

(Des)Igualdade de gênero: restrições à autonomia da mulher

Gender (in)equality: restrictions on women's empowerment

Heloisa Helena Gomes Barboza*
Vitor de Azevedo Almeida Junior**

“A subjetividade abstrata se confronta e se mede sobre a concretude do real”.
(Stefano Rodotà)

Resumo

O presente artigo aborda alguns aspectos da autonomia corporal da mulher, especialmente no campo da sexualidade e da reprodução, que desafiam a efetivação do princípio da igualdade de gênero, coroado na Constituição de 1988. Para tanto, examinam-se as restrições ainda presentes no ordenamento jurídico pátrio que limitam a autonomia reprodutiva da mulher tanto no aspecto contraceptivo quanto no conceptivo. Configura-se, desse modo, um quadro de afronta à dignidade e à autonomia da mulher, que alcança seu corpo. Conclui-se, por fim, que diante da grave questão sociocultural da vulnerabilidade de gênero, impõe-se ao legislador promover a substancial e real igualdade entre os gêneros, eliminando as situações de discriminação e desigualdade em relação à mulher, sobretudo no que concerne ao controle de seu próprio corpo.

Palavras-chave: Igualdade de gênero. Autonomia da mulher. Reprodução humana. Sexualidade.

* Doutora em Direito pela UERJ e em Ciências pela ENSP/FIOCRUZ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (aposentada). Professora Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Rio de Janeiro - RJ - Brasil. E-mail: heloisabarboza@gmail.com.

** Doutorando e Mestre (2013) em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro - UERJ. Professor Assistente da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (ITR/UFRRJ). Professor da Especialização em Direito Civil Constitucional do Centro de Estudos e Pesquisa em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (CEPED-UERJ). Professor da Especialização em Direito do Consumidor e Responsabilidade Civil da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ). Professor do Curso de Extensão em Direito Civil Constitucional e Contratos da PUC-Rio. Advogado. Rio de Janeiro - RJ - Brasil. E-mail: almeida.vitor@yahoo.com.br.

Abstract

This article discusses some aspects of bodily autonomy of women, especially in the field of sexuality and reproduction that challenge the effectiveness of the constitutional principle of gender equality. Therefore, we examine the still present restrictions on Brazilian law that limit the reproductive autonomy of women both in appearance as contraceptive in conceptional. Set up thus an affront frame dignity and autonomy of women, which reaches your body. It follows, finally, that in view of the serious socio-cultural issue of gender vulnerability, it must be the legislature to promote substantial and real gender equality by eliminating situations of discrimination and inequality against women, especially with regard to control of your own body.

Keywords: *Gender equality. Empowerment of women. Human reproduction. Sexuality.*

1 Introdução

A questão das “mulheres”¹ foi objeto de inúmeros e diversificados estudos, no campo das Ciências Sociais, relativos aos direitos que lhes eram negados, em particular na área jurídica, os quais certamente contribuíram para as conquistas alcançadas ao longo do século XX. No Brasil, a garantia dessas conquistas se deu com a Constituição Federal de 1988, que afirma serem homens e mulheres iguais em direitos e obrigações (art. 5º, inciso I), e indica a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como um dos objetivos fundamentais da

¹ Neste trabalho, utiliza-se o termo “mulheres”, em lugar de “feminista” ou “feminina”, em razão de ser o melhor para designar a complexidade da temática envolvida, que inclui discussões intragênero. Serve como exemplo da multiplicidade abarcada pela matéria a utilização, por Sueli Carneiro, da expressão “enegrecendo o feminismo”, para designar a trajetória das mulheres negras no interior do movimento feminista brasileiro, como também para revelar uma “identidade branca e ocidental da formulação clássica feminista” e “a insuficiência teórica e prática política para integrar as diferentes expressões do feminino construídos em sociedades multirraciais e pluriculturais” (CARNEIRO, 2003, p. 118). Neste contexto, devem ser incluídas as pessoas transgênero, especialmente transexuais e travestis, que, ao passarem a viver como mulher, sofrem todos os problemas atinentes ao gênero feminino de modo agravado.

República (art. 3º, inciso IV). O estabelecimento de tais princípios em nível constitucional vem dar consecução à igualdade e à justiça, eleitas como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

No cenário constitucional, sobrepairá o princípio da dignidade da pessoa humana, que constitui um dos fundamentos da República a orientar todo ordenamento com função impreterível de interpretação, integração e limitação de todas as demais normas. Contudo, à luz dos esclarecimentos de Stefano Rodotà (2007, *passim*) para que haja efetivo respeito a esse princípio fundante, é indispensável perceber, numa compreensão evolutiva, que a própria noção de dignidade ganha nova dimensão quando se consideram as “formações sociais” que integram a construção da pessoa como um ser real, corporificado, que não mais se esgota na concepção abstrata de sujeito de direito, nem é apenas uma unidade biológica. Nesse processo de passagem da abstração de sujeito “de direito” para a realidade da pessoa, a dignidade deve ser qualificada como “social”, para abranger não somente suas condições materiais de existência, mas principalmente o sistema global de relações onde se constrói e desenvolve a pessoa como ser social e biológico.

Como observa o autor, a concepção do “sujeito abstrato mantém sua função, mas não está mais em condições de envolver na sua integridade as realidades às quais faz referência” – “uma realidade fragmentada e móvel” (RODOTÀ, 2007, p. 18). Lembre-se que, em sua origem, a construção do sujeito abstrato tornava as pessoas formalmente iguais, ao não considerar sua classe social, profissão, condição econômica e sexo, que sustentavam a sociedade da hierarquia e desigualdade. A neutralidade buscada pela abstração teórica foi desvirtuada na modernidade, época em que conceitos e categorias jurídicos eram deliberadamente utilizados para ocultar conflitos - vale dizer, a realidade, a qual não era ocultada em verdade - visto traduzir “a prepotência que fundamentava um ordenamento que negava a liberdade e a igualdade, um regime de exclusão que impedia a saída das ‘gaiolas dos *status*’ que definiam a ‘condição efetiva de pessoa”

simplesmente sancionando e reproduzindo a estratificação social então existente (RODOTÀ, 2007, p. 14-15).

Contudo, a igualdade formal rompeu-se com a emergência de figuras subjetivas não comportadas pela categoria teórica, a qual acolheu em sua completude por longo tempo somente o homem burguês, maior, alfabetizado e proprietário. Nesse contexto, as mulheres foram excluídas e sofreram redução de sua capacidade com o casamento, além de verdadeira “mortificação da sexualidade” (RODOTÀ, 2007, p. 16).

Processos de exclusão desse tipo trouxeram a lume o problema da compatibilidade entre o sujeito abstrato e a igualdade. Para resolvê-lo, foi necessário “reinventar” a pessoa², permitir o livre desenvolvimento de sua personalidade, ou seja, considerar suas “formações sociais” e respeitar sua “dignidade social”, sobretudo sua integridade corporal, visto que “a inviolabilidade da dignidade da pessoa se concretiza na inviolabilidade do corpo” (RODOTÀ, 2007, p. 20).

A despeito da vigência por mais de duas décadas das garantias constitucionais, o que se constata é uma insistente violação da dignidade das mulheres, não só mediante um processo surdo de discriminação que afronta o princípio da igualdade, como também através de violações corporais de diferentes ordens, que chegam a níveis de violência física intoleráveis. Essa situação social recoloca as mulheres na categoria de sujeito de direito em sua formulação original, como entes abstratos, titulares de igualdade formal, não obstante agraciadas por diversos dispositivos legais que lhes asseguram direitos que carecem, muitas vezes, de qualquer efetividade. Imperativo, por conseguinte, que as mulheres tenham assegurado o seu reconhecimento como pessoa, o que só poderá ocorrer se houver respeito a sua “dignidade

² No século XIX, a noção de pessoa já existia no discurso jurídico, mas em sentido abstrato, vinculada à ideia de sujeito como puro centro de imputação de direitos e deveres, de capacidade jurídica, isto é, da potencialidade abstrata de cada um ser e na condição formal de ter qualquer bem, de que é bom exemplo a afirmação de que toda pessoa tem necessariamente patrimônio, ainda que não possua nenhum bem. (RODOTÀ, 2007, p. 18).

social”, qualificação dada à dignidade pela Constituição Italiana, a ser interpretada de modo amplo, que atinge a própria reconstrução da igualdade formal e não pode ser indiferente ao sistema de relações em que se encontram os sujeitos da igualdade (RODOTÀ, 2007, p. 29).

