

Pirotta e Piovesan enumeram as normas constitucionais que estão de acordo com a noção de direitos sexuais e reprodutivos. Primeiramente, salientam a dignidade da pessoa humana, a cidadania (artigo 1º)⁶³ e a promoção do bem de todos sem qualquer forma de discriminação (artigo 3º).⁶⁴ No que tange aos direitos e deveres individuais e coletivos, ressaltam a igualdade entre mulheres e homens (artigo 5º, inciso I),⁶⁵ a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (inciso X),⁶⁶ a punição de discriminações atentatórias dos direitos e liberdades fundamentais (inciso XLI),⁶⁷ a garantia às presidiárias da

⁶³ “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana [...]”

⁶⁴ “Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”

⁶⁵ “I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.”

⁶⁶ “X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

⁶⁷ “XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

permanência com seus filhos durante a amamentação (inciso L),⁶⁸ bem como a inserção dos tratados internacionais, nos quais nosso país figura como Estado-parte, no sistema jurídico brasileiro (parágrafos 2º e 3º)⁶⁹ (2001, p. 159 e 160).

Também a previsão da saúde como direito de todos e dever do Estado (artigo 196),⁷⁰ a proteção à maternidade e à gestante (artigo 201, inciso III)⁷¹ e a previsão do planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º)⁷² estão conforme os direitos sexuais e reprodutivos, segundo os autores. Especialmente em relação ao último dispositivo, tem-se que ele eleva à categoria de norma constitucional vários princípios correlacionados aos direitos reprodutivos (PIROTTA; PIOVESAN, 2001, p. 161-163). É por meio da regulamentação constitucional do planejamento familiar que foi concedida aos indivíduos a titularidade dos direitos sexuais e reprodutivos (BRAUNER, 2001, p. 209).

No plano infraconstitucional, cabe mencionar primeiramente a Lei nº 9.263, de 1996, que trata do planejamento familiar. Aqui se dá um avanço em relação ao texto constitucional, colocando o planejamento familiar como direito dos indivíduos, e não dos casais (artigo 2º).⁷³ Além disso, verifica-se a proibição das ações relativas ao planejamento familiar como controle demográfico (artigo 2º, parágrafo único).⁷⁴ Essa vedação coincide com a posição mais moderna sobre o tema, já que as políticas que objetivam o aumento ou a diminuição da natalidade são consideradas “contrárias aos princípios democráticos e aos direitos humanos” (PIROTTA; PIOVESAN, 2001, p. 163).

⁶⁸ “L – às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação.”

⁶⁹ “§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁷⁰ “Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

⁷¹ “Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: [...] II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; [...]”

⁷² “§ 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

⁷³ “Art. 2º. Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”

⁷⁴ “Parágrafo único. É proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico.”

Embora uma parte substancial da legislação brasileira esteja de acordo com os princípios dos direitos reprodutivos, grande parte da legislação contrária a preceitos constitucionais em conformidade com esses direitos não foi revogada, onde se insere a questão do aborto. Por meio dos planos de ação do Cairo e de Pequim, a problemática do aborto, considerada como questão de saúde pública, foi introduzida em documentos oficiais da Organização das Nações Unidas, ainda que a normatividade internacional estivesse submetida às leis nacionais (BARSTED, 2003, p. 86). No entanto, percebe-se que, diante da criminalização do aborto pelo Direito brasileiro, não são contempladas as recomendações das Conferências de Cairo e Pequim, pois o tema é tratado como questão criminal, e não como questão de saúde pública (PIROTTA; PIOVESAN, 2001, p. 168).

Não é possível pensar em direitos sexuais e reprodutivos dissociando-os das questões de gênero e do papel que a reprodução e a maternidade têm na constituição do gênero feminino. Colocar esses dois processos como inscritos à natureza significa não poder conceber a juridicização da sexualidade e da reprodução. No entanto, se a reprodução é compreendida como escolha, tudo o que a envolve, como os atendimentos pré e pós-natal, o acesso a métodos contraceptivos e, inclusive, ao aborto, pode, nessa perspectiva, ascender ao plano dos direitos.

4.3 NOTAS SOBRE A VINCULAÇÃO ENTRE DIREITO E IDEOLOGIA

Tratar-se-á, então, de verificar se o Direito pode consistir num fenômeno ideológico. Isso poderia explicar a reprodução das noções naturalizadas acerca da maternidade nos discursos jurídicos versando sobre aborto, bem como a não-reprodução dos direitos sexuais e reprodutivos no âmbito desses discursos. Entende-se que, ao reproduzir valores sociais dominantes e perpetuar algumas desigualdades, o Direito está exercitando seu caráter ideológico. Iniciar-se-á expondo o conceito de ideologia.

4.3.1 Conceituando Ideologia

Primeiramente, faz-se necessário conceituar ideologia. Serão trazidos aqui conceitos de alguns autores, com vistas a compreender sua relação com o poder e, posteriormente, sua vinculação com os fenômenos jurídicos. Marx foi o primeiro a desenvolver uma teoria da

ideologia. Para ele, a ideologia consiste numa falsa consciência, provocando uma inversão da realidade (MARX, 1996, p. 15-19).

Chauí ressalta-nos que a ideologia não é um processo subjetivo consciente, mas um fenômeno objetivo e subjetivo involuntário, produzido pelas condições objetivas da existência social dos indivíduos (1994, p. 78). “‘Ideologia’ pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social até as idéias falsas que legitimam um poder político dominante” (ŽIŽEK, 1996, p. 9).

Para Warat, a ideologia é concebida da seguinte forma:

por ideologia costuma-se entender o conjunto mais ou menos coerente de crenças que o grupo social invoca para justificar seus atos e respaldar suas opiniões, isto é, as crenças que funcionam como motivadoras ou racionalizadoras de determinados comportamentos sociais. Por tal razão a ideologia constitui-se de representações estritamente vinculadas ao exercício do poder social. Advirta-se que essa relação entre crenças e poder é que comanda a produção das significações legítimas (1994, p. 116).

Alerta Bourdieu que as ideologias são duplamente determinadas, já que “elas devem as suas características mais específicas não só aos interesses das classes ou das frações de classe que elas exprimem [...], mas também aos interesses específicos daqueles que as produzem e à lógica específica do campo de produção”. Com isso, evita-se a redução dos produtos ideológicos aos interesses das classes a que servem sem, ao mesmo tempo, tratar as produções ideológicas “como totalidades auto-suficientes e autogeradas” (1998, p. 13). Pode-se dizer, com isso, que a função da ideologia na vida humana consiste basicamente na constituição e modelação da forma com que os seres humanos vivem suas vidas como atores conscientes e reflexivos em um mundo estruturado e significativo (THERBORN, 1989, p. 13).

O discurso dominante, no exercício de sua função ideológica, procura impor o entendimento da ordem estabelecida como se fosse natural, a partir da imposição dissimulada e, por isso, ignorada, de “sistemas de classificação e de estruturas mentais objectivamente ajustadas às estruturas sociais”, assevera Bourdieu. Portanto, o efeito ideológico consiste na imposição de sistemas de classificação que são políticos, como se fossem filosóficos,

religiosos, jurídicos etc (1998, p. 14). Semelhante opinião tem Villoro, para quem as crenças compartilhadas por um grupo social são ideológicas se não estão suficientemente justificadas, ou seja, se o conjunto de enunciados pelos quais se expressam não se fundam em razões objetivamente suficientes, e se cumprem a função social de promover o poder político desse grupo, quer dizer, se a aceitação dos enunciados favorece o acesso ou a conservação do poder desse grupo (1985, p. 28 e 29).

Já Therborn entende que as ideologias ao mesmo tempo submetem e qualificam os sujeitos,⁷⁵ relacionando-os com: a) o que existe ou não, ou seja, quem somos, como é o mundo e a natureza, a sociedade, os homens e as mulheres, o que nos faz adquirir um sentido de identidade e nos torna conscientes do que é verdadeiro e correto; b) o que é bom, correto, justo, bonito e atraente, normalizando nossos desejos e c) o que é possível e impossível, modelando nosso sentido da mutabilidade do nosso próprio ser e as conseqüências dessa mudança, configurando nossas esperanças, ambições e temores (1989, p. 15 e 16).

De acordo com o autor, as ideologias que constituem a feminilidade podem ser caracterizadas como de tipo posicional-existencial. Uma ideologia posicional submete e qualifica alguém para uma determinada posição dentro do mundo a que pertence. Além disso, os aspectos mais importantes da estrutura da existência humana são os efetuados pelas distinções eu/outros e masculino/feminino. Por isso, essas ideologias nos dizem quem somos em contraposição aos outros, ao que é bom e possível para ele (THERBORN, 1989, p. 21 e 22).

As ideologias consistem em representações do que somos, do que sustentamos e dos nossos valores, sendo necessárias para a organização das práticas sociais de forma a servir aos nossos interesses, impedindo que outros os danifiquem (VAN DIJK, 2000, p. 95). “Uma ideologia opera atrás de nós mais do que a possuímos como um tema diante dos olhos. É a partir dela que pensamos” (GILES, 1995, p. 73).

Não são as estruturas sociais (como os grupos ou as organizações) que diretamente condicionam, influem ou restringem as práticas ideológicas, mas as formas com que os membros sociais subjetivamente as representam, compreendem ou interpretam, compreende

⁷⁵ Para o autor, a formação do seres humanos por parte de qualquer ideologia compreende um processo simultâneo de submissão e qualificação. Ele exemplifica sua afirmação utilizando a criança, cujas múltiplas possibilidades estão sujeitas a uma ordem que permite e favorece alguns impulsos e capacidades, ao mesmo tempo em que proíbe ou desfavorece outros (THERBORN, 1989, p. 14 e 15).

Van Dijk. Logo, as ideologias não somente podem servir para legitimar o poder e a desigualdade, como também podem servir aos grupos e seus membros na organização e manejo de seus objetivos, e práticas sociais (2000, p. 177 e 178).

Villoro propõe um conceito interdisciplinar de ideologia, por compreender que as noções puramente gnoseológica e sociológica são insuficientes (1985, p. 39). A ideologia, segundo esse autor, pode ser tida como uma forma de ocultamento em que os interesses e preferências próprios de um grupo social se disfarçam, fazendo-se passar por interesses e valores universais e tornando-se assim aceitáveis por todos, ou como o conjunto de crenças que manipula dos indivíduos, levando-os à prática de ações que promovem o poder político de um determinado grupo ou uma determinada classe. Enquanto o primeiro conceito coloca os enunciados como falsos, o segundo se refere a crenças determinadas socialmente, sem indicar a sua veracidade ou falsidade, ou seja, aqui não há a definição da ideologia por sua relação com o conhecimento, mas por suas causas ou conseqüências sociais (VILLORO, 1985, p. 18, 20 e 39).

Bourdieu, por sua vez, prefere o uso dos conceitos *dominação simbólica*, *potência simbólica* e *violência simbólica* ao de ideologia. Ele usa, também, o conceito de *doxa*, compreendendo que, a partir da ideologia, “aceitamos muitas coisas sem conhecê-las” (BOURDIEU; EAGLETON, 1996, p. 266 e 268).⁷⁶ Em outro texto, o mesmo autor esclarece que “o poder simbólico é, com efeito, esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”. Entende que, como o poder está em todos os lugares, seria preciso enxergá-lo justamente aonde ele não é reconhecido. O poder simbólico é ainda o poder “de fazer ver e fazer crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a acção sobre o mundo, portanto o mundo”. Por meio do poder simbólico, é possível a obtenção do que seria obtido pela força, na medida em que ele é reconhecido (ou ignorado) como arbitrário. O poder simbólico é definido numa relação entre os que exercem o poder e os que a ele estão sujeitos. Por fim, o poder simbólico constitui-se num poder subordinado, por ser uma forma “irreconhecível, transfigurada e legitimada” das outras formas de poder (1998, *passim*).

⁷⁶ Ele utiliza o exemplo do questionamento acerca dos fatores de bom desempenho escolar, salientando que, “quanto mais se desce na escala social, mais eles acreditam em talentos ou dons naturais, mais acreditam que os que alcançam êxito são dotados de capacidades intelectuais inatas”. Trata-se de uma aceitação de sua própria exclusão, o que não significa que os indivíduos dominados toleram tudo, mas que talvez aceitem mais do que podemos supor (BOURDIEU; EAGLETON, 1996, p. 268 e 269).

Utilizar-se-á, aqui, a noção de ideologia com as advertências feitas por Foucault: a de não opô-la à verdade, já que o substancial é a verificação da produção dos efeitos de verdade no interior dos discursos (2002, p. 7) sobre aborto por grave malformação fetal e maternidade. O filósofo utiliza o termo *poder*, compreendendo-o não só como repressão, o que seria insuficiente para a sua obediência. “O que faz com que o poder se mantenha e que seja aceito é simplesmente que ele não pesa só como uma força que diz não, mas que de fato ele permeia, produz coisas, induz ao prazer, forma saber, produz discurso” (2002, p. 8). No caso do tratamento jurídico dispensado ao aborto isso é visualizado. O *dizer não* referente ao aborto por grave anomalia fetal não está, dessa forma, apenas na ausência de previsão legal para esse tipo de procedimento, mas na reprodução do ideal da maternidade como constituinte do gênero feminino e como algo pertencente à natureza, não sendo produzidos discursos acerca da escolha efetuada pela gestante quando procura o Poder Judiciário solicitando uma autorização.

