XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

HERTHA URQUIZA BARACHO

RENATA ALMEIDA DA COSTA

THIAGO ALLISSON CARDOSO DE JESUS

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Hertha Urquiza Baracho, Renata Almeida Da Costa, Thiago Allisson Cardoso De Jesus – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN:978-85-5505-525-6
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição Federal. 3. Tutela Penal. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (27. : 2017 : Maranhão, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito
Florianópolis – Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade Federal do Maranhão - UFMA
São Luís – Maranhão - Brasil
www.portais.ufma.br/PortalUfma/index.jsf

XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

Ambiência de riscos, incertezas e paradoxos, a contemporaneidade brasileira é marcada pela efervescência de diversos paradigmas e teorias, influências notáveis para as políticas criminais, (re)dimensionadas a partir de interesses e racionalidades, alguns declarados e outros implícitos, que se desdobram na forma como o Estado, estrutura-estruturante, lida com os problemas penais aqui experimentados, compatibilizando-se com os preceitos constitucionais e de base garantista-humanitária.

Nessa senda, afigura-se a presente obra coletiva como instrumento fecundo para publicização de pesquisas científicas, reunindo os artigos submetidos e aprovados ao Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição II para apresentação no XXVI Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, realizado no período de 15 a 17 de novembro de 2017, na linda Ilha de São Luís, no Estado do Maranhão, com esmero organizado a partir da cooperação entre a Universidade Federal do Maranhão e a Universidade Ceuma, com o tema "Direito, Democracia e Instituições do Sistema de Justiça".

Na pauta, a dogmática jurídica-penal, as necessárias reflexões zetéticas bem como a reflexividade garantista para (re)pensar institutos, discutir tendências, analisar o processamento criminal como expressão da mão forte do Estado e discutir (in) compatibilidades com a Constituição nessas quase três décadas de construção permanente de um dito Estado Democrático de Direito para o Brasil, marcado por históricas desigualdades sociais, estruturais e veladas.

Nesse sentido, as discussões, no viés do gênero, acerca do direito ao próprio corpo e a tutela penal do aborto; os paradigmas penais e o instituto visionário da Criminal Compliance; a relevância do planejamento familiar como instrumento de prevenção às práticas abortivas; as análises acerca dos descompassos na efetivação de um Direito Penal Juvenil no que refere-se à instrumentalização cível na fase recursal a partir de pesquisas empíricas realizadas; as contextualmente situadas reflexões acerca da força normativa da Constituição e o arcabouço jurídico-fundamental como centro (e núcleo irradiante) do Ordenamento Jurídico Penal bem como o contributo da obra de Vives Antón para as novas percepções (e concepções) sobre a conduta humana, aplicando-se as diversas expressões das ciências penais corroboraram, indubitavelmente, com a diversidade e profundidade dos temas – e dilemas – aqui tão bem enfrentado.

Por conseguinte, as necessárias inferências acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal na mitigação do Estado de Inocência, considerando sua historicidade e o núcleo essencial da garantia fundamental em comento; a (in)efetividade da tutela penal ante os discursos do ódio; as questões controvertidas acerca da audiência de custódia no Brasil; a negação ontológica e as incompatibilidades constitucionais a partir da teoria e adoção do Direito Penal do Inimigo; os descompassos entre a teoria de Luigi Ferrajolli e a lógica perversa da colaboração premiada no processo penal brasileiro; e as considerações a respeito da dignidade humana a partir de Ronald Dworkin para o contexto do Direito Penal fomentaram as discussões de uma tarde tão fecunda da reunião desse Grupo de Trabalho.

Ademais, contributos sobre as nuances do plágio como ofensa ao direito moral do autor, cuja proposta de descriminalização é analisada sob a luz dos princípios da intervenção mínima e da adequação social; as análises acerca da aplicabilidade da Teoria das Janelas Quebradas como um meio para o controle da criminalidade no Brasil; e as discussões sobre os ciberataques na atualidade e os limites do poder punitivo na tipificação de crimes informáticos.