Embora não haja na Constituição Brasileira tal qualificação expressa, a interpretação sistemática de seus dispositivos, notadamente o art. 3º, que estabelece os objetivos fundamentais da República, autoriza, ou melhor, exige, que se compreenda e aplique o princípio da dignidade humana nessa dimensão social.

Por tais motivos, o presente trabalho aborda alguns aspectos da autonomia das mulheres no Brasil sob a perspectiva da “dignidade social”, a partir do entendimento de Stefano Rodotà. No amplo leque de opções que o tema enseja, foi escolhido um aspecto da relação da mulher com seu próprio corpo por apresentar diversas situações que revelam as restrições legais e sociais que desafiam princípios constitucionais, como as que se verificam no campo da reprodução e sexualidade³. Não há qualquer pretensão de se esgotar matéria tão vasta e complexa, mas de pelo menos contribuir para que os problemas tenham visibilidade no campo jurídico e sejam encaminhadas as soluções já reclamadas.

2 Desigualdade de gênero: o estado da arte

Não há exagero em se dizer que somente em data recente o direito brasileiro, que tradicionalmente considera apenas o sexo biológico de alguém, passou a fazer com maior frequência menção ao gênero de uma pessoa. O termo aflora no debate jurídico especialmente a partir da jurisprudência, em razão das demandas judiciais para o reconhecimento da “identidade de gênero”, propostas pelos integrantes da população LGBT⁴, especialmente pelos transexuais que querem “mudar de sexo”

³ Insta consignar que o presente trabalho não abordará a questão da legalização do aborto, eis que escapa dos estreitos limites da investigação ora proposta, bem como demanda uma análise apartada em razão da amplitude do tema. Sobre o assunto, cf. Sarmento (2007).

⁴ LGBT – Lésbicas, gays, bissexuais e transexuais.

e de travestis que buscam adequar sua qualificação civil ao gênero que vivem. Não se constata, porém, que tenha havido aprofundamento nos conceitos de sexo e gênero, os quais não devem ser confundidos, especialmente quando a desigualdade deriva exatamente da diferença de gêneros, e não necessariamente de sexo, como adiante exposto.

A palavra “sexo” tem vários significados. Dentre eles, o utilizado pelo Direito para qualificar alguém, com base na ótica médico-científica, que privilegia a constituição biológica do ser humano e se refere ao conjunto de características distintivas de macho e fêmea (como o aspecto anatômico, cromossômico, gonadal), que correspondem às categorias masculino e feminino respectivamente. Essa qualificação sexual é feita no momento do nascimento, a partir da conformação da genitália externa do recém-nascido. Sua importância é inquestionável, na medida em que constitui o suporte físico que vincula a construção da identidade da pessoa e se torna fator determinante de direitos e deveres próprios de cada sexo.⁵

O termo “gênero” se refere a uma construção cultural, aos significados atribuídos ao corpo sexuado e, por conseguinte, não decorre de um sexo de maneira pré-determinada. É a concepção que permite reconhecer os procedimentos que são constitutivos do homem e da mulher, além dos limites biológicos, e que se manifesta na reiterada interpretação de uma série de atos, renovados, revisados e consolidados no tempo, a qual é imposta pelas práticas reguladoras da coerência do gênero, isto é, que determinam os comportamentos previstos e esperados para cada sexo. Haveria, nestes termos, um determinismo biológico, na indicação do que compete socialmente a cada sexo. O gênero está atrelado à diferença entre os sexos, como se fosse uma decorrência natural desses. Na verdade, os papéis de gênero são intercambiáveis, conforme a época e a cultura nas diferentes sociedades. Assim, atividades inicialmente atribuídas precipuamente

⁵ Vale como exemplo a diferença de critério para fins de aposentadoria, conforme Lei n. 13.183/2015.

à mulher, como cozinhar ou cuidar da casa e dos filhos, hoje são partilhadas, quando não exercidas exclusivamente pelos homens. O mesmo ocorre em outros campos, como o dos esportes e de várias outras profissões. Exatamente nessa alteração de papéis ocorre boa parte da discriminação das mulheres, que, por exemplo, ao exercerem profissões consideradas masculinas não recebem igual remuneração.

O sistema sexo-gênero rege, desse modo, a vida de todas as pessoas e ganha relevância no momento em que se passa de uma noção que estampa indiferença e neutralidade para outra que requer “atenção para a forma pela qual o direito entra na vida” e assim “se torna meio de um conjunto de critérios de referência diferentes” (RODOTÀ, 2007, p. 25). É preciso, contudo, que esse conjunto esteja atento às condições reais de existência, sob pena de tornar-se igualmente neutro e indiferente, o que vem acontecendo com as mulheres a despeito de todo aparato constitucional.

A medida de importância do gênero para aferição da efetividade desse “conjunto de referências”, vale dizer do Direito, pode ser constatada cotidianamente nos noticiários, que revelam o panorama de desigualdade e violência de toda ordem contra as mulheres, sob o pálio de um ordenamento constitucionalizado regido pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

O Brasil ocupa a 85ª posição em desenvolvimento humano e desigualdade de gênero segundo o Relatório de Desenvolvimento Humano do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Embora seja um dos países em destaque no relatório da ONU Mulheres, devido ao seu papel na geração de trabalho decente para as mulheres, vinte e cinco por cento das brasileiras têm trabalho precário, isto é, que apresenta risco ou sem proteção social. Esse dado ganha maior significado quando se considera que um terço das famílias brasileiras é chefiado por mulheres, e metade delas é monoparental. Além disso:

[...] a taxa de desemprego das mulheres é cerca de duas vezes a dos homens, uma diferença que aumenta quando se comparam homens brancos (5,3%) com mulheres

afrodescendentes (12,5%). Apenas um quarto das mulheres empregadas está no setor formal. O salário médio para os homens é 30% maior do que o de mulheres. Um terço das famílias brasileiras é chefiada por mulheres, e metade delas é monoparental.

[...]

O Brasil continua a ocupar o lugar 121º lugar no ranking de participação das mulheres na política, com as mulheres ocupando pouco mais de 10% dos assentos no Congresso Nacional. As mulheres também ocupam apenas 10% das prefeituras e representam 12% dos conselhos municipais, apesar do cumprimento da lei de cotas (30%) obtido pela primeira vez nas eleições municipais de 2012⁶.

Observe-se que a discriminação das mulheres não se verifica apenas nas populações de mais baixa renda ou escolaridade, nem é exclusivo do Brasil. Ingrid Daubechies ganhou destaque nos noticiários nacionais por ser a primeira mulher a presidir a União Internacional de Matemática (UIM), campo dominado pelos homens, que teriam uma “natural” aptidão para esse tipo de atividade. Na verdade, há mais de um século se defende que as mulheres têm menor competência com base na biologia. Há posições mais radicais, como a dos que aplicavam, no século XIX, a teoria evolucionista de Darwin, para afirmar que as mulheres

⁶ Dados constantes em ONU. Progresso das Mulheres no Mundo: Transformar as economias para realizar os direitos, lançado em 27 de abril de 2015. A respeito de competência legislativa de matéria trabalhista e discriminação de gênero, o Supremo Tribunal Federal julgou, recentemente, por maioria, “procedente pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade da Lei 10.849/2001 do Estado de São Paulo, que trata de punições a empresas privadas e a agentes públicos que exijam a realização de teste de gravidez e a apresentação de atestado de laqueadura para admissão de mulheres ao trabalho. O Colegiado apontou haver lei federal a tratar da matéria (Lei 9.029/1995). Desse modo, ante a inexistência de omissão legislativa por parte da União, não caberia flexibilizar a rigidez constitucional quanto à competência para o tratamento legal do tema. No ponto, a proteção contra a discriminação de gênero em relações trabalhistas seria de competência federal. Além disso, haveria vício de forma, uma vez que a lei estadual cuidara de servidor público e sua iniciativa partira da assembleia legislativa. Ademais, a punição relativa às empresas privadas seria a retirada do sistema de cadastro do ICMS, o que impediria a empresa de funcionar, a afetar todos os seus empregados. Por outro lado, a lei federal se valeria de punições severas que, não obstante, permitiriam a continuidade das atividades da empresa, sem extrapolar os fins da norma, de proteção da mulher no mercado de trabalho. Vencidos os ministros Edson Fachin e Cármen Lúcia, que julgavam o pedido improcedente” (ADI 3165/SP, rel. Min. Dias Toffoli, julg. 11 nov. 2015).