Para Foucault o poder é algo que circula, que “só funciona em cadeia”. Ele é exercido em rede: “nas suas malhas os indivíduos não só circulam, mas estão sempre em posição de exercer este poder e de sofrer sua ação”. Ou seja, o poder passa pelos indivíduos (2002, p. 183). Sobre a relação entre verdade e poder, ele escreve o seguinte:

[...] a verdade não existe fora do poder ou sem poder [...]. A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua “política geral” de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro (2002, p. 12).

É possível depreender que a ideologia consiste numa forma de dominação, numa forma de exercício de poder. Contudo, esse exercício se faz de forma velada, oculta, por meio de subterfúgios. É por meio da naturalização que isso também é possível. Assim, não se questiona a produção do seu efeito de verdade, pois o enunciado é tido como algo pré-dado e imutável. Isso é perceptível nos discursos acerca do aborto por grave anomalia fetal. A vinculação da moralidade do aborto sobretudo à personalidade do feto, a desconsideração da gestante como sujeito capaz de efetuar escolhas morais e a naturalização do papel social de gênero feminino, bem como a vinculação da reprodução à natureza, não sendo passível da aplicação da racionalidade, são formas ideológicas de tratamento da questão.

4.3.2 O Direito como Fenômeno Ideológico

Compreendido o que significa ideologia, torna-se possível verificar se o Direito pode ser tido como um fenômeno ideológico. Dessa forma, objetiva-se visualizar se ele pode consistir numa forma de produção de verdades, por meio dos seus discursos, sejam eles legais ou jurisprudenciais e a relação que isso pode ter com os discursos jurídicos acerca do aborto por grave malformação fetal.

O discurso do Direito constitui-se na formalização de uma parte da ideologia (CORREAS, 1995, p. 34). De acordo com Wolkmer, devido a seu caráter ideológico, o Direito estaria comprometido com uma concepção ilusória de mundo, a qual emerge das relações concretas e antagônicas do social. O Direito seria, portanto, a projeção normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e as formas de controle de poder de um determinado grupo social. As estruturas jurídicas, dessa forma, reproduzem o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. Dessa forma, o Direito deve ser compreendido não só como um valor cultural, mas, sobretudo, como uma manifestação simbólica da convivência social em um determinado momento histórico que, mediante um sistema de regulamentação normativa, garante a estabilidade e a ordenação da sociedade, ou seja, o fenômeno jurídico expressa formalmente suas inerentes relações estruturais de poder, segurança, controle e dominação (2003, p. 154, 155 e 180).

O Direito, segundo o autor, tem como função social a arbitragem do jogo de forças e reivindicações em conflito, pois necessita proteger um interesse em face da postergação de outro interesse, bem como reconhecer a legitimidade de dominação de um interesse sobre outro interesse. Ele aduz que “o Direito, enquanto instrumentalização ideológica do poder, pode ser visto como materialização da coerção, opressão e violência. O Direito tem representado, historicamente, a ideologia da conservação do *status quo* e da manutenção de um poder institucionalizado” (WOLKMER, 2003, p. 181 e 201).

Se o Direito reproduz os valores morais e culturais da sociedade na qual ele é produzido e aplicado, tem-se que ele consiste num poderoso instrumento no sentido de perpetuar os mitos relativos à maternidade, legitimando as crenças segundo as quais a reprodução não pode ser passível de racionalização, bem como a afirmação de que o amor

materno é algo instintivo, acima de qualquer circunstância, o que justificaria o sofrimento pelo qual passa a gestante cujo feto possui uma grave anomalia.

A maioria dos processos da linguagem jurídica objetiva a produção de dois efeitos maiores: o de neutralização e o de universalização, afirma Bourdieu. Tais retóricas não seriam apenas máscaras ideológicas, mas a própria expressão do funcionamento do campo jurídico. Isso porque o espírito ou o sentido jurídicos consistem exatamente nessa postura neutralizante e universalizante. “O direito é a forma por excelência do discurso actuante, capaz, por sua própria força, de produzir efeitos. Não é demais dizer que ele *faz* o mundo social, mas com a condição de se não esquecer que ele é feito por este” (1998, p. 215, 216 e 237).

São esses efeitos de neutralização e universalização que poderão produzir a legitimidade jurídica. Essa legitimidade se dará, inclusive, na medida em que os valores sociais dominantes forem reproduzidos. A legitimidade do Direito está diretamente relacionada à possibilidade de ocultação das relações de poder a ele subjacentes, o que faz com que ele pareça um fim justo ou, no mínimo, racional (COELHO, 1992, p. 109). Esses efeitos são prolatados, por exemplo, com os discursos acerca do aborto. Aqui, a desconsideração do sofrimento da gestante funciona como uma forma de universalização, pois, nos julgados, desconsidera-se a sua subjetividade. Isso, no entanto, reproduz o mito da maternidade, o qual é contrário à autonomia corporal da gestante, que poderia legitimar o aborto nesses casos.

O Direito consiste, ademais, num instrumento de dominação e normalização. As instituições jurídicas contribuem universalmente para a imposição de uma representação da normalidade, relativamente à qual as práticas diferentes aparecem como desviantes, o que faz com o que o Direito seja um “instrumento de normalização por excelência” (BOURDIEU, 1998, p. 247 e 249). No caso do aborto por grave anomalia fetal, essa normalização é operada por meio da regulação dos desejos maternos que contrariam a idéia, difundida socialmente, de que o amor materno é algo biológico, intrínseco à condição feminina.

Para Foucault, o Direito põe em prática relações de dominação, as quais não se restringem à dominação de um sobre outros, ou de um grupo sobre outro, mas abarca as diversas formas de dominação que podem ser exercidas na sociedade. Por isso, o Direito deve se visto como um procedimento de sujeição (2002, p. 181 e 182). No caso analisado neste

trabalho, a sujeição se dá por meio da ausência da possibilidade de escolha, não se considerando a gestante como sujeito moral. Assim, somente o seu sofrimento, verificado por um terceiro (o médico, o julgador ou ambos) justificaria a autorização da realização do aborto. Disso depreende-se que o Direito consiste num instrumento de controle social (LUMIA, 1993, p. 15).

O processo argumentativo, o qual está presente nas decisões judiciais, consiste num discurso que recoloca um conjunto de signos informativos em função do poder. A partir de tal processo, a mensagem lingüística é transformada em ideologia, assevera Warat. O argumento é definido pelo autor como o que vincula persuasão e ideologia. O raciocínio argumentativo, por sua vez, é uma reflexão processada a partir da ideologia (1994, p. 94 e 95).

De acordo com esse autor, o conteúdo ideológico do argumento provoca uma inversão do real suficientemente intensa para obter a adesão dos receptores em relação ao argumentado. Na argumentação, a dimensão ideológica permanece vinculada à dimensão persuasiva, que, por sua vez, adquire valor político. As convicções que norteiam os discursos argumentativos determinam e são resultado dos processos de socialização. Assim, são realizadas formas específicas de controle social por meio da argumentação. As afirmações que se pretende consolidar por um argumento cumprem com uma função socializadora, uma vez que portam uma mensagem ideológica, sendo formas de reprodução dos valores estabelecidos previamente (WARAT, 1994, p. 96 e 99).

No caso das decisões judiciais analisadas, verifica-se diversos argumentos ideológicos. Seja para autorizar ou negar o abortamento, produz-se a adesão dos receptores da mensagem, determinando-se os limites do Direito, delimitando-se até onde ele pode chegar. A liberdade da gestante está além desses limites. Por isso, apenas o seu sofrimento, ou a inviabilidade fetal, podem justificar o aborto.

A idéia de justiça, para Wolkmer, expressa valores político-ideológicos, estando inegavelmente vinculada com as práticas sociais. Assim a jurisprudência deve ser tida como autêntica fonte reprodutora da consciência e do interesse de um determinado momento,⁷⁷ já

⁷⁷ O autor alega que tal fenômeno é verificável não apenas no sistema do *Common Law* anglo-americano, como, de forma crescente, nos países de Direito escrito, nos quais a invocação dos precedentes judiciais é uma constante (WOLKMER, 2003, p. 184 e 185).

que as decisões judiciais seriam uma forma de praticar a justiça. Logo, podemos afirmar, com Wolkmer, que o juiz possui um papel muito maior do que aquele que lhe é atribuído, exercendo ideologicamente uma extraordinária e dinâmica atividade recriadora. A criação judicial ou a interpretação e aplicação da lei definem, em cada caso, a orientação ideológica de uma ordem jurídica comprometida com o sistema sociopolítico dominante (2003, *passim*).

Embora a situação judicial funcione como um lugar neutro (BOURDIEU, 1998, p. 227), a decisão judicial expressa valores pré-concebidos pelos julgadores. Para Correias, por meio dos discursos sobre a jurisprudência postula-se identificar qual ou como é a ideologia produzida pelos julgadores. Assim, a ideologia jurídica também existe no discurso produzido pelas fundamentações dos juízes (1995, p. 121). Isso pode ser claramente percebido nas definições persuasivas encontradas. Pode-se afirmar, ainda, que é a partir das decisões judiciais que são mais bem demarcados os limites do Direito, exercitando-se seu caráter de controle social. No caso do aborto por grave malformação fetal, sob a pretensa neutralidade da verificação da viabilidade fetal, desqualifica-se o feto, o que é tido como a única forma de conceder a autorização judicial, já que a liberdade da gestante não é passível de consideração.

Por fim, cabe enunciar o conceito de mito, sustentado por Warat, que também consiste numa forma de manifestação ideológica verificada nos discursos jurídicos. O mito, visto como categoria do pensamento, permite a compreensão de um certo tipo de incidência do ideológico nos modos de produção do significado. O mito identifica-se com a ideologia política, na medida em que o processo mitológico sempre coloca suas crenças a serviço de uma ideologia (1994, p. 103 e 104). O mito é definido pelo autor como um produto significativamente congelado de valores com função socializadora:

Em outras palavras, seria o mito um discurso cuja função é esvaziar o real e pacificar as consciências, fazendo com que os homens se conformem com a situação que lhes foi imposta socialmente, e que não só aceitem como venerem as formas de poder que engendram essa situação (1994, p. 104 e 105).

Assim sendo, conforme o jurista, a função básica dos mitos seria a de criar a sensação coletiva de despolarização e neutralidade, a qual permite a apresentação da força social em termos de legalidade supraracional e apriorística. Através do mito é lograda a conciliação das contradições sociais, a partir de sua projeção em uma dimensão harmoniosa de essências puras, relações necessárias e esquemas ideais, aos quais devemos forçosamente aderir. O mito

deve ser pensado, portanto, como o processo simbólico pelo qual se pretende fixar critérios de conformismo social.⁷⁸ Qualquer elemento pode constituir um mito, desde que seja suscetível de ser assumido como mensagem ideológica, entende Warat. Tal elemento deve poder ser visto, portanto, como um lugar onde se articulem os efeitos de um certo tipo de poder ou como uma engrenagem pela qual as relações de poder dão lugar a um saber que reconduz e reforça os efeitos do poder. O receptor das mensagens míticas não percebe o mito como um sistema ideológico, pois sua função socializadora vem disfarçada de fato natural (1994, p. 105, 106 e 107).

O Direito, portanto, consiste num fenômeno ideológico, utilizado em conformidade com os valores sociais dominantes. Ele trata, em geral, de reproduzir esses valores. Por isso, em se tratando do aborto por grave anomalia fetal, é preciso descaracterizar a vida como feto, por meio do argumento da inviabilidade fetal, para autorizar a realização do procedimento médico. A inviabilidade fetal é um claro exemplo de mito que opera nos discursos jurídicos sobre o tema. A naturalização desse conceito se dá sobretudo com base nos laudos médicos, que atestam a extensão e as conseqüências da anomalia, bem como com fundamento na proteção da vida efetuada pelo Direito, que não seria violada nesses casos. No que tange à gestante, também os riscos à sua saúde e o seu sofrimento são mitificados, delimitando-se os fundamentos dos pedidos de autorização judicial para abortamento e neutralizando o jogo de forças entre feto e gestante presente no aborto, ocultando, ainda, que a valorização de um depende necessariamente da desvalorização do outro.

4.3.3 Maternidade e Escolhas Reprodutivas

Viu-se que, com base na noção de gênero, é possível diferenciar os processos biológicos daquilo que é construído socialmente e que passa por um processo (ideológico) de naturalização que, perpassado por relações de poder, atinge fins de dominação. Os discursos sobre a maternidade inserem-se no que foi agora afirmado, pois tratam de naturalizar o amor materno, conferindo-o o caráter de amor incondicional, bem como limitam a reprodução ao âmbito biológico, local em que a escolha não pode estar presente.