Em suspense, também, questões sobre a Criminologia Cultural e as concepções relacionais entre crime e cultura na dicotomia da teoria do consenso e do conflito; a (in)visibilidade do cárcere feminino; os efeitos do reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional para o caso brasileiro a partir da ADPF 347.

Reunindo pesquisadores por excelência, vinculados às diversas Instituições de Ensino Superior - públicas e privadas, nacionais e estrangeiras; a presente obra que ora apresentamos demonstra a qualidade da pesquisa jurídica no Brasil bem como a audácia, o rigor científico e a vivacidade de seus autores em enfrentar temas necessárias para compreender, reflexivamente, os tempos atuais.

De fato, pesquisar exige cuidados, sobretudo quando a pesquisa chega ao seu ápice! É nesse momento, então, que precisamos deixá-la ir, sem apegos e sem vaidades, inserindo-a no mundo concreto, real, carente de discussões, no qual a Academia, por meio de lutas e resistências, cumprirá o seu desiderato!

Avante!

Prof. Dr. Thiago Allisson Cardoso de Jesus (Universidade Ceuma/ UEMA/ PGCCrim-PUCRS)

Profª.Dra. Hertha Urquiza Baracho (UNIPÊ)

Profª Dra. Renata Almeida da Costa (UNILASSALLE)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO AO ABORTO

FAMILY PLANNING AND EDUCATION AS ABORTION PREVENTION INSTRUMENTS

Karol Araujo Durço [1]

Resumo

O texto objetiva promover uma investigação sobre o papel do planejamento familiar e da educação na prevenção do aborto. Na primeira parte, realizou-se uma rápida incursão nos pontos principais sobre do aborto. Na segunda parte, investigaram-se os instrumentos de prevenção ao aborto, evidenciando os estudos que apontam para soluções que vão além da simples tratativa legislativa ou de simples políticas de saúde pública. Ao final, restou demonstrado que a complexa questão do aborto demanda uma tratativa multidisciplinar e que o planejamento familiar e a educação constituem fatores fundamentais para melhora das alarmantes estatística que acompanham a prática do aborto.

Palavras-chave: Aborto, Prevenção, Planejamento familiar, Educação

Abstract/Resumen/Résumé

The text aims to promote research on the role of family planning and education in the prevention of abortion. In the first part, there was a rapid incursion into the main points about abortion. In the second part, the instruments of abortion prevention were investigated, evidencing the studies that point to solutions that go beyond the simple legislative treatment or simple public health policies. Finally, it has been demonstrated that the complex issue of abortion demands a multidisciplinary approach and that family planning and education are fundamental factors for improving the alarming statistics that accompany the practice of abortion.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Prevention, Family planning, Education

[1] Professor da UFJF. Mestre em Processo Civil pela UFES. Doutorando em Direito Público pela PUC/MG. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

O escopo do presente trabalho consiste na análise do papel do planejamento familiar e da educação para a prática do aborto.

Para cumprir tal tarefa, parte-se de uma pesquisa em fontes secundárias, investigando-se a legislação brasileira, além dos ensinamentos de autores brasileiros e estrangeiros tanto da área jurídica quanto de outros ramos do saber, a fim de construir o aporte teórico necessário para uma compreensão dos pontos fundamentais a respeito do tema.

No primeiro capítulo, o foco foi revisitar o aborto em si. Nesta parte, tratou-se de definir o que é aborto, apresentaram-se alguns dos registros sobre o tema ao longo da história, além de trazer uma síntese dos principais argumentos das diversas posições sobre o aborto.

No segundo capítulo, ingressou-se na investigação do papel do planejamento familiar e da educação como instrumentos de prevenção ao aborto. Para cumprir tal tarefa, evidenciaram-se diversos estudos que apontam para soluções que vão além da simples tratativa legislativa ou de simples políticas de saúde pública. Os autores pesquisados, ao final de complexas investigações que realizaram, invariavelmente concluíram por soluções que passam pelo planejamento familiar e pela educação.