que trabalhavam para obter sua independência financeira se colocavam numa “luta contra a natureza”. Do mesmo modo, argumentou-se que a sexualidade masculina e feminina eram tão díspares que se podia pensar nos dois sexos como espécies separadas (FAUSTO-STERLING, 1992, p. 4). Nessa linha, situações como: (a) a síndrome pré-menstrual como causa de distúrbios na mulher, capaz de comprometer seu discernimento e torná-las penalmente irresponsáveis; (b) a suposta falta inata de aptidão para matemática como fator que impediria as mulheres de se tornarem cientistas, engenheiras ou especialistas em computação; (c) a “natural” agressividade dos homens, que os faz mais competitivos no trabalho; dentre outras, estariam em última instância vinculadas aos nossos genes (FAUSTO-STERLING, 1992, p. 4-7).

Os argumentos que têm sido apresentados para demonstrar as bases genéticas (“*genetic bases*”) ou a estrutura genética profunda (“*genetic deep structure*”) da diferença entre os sexos acabam por dar uma explicação biológica para fenômenos sociais. Em consequência, os esforços para alterar as situações mencionadas seriam em vão. Sob essa ótica, de nada adiantaria desenvolver programas especiais para incentivar as meninas a estudar matemática ou ciências (FAUSTO-STERLING, 1992, p. 7), votar, ou ir para o colégio, como ocorria no século XIX.

A maior violação da dignidade das mulheres parece estar relacionada ao seu próprio corpo e abrange amplo espectro de ações, que vão desde a violência física, que acarreta mortes, mutilações e/ou invalidez em muitos casos, até a desconsideração de sua autonomia, sob os mais variados argumentos, não raro com amparo legal.

Os dados relativos à violência física contra mulheres são reconhecidamente inexatos, em razão de a maioria das vítimas de maus tratos se calarem. Não obstante, os dados obtidos são eloquentes e suficientes para demonstrar a dimensão do problema: mais de cem mil mulheres foram vítimas de homicídio entre 1980 e 2013, número que decresce após a edição da Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, nomeada de Lei Maria da Penha, que criou mecanismos para coibir e

prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher⁷. Em 09 de março de 2015 foi sancionada a Lei 13.104, Lei do Femicídio, que altera o Código Penal para considerar como qualificado o homicídio cometido contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, entendido como tal o crime que envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A mesma lei estabelece o aumento da pena por homicídio em 1/3 (um terço) até a metade, se o crime for praticado: a) durante gestação ou nos 3 (três) meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14 (catorze) anos, maior de 60 (sessenta) anos ou com deficiência; ou c) na presença de descendente ou de ascendente da vítima.

A violência contra mulheres se agrava quando tem cunho sexual, sendo considerada pela OMS um problema de saúde. Esse tipo de violência causa um dano que pode durar uma vida inteira e abrange gerações, com efeitos adversos sérios na saúde, na educação e no trabalho. Segundo a mesma entidade, a violência sexual e a violência praticada pelo parceiro íntimo⁸ afetam uma grande proporção da população, sendo mulheres a maioria que vivencia diretamente essas violências e a maioria que as perpetram, homens. De acordo, ainda, com a OMS:

[...] a perspectiva de gênero enfatiza o patriarcado, as relações de poder hierárquico e as construções de masculinidade e feminilidade como propulsores

⁷ Pelos registros do SIM - Sistema de Informações de Mortalidade, num ritmo crescente ao longo do tempo, tanto em número quanto em taxas, morreu um total de 106.093 mulheres, vítimas de homicídio. Efetivamente, o número de vítimas passou de 1.353 mulheres em 1980, para 4.762 em 2013, um aumento de 252%. A taxa, que em 1980 era de 2,3 vítimas por 100 mil, passa para 4,8 em 2013, um aumento de 111,1%. (WAISELFISZ, 2015, p. 11).

⁸ Para a OMS, trata-se de tipos diferentes de violência sexual, assim definidos: a) Violência do parceiro íntimo – comportamento dentro uma relação íntima que causa dano físico, sexual ou psicológico, incluindo atos de agressão física, coerção sexual, abuso psicológico e comportamentos controladores. Essa definição cobre violência pelos cônjuges e parceiros atuais e passados. b) Violência sexual – qualquer ato sexual, tentativas de obter um ato sexual, comentários ou insinuações sexuais não desejados, atos de tráfico ou dirigidos contra a sexualidade de uma pessoa usando coerção, por qualquer pessoa, independente de sua relação com a vítima, em qualquer contexto, porém não limitado à penetração da vulva ou ânus com o pênis, outra parte do corpo ou objeto – contudo, a definição de estupro pode variar em vários países. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2012, p. 11).

predominantes e generalizados do problema. Esses se baseiam no controle das mulheres e resultam em desigualdade estrutural de gênero. A abordagem dos direitos humanos baseia-se nas obrigações dos Estados de respeitar, proteger e cumprir os direitos humanos e, portanto, de prevenir, erradicar e punir a violência contra mulheres e meninas. Ela reconhece a violência contra as mulheres como uma violação de muitos direitos humanos: os direitos à vida, à liberdade, à autonomia e segurança da pessoa; os direitos de igualdade e não discriminação; o direito de estar livre de tortura e tratamentos ou punições cruéis, desumanos e degradantes; o direito à privacidade; e o direito ao mais alto padrão de saúde possível. Esses direitos estão consagrados em tratados internacionais e regionais e constituições e leis nacionais, que estipulam as obrigações dos Estados, e incluem mecanismos para a responsabilização dos Estados (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2012, p. 9).

Quando se considera a dimensão da sexualidade referente à reprodução, constatam-se que as mulheres sofrem violações de sua autonomia corporal, de maior ou menor intensidade, algumas das quais são objeto de regulamentação legislativa e de grande debate social. O fato de a gestação se dar no corpo da mulher acarreta situações que, sob os mais variados argumentos, acabam por restringir por completo sua autonomia. Sem adentrar no debate, não suportado pelos estreitos limites do presente trabalho, esse é o caso do aborto, que enfrenta barreiras de toda ordem, nos casos em que sua realização é autorizada legalmente, a começar pela precariedade da assistência médica e exigências descabidas feitas pelas unidades de atendimento⁹. Fato ocorrido na Irlanda vem incrementar o já tormentoso debate. Uma jovem de vinte anos, grávida de 17 semanas, teve declarada morte cerebral.

⁹ Estudo realizado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM), da Presidência da República, revela que há no país apenas 37 serviços voltados para o aborto legal, embora 94% das interrupções de gravidez realizadas nessas unidades tenham decorrido de violência sexual (EXIGÊNCIAS..., 2105). Com o segundo maior número de estupros no Brasil, o Rio de Janeiro tem apenas um hospital para realizar o procedimento. (BRASIL..., 2015).

Seus pais expressaram a vontade de desligar os aparelhos que mantêm o funcionamento do corpo da jovem, o que levaria o feto à morte. Os médicos se recusam a atender ao pedido, em razão de norma existente que coloca em pé de igualdade as grávidas e seus bebês em gestação. Embora raro, caso semelhante ocorreu no Texas.¹⁰ (POLEMICA..., 2015).

No polo oposto, a popularização das técnicas de reprodução assistida. Se por um lado abriu um leque de oportunidades para as pessoas que desejam ter filhos, por outro fez surgir uma série de situações inéditas em que o corpo da mulher e sua autonomia sobre ele estão literalmente em jogo.