⁷⁸ Tais critérios de conformismo social são baseados em uma estrutura que se resolve pela manutenção do *status quo* sob uma capa de neutralidade (WARAT, 1994, p. 106).

Segundo Mori, ao se admitir a licitude do aborto, reconhece-se que “a *maternidade* não é mais um ‘fato natural’ ligado à fisiologia do corpo feminino, mas uma ‘escolha’ da mulher, análoga a outras escolhas”. Portanto, a moralidade do aborto remete também ao papel social da mulher, que até então era estabelecido pela natureza, “a qual parecia ter sancionado que a mulher é antes *mãe*”. A mulher, de acordo com seu novo papel, não seria somente mãe e depois, e eventualmente, uma pessoa, mas, assim como o homem, “uma pessoa com múltiplas possibilidades e papéis, entre os quais também o de ser mãe (analogamente ao homem, que, às vezes, é também pai)” (1997, p. 86 – grifos do autor).

Prossegue o autor, afirmando que a legitimação desse novo papel social coloca em crise as identidades da mulher e do homem, o que faz com que o aborto seja concebido como uma “decisão terrível”. Por isso, com a admissão da moralidade do aborto, “mata-se de fato uma determinada ‘idéia de mulher’”, recolocando-se em discussão o sentido da maternidade, a qual não seria mais aceita como destino natural feminino (MORI, 1997, p. 87).

Logo, tem-se que, em relação ao aborto por grave anomalia fetal, é questionado não apenas o *status* do feto, mas também o *status* da gestante. Este, por sua vez, necessariamente estará ligado ao papel social de gênero destinado às mulheres em uma determinada cultura e em uma determinada época. Contudo, a partir da possibilidade de controle da própria fecundidade, a maternidade deixa de ser destino, passando a ser escolha, projeto, ou seja, ela passa a ter um sentido diferenciado. Mata-se, dessa forma, o mito do amor materno, enquanto amor incondicional. Atenua-se, ainda, o ideal do sofrimento como algo intrínseco à maternidade.

Isso tem conexões com o que Amorós caracteriza como percepção ideológica da mulher como natureza. A autora trata das associações entre mulher e natureza e homem e cultura, colocando que, no caso das mulheres, o conceito de natureza nunca é dado pela própria natureza, sendo sempre social e ideologicamente construído a partir das definições que a cultura dá a si mesma. Isso serve inclusive à associação entre mulher e natureza que parece ter origem na reprodução, já que não é o fato de dar a vida que faz com que essa conexão possa ser natural. Então, se a vinculação com a natureza faz com que a mulher seja titular de direitos relativos à espécie, ela deveria ter uma posição de sujeito superior, já que seus direitos são superiores aos dos indivíduos, ou, ao menos, digna. No entanto, a mulher é considerada apenas como instrumento não consciente da astúcia da espécie, como se a natureza instrumentalizasse a própria natureza (1991, p. 34, 49 e 123).

Por isso, é possível conceber, nos casos em que a gestante deseja interromper a gestação de feto portador malformação considerada letal, uma desconsideração da sua subjetividade. “Será que a partir da concepção o corpo da mulher torna-se um mero objeto, uma incubadora para gestar uma nova vida?” (PRADO, 1986, p. 19). O fato de apenas uma parto do corpo representar uma pessoa é um elemento de objetificação, afirma McLeod. Somente isso não define a objetificação, a qual ocorrerá se a parte considerada consumir a expressão da pessoa enquanto sujeito (2002, p. 221 e 222).

Dessa forma, considerar apenas o feto é objetificar a gestante, na medida em que ela é concebida apenas a partir do seu útero, da sua função reprodutiva, sendo desconsiderados os seus desejos, o que faz com que ela seja descaracterizada enquanto sujeito. Nos casos aqui analisados, de grave malformação fetal, isso aparece de forma mais latente, sobretudo se consideradas as condições fetais, diante da letalidade da enfermidade que o feto possui. Assim, desconsiderar o desejo da gestante necessariamente significa não só tornar seu corpo um mero objeto, mas instrumentalizar o seu ser. Significa não a considerar como sujeito, mas como objeto: significa violar sua dignidade.

Segundo Menezes, a maternidade, e a leitura cultural desse fato, geram a idéia de um corpo feminino que tem como sina dar espaço a outro corpo. O corpo feminino é solidário, na medida em que a mulher vive para a espécie. É por isso que a mulher tem que ser representada como sensível, emotiva e impulsiva, estando mais próxima do coração (e da natureza) do que da razão (2002, p. 19). Essa representação da mulher enquanto emotiva e impulsiva é visualizada nos acórdãos analisados, em que há menção ao sofrimento da gestante, o que poderia ter como conseqüências, em alguns casos, inclusive práticas suicidas.

Parece que, “enquanto o homem mantém com a natureza relações mediatizadas, a mulher mantém uma relação imediata” (VALLE, 2002, p. 74), por meio da atividade reprodutiva e do exercício da maternidade. Dessa forma, é como se, nos termos da teoria kantiana, a mulher restasse ao mundo sensível, não podendo acessar o mundo inteligível.⁷⁹ A ela restaria a heteronomia, já que, estando apenas sob o domínio das leis da natureza, e não

⁷⁹ Para Kant, “um ser racional deve considerar-se a si mesmo como inteligência (isto é, não pela parte de suas forças inferiores), não como pertencendo ao mundo sensível, mas ao inteligível; ter, portanto, dois pontos de vista dos quais pode considerar-se a si próprio e reconhecer leis do uso de suas forças e, por conseguinte, de todas as suas ações: o primeiro, enquanto pertencente ao mundo sensível, sob leis naturais (heteronomia); o segundo, como pertencente ao mundo inteligível sob o domínio de leis que, independentes da natureza, não são empíricas, mas se fundamentam unicamente na razão” (2004, p. 85).

sob o domínio das leis que se fundamentam unicamente na razão, não pudesse exercer a autonomia, não pudesse ser agente moral. No entanto, as mulheres são tão agentes morais quanto os homens, pois, enquanto indivíduos, possuem as mesmas capacidades dos homens, enquanto indivíduos (FRIEDMAN, 2000, p. 216). Contudo, no campo das escolhas morais relativas à reprodução isso não é efetivado.

Essa desconsideração da mulher enquanto sujeito também pode ser verificada diante da utilização do argumento da inviabilidade, nos casos de graves anomalias fetais. Para Buglione, o deslocamento da discussão sobre o aborto nos casos de grave anomalia fetal para o fato *morte* afasta o aborto. Não se discute, dessa forma, direito à vida, à liberdade e todas as questões dessas decorrentes. Para a autora, isso representa um ganho, pois se afirma que algumas questões seriam inconciliáveis na esfera pública, porque regidas pela subjetividade, restringindo-se ao âmbito privado e à autonomia. Ela entende que, dessa forma, confere-se destaque para o valor da liberdade como ponto central do debate (2005, p. 99).

No entanto, é possível afirmar que, ainda que o aborto possa ser afastado, falando-se em antecipação do parto ou mesmo na ausência de vida a ser protegida, não é a liberdade que ocupa o posto central, mas as considerações acerca do feto. Logo, o objetivo de colocar a liberdade e, conseqüentemente, a gestante, no cerne da discussão não é atingido, já que a essa liberdade só é assegurada se a vida do feto é desqualificada. É possível, com Therborn, mencionar a restrição do discurso sobre aborto nesses casos, referida às restrições sociais sobre quem pode falar e de que se pode falar (1989, p. 68). Assim, a abrangência da discussão sobre o tema deveria ficar restrita à inviabilidade fetal, ou, no máximo, ao sofrimento da gestante, mas não à sua liberdade ou ao seu direito de escolha.

Cabe ainda questionar aqui se seria correta essa colocação de feto e gestante como pólos opostos e antagônicos de uma relação jurídica. Juridicamente, parece que a garantia do direito de um necessariamente viola os direitos do outro. Assim, nos casos em que a gestante não deseja prosseguir com a gestação, assegurar sua liberdade significaria tirar a vida do feto, enquanto que manter a vida do feto implica violar sua liberdade.

Pitch discorre acerca da relação entre mulher e feto, comentando que ela não se constrói em termos de propriedade, nem enquanto relação entre dois sujeitos autônomos, mas como relação simbiótica, pois o desenvolvimento físico e psíquico de um está diretamente

ligado ao cuidado, ao desejo e ao imaginário do outro. Assim, a gestação configura-se numa situação única, em que se é uma e dois ao mesmo tempo. Por isso, não seria possível, conforme a autora, falar de tutela de um contra a vontade da outra, já que o ser humano vem ao mundo graças ao desejo e ao cuidado de uma mulher. Só há pessoa por meio da mediação feminina, a qual é indispensável. Dessa forma, o desconhecimento de tal realidade não só não tutela o feto, como nega a plenitude moral do sujeito feminino, negando também à capacidade geradora um estatuto ético e moral (2003, p. 97).

Colocando-se feto e gestante como sujeitos opostos, ignora-se, ainda, a responsabilidade que pode ser inerente à gestação. Em termos de vida *versus* liberdade, suprime-se que a vida está necessariamente vinculada à liberdade, pois o feto é oriundo do desejo e da escolha de outras pessoas, incluindo a gestante. Logo, a liberdade não pode ser tida, em se tratando da reprodução e da maternidade, como algo oposto à vida. Tampouco a opção pela interrupção da gestação nos casos de grave malformação fetal pode ser tida como egoísta, como algo que necessariamente desconsidera o feto, seja enquanto aquilo que ele já é, seja, enquanto o que pode vir a ser. Isso porque o poder de gerar e de dar a vida, conferido ao gênero feminino, implica responsabilidade, inicialmente frente ao feto, mas também frente ao pai, à sociedade e à espécie humana (PITCH, 2003, p. 97).

Por fim, cabe mencionar que a contrariedade ao aborto é frequentemente associada com a defesa da vida, enquanto que os argumentos favoráveis geralmente se aliam ao direito à escolha. Rosado-Nunes questiona tais ligações, compreendendo que é devido ao fato de a gravidez e a maternidade serem vistas como resultados naturais de um processo biológico que elas não são tidas como escolhas. Para ela, o aborto não pode ser desvinculado da maternidade e ambas as situações envolvem decisões e escolhas, o que coloca as mulheres como agentes morais. Da mesma forma, o aborto pode ser referido à afirmação do valor da vida, “de tal forma que a continuidade de uma gravidez não signifique apenas a aceitação de uma contingência biológica, mas a gestação amorosa de uma nova pessoa” (2006, p. 30-32).

No caso de malformações fetais letais, também é possível afirmar que a interrupção da gestação não necessariamente consiste numa negação do valor da vida. Diante da possibilidade de diagnóstico das anomalias, sabendo-se das complicações que a gestação pode acarretar para a mulher e, em caso de opção pela realização do aborto, compreendendo-se o sofrimento psicológico que essa gravidez gera não só à mulher, mas a todos os que a cercam

(companheiro, filhos, familiares etc.), a decisão pelo aborto pode ser feita com base na responsabilidade frente a todas essas pessoas, bem como ao feto, abreviando-se também o seu sofrimento.

Portanto, considerar a possibilidade de escolha pela interrupção da gestação nos casos de grave malformação fetal significa compreender a mulher como sujeito moral, passível de decisões no campo da reprodução. Assim, desloca-se a reprodução e a maternidade do campo do destino biológico para o das escolhas, não impondo às mulheres o papel social de gênero que coloca o *ser mãe* como objetivo central de vida. Assim, passa a ser possível a compreensão do aborto nesses casos como um direito, contemplado pela noção de direitos sexuais e reprodutivos, já que, em termos de autonomia reprodutiva, é possível afirmar não ser razoável, no plano jurídico, sustentar a obrigatoriedade de se levar uma gestação de feto portador de anomalia tida por letal a termo contra a vontade da gestante.

5 CONCLUSÃO

A questão do aborto por grave anomalia fetal apresenta diversos reflexos jurídicos. No Direito brasileiro, diante da criminalização das práticas abortivas, questiona-se acerca da necessidade de inserção de mais uma exceção legal, além das referentes aos casos de risco de vida para a gestante ou gravidez decorrente de estupro, contemplando a possibilidade de abortamento em decorrência do diagnóstico pré-natal. Diante da lacuna legislativa, cabe socorrer-se da Constituição, que, com seus princípios e direitos fundamentais, poderia dar uma resposta à questão.