Ao final, seguem-se as conclusões decorrentes deste breve ensaio.

2 O ABORTO

2.1 O que é aborto: do conceito médico ao jurídico

Uma primeira definição de aborto pode ser obtida nos dicionários. Conforme o Dicionário do Aurélio, já em sua primeira definição, aborto é a: "1. Expulsão de um feto ou embrião antes do tempo e sem condições de vitalidade fora do útero materno". Por sua vez, abortar é definido como: "1. Interromper o sucesso ou a continuação de algo. 2. Expulsar, espontânea ou voluntariamente, um feto ou embrião, antes do tempo e sem condições de vitalidade".

Sob um ponto de vista médico, Maria Tereza Verardo (1996, p.23) afirma que: "Alguns obstetras delimitam o tempo de gestação para definir o aborto: até a 22ª semana da gravidez; a interrupção após este período é considerada parto prematuro e se houver óbito do feto, este é considerado natimorto".

Por outras palavras, até por volta dos cinco meses e meio de gestão a expulsão do embrião ou feto é considerada aborto pela medicina, dos cinco meses e meio em diante, parto prematuro.

A mesma autora, na mesma obra, traz, ainda, uma classificação sobre o aborto. Nesse sentido, aborto espontâneo é aquele que ocorre por vários fatores de ordem natural, sendo este realizado pelo próprio corpo da mulher, sem influência externa (1996, p.23). Já aborto provocado é aquele decorrente de interrupção intencional da gestação, por meio de interferência mecânica ou química (1996, p.24). Evidentemente, que o aborto provocado é aquele que possui relevância para a presente análise, sendo, também, a espécie de aborto que gera repercussões jurídicas.

Para a medicina, o aborto provocado ou induzido refere-se à expulsão de um embrião ou de um feto que ocorre intencionalmente pelo uso de medicamentos ou de meios mecânicos (MOORE, 2008, p.23).

Sem embargo, a definição jurídica de aborto provocado não prevê qualquer requisito temporal ou mesmo biológico. Para o direito, o ponto central é a conduta humana. Nesse sentido, quando alguém, intencionalmente, ou seja, dolosamente, interrompe a gravidez provocando a morte do embrião ou feto, comete-se aborto. Recordem-se os tipos penais no Brasil:

> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
>
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Como se percebe da tipificação penal do aborto no Brasil, não existe a modalidade culposa, sendo conduta atípica a conduta da gestante ou de terceiro que, por negligência, imprudência ou imperícia, acabe dando causa ao aborto.

Uma subclassificação do aborto provocado também possui relevância jurídica. Ele é classificado como aborto terapêutico e eugênico.

O aborto terapêutico ou necessário é aquele que envolve situações nas quais há risco de vida para a mãe ou nos casos em que a indicação é de caráter psiquiátrico (graves psicoses

e debilidade mental). Já o aborto eugênico é aquele no qual o feto possua graves anomalias ou doenças transmitidas por um de seus genitores. (VERARDO: 1996, p.24-25)

Cumpre ressaltar que, no Brasil, país que se comparado a diversos outros países do mundo adota uma legislação muito rígida a respeito do aborto[1], apesar de muitas vezes se verificar sua necessidade, ele seria considerado conduta ilegal.

A legislação penal brasileira trata das exceções à prática do aborto da seguinte forma:

> 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.

Como se percebe, não existe possibilidade legislativa de se adotar o aborto eugênico, sendo o aborto terapêutico previsto no inciso I do artigo acima transcrito, apenas para salvar a vida da gestante. Cumpre ressaltar, porém, que em 12.04.2012, foi finalizado o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54, após quase 8 (oito) anos de tramitação no Supremo Tribunal Federal, tendo o Plenário decidido, por maioria de votos, pela inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Por outras palavras, para a hipótese de anencefalia, passou a ser admitido o aborto eugênico no Brasil.