3 Autonomia sobre o próprio corpo

As questões relacionadas ao corpo da mulher conduzem à indagação feita por Stefano Rodotà (2006): de quem é o corpo? A resposta seria fácil, a partir do entendimento de que não se “tem” o corpo, não há um direito ao corpo, mas se “é” o corpo, visto sê-lo a expressão material da personalidade humana. Contudo, o autor apresenta subseqüentes perguntas à inicial – “de quem é o corpo?”: “[...] da pessoa interessada, do seu círculo familiar, de um Deus que lho doou, de uma natureza que o quer inviolável, de um poder social que de mil maneiras dele se apossa, de um médico, de um magistrado que estabelecem seu destino? E de qual corpo estamos falando?” (RODOTÀ, 2006, p. 73).

Como esclarece Stefano Rodotà (2006), embora durante muito tenha prevalecido a ideia de que o corpo “pertence à natureza”, “os ritos e regras do poder e os ritmos da vida quotidiana” acabam determinando os modos de uso do corpo, sua liberdade e os modos de sua coerção. A “posse de si” e o “controle dos outros” não constituem um fato “natural”. A disciplina humana, o direito e as normas sempre desempenham um papel determinante no corpo (RODOTÀ, 2006, p. 73-74). Como visto

¹⁰ O Tribunal irlandês autorizou o desligamento dos aparelhos, conforme noticiado. (TRIBUNAL..., 2015).

acima, a modernidade jurídica afastou de si a “corporeidade” (*corporeità*) e se construiu em torno de uma trama de conceitos abstratos, que não considera as condições materiais de existência do indivíduo. Desse modo, o conceito de pessoa, ou melhor, de “sujeito” dos códigos civis oitocentistas, ignora a sua “fisicidade” (*fisicità*) e se limita “a acenar brevemente sobre o ‘nascer’ e o ‘morrer’ naturais”, fatos ligados à pessoa governados pela “natureza”. Todavia, com destaca o autor, o próprio Código demonstrava que a relação da sociedade com o corpo ia muito além das regras da natureza. A dominação do marido sobre o corpo da mulher já revelava que as regras jurídicas intervinham sobre o corpo de modo muito além do determinado pela natureza (RODOTÀ, 2006, p. 74).

Nessa linha seguiu o direito civil brasileiro. O Código Civil de 1916¹¹, de inspiração oitocentista, não continha disposições sobre o corpo, limitando-se a estabelecer o início da personalidade civil do homem a partir do nascimento com vida (art. 4º) e o término da existência da pessoa natural com a morte (Art. 10). Em sua versão original, incluía a mulher casada no rol das pessoas relativamente incapazes (art. 6º, inciso II), enquanto subsistisse a sociedade conjugal, sendo o casamento considerado indissolúvel até 1977. Dentre as causas de anulação do casamento, incluía-se o defloramento da mulher, ignorado pelo marido, considerado erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge (art. 219, IV). A anulação decorrente da culpa de um dos cônjuges acarretava a perda de todas as vantagens havidas do cônjuge inocente e a obrigação de cumprir as promessas, feitas no pacto antenupcial (art. 232, I e II). Cabia ao marido a chefia da sociedade conjugal e, em consequência, a representação legal da família, a administração dos bens comuns e o direito de autorizar a profissão da mulher e a sua residência fora do teto conjugal (art. 233, I a IV)¹². Cessava para o marido a obrigação de

¹¹ Lei n. 3.071, de 01 janeiro de 1916.

¹² Bastante significativa foi a edição da Lei n. 4.121/1962, que dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada, pondo fim a sua incapacidade relativa e à necessidade de autorização para o trabalho, dando início ao processo de igualdade de direitos e deveres no casamento que somente foi assegurada com a promulgação da Constituição da República de 1988.

sustentar a mulher se ela abandonasse, sem justo motivo, a habitação conjugal, e se recusasse a voltar, hipótese que autorizava o sequestro temporário de parte dos rendimentos particulares da mulher em proveito do marido e dos filhos (art. 234). Não havia qualquer disposição similar em relação ao marido. Eram deveres de ambos os cônjuges a fidelidade recíproca e a vida em comum no domicílio conjugal (art. 231, I e II), ambos apurados com maior rigor em relação à mulher. A “vida em comum” significava bem mais do que a coabitação, visto compreender o denominado “débito conjugal”, isto é, o direito de exigir do outro a prática de relações sexuais, o que nada mais era se não o direito sobre o corpo do outro.

As referências históricas demonstram como as relações e o controle da sociedade sobre o corpo, através das regras jurídicas, disciplinavam e intervinham muito além do “determinado pela natureza”. Sobretudo revelam a franca discriminação da mulher, que deveria se extinguir efetivamente a partir da Constituição da República de 1988.

O vigente Código Civil¹³ apresenta alguns avanços em relação à mulher e à autonomia sobre o próprio corpo, embora esteja longe de abarcar toda a complexidade hoje existente sobre tais questões, notadamente em decorrência dos vertiginosos avanços médico-científicos. De acordo com o art. 13, salvo por exigência médica, é proibido o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Admite-se, porém, a prática de tal ato para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial¹⁴. É válida também a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, com objetivo científico ou altruístico, ato que pode ser livremente revogado a qualquer tempo (art. 14).

De acordo com o art. 15, ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção

¹³ Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹⁴ Lei n. 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 - Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento.

cirúrgica. Embora represente um significativo avanço em face da Lei Civil anterior, o disposto no art. 15 não reconhece plena autonomia à pessoa, no que respeita à atuação médica, na medida em que a vincula à existência de constrangimento e risco de vida. Trata-se de disposição tímida, que privilegia o poder médico, que não condiz com o próprio entendimento do Código de Ética Médica (2009)¹⁵, segundo o qual devem ser aceitas as escolhas dos pacientes (cap.1, XXI), sendo vedado ao médico deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (cap. IV, art. 24).

A autonomia sobre o próprio corpo encontra-se, ainda, diretamente vinculada ao controle e interferência da sociedade, na medida em que o ato de disposição não pode contrariar os bons costumes.

As mulheres continuam, contudo, sofrendo o maior número de restrições. O Código Civil estabelece que o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas (art. 1.565, § 2º). Na verdade, repete dispositivo constitucional de igual redação (CR, art. 226, § 7º). A Lei do Planejamento Familiar, que regulamenta o referido § 7º, entende 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 casal¹⁶.

Nesses termos, os direitos reprodutivos estão - formalmente e com base constitucional - assegurados aos homens e às mulheres em igualdade de condições. Não é, porém, o que se verifica.

¹⁵ BRASIL. Código de Ética Médica – Resolução CFM n. 1.931/2009.

¹⁶ Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, art. 2º.

4 Autonomia reprodutiva da mulher

No campo da sexualidade e da reprodução, a restrição aos direitos da mulher torna-se mais nítida, especialmente em razão dos progressos biotecnológicos, conforme já observado, ainda que no plano jurídico-constitucional homens e mulheres gozem de igualdade de condições para o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos. O corpo da mulher vem sendo cada vez mais “docilizado” (BARBOZA, 2013, *passim*), a partir da intervenção médica, sobretudo, durante o período gestacional.

Os avanços da biotecnologia e da biomedicina no último quartel do século passado atingiram centralmente a reprodução humana, operando verdadeiras transformações no antes tido como natural fato da gestação e, conseqüentemente, no nascimento. A crescente interferência (bio)médica na reprodução humana integra o chamado processo de medicalização da vida humana,¹⁷ que constitui “fenômeno social difuso nas sociedades ocidentais, que se instaurou talvez de modo não deliberado, mas, sem dúvida, definitivo” (BARBOZA, 2008, p. 778). Tal processo foi acelerado “no século XX, graças à marcante atuação da biomedicina”.¹⁸

Nesse cenário de medicalização da vida humana já se observou que “é possível falar em uma maior concentração de intervenção médica (práticas e discursos) sobre o corpo feminino se comparado ao

¹⁷ Marilena C. D. V. Corrêa e Maria Cristina R. Guilam (2006, p. 2.142) registram que: “A espetacular expansão da medicalização a qualquer aspecto da existência individual e da vida social permite ao discurso médico englobar virtualidades – os riscos – alterando de forma fundamental a topologia daquele discurso. Antes referido estritamente à positividade dos sinais e sintomas circunscritos aos corpos individuais, o discurso médico passa a englobar ‘estilos de vida’ (comportamentos individuais) e os mais diferentes fatores ‘de risco para a saúde’ (qualidade do ar, da água, hábitos culturais etc.)”.