Assim, critérios jurídicos como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à saúde entram em cena como norteadores. A abertura conceitual propiciada por tais direitos permite a contemplação da situação da gestante que deseja interromper a gestação de feto portador de grave anomalia. O início da proteção estatal da vida não é explicitado na Constituição, o que faz com que seja possível não considerar o bem *vida fetal* como algo absoluto, ou mesmo que o feto possa não ser tido como sujeito do direito à vida. A liberdade, enquanto direito que protege a autonomia não só corporal, como reprodutiva, também pode ser suscitada nesse caso. É a liberdade da gestante também que é geralmente oposta à tutela da vida do feto. O direito à saúde também adquire especial relevância, já que, a partir do diagnóstico da malformação fetal, é possível prever diversas conseqüências à saúde física da gestante, sob a forma de danos ou riscos. Além disso, contemplando-se a saúde como um estado de completo bem-estar, a saúde psicológica também é por esse direito fundamental tutelada. É no âmbito da saúde psicológica que poderá ser avaliado o sofrimento da gestante que deseja interromper a gravidez. Todos esses direitos estão conectados com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para as mulheres que desejam interromper a gestação de fetos portadores de anomalias letais, impedir a realização do procedimento abortivo pode consistir numa violação à sua dignidade, já que há uma instrumentalização dessa pessoa, a gestante, que passa a ser utilizada, contra seus desejos, para a satisfação da vontade de terceiros.

Em consonância com tal interpretação, verifica-se a tramitação atualmente de cinco projetos de lei, postulando a permissão da realização de abortos por grave anomalia fetal. A partir da divulgação da ADPF nº 54/2004, o tema da anencefalia fetal ganha destaque, o que se reflete também nos projetos de lei. Com isso, os deputados favoráveis ao aborto nos casos

de anencefalia buscam a aprovação de uma lei nesse sentido, caso a demanda seja rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal. É o caso da anencefalia fetal o que parece ter maior aceitação, já que o projeto que tem sua tramitação mais adiantada restringiu-se, por meio de uma emenda, aos fetos anencefálicos.

É justamente em virtude da ausência de regulamentação legislativa que as gestantes e/ou os casais que desejam interromper a gravidez socorrem-se do Poder Judiciário, o que faz com que os alvarás judiciais expedidos para garantir a realização do aborto nos casos de grave malformação fetal consistam num verdadeiro fenômeno, verificado principalmente a partir desta década. Por isso, uma análise dos julgados faz-se imprescindível para a verificação dos valores considerados pelos magistrados, sejam eles referentes ao Direito, ao feto ou a gestante. Embora na maioria dos acórdãos fosse verificada a expedição do alvará, o tema é controvertido, ensejando os mais diversos posicionamentos e argumentos. Visualiza-se, também, uma maior condescendência dos julgadores com os casos de anencefalia, anomalia mais conhecida pelos leigos. Além disso, o caráter simbólico do feto anencefálico é bastante forte, já que ele não possui o órgão que nos confere racionalidade, o que parece inclusive retirar-lhe o *status* de humanidade.

As definições persuasivas referentes ao feto denotam a relevância da consideração do seu *status* moral, o que poderá lhe conferir ou não o caráter de sujeito do direito à vida. Este é aqui acrescido de considerações médicas, especialmente quando se trata de considerar a sua inviabilidade. São, assim, as considerações acerca da anomalia e das suas conseqüências que podem desqualificar não só o feto enquanto *pessoa*, tema sempre controvertido, mas enquanto ser vivo. A desconsideração de qualquer *status* fetal, por meio da utilização do conceito de inviabilidade, é o que dá espaço à consideração do sofrimento da gestante. Ou seja, é porque o feto é desvalorizado, inclusive sendo considerado como morto, em alguns casos, que o sofrimento da gestante é valorado, que seus sentimentos e seus desejos são passíveis de consideração jurídica. Assim, feto e gestante são colocados em pólos opostos, não como complementares, mas como excludentes, fazendo com que a tutela de um signifique necessariamente a ausência de tutela do outro.

As considerações sobre os riscos à vida e à saúde da gestante são menos subjetivas, já que podem se apoiar em laudos médicos. Dessa forma, a iminência do risco de vida, as complicações anteriores e durante o parto são expressas e individualizadas. Termos jurídicos

dão lugar a jargões médicos, como aumento do líquido amniótico, desprendimento do ombro fetal, hemorragia etc. Aqui se abre espaço à consideração dos danos à saúde psicológica, geralmente nos termos da saúde mental, que poderia estar “desorganizada”, podendo levar, inclusive, ao suicídio.

A liberdade, tida desde a década de 1960 como o direito que poderia garantir o aborto, é pouco considerada nos julgados. Aqui ela é tida como a contemplação dos interesses pessoais de cada um, cabendo ao Poder Judiciário a garantia do exercício da autonomia, por vezes em comparação à possibilidade de interrupção da gestação que decorre de estupro. Assim, embora a liberdade esteja implícita em todas as outras considerações sobre a gestante, ela não é nominada. A autonomia da gestante não parece ser passível de legitimação, sendo a consideração do seu sofrimento e dos riscos que corre mais aceitável. As mulheres são vistas, aqui, como seres vulneráveis, que precisam ser protegidos, fazendo-se cessar, com a autorização judicial, o seu sofrimento ou os danos ou riscos à sua saúde. A postulação do pedido de aborto não é tida como escolha, não sendo a liberdade um critério de relevância.

O exame da ADPF nº 54/2004 permite-nos tirar conclusões semelhantes. Em primeiro lugar, restringe-se aos casos de anencefalia, o qual possui maior aceitação. Além disso, utiliza o subterfúgio da antecipação terapêutica do parto, opondo-a ao aborto. Isso é baseado na idéia da inviabilidade fetal. Assim, se não há vida a ser protegida, não há aborto. Não só se transfere o debate do início para o fim da vida, como não se considera devidamente o aborto nesses casos como escolha reprodutiva. Ele é algo que derivaria apenas das condições de inviabilidade fetal. A gestante só é passível de consideração porque a vida do feto é desqualificada. Centra-se o discurso novamente no feto, relegando-se a gestante a segundo plano.

Foi preciso, para compreender o porquê das considerações verificadas no item 3, realizar uma análise mais aprofundada de questões referentes às mulheres e ao papel que o Direito exerce na sociedade. É a partir da consideração do conceito de gênero que é possível diferenciar o biológico daquilo que é moldado pela cultura, inclusive tendo por base o próprio biológico. Assim, verifica-se que a cultura pode efetuar um processo de naturalização daquilo que é socialmente construído, o que o legará ao local do não dito, do não questionado, do desde sempre dado. Transpõe-se o determinismo biológico, passando-se à possibilidade de

compreensão e explicitação do papel social de gênero destinado às mulheres em uma determinada cultura e em uma determinada época.

A maternidade insere-se aqui. Esse processo que, biologicamente, até o presente momento, é tido como exclusivamente feminino, é representado como um local de domínio da natureza, o que pode denotar a sua significação como o objeto central da vida das mulheres e justificar os sacrifícios em prol do seu exercício. Além disso, se a maternidade é tida como destino biológico, o aborto significa a negação da própria natureza e, conseqüentemente, de um determinado papel de gênero feminino.

O aborto contraria, portanto, a idéia do *instinto maternal*. Ou seja, contraria os cuidados que devem ser tidos durante a gestação, o cuidado com os filhos após o nascimento e, sobretudo, o amor incondicional que toda mãe deveria ter por seus filhos, não como algo que se constrói, mas como aquilo que é intrínseco ao seu ser. No entanto, no momento em que passa a ser possível o controle da fecundidade, as mulheres podem dominar melhor sua própria natureza. A interdição do aborto por grave anomalia fetal, portanto, também está ligada ao ideal da maternidade enquanto destino biológico. Assim, a mulher que interrompe a gestação devido à condição de seu feto não está exercitando a maternidade, não sendo considerada uma boa mãe e não se inserindo nos padrões de feminilidade. Esses, no que se refere à maternidade, incluem, ainda, o sacrifício ou até mesmo o masoquismo. Assim, nenhum sofrimento poderia embasar a escolha pelo aborto. Postular o aborto é, portanto, ressaltar o caráter cultural e social da maternidade, além de romper com o destino biológico. É explicitar os componentes construídos culturalmente inseridos no ideal de maternidade, sob o prisma do amor materno. É a partir disso que passa a ser possível conceber a maternidade (e mesmo a sua negação, por meio do aborto), como direito.

A noção de direitos sexuais e reprodutivos, enquanto aqueles direitos que provêm de grupos sociais, ou seja, que têm origem fora do âmbito estatal, trata de confrontar a noção da sexualidade e da reprodução como inerentes ao âmbito biológico. Assim, tais processos seriam passíveis da aplicação da racionalidade do Direito, especialmente sob o signo da autonomia dos indivíduos. Não se restringem a isso, contudo, contemplando também a necessidade de intervenção estatal, no sentido de garantir os meios para que essa autonomia possa ser exercida. Trata-se de direitos complexos, que congregam tanto a noção de direitos civis, quanto de direitos sociais. A partir de sua formulação, postula-se que sejam garantidos

os serviços necessários para que se possa efetivar o direito ao planejamento familiar, ao acesso aos métodos contraceptivos, aos cuidados com a maternidade e ao aborto seguro. No que tange à reprodução, esta não pode mais ser alvo, com base nessa nova noção de direitos, de políticas verticais, como as que eram efetuadas com o objetivo de controlar a natalidade, que desconsideram a autonomia reprodutiva dos cidadãos. Nesse contexto, verifica-se diversos instrumentos internacionais, e inclusive alguns nacionais, que legitimam os direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar da noção de direitos sexuais e reprodutivos, que insere a sexualidade e a reprodução no âmbito dos direitos, justamente por não concebê-las como algo restrito à natureza, o Direito institucionalizado continua a reproduzir a visão contrária, o que pôde ser visualizado sobretudo nas decisões judiciais e nos argumentos utilizados na ADPF nº 54/2004. Denota-se daí uma vinculação entre Direito e ideologia, concebendo-o como um instrumento que permite a manutenção de um determinado *status quo*.

O Direito, entendido como fenômeno ideológico, atua como uma forma de dominação e de exercício de poder. No caso em questão neste trabalho, ele delimita aquilo que pode ser nominado, aquilo que pode ser explicitado, inserindo e excluindo discursos, dependendo da possibilidade ou não de legitimação. Isso é ideológico porque se faz de forma velada, porque esse poder não é explicitado. Os discursos são naturalizados, sendo tidos como pré-dados e imutáveis. Nos discursos acerca do aborto por grave anomalia fetal, a vinculação da moralidade do aborto sobretudo à pessoalidade ou viabilidade do feto, a desconsideração da gestante como sujeito capaz de efetuar escolhas morais e a naturalização do papel social de gênero feminino e da reprodução como algo inerente à natureza, não passível da aplicação da racionalidade, consistem em formas ideológicas de tratamento da questão.

O Direito opera aqui como um produtor de verdades. A viabilidade pode ser verdade. Dela dependem as considerações sobre a gestante. Os riscos à sua vida podem ser verdades. Os riscos à sua saúde, também. Até o seu sofrimento pode ser uma verdade, mas a liberdade, não. A possibilidade de escolha, a elevação das mulheres à maioria moral não consiste

numa verdade passível de legitimação pelo Direito. O Direito consiste, portanto, num poderoso instrumento na perpetuação do papel social de gênero atribuído às mulheres, inclusive no que tange aos mitos relativos à maternidade. Legitimam-se, assim, as crenças segundo as quais a reprodução não pode ser passível de racionalização, segundo as quais o amor materno é instintivo e incondicional. Normaliza-se aquilo que pode ser postulado pelas mulheres, normalizando-se o que pode ser tido como de seu domínio: apenas o biológico, não o racional. A reprodução faz parte do seu domínio, mas escolhas reprodutivas, não. Por isso, a gestante, mesmo nos casos em que tem seu pedido atendido, é considerada como vítima da fatalidade de ter gerado um ser portador de grave anomalia. Por isso, sua liberdade não pode ser considerada.

É porque o Direito consiste num fenômeno ideológico que é preciso descaracterizar a vida do feto, utilizando-se o argumento da inviabilidade fetal, para autorizar a realização do aborto. Só a partir daí a gestante merecerá consideração jurídica, sendo os riscos à sua saúde e o seu sofrimento valorados. Com isso, oculta-se essa colocação da gestante em segundo plano, denotando-se a pretensa existência de um jogo de forças entre ela e o feto presente no aborto, colocando-se a valorização de um como intrinsecamente dependente da desvalorização do outro.

Conectando-se as questões ideológicas referentes ao Direito com o que já foi exposto sobre gênero e maternidade, percebe-se que ele apenas reproduz concepções sociais. No caso do aborto por grave anomalia fetal, é questionado não apenas o *status* do feto, mas também o *status* da gestante, o qual está ligado ao papel social de gênero feminino tido por ideal. Contudo, a partir da possibilidade de controle da própria fecundidade, o que é exacerbado com o recurso ao aborto, a maternidade passa a ser escolha, adquirindo outro sentido. Se a reprodução é tida como um processo eminentemente biológico, não é possível considerá-la como sendo passível de escolhas. As mulheres, porque conectadas à reprodução, seu destino natural, também não seriam seres passíveis de escolhas morais. Não é a gestante, dessa forma, considerada como sujeito, mas como objeto, que será regulado pelos discursos médicos, acerca dos riscos que corre e da possibilidade de vida extra-uterina do feto que carrega, ou jurídicos, considerando-se que o direito à liberdade não é algo contemplado nesse caso.