Apresentada, em linhas gerais, uma definição de aborto, resta possível investigar sua presença ao longo da história documentada e, em seguida, abordar as posições contemporâneas sobre o aborto e os argumentos centrais de cada uma das correntes.

2.2 O aborto ao longo da história

Conforme as lições de Danda Prado, os primeiros registros de uma tratativa jurídica sobre o aborto remontam a cerca de 1700 anos antes de Cristo, vindo previstas no Código de Hamurabi. No mencionado instrumento normativo, o mais antigo escrito jurídico que chegou até os dias atuais, o aborto aparece como um crime acidental contra os interesses do pai e do

[1] Aproximadamente 97 países, com cerca de 66% da população mundial, têm leis que em essência permitem o aborto induzido. Noventa e três países, com cerca de 34% da população, proíbem o aborto ou permitem o aborto apenas em situações especiais como deformações do feto, violações ou risco de vida para a mãe. Todos os anos cerca de 26 milhões de mulheres realizam abortos legais, enquanto que 20 milhões de abortos são realizados em países onde esta prática é restringida ou proibida por lei. Disponível em: http://aborto.aaldeia.net/estatisticas-aborto-mundo/ Acesso em 23 de janeiro de 2017.

marido e também uma lesão contra a mulher. O Código, porém, destacava com clareza ser a principal vítima o marido, por ser prejudicado e ofendido economicamente. (1985, p. 42)

O autor destaca, também, as discussões sobre o aborto na Grécia antiga. Sua pesquisa apontou que Sócrates entendia que o aborto deveria ser facilitado quando a mulher assim o desejasse. Platão, por sua vez, defendida em sua obra "A República" que as mulheres de mais de 40 anos deveriam abortar obrigatoriamente, entendendo o aborto, ainda, como instrumento para regular o excessivo aumento da população. No mesmo sentido, Aristóteles defendida, que em casos de excesso de população, deveria ser autorizado o aborto antes da "animação" do feto, (60 dias após sua concepção) para mulheres que tivessem engravidado fora das exigências legais (PRADO: 1985, p. 44).

No Império Romano, inicialmente, o aborto provocado não era considerado crime, tendo em vista que para os juristas e filósofos daquela época o feto não era um ser vivo, sendo considerado *mulieris portio vel viscerum,* que em tradução livre significa parte das vísceras da mulher. Provavelmente em decorrência deste entendimento o direito Romano não trazia nenhuma disposição sobre o aborto. Contudo, as mulheres que realizam o aborto, contra a vontade do marido, poderiam ser submetidas ao castigo de desterro ou, então, unindo o marido sua autoridade a autoridade do Tribunal Doméstico (Instituição que regulamentava os comportamentos intrafamiliares) poderia ser imposto um castigo de outra natureza à culpada (PRADO: 1985 p. 45).

Porém, frente à necessidade de aumentar sua população, durante os governos de Séptimo Severo e Caracala, o Império Romano passou a adotar uma postura deliberadamente repressiva ao aborto, promulgando e fazendo cumprir as leis que castigavam o aborto (PRADO, 1985 p. 46).

Na verdade, em especial na civilização ocidental, um marco em relação à questão do aborto foi o surgimento do cristianismo. Neste sentido, Jorge Miranda afirma que:

> É com o Cristianismo que todos os seres humanos, só por o serem sem acepção de condições, são considerados pessoas dotadas de um eminente valor. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens são chamados à salvação através de Jesus que, por eles, verteu o Seu Sangue. Criados à imagem e semelhança de Deus, todos os homens têm uma liberdade irrenunciável que nenhuma sujeição política ou social pode destruir. (1988)

Os escritores cristãos foram responsáveis por desenvolver uma tese de oposição a tese dos juristas de Roma (*mulieris portio*). Para autores cristãos como Gregório, Niceno, São Cipriano e Tertuliano, dentre outros, o feto não era simples parte do ventre da mulher, mas um

ser dotado de alma. Por esse motivo, tais autores sustentavam que a ocisão do feto é sempre considerada equivalente a homicídio, devendo ter uma pena semelhante.