¹⁸ Conforme observou Heloisa Helena Barboza (2008, p. 778-779), “nascimento, desenvolvimento e preservação da vida, e mesmo a morte deixaram de ser fatos naturais, transformando-se em ações médicas, de todo influentes para o direito. Nascimentos e mortes ocorrem em hospitais, para grande parte da população brasileira, incluídos os mais carentes. A medicina determina como nascer, quando morrer, como viver: o que comer, o que fazer ou não, num processo contínuo de acompanhamento do indivíduo, de forma direta ou indireta, como a que ocorre por meio de campanhas ou orientação pelos meios de comunicação em massa”.

masculino” (CORRÊA; GUILAM, 2006, p. 2142) especialmente no campo da reprodução humana. As autoras afirmam ainda que a gravidez é

[...] um dos momentos mais medicalizados da vida da mulher. Por meio do discurso biomédico, a mulher grávida se vê cercada, hoje, de uma rede de vigilância de seu corpo, passando a ser responsabilizada não só pela própria saúde, mas também pela produção de um feto saudável.

De obra da natureza, o processo reprodutivo foi medicalizado, se não em todas, em várias de suas fases. Desde a possibilidade de fertilização dos gametas em laboratório, passando pela exigência médica de acompanhamento pré-natal até a indicação da técnica mais adequada no momento do parto. Todas essas fases foram, indiscutivelmente, medicalizadas, viabilizando novas possibilidades de exames, diagnósticos e tratamentos *in utero*.¹⁹

Embora pareça um fenômeno irrefreável hodiernamente, deve-se ter cautela em relação à situação de vulnerabilidade na qual se encontra a gestante, seja por razões médicas ou psicológicas. Isso não quer dizer redução da capacidade, mas sim um estado de fragilidade, que é realçado pelas prescrições médicas, subjugando as grávidas a um modelo de comportamento condizente e compatível com um discurso

¹⁹ Em 2014, a Organização Mundial de Saúde publicou declaração sobre Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde, em razão de “evidências sugerirem que as experiências de desrespeito e maus-tratos das mulheres durante a assistência ao parto são amplamente disseminadas”. (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE, 2014). De acordo com Dossiê elaborado pela Rede Parto do Princípio para a CPMI da Violência contra as Mulheres, em pesquisa realizada em parceria pela Fundação Perseu Abramo e SESC, em 2010, apontou que 25% das mulheres entrevistadas sofreram algum tipo de agressão durante a gestação, em consultas pré-natais ou no parto. O dossiê esclarece que a violência obstétrica se caracteriza por meio de “todos aqueles praticados contra a mulher no exercício de sua saúde sexual e reprodutiva, podendo ser cometidos por profissionais de saúde, servidores públicos, profissionais técnico-administrativos de instituições públicas e privadas, bem como civis”, de caráter físico, psicológico, sexual, institucional e midiático. (PARTO DO PRINCÍPIO..., 2012, p. 57 e 61). No Brasil, a discussão ganhou destaque com caso que ocorreu na cidade de Torres, no Rio Grande do Sul, quando a Justiça gaúcha determinou que uma gestante de 42 semanas fosse submetida a uma cesariana contra sua vontade, por considerar que a gestante e o nascituro corriam risco de morte. O pedido foi feito pelo Ministério Público após ter sido procurado pela médica. A decisão foi bastante discutida, exatamente pela forma como ocorreu o cumprimento da decisão judicial, visto que a gestante foi levada de casa por força policial até o hospital para realizar o parto. (JUSTIÇA..., 2016).

médico de “gestação saudável” e, conseqüentemente, com o nascimento de uma “criança perfeita”.

É necessário, portanto, um olhar crítico do Direito quanto ao discurso médico de aconselhamento e acompanhamento durante a fase pré-natal, que precisa coincidir com os valores albergados no ordenamento, sob pena de se desconsiderar a autodeterminação existencial da mulher grávida. Contudo, é preciso observar que a autonomia da mulher não se encontra aviltada somente durante o período da gestação, mas também em relação ao aspecto contraceptivo. Em outros termos, tanto o desejo de ter filhos quanto o de não ter se encontram condicionados a um discurso médico e jurídico, que cerceiam a liberdade existencial da mulher.

Nessa linha, realizando breve cotejo histórico, sabe-se que a despeito de as reivindicações de grupos feministas²⁰ em torno da liberdade sexual e reprodutiva remontarem à década de 60 do século passado, Maria Betânia de Melo Ávila (1994, p. 9) esclarece que “a formalização da ideia em termos de direitos reprodutivos é bastante recente”. O discurso feminista privilegiou, ao menos num primeiro momento, “a luta pela descriminalização do aborto e o acesso à contracepção”, em virtude da opressão e submissão da mulher ao modelo de família chefiado pelo homem e cristalizado no matrimônio.

Para Maria Betânia de Melo Ávila (1994, p. 9), “a tensão entre a maternidade obrigatória, concebida como elemento de dominação do homem em relação à mulher, e a contracepção, entendida como forma de libertação”, caracteriza as demandas do feminismo em relação à reprodução. O aspecto conceptivo (ou positivo) dos direitos reprodutivos, ou seja, o direito a ter filhos, não fazia parte do rol de reivindicações do movimento feminista, ao menos em um primeiro momento.

Com o desenvolvimento das ciências biotecnológicas e biomédicas, em especial das tecnologias reprodutivas, tornou-se possível o acesso à

²⁰ Aqui se trata efetivamente do movimento feminista.

situação parental por parte de pessoas estéreis. Embora, em princípio, destinadas a casais heterossexuais inférteis, não tardou para que grupos sociais não contemplados inicialmente pelo discurso biomédico se servissem dessas técnicas como meio de constituir uma família, a exemplo de pessoas solteiras (sobretudo mulheres), homossexuais e transexuais.²¹

O atual entendimento em torno dos direitos reprodutivos, em sentido contraceptivo e conceptivo, deve-se, segundo Maria Betânia de Melo Ávila (1994, p. 9), à

redefinição do pensamento feminista sobre a liberdade reprodutiva, [posto que] a concepção e o exercício da maternidade eram possibilidades que, do ponto de vista moral, já estavam dadas, inclusive como prerrogativas fundamentais ou essenciais da existência das mulheres.

Acrescenta Miriam Ventura (2005, p. 117-118) que o privilégio referente “[...] à proteção do nascituro e à constituição e estabilidade familiar” determina

uma interdependência entre os direitos das mulheres e os da criança ou da família que, na forma ou na prática, desconsidera aspectos fundamentais da posição das mulheres como titulares de direitos próprios e o fato de que os riscos e custos da procriação se dão em seus corpos.

Flávia Piovesan (2003, p. 242) sustenta que o conceito de direitos reprodutivos “tem sido assim ampliado, no sentido de abarcar todo o campo relacionado com a reprodução e sexualidade humanas, passando a compreender direitos reprodutivos e sexuais, concebidos no âmbito dos direitos humanos”.

Nessa linha, Flávia Piovesan (2003, p. 272) reconhece que “a emergência dos direitos reprodutivos como direitos humanos é um fenômeno contemporâneo”, isto é, os direitos sobre a sexualidade e a

²¹ Sobre o direito à reprodução dos transexuais remete-se à Heloisa Helena Barboza (2009, p. 264-279).

reprodução “chegaram tardiamente”.²² Tais direitos foram consolidados somente com a edição de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, nos anos 90 do século passado, em especial pela Declaração e o Programa de Ação sobre População e Desenvolvimento do Cairo, de 1994, e pela Declaração e o Programa de Ação de Pequim, de 1995 (PIOVESAN, 2003, p. 272).