Coloca-se, por fim, a gestante e o feto como pólos antagônicos e independentes. Por isso seus interesses podem ser opostos, havendo um conflito entre a vida e a liberdade.

Juridicamente, isso é traduzido como se a garantia dos direitos de um violasse os direitos do outro. No entanto, feto e gestante estão intrinsecamente, e não só biologicamente, ligados. O feto só existe, e continua a existir, devido ao desejo (e à liberdade) da mulher. Por isso, a liberdade não é oposta à vida, mas está à ela ligada. Até porque a vida não é um bem restrito ao feto, mas antes pertencente à gestante que, por isso, pode conferir a vida a outro ser. Sendo assim, a escolha pelo aborto não necessariamente transgride o valor da vida, podendo inclusive, o afirmar. Isso porque as escolhas morais relativas à reprodução, feitas pelas mulheres, não são necessariamente escolhas egoístas, estando também em conformidade com a responsabilidade que o poder de gerar lhes confere frente à vida e, conseqüentemente, aos outros seres. Isso faz com que as mulheres sejam colocadas como sujeitos morais, capazes de tomar decisões no campo reprodutivo, incluindo a relativa ao aborto de feto portador de grave anomalia. Dessa forma, sendo a reprodução uma escolha, pode o aborto nesses casos ser afirmado como um direito, já que a maternidade passa a ser passível de racionalização.

5 CONCLUSÃO

Se a prática do aborto se perde na História, também não é possível verificar quando tem início discussões a respeito de sua moralidade ou licitude no Ocidente. Diversos critérios foram utilizados para justificá-lo ou não: a eugenia e o controle demográfico para os gregos, a vontade do pai para os romanos ou a animação do feto para os medievais. Contudo, é principalmente na Idade Moderna, na década de 60 e a partir dos anos 90 que encontramos modificações mais substanciais na regulação das práticas abortivas.

No século XIX, é o processo de medicalização da saúde que traz maiores modificações. Com ele, verifica-se também um maior desenvolvimento da ginecologia e da obstetrícia. Assim, a mulher passa a ser objeto de estudo, fazendo, também, com que os cuidados com a gestação passem das parteiras aos médicos. Dissolvem-se, dessa forma, redes de solidariedade feminina, responsáveis, inclusive, pela informação e difusão de métodos abortivos. O aborto adquire um *status* público, a saúde feminina passa ao domínio masculino, exercido por meio da Medicina. É conferida especial atenção à saúde materna e a vigilância da gestação tem por objetivo principal a proteção do feto. O discurso médico é de grande valia para a delimitação do papel social atribuído às mulheres, legitimando a *vocação materna*.

Diante da lógica burguesa da família nuclear, com um número menor de filhos, o aborto, a partir do século XIX, passa a ser muito utilizado como forma de controle da fecundidade. Isso significa que, se antes era uma prática destinada às mulheres solteiras ou às liberadas sexualmente, passa a ser utilizado no contexto conjugal. Como isso ocorre paralelamente ao aumento do poder dos médicos, o aborto torna-se um assunto público, não mais restrito às redes de solidariedade femininas, nas quais eram partilhados conhecimentos sobre o funcionamento do próprio corpo. A perseguição do aborto ganha força nesse momento justamente pelo seu uso pelos casais legítimos e como forma de controle da fecundidade. Abalava, com isso, a prosperidade da nova ordem social, colocando em xeque, ainda, a maternidade como destino biológico feminino.

O segundo momento histórico relevante é a partir da segunda metade do século XX, em que é verificada a descriminalização do aborto nos Estados Unidos e em diversos países europeus. Essa modificação legislativa insere-se num contexto de profundas modificações sociais, caracterizada pela possibilidade de controle eficaz da fecundidade, por meio dos novos métodos contraceptivos, e pela emergência da segunda onda do movimento feminista, que reivindicava direitos sobre o próprio corpo, colocando na pauta os temas da sexualidade e da reprodução.

O direito ao aborto passa a ser tido como uma das principais reivindicações da época, inserindo-se na idéia de autonomia corporal. Consta-se, a partir da década de 60, a descriminalização do aborto em diversos países, inclusive nos Estados Unidos e na França. Nos Estados Unidos, a regulamentação se deu por meio do julgamento do caso *Roe versus Wade*, que reconheceu o direito fundamental ao aborto. Na França, por sua vez, não se operou uma descriminalização, mas uma tolerância, que não afetaria a proteção do direito à vida. No Brasil, ainda que as modificações legislativas operadas nos Estados Unidos e na Europa fizessem eco, ele se dá de forma diferenciada. Com o país imerso no regime ditatorial, as principais manifestações eram em prol da instauração da democracia. Por isso, as reivindicações relativas aos direitos das mulheres e ao aborto ficavam em segundo plano.

O terceiro momento histórico se dá com o advento das novas tecnologias de diagnóstico pré-natal, gerando a discussão acerca do aborto por grave anomalia fetal. Além de conduzir à exacerbação dos posicionamentos sobre aborto, nos casos de graves malformações fetais a discussão complexifica-se ainda mais, com a inserção de conceitos como inviabilidade

fetal, eugenia e qualidade de vida. A possibilidade de diagnosticar intra-uterinamente anomalias consideradas letais gera um novo capítulo no debate acerca do aborto, já que, diante da impossibilidade de tratamento ou cura, a interrupção da gestação resta como a única opção a ser oferecida à gestante ou ao casal.

Entra em cena o critério da viabilidade, considerado nos casos de impossibilidade de manutenção de vida autônomo pelo feto, já que, fora do útero, com o nascimento, não mais efetuando trocas metabólicas com a mãe, não apresenta mais condições de sobrevivência. Passa a ser preciso, nesse momento, considerar não só a sacralidade da vida, mas também a qualidade de vida, diante das patologias que o feto possui. O valor vida é acrescido da dignidade. A idéia de qualidade de vida vem, portanto, conferir dignidade à vida. O conceito de eugenia também é inserido nessa nova fase das discussões sobre o aborto, questionando-se se é efetuada ou não uma seleção de quem mereceria viver, bem como os reflexos que o aborto nesses casos poderia gerar para as pessoas portadoras de deficiências.

A questão do aborto por grave anomalia fetal também apresenta diversos reflexos jurídicos. No Direito brasileiro, diante da criminalização das práticas abortivas, questiona-se acerca da necessidade de inserção de mais uma exceção legal, além das referentes aos casos de risco de vida para a gestante ou gravidez decorrente de estupro, contemplando a possibilidade de abortamento em decorrência do diagnóstico pré-natal. Diante da lacuna legislativa, cabe socorrer-se da Constituição, que, com seus princípios e direitos fundamentais, poderia dar uma resposta ao à questão.

Assim, critérios jurídicos como o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais à vida, à liberdade e à saúde entram em cena como norteadores. A abertura conceitual propiciada por tais direitos permite a contemplação da situação da gestante que deseja interromper a gestação de feto portador de grave anomalia. O início da proteção estatal da vida não é explicitado na Constituição, o que faz com que seja possível não considerar o bem *vida fetal* como algo absoluto, ou mesmo que o feto possa não ser tido como sujeito do direito à vida. A liberdade, enquanto direito que protege a autonomia não só corporal, como reprodutiva, também pode ser suscitada nesse caso. É a liberdade da gestante também que é geralmente oposta à tutela da vida do feto. O direito à saúde também adquire especial relevância, já que a partir do diagnóstico da malformação fetal, é possível prever diversas conseqüências à saúde física da gestante, sob a forma de danos ou riscos. Além disso,

contemplando-se a saúde como um estado de completo bem-estar, a saúde psicológica também é por esse direito fundamental tutelada. É no âmbito da saúde psicológica que poderá ser avaliado o sofrimento da gestante que deseja interromper a gravidez. Todos esses direitos estão conectados com o princípio da dignidade da pessoa humana. Assim, para as mulheres que desejam interromper a gestação de fetos portadores de anomalias letais, impedir a realização do procedimento abortivo pode consistir numa violação à sua dignidade, já que há uma instrumentalização dessa pessoa, a gestante, que passa a ser utilizada, contra seus desejos, para a satisfação da vontade de terceiros.

Em consonância com tal interpretação, verifica-se a tramitação atualmente de cinco projetos de lei, postulando a permissão da realização de abortos por grave anomalia fetal. A partir da divulgação da ADPF nº 54/2004, o tema da anencefalia fetal ganha destaque, o que se reflete também nos projetos de lei. Com isso, os deputados favoráveis ao aborto nos casos de anencefalia buscavam a aprovação de uma lei nesse sentido, caso a demanda fosse rejeitada pelo Supremo Tribunal Federal. É o caso da anencefalia fetal o que parece ter maior aceitação, já que o projeto que tem sua tramitação mais adiantada restringiu-se, por meio de uma emenda, aos fetos anencéfalos.

É justamente em virtude da ausência de regulamentação legislativa que as gestantes e ou os casais que desejam interromper a gravidez socorrem-se do Poder Judiciário, o que faz com que os alvarás judiciais expedidos para garantir a realização do aborto nos casos de grave malformação fetal consistam num verdadeiro fenômeno, verificado principalmente a partir desta década. Por isso, uma análise dos julgados faz-se imprescindível para a verificação dos valores considerados pelos magistrados, sejam eles referentes ao feto ou a gestante. Embora na maioria dos acórdãos fosse verificada a expedição do alvará, o tema é controvertido, ensejando os mais diversos posicionamentos e argumentos. Verifica-se, também, uma maior condescendência dos julgadores com os casos de anencefalia, anomalia mais conhecida pelos leigos. Além disso, o caráter simbólico do feto anencéfalo é bastante forte, já que ele não possui o órgão que nos confere racionalidade, o que parece inclusive retirar-lhe o *status* de humanidade.

As definições persuasivas referentes ao feto denotam a relevância da consideração do seu *status* moral, o que poderá lhe conferir ou não o *status* de sujeito do direito à vida. Este é aqui acrescido de considerações médicas, especialmente quando se trata de considerar a sua

inviabilidade. São, assim as considerações acerca da anomalia e das suas conseqüências que podem desqualificar não só o feto enquanto *pessoa*, tema sempre controvertido, mas enquanto ser vivo. A desconsideração de qualquer *status* fetal, por meio da utilização do conceito de inviabilidade, é o que dá espaço à consideração do sofrimento da gestante. Ou seja, é porque o feto é desvalorizado, inclusive sendo considerado como morto, em alguns casos, que o sofrimento da gestante é valorado, que seus sentimentos e seus desejos são passíveis de consideração jurídica. Assim, feto e gestante são colocados em pólos opostos, não como complementares, mas como excludentes, fazendo com que a tutela de um signifique necessariamente a ausência de tutela do outro.

As considerações sobre os riscos à vida e à saúde da gestante são menos subjetivas, já que podem se apoiar em laudos médicos. Dessa forma, a iminência do risco de vida, as complicações anteriores e durante o parto são expressadas e individualizadas. Termos jurídicos dão lugar a jargões médicos, como aumento do líquido amniótico, desprendimento do ombro fetal, hemorragia etc. Aqui se abre espaço à consideração dos danos à saúde psicológica, geralmente nos termos da saúde mental, que poderia estar “desorganizada”, podendo levar, inclusive ao suicídio.

A liberdade, tida desde a década de 60 como o direito que poderia garantir o aborto, é pouco considerada nos julgados. Aqui ela é tida como a contemplação dos interesses pessoais de cada um, cabendo ao Poder Judiciário a garantia do exercício da autonomia, por vezes em comparação à possibilidade de interrupção da gestação que decorre de estupro. Assim, embora a liberdade esteja implícita em todas as outras considerações sobre a gestante, ela não é nominada. A autonomia da gestante não parece ser passível de legitimação, sendo a consideração do seu sofrimento e dos riscos que corre mais aceitável. As mulheres são vistas, aqui, como seres vulneráveis, que precisam ser protegidos, fazendo-se cessar, com a autorização judicial, o seu sofrimento ou os danos ou riscos à sua saúde. A postulação do pedido de aborto não é tida como escolha, não sendo a liberdade um critério de relevância.

O exame da ADPF nº 54/2004 permite-nos tirar conclusões semelhantes. Em primeiro lugar, restringe-se aos casos de anencefalia, o que possui maior aceitação. Além disso, utiliza o subterfúgio da antecipação terapêutica do parto, opondo-a ao aborto. Isso é baseado na idéia da inviabilidade fetal. Assim, se não há vida a ser protegida, não há aborto. Não só se transfere o debate do início para o fim da vida, como não se considera devidamente o aborto

nesses casos como escolha reprodutiva. Ele é algo que derivaria apenas das condições de inviabilidade fetal. A gestante só é passível de consideração porque a vida do feto é desqualificada. Centra-se o discurso novamente no feto, relegando-se a gestante a segundo plano.