Por outro lado, conforme as lições de Maria Tereza Verardo, a posição da Igreja Católica passou por grande variação ao longo dos séculos. As doutrinas que se baseiam em "São Basílio" (século IV) e em sua teoria da "animação imediata", que defende ser no momento da fecundação que a alma se instaura no embrião, proibiam o aborto a qualquer tempo. Já o Código de Justiniano (século VI) permitia o aborto, desde que fosse realizado nos 40 primeiros dias de gestação. (1996)

Entre proibições e autorizações a posição da Igreja Católica se alterou algumas vezes, até que em 1869 a proibição foi restituída pelo Papa Pio IX, persistindo deste modo até os dias atuais.

Em 1917, a Igreja declarou que a mulher e todos os envolvidos no aborto deveriam ser excomungados. Na encíclica "Matrimônio Cristão" de Pio XI, de 1930, foi estabelecido que a mãe e o feto tem o mesmo direito à vida. Em 1976, o papa Paulo VI afirma que o pleno direito à vida do feto ocorre desde a concepção, tendo como única exceção a gravidez ectópica (quando óvulo é fecundado na trompa de falópio), que é o único caso, desde 1947, em que a Igreja não se opõe a retirada do embrião.

De uma forma ou de outra, a partir do século XIX, observa-se que as penas severas do aborto se atenuaram, deixando-se de aplicar a pena capital em todas as partes do mundo, restando a aplicação de penas privativas de liberdade nos países que proíbem a prática do aborto.

Por outro lado, a existência de legislação proibitiva e mesmo esta enérgica postura da Igreja Católica nunca impediram a ocorrência de abortos. No Brasil, já no início dos anos 70, a Organização Bem Estar Familiar (BEMFAM) apontava o aborto ilegal como uma epidemia a ser tratada pelo planejamento familiar, conforme será melhor desenvolvido na última parte deste trabalho.

Também nos anos 70, forte corrente dos movimentos feministas centralizaram-se nas lutas pelos direitos específicos das mulheres, em especial sexualidade, saúde reprodutiva, educação, trabalho, violência e política, tendo como referência os princípios dos direitos individuais do liberalismo democrático. No Brasil, esta corrente liga os direitos humanos aos direitos sociais, ao considerar as profundas desigualdades sociais que afastam o País das conquistas feministas já alcançadas em países desenvolvidos. Tal corrente diferencia-se das correntes feministas que privilegiam a luta pela transformação do sistema patriarcal e/ou

falocrático, ou ainda daquelas que priorizam a luta contra heteronormatividade (SCAVONE: 2008, p. 675).

Nos anos 80, estes movimentos feministas se intensificam, buscando uma alteração das políticas públicas por meio dos canais institucionais, ingresso de ativistas na estrutura estatal e associando-se, ainda, a Organizações não governamentais (ONGs). Paralelamente, neste período, desenvolveram-se consistentes pesquisas acadêmicas sobre a mulher. A soma de pesquisa e ativismo político influenciou o aprofundamento do debate de uma séria de temas, inclusive da saúde da mulher. (CAMARGO: 2009)

Ademais, em 1984, em Amsterdã, foi realizado o 4º Encontro Internacional de Saúde da Mulher e nele, com a presença de ativistas da África, Ásia, Europa e América Latina foi formulada a noção de direitos reprodutivos, que incluem:

- O direito de decidir sobre a reprodução sem discriminação, coerção, violência ou restrição ao número de filhos e intervalo entre seus nascimentos.
- O direito de ter acesso a informação e aos meios para o exercício saudável e seguro da reprodução e sexualidade.
- O direito a ter controle sobre o próprio corpo.
- O direito de exercer a orientação sexual sem sofrer discriminações ou violência (VENTURA: 2002 p. 15).