O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizado no Cairo, relaciona o conceito de direitos reprodutivos com a definição de saúde reprodutiva, em observância aos preceitos emitidos pela Organização Mundial de Saúde. Tal programa assegura que “[...] saúde reprodutiva pressupõe a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se, contando com a liberdade de fazê-lo ou não, quando e com que frequência”. Encontra-se implícito, ainda,

[...] o direito de homens e mulheres à obtenção de informação e a ter acesso a métodos de planejamento familiar de sua escolha que sejam seguros, efetivos, disponíveis e aceitáveis, bem como a outros métodos de regulação da fertilidade de sua escolha não contrários à lei.²³

No ordenamento pátrio, embora a expressão “direitos reprodutivos” ainda não tenha adquirido assento legal, a Constituição de 1988, em seu art. 226, parágrafo 7º, ao dispor sobre o direito ao planejamento familiar, fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, permitiu a introdução da autonomia reprodutiva²⁴ no sistema jurídico-constitucional brasileiro.

²² Ressalta Cristina Zurutuza (2001, p. 192) que “a primeira menção a que o tamanho da família deva ser ‘de livre opção do casal’ aparece na Declaração Geral da ONU de 1966”, acompanhada pela Declaração de Teerã de 1968, que incorporou o planejamento familiar como direito.

²³ Programme of action of the UNICPD. Reproductive rights and reproductive health: basis for action, item 7.2 (apud PIOVESAN, 2003, p. 243).

²⁴ O princípio ético da autonomia reprodutiva é um dos eixos fundamentais das teorias bioéticas. Atualmente, o discurso bioético enfrenta o problema sobre a “imposição ou não de limites ao exercício da autonomia reprodutiva”, em virtude principalmente da fragilidade do “idealismo universalizante” dos princípios éticos gerais universais, capazes supostamente de mediar grande parte dos conflitos morais típicos da cartilha bioética, evidenciando a “falência universalista da teoria principialista”. (DINIZ, 2003, p. 177; DINIZ; GUILHEM, 2012, p. 33).

O exame do parágrafo 7^{o25}, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, “permite reconhecer a introdução em nosso sistema de denominada ‘autonomia reprodutiva’”. Com isso, assegura-se

o acesso às informações e meios para sua efetivação, ao se atribuir ao Estado o dever de propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, e ao se vedar qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BARBOZA, 2008, p. 788).

Segundo Daniel Sarmiento (2007, p. 43-44), o fundamento da autonomia reprodutiva pode ser extraído da “própria ideia de dignidade humana da mulher (art. 1º, inciso III, CF), bem como nos direitos fundamentais à liberdade e à privacidade (art. 5º, caput e inciso X, CF)”, sendo dotada, portanto, “de inequívoco fundamento constitucional”.

Sem embargo, o conteúdo da autonomia reprodutiva é preenchido pelo direito ao planejamento familiar, que foi previsto no art. 226, § 7º, da Constituição da República de 1988, o qual pode ser compreendido tanto sob seu aspecto negativo (ou contraceptivo) quanto em seu viés positivo (ou conceutivo).

Conforme visto, a autonomia existencial para fins reprodutivos da mulher se funda em princípios constitucionais como a dignidade humana e a liberdade, bem como nos direitos à privacidade e ao planejamento familiar, que juntos sustentam a autonomia da mulher para decidir sobre seu próprio corpo em relação ao desejo ou não de procriar. Contudo, alguns exemplos são ainda emblemáticos da violação à autonomia da mulher sobre seu próprio corpo, revelando uma desigualdade de gênero ainda presente no ordenamento jurídico.

²⁵ O § 7º, do art. 226, da Constituição Federal, foi regulamentado pela Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996 (Lei do Planejamento Familiar). Nos termos dessa lei, o planejamento familiar é direito de todo cidadão (art. 1º), entendendo-se como tal “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” (art. 2º).

5 Restrições legais à autonomia da mulher

Apesar da garantia constitucional de igualdade de gêneros albergada pela Constituição Federal, exame mais atento da legislação infraconstitucional descortina algumas situações de flagrante violação ao mandamento constitucional.

Um dos exemplos marcantes é o disposto no § 5º do art. 10 da Lei n. 9.263/96, que determina que, na vigência da sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges²⁶. Embora o mencionado dispositivo pareça, *a priori*, compatível com a igualdade de gênero, eis que exige o consentimento de ambos os cônjuges para a esterilização voluntária durante a vigência da sociedade conjugal, além do preenchimento dos demais requisitos previstos no art. 10 da Lei do Planejamento Familiar, de maneira que uma interpretação histórico-relativa da norma não sustenta sua aparente constitucionalidade.

A questão da mulher no Brasil ainda é marcada por uma vulnerabilidade de gênero, sendo vítima tanto de agressões físicas quanto de preconceitos no mercado profissional, como já destacado. Desse modo, impor à mulher casada a exigência de consentimento para realizar a esterilização é mais uma limitação desarrazoada à sua autonomia. Observe-se que, mesmo sendo posterior à Constituição Federal de 1988, a lei se refere apenas às pessoas casadas, nada autorizando a rigor se estenda sua aplicação às mulheres ou homens que não o sejam. Na verdade, reside nesse dispositivo mais uma forma de controle do exercício do direito à reprodução, de constitucionalidade questionável em face da autonomia reprodutiva assegurada pela lei maior, que a própria Lei 9.263/1996 se propõe a regulamentar.

No Brasil, é notório que, mesmo nas famílias fundadas no casamento, o ônus da gravidez e da criação dos filhos ainda recai com

²⁶ “Art. 10. Somente é permitida a esterilização voluntária nas seguintes situações: [...] § 5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges”.

maior peso sobre as mulheres, não obstante todos os esforços para promover uma cultura de compartilhamento das responsabilidades entre homem e mulher, a exemplo da Lei n. 13.058/2014, conhecida como lei da guarda compartilhada, e da Lei n. 11.804/2011, a chamada lei dos alimentos gravídicos, que convocam os pais a uma atuação mais presente ainda durante a fase gestacional. No entanto, além da gestação ocorrer em seu corpo, a mulher ainda assume as maiores responsabilidades, como as que dizem respeito à alimentação, cuidados de toda ordem e à própria saúde do bebê, o que coloca tal norma em confronto com o princípio constitucional da igualdade que deve abranger os gêneros.

Ademais, o dispositivo em comento ainda vincula ao casamento a ideia de procriação, o que foi definitivamente superado pela Constituição, que desvinculou casamento e filiação, tanto para fins de reconhecimento de filhos havidos fora da constância da sociedade conjugal - com a plena igualdade entre os filhos - quanto para constituição da comunhão de vida entre os cônjuges, que hoje independe do projeto parental.

Ao legislador não cabe simplesmente garantir uma igualdade formal entre os gêneros. Diante de uma realidade sociocultural marcada pela desigualdade, é preciso promover uma igualdade substancial, que vise tutelar a dignidade social e a autonomia da mulher de forma efetiva. Nesse sentido, a norma em questão já foi inclusive objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI n. 5.097) ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), sociedade civil sem fins lucrativos, em parceria com o Núcleo Especializado de Promoção e Defesa dos Direitos da Mulher da Defensoria Pública do Estado de São Paulo (NUDEM/SP).

A tese sustentada na referida ação constitucional defende que condicionar a realização da cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro – no caso, do cônjuge – constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo, constitucionalmente assegurado pelo artigo 226, § 7º da Constituição, violando, assim, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Ainda

mais grave é o disposto no art. 15 da Lei do Planejamento Familiar, que estabelece como crime a realização de esterilização voluntária em desacordo com as exigências contidas no art. 10²⁷. Imaginar situação na qual a mulher venha a ser punida criminalmente em razão de ter realizado esterilização voluntária sem consentimento do cônjuge é além de injusto, impor à mulher uma sanção descabida e desproporcional, principalmente nos casos em que a mulher sustenta, não raras vezes, sozinha o núcleo familiar e já possui, pelo menos, dois filhos.

A discriminação em relação à mulher não ocorre somente nos casos em que o desejo de ser mãe deveria partir de uma escolha autônoma, mas também no acesso às tecnologias reprodutivas de mulheres em idade avançada, como é o caso das restrições da já revogada Resolução do CFM n. 2.013/2013 e da, atualmente em vigor, Resolução 2.121/2015.