Foi preciso, para compreender o porquê das considerações verificadas no capítulo 2, realizar uma análise mais aprofundada de questões referentes às mulheres e ao papel que o Direito exerce na sociedade. É a partir da consideração do conceito de gênero que é possível diferenciar o biológico daquilo que é moldado pela cultura, inclusive tendo por base o próprio biológico. Assim, verifica-se que a cultura pode efetuar um processo de naturalização daquilo que é socialmente construído, o que o legará ao local do não dito, do não questionado, do desde já dado. Transpõe-se o determinismo biológico, passando-se à possibilidade de compreensão e explicitação do papel social de gênero destinado às mulheres em uma determinada cultura e em uma determinada época.

A maternidade insere-se aqui. Esse processo que, biologicamente, até o presente momento, é tido como exclusivamente feminino, é representado como um local de domínio da natureza, o que pode denotar a sua significação como o objeto central da vida das mulheres e justificar os sacrifícios em prol do seu exercício. Além disso, se a maternidade é tida como destino biológico, o aborto significa a negação da própria natureza e, conseqüentemente, de um determinado papel de gênero feminino.

O aborto contraria, portanto, a idéia do *instinto maternal*. Ou seja, contraria os cuidados que devem ser tidos durante a gestação, o cuidado com os filhos após o nascimento e, sobretudo o amor incondicional que toda mãe deveria ter por seus filhos, não como algo que se constrói, mas como aquilo que é intrínseco ao seu ser. No entanto, no momento em que passa a ser possível o controle da fecundidade, as mulheres podem dominar melhor sua própria natureza. A interdição do aborto por grave anomalia fetal, portanto, também está ligada ao ideal da maternidade enquanto destino biológico. Assim, a mulher que interrompe a gestação devido à condição de seu feto não está exercitando a maternidade, não sendo considerada uma boa mãe e não se inserindo nos padrões de feminilidade. Esses, no que se refere à maternidade, incluem, ainda, o sacrifício ou até mesmo o masoquismo. Assim, nenhum sofrimento poderia embasar a escolha pelo aborto. Postular o aborto é, portanto, ressaltar o caráter cultural e social da maternidade, além de romper com o destino biológico. É

explicitar os componentes construídos culturalmente inseridos no ideal de maternidade, sob o prisma do amor materno. É a partir disso que passa a ser possível conceber a maternidade (e mesmo a sua negação, por meio do aborto), como direito.

A noção de direitos sexuais e reprodutivos, enquanto aqueles direitos que provêm de grupos sociais, ou seja, que têm origem fora do âmbito estatal, trata de confrontar a noção da sexualidade e da reprodução como inerentes ao âmbito biológico. Assim, seriam passíveis da aplicação da racionalidade do Direito, especialmente sob o signo da autonomia dos indivíduos. Não se restringem a isso, contudo, contemplando também a necessidade de intervenção estatal, no sentido de garantir os meios para que essa autonomia possa ser exercida. Trata-se de direitos complexos, que congregam tanto a noção de direitos civis, quanto de direitos sociais. A partir de sua formulação, postula-se que sejam garantidos os serviços necessários para que se possa efetivar o direito ao planejamento familiar, ao acesso aos métodos contraceptivos, aos cuidados com a maternidade e ao aborto seguro. No que tange à reprodução, esta não pode mais ser alvo, com base nessa nova noção de direitos, de políticas verticais, como as que eram efetuadas com o objetivo de controlar a natalidade, que desconsideram a autonomia reprodutiva dos cidadãos. Nesse contexto, verifica-se diversos instrumentos internacionais, e inclusive alguns nacionais, que legitimam os direitos sexuais e reprodutivos.

Apesar da noção de direitos sexuais e reprodutivos, que insere a sexualidade e a reprodução no âmbito dos direitos, justamente por não concebê-las como algo restrito à natureza, o Direito institucionalizado continua a reproduzir a visão contrária, o que pôde ser visualizado sobretudo nas decisões judiciais e nos argumentos utilizados na ADPF nº 54/2004. Denota-se daí, uma vinculação entre Direito e ideologia, concebendo-o como um instrumento que permite a manutenção de um determinado *status quo*.

O Direito, concebido como fenômeno ideológico, atua como forma de dominação e de exercício de poder. No caso em questão neste trabalho, ele delimita aquilo que pode ser nominado, aquilo que pode ser explicitado, inserindo e excluindo discursos, dependendo da possibilidade ou não de legitimação. Isso é ideológico porque se faz de forma velada, porque esse poder não é explicitado. Os discursos são naturalizados, sendo tidos como

pré-dados e imutáveis. Nos discursos acerca do aborto por grave anomalia fetal, a vinculação da moralidade do aborto sobretudo à pessoalidade ou viabilidade do feto, a desconsideração da gestante como sujeito capaz de efetuar escolhas morais e a naturalização do papel social de gênero feminino e da reprodução como algo inerente à natureza, não passível da aplicação da racionalidade, consistem em formas ideológicas de tratamento da questão.

O Direito opera aqui como um produtor de verdades. A viabilidade pode ser verdade. Dela dependem as considerações sobre a gestante. Os riscos à sua vida podem ser verdades. Os riscos à sua saúde, também. Até o seu sofrimento pode ser uma verdade, mas a liberdade, não. A possibilidade de escolha, a elevação das mulheres à maioria moral não consiste numa verdade passível de legitimação pelo Direito. O Direito consiste, portanto, num poderoso instrumento na perpetuação do papel social de gênero atribuído às mulheres, inclusive no que tange aos mitos relativos à maternidade. Legitimam-se, assim, as crenças segundo as quais a reprodução não pode ser possível de racionalização, segundo as quais o amor materno é instintivo e incondicional. Normaliza-se aquilo que pode ser postulado pelas mulheres, normalizando-se o que pode ser tido como de seu domínio: apenas o biológico, não o racional. A reprodução faz parte do seu domínio, mas escolhas reprodutivas, não. Por isso, a gestante, mesmo nos casos em que tem seu pedido atendido, é considerada como vítima da fatalidade de ter gerado um ser portador de grave anomalia. Por isso sua liberdade não pode ser considerada.

É porque o Direito consiste num fenômeno ideológico que é preciso descaracterizar a vida do feto, utilizando-se o argumento da inviabilidade fetal, para autorizar a realização do aborto. Só a partir daí a gestante merecerá consideração jurídica, sendo os riscos à sua saúde e o seu sofrimento valorados. Com isso, oculta-se essa colocação da gestante em segundo plano, denotando-se a pretensa existência de um jogo de forças entre feto e gestante presente no aborto, colocando-se a valorização de um como intrinsecamente dependente da desvalorização do outro.

Conectando-se as questões ideológicas referentes ao Direito com o que já foi exposto sobre gênero e maternidade, percebe-se que ele apenas reproduz concepções sociais. No caso

do aborto por grave anomalia fetal, é questionado não apenas o *status* do feto, mas também o *status* da gestante, o qual está ligado ao papel social de gênero feminino tido por ideal. Contudo, a partir da possibilidade de controle da própria fecundidade, o que é exacerbado com o recurso ao aborto, a maternidade passa a ser escolha, adquirindo outro sentido. Se a reprodução é tida como um processo eminentemente biológico, não é possível considerá-la como sendo passível de escolhas. As mulheres, porque conectadas à reprodução, seu destino natural, também não seriam seres passíveis de escolhas morais. Não é a gestante, dessa forma, considerada como sujeito, mas como objeto, que será regulado pelos discursos médicos, acerca dos riscos que corre e da possibilidade de vida extra-uterina do feto que carrega, ou jurídicos, considerando-se que o direito à liberdade não é algo contemplado nesse caso.

Coloca-se, por fim, a gestante e o feto como pólos antagônicos e independentes. Por isso seus interesses podem ser opostos, havendo um conflito entre a vida e a liberdade. Juridicamente, isso é traduzido como se a garantia dos direitos de um violasse os direitos do outro. No entanto, feto e gestante estão intrinsecamente, e não só biologicamente, ligados. O feto só existe, e continua a existir, devido ao desejo (e à liberdade) da mulher. Por isso, a liberdade não é oposta à vida, mas está à ela ligada. Até porque a vida não é um bem restrito ao feto, mas antes pertencente à gestante que, por isso, pode conferir a vida a outro ser. Por isso, a escolha pelo aborto não necessariamente transgredir o valor da vida, podendo inclusive, o afirmar. Isso porque as escolhas morais relativas à reprodução, feitas pelas mulheres, não são necessariamente escolhas egoístas, estando também em conformidade com a responsabilidade que o poder de gerar lhes confere frente à vida e, conseqüentemente aos outros seres. Isso faz com que as mulheres sejam colocadas como sujeitos morais, capazes de tomar decisões no campo reprodutivo, incluindo a relativa ao aborto de feto portador de grave anomalia. Dessa forma, sendo a reprodução uma escolha, pode o aborto nesses casos ser afirmado como um direito, já que a maternidade passa a ser passível de racionalização.

REFERÊNCIAS

- AMORÓS, Celia. *Hacia una crítica de la razón patriarcal*. 2.ed. Barcelona: Anthropos, 1991.
- ANDORNO, Roberto. *La bioéthique et la dignité de la personne*. Paris: Universitaires de France, 1997.

ARDAILLON, Danielle. O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 2, p. 376-388, 1997.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARILHA, Margareth *et al.* (orgs). Introdução. In: _____. *Homens e masculinidades: outras palavras*. São Paulo: ECOS/Ed. 34, 1998, p. 15-28.

ASCH, Adrienne. Diagnóstico pré-natal e aborto seletivo: um desafio à prática e às políticas. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 287-320, dez. 2003.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6.ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.

AZEVÊDO, Eliane S. Aborto. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs.). *A bioética no século XXI*. Brasília: UNB, 2000, p. 85-100.

BADINTER, Elisabeth. *Um amor conquistado: o mito do amor materno*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985.

_____. *Um é o outro: relações entre homens e mulheres*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

BARBOZA, Heloísa Helena. Reprodução assistida e o novo código civil. In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Bioética, biodireito e o código civil de 2002*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 225-249.

BARCHFONTEINE, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas? In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: SBB; São Camilo; Loyola, 2003, p. 243-254.

BARRETTO, Vicente de Paulo. A idéia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena; MEIRELLES, Jussara; BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Novos temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 219-257.

_____. Da interpretação à hermenêutica constitucional. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 369-394.

BARROS, Alessandra. Limites à condenação do aborto seletivo: a deficiência em contextos de países periféricos. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 273-286, dez. 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988 (Foi bom pra você também?). In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 37-73.

BARSTED, Leila Linhares. O campo político-legislativo dos direitos sexuais e reprodutivos no Brasil. In: BERQUÓ, Elza (org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2003, p. 79-94.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1988. V. 1.

BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980b. V. 1.

_____. *O segundo sexo*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980a. V. 2.

BLONDEAU, Danielle. Qualité de la vie. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Les mots de la bioéthique: un vocabulaire encyclopédique*. Bruxelles: De Boeck, 1995, p. 296-297.

BOLTANSKI, Luc. *La condition foetale: une sociologie de l'engendrement et de l'avortement*. Paris: Gallimard, 2004.

BORELLA, François. Le concept de dignité de la personne humaine. In: PEDROT, Philippe (dir.). *Ethique, droit et dignité de la personne*. Paris: Economica, 1999, p. 29-38.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 3.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003.

_____; EAGLETON, Terry. A *doxa* e a vida cotidiana: uma entrevista. In: ŽIŽEK, Slavoj (org.). *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 265-278.

_____. *O poder simbólico*. 2.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURGUET, Vincent. *O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. *Constituição federal, código civil e código de processo civil*. 5.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

_____. *Constituição federal, código penal e código de processo penal*. 5.ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus nº 56.572-SP*. Impetrante: Vitore André Zílio Maximiano – Procuradoria da Assistência Judiciária. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Pacientes: Tatiane Cristina Freitas e Ricardo Antunes la Padula. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, 25 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.025-6- RJ*. Impetrante: Fabiana Paranhos e outros. Impetrado: Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, 4 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Direitos sexuais e reprodutivos: uma abordagem a partir dos direitos humanos. In: ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2001, p. 199-228.

BUGLIONE, Samantha. A arena moderna e os consensos possíveis: um breve debate sobre pessoa, vida-morte e liberdade no caso de anencefalia. In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: ABEP; Brasília: Letras Livres, 2005, p. 95-114.

_____. Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça. In: BUGLIONE, Samantha (org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Themis; S. A. Fabris, 2002, p. 123-176.

BUTLER, Judith P. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 3.ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 4.ed. Coimbra: Almedina, 2000.