A partir das repercussões deste encontro a noção de direitos reprodutivos propagou-se também nos movimentos feminismo brasileiros, tornando a descriminalização do aborto também uma reinvindicação, associando-se os direitos reprodutivos aos direitos humanos. (SCAVONE: 2008)

Nos anos 90, o debate se intensificou ainda mais, tendo os movimentos focado na alta incidência de abortos clandestinos no País como um problema de saúde pública pela alta mortalidade associada, qualificando-o de aborto inseguro. (SCAVONE: 2008)

Também nesta época, uniram-se aos movimentos feministas profissionais da saúde, juristas e parlamentares na busca pela descriminalização, sendo apresentados diversos projetos de lei ao Congresso Nacional, evidenciando o crescimento de um debate democrático. (SCAVONE: 2008)

Atualmente, pelo mundo, são poucos os países que proíbem totalmente as práticas abortivas. As legislações passam por um processo gradativo de adequação aos anseios sociais e dos movimentos feministas.

Por outro lado, também são poucas as legislações que admitem livremente o aborto consentido e procurado pela gestante. Na verdade, a grande maioria, adota uma

descriminalização parcial, no sentido de tornar legal o aborto apenas quando realizado sob específicas e determinadas circunstâncias, sendo tendência geral, na atualidade, a atenuação das penas para a mulher que pratica ou consente no aborto e penas mais severas somente para os abortadores.

Nestes países, que adotam uma descriminalização parcial, existem três tendências atuais: países com leis restritivas permitem o aborto em casos extremos, como é o caso do Código Penal brasileiro; países com produções legislativas mais liberais, que deixam a decisão nas mãos da mulher e do médico, como são os casos de Japão, Suécia, Rússia e Hungria; e uma terceira tendência, representadas por países que permite o móvito em casos de prole numerosa, impotência patrimonial do casal (*aborto social*) e até por solicitação da mulher, como é o caso do Canadá, cuja legislação está entre as mais liberais sobre o assunto. Nesta última tendência encontra-se, também, a China, que conta com a maior população do planeta e toma medidas extremas e até funestas em relação ao controle de natalidade. (ANDRADE: s.d.)

De uma forma ou de outra, fato é que, com ou sem proibições, ocorre o aborto. Segundo o site "Planeta Sustentável", estima-se que sejam feitos, anualmente, entre 46 e 55 milhões de abortos no mundo, ou cerca de 126 mil por dia. Destes, 78% ocorrem em países em desenvolvimento e os outros 22% em países desenvolvidos[2].

Por fim, vale registrar que o site "Uma Alma Sedenta" aponta que são 97 os países que permitem o aborto provocado a pedido da gestante (aproximadamente 66% da população mundial) e são 93 os países que proíbem o aborto, ou somente o aceitam nos casos em que há risco à vida da mãe, nos casos de estupro, má formação fetal ou incesto (aproximadamente 34% da população mundial)[3]

2.3 Posições sobre o aborto: uma síntese dos principais argumentos

São diversas as posições sobre o tratamento jurídico que deve ser dado ao aborto. Tais posições desencadeiam polêmicas intensas e até passionais, podendo ser apontados como extremos opostos os defensores do direito à escolha da mulher e os defensores do direito à vida do nascituro. As divergências entre os diferentes grupos são tão profundas que não se

---

[2] Planeta Sustentável. Disponível em: http://planetasustentavel.abril.com.br/pops/mapa_aborto_claudia_pop.shtml Acesso em 20 de janeiro de 2017.