Mesmo antes das restrições estabelecidas nas Resoluções do Conselho Federal de Medicina, um caso intrigou a comunidade jurídica em razão da decisão da justiça italiana. Após 21 anos de casamento, Gabriella e Luigi De Ambrosis, com 57 e 70 anos respectivamente, resolveram concretizar o desejo parental. Após algumas tentativas frustradas e a rejeição na fila de adoção em virtude da idade avançada do casal, eles decidiram se submeter às técnicas de reprodução assistida, mediante o uso de óvulos doados, e tiveram sucesso. No entanto, o casal perdeu a guarda da filha Viola, então com um ano e sete meses, que foi encaminhada para a adoção.

O caso teve início ainda no primeiro mês de vida de Viola, quando os pais foram denunciados pelos vizinhos por terem deixado, supostamente, o bebê sozinho no carro por quarenta minutos. A mãe Gabriella alegou que sua filha permaneceu no carro enquanto ela retirava dele as compras do carro. Ainda assim, a Justiça determinou o

²⁷ “Art. 15. Realizar esterilização cirúrgica em desacordo com o estabelecido no art. 10 desta Lei”. (Artigo vetado e mantido pelo Congresso Nacional) Mensagem nº 928, de 19.8.1997. Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, se a prática não constitui crime mais grave.

recolhimento da criança e concedeu a guarda a uma família substituta (COLLUCCI, 2011). Os laudos psicológicos e psiquiátricos solicitados pela Justiça concluíram que a mãe não estabeleceu vínculos emocionais com a filha e que o pai não se preocupava com o seu bem-estar. Pelo entendimento do Tribunal de Turim, na Itália, os pais foram “egoístas e narcisistas” por terem tido um filho em idade avançada. Com a decisão, Gabriella e Luigi só podem visitar a filha a cada 15 dias (COLLUCCI, 2011).

O fenômeno da parentalidade tardia é universal, seja em razão do envelhecimento da população, seja em razão da decisão da mulher de ter filhos mais tarde por causa da formação e da carreira profissionais²⁸. No Brasil, a primeira norma restritiva surgiu na Resolução n. 2.013/2013 que estabeleceu a idade máxima para as candidatas à gestação por meio da reprodução assistida aos 50 anos, estendendo tal regra às doadoras temporárias de útero.

A partir da edição da referida Resolução, acentuaram-se os debates sobre os limites ao planejamento familiar, não sendo poucas as indagações geradas, tais como: há prejuízos para os filhos nascidos

²⁸ Sobre o fenômeno da parentalidade tardia e o acesso às técnicas de reprodução assistida em estudo anterior à edição das resoluções apresentadas, seja consentido remeter à Almeida Junior (2013, p. 279-313). “Embora no cenário brasileiro ainda se conviva com a precocidade etária nas gestações indesejadas, decorrentes da falta de informação e acesso aos contraceptivos, ou mesmo, fruto da irresponsabilidade reprodutiva, observa-se, ao contrário, como fenômeno social típico da contemporaneidade, o retardamento do projeto e concretização do desejo parental. Com o movimento feminista e a revolução sexual, as mulheres emanciparam-se do jugo masculino e dogmas religiosos, ampliando a cartilha de possibilidades pessoais em prol da satisfação sexual, liberdade procriativa e busca do projeto de vida individual. Por outro lado, galgaram posições profissionais em equiparação aos postos masculinos, buscando a inserção igualitária no mercado de trabalho, o que demanda uma formação técnica-acadêmica mais qualificada. As transformações da família também possibilitaram que as exigências pessoais de compartilhar uma vida em comum não correspondam, necessariamente, as uniões fundadas no casamento. [...]Todas essas modificações demográficas e comportamentais na sociedade brasileira, com sensíveis repercussões no âmbito familiar, propiciam o estabelecimento da parentalidade em um momento posterior à idade fértil, ou seja, na fase de declínio acentuado das taxas de fertilidade feminina e, em menor escala, masculina. O que era entendido como um limite natural, isto é, próprio das funções biológicas do corpo humano, foi profundamente alterado com a disponibilização das técnicas de reprodução assistida. O exercício da parentalidade é viabilizado, por intermédio deste procedimento médico paliativo, para depois do estágio de alta fertilidade, podendo, ainda, ser concretizado na chamada terceira idade” (p. 300-301).

“fora do tempo”? A idade avançada dos pais afeta o desenvolvimento da personalidade dos filhos? Existe uma faixa etária ideal para o exercício do direito ao planejamento familiar? São os “filhos da maturidade” vítimas do desejo egoístico de pessoas que não experimentaram a parentalidade na idade em que a natureza determinou? Enfim, pessoas fora da idade fértil ou mesmo idosas podem recorrer às técnicas de reprodução assistida para a concretização do projeto parental?

Além disso, tal regra impinge uma discriminação odiosa à mulher, eis que, por questões biológicas, a idade fértil da mulher cessa em período anterior ao do homem. Melhor seria assegurar o exercício do direito à parentalidade a qualquer pessoa que se encontre em condições médicas para tanto, e que por diversos fatores sociais, econômicos, culturais e pessoais desejam concretizar pela primeira vez o projeto parental ou revivê-lo em virtude de um novo relacionamento, por exemplo. Se por um lado deve-se assegurar a autodeterminação quanto às escolhas existenciais, inclusive as de cunho reprodutivo, por outro, é imprescindível a salvaguarda dos interesses da futura criança, com base no seu prioritário tratamento. Cabe lembrar que o exercício da parentalidade tardia não afeta o livre e sadio desenvolvimento da criança e do adolescente, nem viola o princípio da parentalidade responsável, e, muito menos, afronta a dignidade dos filhos futuros. É possível assegurar as condições de cuidado integral e afeto mesmo se o exercício parental se der em um estágio mais tardio da vida.

Ainda sob a égide da Resolução 2.013/2013, alguns julgados entenderam que tal regra seria inconstitucional²⁹, entendimento que foi seguido pela I Jornada de Direito da Saúde, promovido pelo Conselho Nacional de Justiça, através do enunciado n. 41, que dispõe:

²⁹ De acordo com entendimento do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, “a generalização do limite etário estabelecido na Resolução CFM 2.103/2013, conquanto demonstre a preocupação do Conselho Federal de Medicina com riscos e problemas decorrentes da concepção tardia, desconsidera peculiaridades de cada indivíduo e não pode servir de obstáculo à fruição do direito ao planejamento familiar, a afetar, em última instância, a dignidade da pessoa humana” (TRF, 1ª Região, AI 0055717-41.2014.4.01.0000/MG, Rel. Des. Maria do Carmo Cardoso, julg. 9 dez. 2014).

“O estabelecimento da idade máxima de 50 anos, para que mulheres possam submeter-se ao tratamento e à gestação por reprodução assistida, afronta o direito constitucional à liberdade de planejamento familiar”.

Após os acalorados debates a respeito da limitação etária ao acesso à reprodução assistida, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução n. 2.121/2015, que manteve o limite etário de 50 anos para as candidatas à gestação de reprodução assistida, no entanto, excepcionou tal regra ao estabelecer que “as exceções ao limite de 50 anos para participação do procedimento serão determinadas, com fundamentos técnicos e científicos, pelo médico responsável e após esclarecimento quanto aos riscos envolvidos”.

A Resolução ignora expressamente, como se vê, a autonomia das mulheres, na medida em que o poder de decisão é apenas do médico. Assim, embora tenha havido algum avanço, eis que a vigente regulamentação da matéria pelo CFM se afigura muito mais consentânea com os ditames constitucionais de promoção da autonomia das pessoas fora da idade fértil. Um exame concreto do projeto reprodutivo seria melhor do que uma regra abstrata calcada no questionável critério etário para impedir o recurso às técnicas de reprodução assistida por essas pessoas.

Se o Código de Ética Médica, como assinalado, impõe ao médico (art. 24) o dever de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo, quais as razões que excepcionam esta regra e impedem que a paciente assuma os riscos na tentativa de procriar, se, em outra situação, poderia recusar um tratamento que salvaria sua vida? Insta consignar que a previsão do Código de Ética Médica encontra pleno amparo nos princípios constitucionais.