_____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARDOSO, Nara Maria Batista. Mulher e maus-tratos. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. 127-138

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. O princípio da dignidade da pessoa humana nas Constituições abertas e democráticas. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 103-114.

CHAUÍ, Marilena de Souza. *O que é ideologia*. 37.ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

CITELI, Maria Teresa. Fazendo diferenças: teorias sobre gênero, corpo e comportamento. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 131-145, jan./jun. 2001.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito e poder: ensaio de epistemologia política*. São Paulo: Saraiva, 1992.

COLLIN, Françoise. Diferença e diferendo: a questão das mulheres na filosofia. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1995, p. 315-349. V. 5.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 67-119.

COOK, Rebecca J. Estimulando a efetivação dos direitos reprodutivos. In: BUGLIONE, Samantha (org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Themis; S. A. Fabris, 2002, p. 13-60.

CORREAS, Oscar. *Crítica da ideologia jurídica: ensaio sócio-semiológico*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

CORRÊA, Sonia. “Saúde reprodutiva”, gênero e sexualidade: legitimação e novas interrogações. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, p. 39-49.

_____; ÁVILA, Maria Betânia. Direitos sexuais e reprodutivos: pauta global e percursos brasileiros. In: BERQUÓ, Elza (org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2003, p. 17-78.

_____; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1/2, p. 147-177, 1996.

CRAMPE-CASNABET, Michèle. A mulher no pensamento filosófico do século XVIII. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 369-407. V. 3.

D’AGOSTINO, Francesco. *Bioética: segundo o enfoque da filosofia do direito*. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição: 10 anos de resistência. In: CAMARGO, Margarida Maria Lacombe (org.). *1988-1998: uma década de Constituição*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33-36.

DAUPHIN, Cécile. Mulheres sós. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 477-495. V. 4.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

DINIZ, Debora. Aborto e inviabilidade fetal: o debate brasileiro. In: LOYOLA, Maria Andréa (org.). *Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: ABEP; Brasília: Letras Livres, 2005, p. 83-92.

_____. Antecipação terapêutica de parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 21-92.

_____. Debate. In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004b, p. 16-38.

_____. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil?: médicos, promotores e juízes em cena. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 251-272, dez. 2003.

DOUCET, Hubert. Diagnostic prénatal. In: HOTTOIS, Gilbert; PARIZEAU, Marie-Hélène. *Les mots de la bioéthique: un vocabulaire encyclopédique*. Bruxelles: De Boeck, 1995, p. 127-131.

DURAND, Teresa; GUTIÉRREZ, Maria Alicia. Trás las huellas de un porvenir incierto: del aborto a los derechos sexuales y reproductivos. *Ediciones de las mujeres*, Santiago, n. 28, p. 214-232, out. 1999.

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

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. São Paulo: Loyola, 1998.

ERGAS, Yasmine. O sujeito mulher: o feminismo dos anos 1960-1980. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, 1995, p. 583-611. V. 5.

FASANELLA *et al.* Diagnóstico pré-natal. In: LEONE, Salvino *et al.* (coords.). *Dicionário de bioética*. Vila Nova de Gaia: Perpétuo Socorro; Aparecida: Santuário, 2001, p. 267-271.

FATHALLA, M. F. Research needs in human reproduction. In: DICZFALUSY, E *et al.* (eds.). *Research in human reproduction: biennial report 1986-1987*. Genebra: WHO, 1988. *Apud* GALVÃO, Loren. Saúde sexual e reprodutiva, saúde da mulher e saúde materna: a evolução dos conceitos no mundo e no Brasil. In: _____; DÍAZ, Juan (orgs.). *Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios*. São Paulo: Hucitec; Population Council, 1999, p. 170.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Saraiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. 17.ed. Rio de Janeiro: Graal, 2002.

FRAISSE, Geneviève; PERROT, Michelle. A mulher civil, pública e privada: introdução. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994b, p. 347-349. V. 4.

_____. Introdução: ordens e liberdades. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994a, p. 9-15. V. 4.

FRIED, Charles. ¿Es posible la libertad? In: MCMURRIN, Sterling M. (ed.). *Libertad, igualdad y derecho: las conferencias Tanner sobre filosofía moral*. Barcelona: Ariel, 1988, p. 91-132.

FRIEDMAN, Marilyn. Feminism in ethics: conceptions of autonomy. In: FRICKER, Miranda; HORNSBY, Jennifer (eds.). *Feminism in philosophy*. New York: Cambridge, 2000, p. 205-224.

FRIGÉRIO, Valentin *et alii*. Aspectos bioéticos e jurídicos do abortamento seletivo no Brasil. In: *Aborto legal: implicações éticas e religiosas*. São Paulo: CDD, 2002, p. 77-98.

GALVÃO, Loren. Saúde sexual e reprodutiva, saúde da mulher e saúde materna: a evolução dos conceitos no mundo e no Brasil. In: GALVÃO, Loren; DÍAZ, Juan.(orgs.). *Saúde sexual e reprodutiva no Brasil: dilemas e desafios*. São Paulo: Hucitec; Population Council, 1999.

GILES, Thomas Ransom. *Estado, poder, ideologia*. São Paulo: EPU, 1995.

GIORGIO, Michela de. O modelo católico. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 200-237. V. 4.

GODINEAU, Dominique. Filhas da liberdade e cidadãs revolucionárias. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994a, p. 21-39. V. 4.

GOFFI, Jean-Yves. Eugenismo. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética*. Lisboa: Piaget, 2003, p. 345-349.

GOLLOP, Thomaz Rafael. Abortamento. In: GARRAFA, Volnei; COSTA, Sérgio Ibiapina F. (orgs.). *A bioética no século XXI*. Brasília: UNB, 2000, p. 79-83.

GONZÁLEZ, Ana Marta. La dignidad de la persona, presupuesto e la investigación científica. In: LLOMPART, Jesús Ballesteros; MIRALLES, Ángela Aparisi (eds.). *Biotecnología, dignidad y derecho: bases para un diálogo*. Navarra: EUNSA, 2004, p. 17-41.

GROSSI, Miriam Pillar *et al.* Entrevista com Joan Scott. *Revista Estudos Feministas*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 21, p. 114-124, 1998.

GUILAM, Maria Cristina Rodrigues. O discurso do risco na prática do aconselhamento genético pré-natal. In: SCHRAMM, Fermin Roland *et al.* (orgs.). *Bioética, riscos e proteção*. Rio de Janeiro: UFRJ; Fiocruz, 2005, p. 164-176.

GUITTON, Stephanie; IRONS, Peter (eds.). *May it please the court: arguments on abortion*. New York: The New, 1995.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HARDY, Ellen; REBELLO, Ivanise. La discusión sobre el aborto provocado en el Congreso Nacional Brasileño: el papel del movimiento de mujeres. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 259-266, abr./jun. 1996.

HEILBORN, Maria Luiza. Corpo, sexualidade e gênero. In: DORA, Denise Dourado (org.). *Feminino masculino: igualdade e diferença na justiça*. Porto Alegre: Sulina, 1997, p. 47-58.

_____. Gênero: um olhar estruturalista. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (orgs.). *Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade*. Florianópolis: Mulheres, 1998, p. 43-55.

HERA - Health, Empowerment, Rights and Accountability. 1999. Folder Idéias para Ação, *apud* GALVÃO, Loren *et alli* (orgs.). *Saúde sexual e reprodutiva no Brasil*. São Paulo: Hucitec, Population Council, 1999.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1991.

JOAQUIM, Teresa. Criação de humanos e/ou de conceitos: a questão da maternidade n'Ó Segundo Sexo. *Cadernos Pagu*, Campinas, n. 12, p. 165-202, 1999.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Piados, 1997.

JUNGES, José Roque. *Bioética: hermenêutica e casuística*. São Paulo: Loyola, 2006.

_____. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. São Paulo: Martin Claret, 2004.

KNIBIEHLER, Yvonne. Corpos e corações. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 352-401. V. 4.

LAGARDE, Marcela. Identidad de gênero y derechos humanos. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios básicos de derechos humanos IV*. San José: IIDH, 1996, p. 85-125.

LAQUEUR, Thomas. *Inventando o sexo: corpo e gênero dos gregos a Freud*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 2001.

LASCH, Christopher. *A mulher e a vida cotidiana: amor, casamento e feminismo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

LEFAUCHEUR, Nadine. Maternidade, família, estado. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento; São Paulo: Ebradil, p. 479-503. V. 5.

LEONE, Salvino. Anencéfalo. In: _____ et al. (coords.). *Dicionário de Bioética*. Vila Nova de Gaia: Perpétuo Socorro; Aparecida: Santuário, 2001, p. 37-41.

LILIE, Hans. Aborto eugênico. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, direito e bioética: perspectivas em direito comparado*. Belo Horizonte: Del Rey; PUC Minas, 2002, p. 133-142.

LIPOVETSKY, Gilles. *A terceira mulher: permanência e revolução do feminino*. Lisboa: Piaget, 2000.

LOURO, Guacira Lopes. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*. Petrópolis: Vozes, 1997.

LUMIA, Giuseppe. *Princípios de teoria e ideologia del derecho*. Madrid: Debate, 1993.

MANINI, Daniela. A crítica feminista à modernidade e o projeto feminista no Brasil dos anos 70 e 80. *Cadernos AEL*, Campinas, n. 3/4, p. 45-67, 1995/1996.

MARODIN, Marilene. As relações entre o homem e a mulher na atualidade. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. 9-18.

MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 10.ed. São Paulo: Hucitec, 1996.

MCLEOD, Carolyn. Mere and partial means: the full range of the objectification of women. In: BRENNAN, Samantha (ed.). *Feminist moral philosophy*. Calgary: University of Calgary, 2002, p. 219-244.

MENEZES, Magali Mendes de. Da academia da razão à academia do corpo. In: TIBURI, Márcia et al. *As mulheres e a filosofia*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 13-22.

MEYER, Dagmar E. Estermann. A politização contemporânea da maternidade: construindo um argumento. *Gênero*, Niterói, v. 6, n. 1, p. 81-104, ago./dez. 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3.ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. Tomo IV.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Lisboa: 70, 1986.

MISSA, Jean-Noël. Eugenismo privado. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean-Noël. *Nova enciclopédia da bioética*. Lisboa: Piaget, 2003, p. 352-353.

MICHEL, Andrée. *El feminismo*. México, D. F.: Crea, 1983.

MONTAÑO, Sonia. Los derechos reproductivos de la mujer. In: INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. *Estudios básicos de derechos humanos IV*. San José: IIDH, 1996, p. 163-185.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1997.

MORAES, Guilherme Braga Peña de. *Dos direitos fundamentais: contribuição para uma teoria*. São Paulo: LTr, 1997.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Recusa à realização do exame de DNA na investigação da paternidade e direitos da personalidade. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (org.). *A nova família: problemas e perspectivas*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 169-194.

MORAIS, José Luis Bolzan de. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. *Do direito social aos interesses transindividuais: o estado e o direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

MORI, Maurizio. *A moralidade do aborto: sacralidade da vida e o novo papel da mulher*. Brasília: Unb, 1997.

MOSSUZ-LAVAU, Janine. As mulheres e a sexualidade: novos direitos, novos poderes? In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle. *As mulheres e a história*. Lisboa: Dom Quixote, 1995, p. 79-89.

MOTA, Leda Pereira; SPITZCOVSKY, Celso. *Curso de direito constitucional*. 5.ed. atual. pela EC 26/2000. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

MURARO, Rose Marie. *A mulher no terceiro milênio: uma história da mulher através dos tempos e suas perspectivas para o futuro*. 3.ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1993.

NEDEL, José. *Ética aplicada: pontos e contrapontos*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 8, n. 2, p. 9-41, ago./dez. 2000.

NINO, Carlos Santiago. *Ética y derechos humanos*. Barcelona: Ariel, 1989.

NUNES, Silvia Alexim. A mulher, o masoquismo e a feminilidade. In: BRUSCHINI, Cristina; HOLLANDA, Heloísa Buarque (orgs.). *Horizontes plurais: novos estudos de gênero no Brasil*. São Paulo: FCC; 34, 1998, p. 225-248.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de *et al.* Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo. *Bioética*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 79-92, 2005.

OLIVEIRA, Fátima. Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, anti-racista e de classe. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: SBB; São Camilo; Loyola, 2003, p. 345-363.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos*. São Paulo, 1979. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_3.html>. Acesso em: 15 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração de Pequim adotada pela Quarta conferência mundial sobre as mulheres: ação para igualdade, desenvolvimento e paz. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos*. São Paulo, 1995. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_12.html>. Acesso em: 15 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração e programa de ação de Viena. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos*. São Paulo, 1993. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Confere_cupula/texto/texto_3.html>. Acesso em: 15 nov. 2006.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher. In: UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. *Biblioteca virtual de direitos humanos*. São Paulo, 1994. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/counter/Onu/Mulher/texto/texto_10.html>. Acesso em: 15 nov. 2006.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. São Paulo: Paz e Terra, 1993.

PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio: práticas muito antigas. In: PEDRO, Joana Maria (org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003a, p. 19-57.

_____. A repercussão das disputas legislativas: a legislação sobre o aborto e a imprensa. In: PEDRO, Joana Maria (org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*.

Florianópolis: Cidade Futura, 2003b, p. 169-188.

_____. Novos tempos... antigas questões. In: PEDRO, Joana Maria (org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003c, p. 295-297.

_____ *et al.* *Corpos femininos em debate: aborto e infanticídio na imprensa de Florianópolis, uma história de controle e normatização (1950-1996)*. In: PEDRO, Joana Maria (org.). *Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX*. Florianópolis: Cidade Futura, 2003, p. 219-251.

PEREA, Juan Guillermo Figueroa. O exercício da cidadania e a consciência corporal. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: SBB; São Camilo; Loyola, 2003, p. 365-378.

PERROT, Michelle. Sair. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 503-539. V. 4.

PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. 5.ed. rev. e ampl. São Paulo: Loyola, 2000.

PETCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard (orgs.). *Sexualidades pelo avesso: direitos, identidades e poder*. Rio de Janeiro: IMS/UERJ; São Paulo: 34, 1999, p. 15-38.

PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. Gêneros excêntricos: uma abordagem a partir da categoria de sujeito do direito. In: PEDRO, Joana Maria; GROSSI, Miriam Pillar (orgs.). *Masculino, feminino, plural: gênero na interdisciplinaridade*. Florianópolis: Mulheres, 1998, p. 153-166.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

PIOVESAN, Flávia. Os direitos reprodutivos como direitos humanos. In: BUGLIONE, Samantha (org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Themis; S. A. Fabris, 2002, p. 61-79.

PIROTTA, Wilson R. Buquetti; PIOVESAN, Flávia. Direitos reprodutivos e o poder judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (orgs.).

Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina. Campinas: Unicamp; Nepo, 2001, p. 155-186.

PITANGUY, Jacqueline. O movimento nacional e internacional de saúde e direitos reprodutivos. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, p. 19-38.

PITCH, Tamar. *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Madrid: Trotta, 2003.

PRADO, Danda. *O que é aborto*. 2.ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

RAGO, Margareth. Adeus ao feminismo?: feminismo e (pós)modernidade no Brasil. *Cadernos AEL*, Campinas, n. 3/4, p. 11-43, 1995/1996.

RICOEUR, Paul. *Si mismo como otro*. Madrid; México D. F.: Siglo Veintiuno, 1996.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação terapêutica de parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal. In: DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 93-141.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 5355/2003*. Impetrante: Marcelo Machado da Fonseca. Impetrado: 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Paciente: Karina Lima de Moura. Relatora: Marly Macedônio França. Rio de Janeiro, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 6681/04-59*. Impetrantes: Fernando José Aguiar de Oliveira (defensor público) e Renata Ferreira Porto (estagiária da Defensoria). Impetrado: Juízo de Direito da 4ª Vara Criminal de Duque de Caxias. Paciente: Gisele Barbosa e Silva ou Gisele Barbosa da Silva. Relatora: Suely Lopes Magalhães. Rio de Janeiro, 27 de janeiro de 2005. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 42/2000*. Impetrante: Flávia Cristina de Carvalho. Impetrado: Juízo de Direito da 29ª Vara Criminal da capital. Relator: Estenio Cantarino Cardozo. Rio de Janeiro, 21 de junho de 2000. Disponível em: <www.tj.rj.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2006.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação crime n° 70005037072*. Apelante: Patrícia Rodrigues da Silva. Apelado: Ministério Público. Relator: José Antonio Hirt Preiss. Porto Alegre, 12 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação crime n° 70006088090*. Apelante: Rosana da Silva Rodrigues. Apelado: Ministério Público. Relator: Manuel José Martinez Lucas. Porto Alegre, 2 de abril de 2003a. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70006255608*. Apelante: Patrícia Gonçalves Saraiva. Apelado: Ministério Público. Relator: Délio Spalding de Almeida Wedy. Porto Alegre, 15 de maio de 2003c. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70011400355*. Apelante: Leandra Ganbin. Apelado: Ministério Público. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 14 de abril de 2005a. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação crime nº 70011918026*. Apelante: Milla Carla Amaral da Silva. Apelado: Ministério Público. Relatora: Elba Aparecida Nicolli Bastos. Porto Alegre, 9 de junho de 2005b. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 70005577424*. Impetrantes: Aline Vieira de Aguiar e Carlos Eduardo Silva de Oliveira. Impetrada: Juíza de Direito da 2ª Vara do Júri da Comarca de Porto Alegre. Relator: José Antônio Cidade Pitrez. Porto Alegre, 20 de fevereiro de 2003b. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 70006994644*. Impetrante: Jane Terezinha Paiva de Brito. Impetrada: Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de São Leopoldo. Relator: José Antonio Hirt Preiss. Porto Alegre, 25 de setembro de 2003d. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito da saúde: direito sanitário na perspectiva dos interesses difusos e coletivos*. São Paulo: LTr, 1999.

ROCHA, Maria Isabel Baltar da; ANDALAF NETO, Jorge. A questão do aborto: aspectos clínicos, legislativos e políticos. In: BERQUÓ, Elza (org.). *Sexo & vida: panorama da saúde reprodutiva no Brasil*. Campinas: Unicamp, 2003, p. 257-318.

ROSADO-NUNES, Maria José. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: CDD, 2006, p. 23-39.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.

SAFFIOTI, Heleieth; ALMEIDA, Suely Souza de. *Violência de gênero: poder e impotência*. Rio de Janeiro: Revinter, 1995.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 26.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 309.340-3/5*. Impetrante: Maria Rosa Ferreira Santiago. Impetrado: Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial de Cotia. Relator: David Haddad. São Paulo, 22 de maio de 2000a. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança nº 329.564-3/3-00*. Impetrantes: Márcia Milani e João Henrique da Silva. Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de

Osasco. Relator: David Haddad. São Paulo, 20 de novembro de 2000b. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 354.703-3/7-00*. Impetrantes: Regina Márcia Pavão da Silva e Ivan Gerson Scarpelini. Impetrado: Juiz de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais e Polícia Judiciária de São Paulo. Relator: Machado de Andrade. São Paulo, 31 de julho de 2001. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 376.036-3/3-00*. Impetrante: Sheila Gomes Ferreira. Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Taboão da Serra. Relator: Silva Pinto. São Paulo, 22 de abril de 2002. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 433.630-3/9-00*. Impetrantes: Andréia Aparecida Machado dos Santos e Mário Hamilton dos Santos. Impetrado: Juiz de Direito da Vara do Júri de Osasco. Relator: Ribeiro dos Santos. São Paulo, 30 de outubro de 2003. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 458.690.3/4-00*. Impetrante: Magda Morbidelli Araujo. Impetrado: Juízo de Direito do Departamento de Inquéritos Policiais da capital. Relator: Salles Abreu. São Paulo, 5 de maio de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 498.281-3/0-00*. Impetrantes: Denise Aparecida Pereira Toyama e Keiti Luis Von Ah Toyama. Impetrado: Juiz de Direito da 2ª Vara. Relator: Pires Neto. São Paulo, 8 de agosto de 2005b. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

_____. Tribunal de Justiça. *Mandado de segurança n° 884716.3/6-0000-000*. Impetrantes: Marisete do Rosário Santos e Wagner Alves de Oliveira. Impetrado: Juiz da 2ª Vara do Júri do Foro Regional Santana. Relator: Marcos Zanuzzi. São Paulo, 15 de dezembro de 2005a. Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004b.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004a.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Legalização do aborto e constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: CDD, 2006, p. 111-168.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. *Revista Estudos Feministas*,

Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 35-50, maio/ago. 2004.

SCAVONE, Lucila. *Dar a vida e cuidar da vida: feminismo e ciências sociais*. São Paulo: Unesp, 2004.

SCHULTZ, Susanne. 'Having children? That's our decision!': the women's health movement and population policy. In: CAIPORA WOMEN'S GROUP. *Women in Brazil*. London: Latin American Bureau, 1993, p. 81-87.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. *Educação e Realidade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 10-34, jul./dez. 1990.

SÈVE, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Lisboa: Piaget, 1997.

SFEZ, Lucien. *A saúde perfeita: crítica de uma nova utopia*. São Paulo: Unimarco; Loyola, 1996.

SGRECCIA, Elio. *Manual de bioética: fundamentos da ética biomédica*. 2.ed. São Paulo: Loyola, 2002. V. 1.

SHERWIN, Susan. Fundamentos da bioética feminista. In: GARRAFA, Volnei; PESSINI, Leo (orgs.). *Bioética: poder e injustiça*. São Paulo: SBB; São Camilo; Loyola, 2003, p. 333-343.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André *et al.* (orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Unisinos, 2006, p. 113-136.

SIMIONI, Fabiane; CARLOS, Paula Pinhal de; SCHIOCCHET, Taysa. Saúde, sexualidade e adolescentes no contexto jurídico brasileiro. In: COMITÊ LATINO-AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER. *Sérias para el debate n° 2*. Lima: CLADEM, 2002, p. 9-28.

SINGER, Peter. *Ética prática*. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

STOLKE, Verena. La mujer es puro cuento: la cultura del género. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 12, n. 2, p. 77-105, maio/ago. 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 3.ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STREY, Marlene Neves *et al.* Mulher, gênero e representação. In: STREY, Marlene Neves (org.). *Mulher, estudos de gênero*. São Leopoldo: Unisinos, 1997, p. 79-98.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Medida cautelar em argüição de descumprimento de preceito fundamental 54-8 (Distrito Federal). In: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 123-136.

TEPEDINO, Gustavo. Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: _____ (coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. XV-XXXIII.

TESSARO, Anelise. *Aborto seletivo: descriminalização e avanços tecnológicos da medicina contemporânea*. Curitiba: Juruá, 2002.

THERBORN, Göran. *La ideología del poder y el poder de la ideología*. 2.ed. México D. F.: Siglo Veintiuno, 1989.

THOMSON, Judith Jarvis. Una defensa del aborto. In: FINNIS, John *et al.* *Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Cátedra, 1983, p. 9-32.

TOOLEY, Michael. Aborto e infanticídio. In: FINNIS, John *et al.* *Debate sobre el aborto: cinco ensayos de filosofía moral*. Madrid: Cátedra, 1983, p. 69-107.

TOSCANO, Moema; GOLDENBERG, Mirian. *A revolução das mulheres: um balanço do feminismo no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

UNITED NATIONS. The international conference on population and development programme of action. In: UNITED NATIONS POPULATION FUND. *UNFPA and international agreements*. New York, 1994. Disponível em: <<http://www.unfpa.org/icpd/summary.htm>>. Acesso em: 15 nov. 2006.

VALLE, Bárbara. O feminino e a representação da figura da mulher na filosofia de Kant. In: TIBURI, Márcia *et al.* *As mulheres e a filosofia*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 69-90.

VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 7-31, 1995.

VAN DIJK, Teun A. *Ideología: un enfoque interdisciplinario*. Barcelona: Gedisa, 2000.

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Ed. rev. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

VIEIRA, Elisabeth Meloni. A medicalização do corpo feminino. In: GIFFIN, Karen; COSTA, Sarah Hawker (orgs.). *Questões da saúde reprodutiva*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999, p. 67-78.

VILLELA, Wilza Vieira. Direitos sexuais e reprodutivos: afinal, de que falamos? In: BUGLIONE, Samantha (org.). *Reprodução e sexualidade: uma questão de justiça*. Porto Alegre: Themis; S. A. Fabris, 2002, p. 81-92.

VILLORO, Luis. *El concepto de ideología y otros ensayos*. México D. F.: FCE, 1985.

WALKOWITZ, Judith R. Sexualidades perigosas. In: DUBY, Georges; PERROT, Michelle (dirs.). *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1994, p. 403-441. V. 4.

WARAT, Luis Alberto. *A pureza do poder: uma análise crítica da teoria jurídica*. Florianópolis: Ufsc, 1983.

_____. *Introdução geral ao direito*. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1994. V. 1.

_____. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *O direito e sua linguagem*. 2.ed. aum. Colaboração de Leonel Severo Rocha. Porto Alegre: S. A. Fabris, 1995.

WEEKS, Jeffrey. O corpo e a sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). *O corpo educado: pedagogias da sexualidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2001, p. 47-64.

WELZER-LANG, Daniel. A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 2, p. 452-468, jul./dez. 2001.

WERTHEIMER, Roger. Comprender la discusión sobre el aborto. In: FINNIS, John *et al.* *Debate sobre el aborto: cinco ensayos de*

filosofia moral. Madrid: Cátedra, 1983, p. 33-68.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Ideologia, estado e direito*. 4.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ŽIŽEK, Slavoj. Introdução: o espectro da ideologia. In: _____ (org.). *Um mapa da ideologia*. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 7-38.