Indispensável destacar que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina, especialmente a Resolução n. 2.121/2015, ato de feição ético-administrativa, não podem se sobrepor aos ditames constitucionais

e legais, devendo se submeter necessariamente ao merecimento de tutela do ordenamento jurídico.

As restrições à esterilização voluntária e ao acesso às técnicas de reprodução humana assistida obstaculizam a plena fruição do direito ao planejamento familiar, constitucionalmente amparado, afetando, em última instância, a autonomia e a dignidade da mulher.

À luz das situações acima mencionadas, observa-se que, apesar da garantia constitucional da igualdade de gênero e da vulnerabilidade socialmente reconhecida, a legislação infraconstitucional restringe a autonomia e afronta a dignidade inscrita no corpo da mulher, em odiosa discriminação de gênero.³⁰

6 Conclusão

A Constituição de 1988 coroou a igualdade de gênero, fulminando, de uma vez por todas, a odiosa disparidade de direitos assegurados às mulheres e aos homens, que a submetia aos poderes do homem-provedor, seja o pai ou o marido. Contudo, no plano fático-social, a mulher continua sendo vítima de discriminação e preconceito, e tem agravada sua situação de vulnerabilidade, tornando-se vítima, tanto em sua integridade física quanto em tudo que respeita à igualdade de oportunidades e condições no ambiente profissional. Configura-se, assim, um quadro de afronta à dignidade e à autonomia da mulher, que alcança seu corpo, especialmente no campo da sexualidade e reprodução, como acima demonstrado.

Diante da grave questão sociocultural da vulnerabilidade de gênero, impõe-se ao legislador promover a substancial e real igualdade entre

³⁰ Um exemplo também emblemático a respeito da desigualdade de gênero se encontrava na Lei n. 6.015/73, que na redação original do art. 53, depois renumerado pela Lei n. 6.216/75, para art. 52 determinava que cabia ao pai fazer a declaração de nascimento, e somente no caso de falta ou impedimento deste, a obrigação recaía sobre a mãe. Finalmente com a promulgação da Lei n. 13.112/2015, que deu nova redação ao art. 52, I, estabelecendo que cabe ao pai ou a mãe, em conjunto ou isoladamente, a fazer a declaração de nascimento.

os gêneros, eliminando as situações de discriminação e desigualdade em relação à mulher, sobretudo no que concerne ao controle de seu próprio corpo. À luz dos ensinamentos de Stefano Rodotà, para que haja efetivo respeito à dignidade da pessoa humana, especialmente em sua dimensão social, é preciso perceber que a mulher não é um sujeito abstrato de direito, que goza de uma igualdade formal, mas considerá-la concreta e efetivamente pessoa humana, em toda dimensão de sua vulnerabilidade sociocultural.

Referências

ALMEIDA JUNIOR, Vitor de Azevedo. Parentalidade tardia e reprodução assistida: os limites do direito ao planejamento familiar no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 54, 2013.

ÁVILA, Maria Betânia de Melo. Modernidade e cidadania reprodutiva. In: ÁVILA, Maria Betânia de Melo; BERQUÓ, Elza. **Direitos reprodutivos**: uma questão de cidadania. Brasília: Centro Feminista de Estudos e Assessoria - CFEMEA, 1994. p. 09-25.

BARBOZA, Heloisa Helena. A docilização do corpo feminino. In: SILVA, Daniele Andrade da; HERNÁNDEZ, Jimena de Garay; SILVA JUNIOR, Aureliano Lopes da; UZIEL, Anna Paula (Org.). **Feminilidades**: Corpos e sexualidades em debate. Rio de Janeiro: EdUerj, 2013. p. 351-362.

BARBOZA, Heloisa Helena. Direito dos transexuais à reprodução. In: DIAS, Maria Berenice (Org.). **Direito das famílias**. Contributo do IBDFAM em homenagem a Rodrigo da Cunha Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 264-279.

BARBOZA, Heloisa Helena. Reprodução humana como direito fundamental. In: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antônio Augusto Cançado; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). **Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 777-801.

- CARNEIRO, Sueli. Mulheres em movimento. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 17, n. 49, 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ea/v17n49/18400.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.
- COLLUCCI, Cláudia. Pais “velhos” perdem guarda de bebê na Itália. Equilíbrio e Saúde. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 27 out. 2011.
- CORRÊA, Marilena C. D. V.; GUILAM Maria Cristina R. O discurso do risco e o aconselhamento genético pré-natal. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 10, p. 2141-2149, out. 2006.
- COSTA, Mariana Timóteo da. Brasil tem apenas 65 serviços para aborto legal. **O Globo**, São Paulo, 06 nov. 2013. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/brasil-tem-apenas-65-servicos-para-aborto-legal-10696828>>. Acesso em: 18 nov. 2015.
- DINIZ, Debora. Autonomia reprodutiva: um estudo de caso sobre a surdez. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 19, n. 1, p. 175-181. 2003.
- DINIZ, Debora; GUILHEM, Dirce. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2012.
- FAUSTO-STERLING. **Myths of gender: biological theories about women and men**. 2. ed. New York: BasicBooks, 1992.
- MARIZ, Renata. Exigências fora da lei dificultam acesso aborto após estupro diz pesquisa. **O Globo**, São Paulo, 05 jul. 2015. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/exigencias-fora-da-lei-dificultam-acesso-aborto-apos-estupro-diz-pesquisa-16666374>>. Acesso em: 18 nov. 2015.
- MILHORANCE, Flávia. Polêmica sobre aborto na Irlanda ganha repercussão internacional-levanta-debate-em bioética. **O Globo**, São Paulo, 20 dez. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/polemica-sobre-aborto-na-irlanda-ganha-repercussao-internacional-levanta-debate-em-bioetica-14884857>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção da violência sexual e da violência pelo parceiro íntimo contra a mulher: ação e**

produção de evidência. OMS, 2012. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44350/3/9789275716359_por.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2015.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Prevenção e eliminação de abusos, desrespeito e maus-tratos durante o parto em instituições de saúde.** OMS, 2014. Disponível em: <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/134588/3/WHO_RHR_14.23_por.pdf>. Acesso em: 27 dez. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Progresso das Mulheres no Mundo:** transformar as economias para realizar os direitos, lançado em 27 de abril de 2015. Disponível: <<http://www.onumulheres.org.br/noticias/onu-mulheres-faz-hoje-274-lancamento-mundial-do-relatorio-progresso-das-mulheres-no-mundo-transformar-as-economias-para-realizar-odireitos/> ->. Acesso em: 04 dez. 2015.

PARTO DO PRINCÍPIO - MULHERES EM REDE PELA MATERNIDADE ATIVA. **Dossiê da Violência Obstétrica** - “Parirás com dor”, 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/comissoes/documentos/SSCEPI/DOC%20VCM%20367.pdf>>. Acesso em: 29 dez. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flávia; PIROTTA, Wilson R. Buquetti. Direitos Reprodutivos e o Poder Judiciário no Brasil. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). **Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina.** Campinas, SP: Unicamp/Nepo, 2001. p. 155-186.

RODOTÀ, Stefano. **Il corpo.** La vita e le regole. 3. ed. Milano: Feltrinelli, 2006.

RODOTÀ, Stefano. **Dal soggetto alla persona.** Napoli: Scientifica, 2007.

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coord.). **Nos limites da vida:** aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 3-50.

TRIBUNAL irlandês autorizou o desligamento dos aparelhos, conforme noticiado. **O Globo**, 26 dez. 2014. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/sociedade/saude/tribunal-irlandes-autoriza-desligar-aparelhos-de-gravida-que-teve-morte-cerebral-14914240>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa (Org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Associação Brasileira de Estudos Populacionais (ABEP); Brasília: Letras Livres, 2005. p. 115-139.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**, Brasília, 2015, p. 11. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2015.

ZURUTUZA, Cristina. Para uma convenção interamericana pelos direitos sexuais e reprodutivos. In: OLIVEIRA, Maria Coleta; ROCHA, Maria Isabel Baltar da (Org.). **Saúde reprodutiva na esfera pública e política na América Latina**. Campinas, SP; Unicamp/Nepo, 2001. p. 187-207.

Recebido em: 09/07/2016

Aprovado em: 14/03/2017