[3] Uma Alma Sedenta. Disponível em: http://www.umaalmasedenta.com/p/estatistica-do-aborto-no-mundo.html

limitam apenas aos argumentos morais, jurídicos ou de saúde pública, abrangendo, também convicções religiosas. (SARMENTO: 2005)

Pois bem, em um dos extremos há uma posição alinhada com o setor mais radical do movimento feminista que sustenta a tese de que a questão da vida do embrião ou feto seria irrelevante para o reconhecimento do direito da mulher ao aborto. A mais difundida versão deste argumento é à metáfora do "violinista e do bom samaritano" de autoria da norte-americana Judith Jarvis Thompson. A autora, em conhecido ensaio publicado originariamente em 1971, desenvolveu o seguinte raciocínio: suponha-se que alguém acorde um dia em um hospital, com o rim ligado ao de um famoso violinista. Esta pessoa descobre que fora sequestrada pela Sociedade dos Amantes da Música, porque seu raríssimo tipo sanguíneo era o único compatível com o do violinista, e está agora conectada por aparelhos ao músico, que morrerá se estes forem desligados. Ela é informada, ainda, que em nove meses de tratamento o violinista estará curado e os aparelhos poderão ser desligados sem qualquer risco para nenhum dos dois. Pois bem, diante desta situação a autora questiona se esta pessoa teria o dever moral de aceitar a ligação por nove meses com o violinista, porque este seria o único meio de salvar-lhe a vida. Sustenta que a resposta é negativa e afirma que embora fosse este um proceder elogiável, não existe obrigação moral que o imponha, pois ninguém tem o dever de ser um "bom samaritano". Afirma, dessa forma, que o mesmo raciocínio vale para a gestante, pois ainda que se entenda que a vida do nascituro vale o mesmo que a de alguém já nascido, não se poderia obrigar a mulher, contra a sua vontade, a emprestar seu corpo para manter esta vida, da mesma forma como não existe o dever de ninguém manter seu rim ligado ao de um grande violinista para preservar sua vida. (THOMPSON: 1977).

No outro lado da balança, encontram-se posições alinhadas a crenças religiosas. Tais posições afastam por completo a possibilidade do aborto, colocando o embrião ou o feto na mesma posição de pessoa viva e sustentando ser o aborto conduta idêntica a de um homicídio.

No âmbito jurídico, muitos são os autores que adotam uma posição intermediária. Um exemplo são os autores portugueses Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, os quais, em comentário a Constituição da República Portuguesa, sustentam que:

> A Constituição não garante apenas o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas. Protege igualmente a própria vida humana, independentemente dos seus titulares, como valor ou bem objectivo (...) Enquanto bem ou valor constitucionalmente protegido, o conceito constitucional de vida humana parece abranger não apenas a vida das pessoas mas também a vida pré-natal, ainda não investida numa pessoa (...). É seguro, porém, que (a) o regime de protecção da vida humana, enquanto simples bem constitucionalmente protegido, não é o mesmo que o direito à vida, enquanto direito fundamental das pessoas, no que respeita à colisão com outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (v.g., saúde,

> dignidade, liberdade da mulher, direitos dos progenitores a uma paternidade e maternidade consciente); (b) a protecção da vida intra-uterina não tem que ser idêntica em todas as fases do seu desenvolvimento, desde a formação do zigoto até o nascimento; (c) os meios de protecção do direito à vida – designadamente os instrumentos penais – podem mostrar-se inadequados ou excessivos quando se trate de protecção da vida intra-uterina. (1985, p. 175)

Marca posição, no mesmo sentido, o jurista alemão Claus Roxin, que em Conferência proferida no encerramento de um Congresso de Direito Penal no Rio de Janeiro, em sua homenagem, sustentou que:

> As soluções extremas – no sentido de que se trate o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem já nascido, protegendo-o através dos tipos de homicídio, ou no sentido de que se autorize por completo o aborto até o instante do nascimento – já mal são sustentadas ou praticadas internacionalmente. [...] se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião se encontra somente a caminho de se tornar homem, e que a simbiose com o corpo da mãe faz surgir colisões de interesses que terão de ser resolvidas através de ponderações. (2002)

Entre os juristas brasileiros, Daniel Sarmento encampa essa posição intermediária. O autor afirma que se reconheceu estatura constitucional ao interesse na preservação da vida do nascituro, entendendo que tal interesse aumenta com a progressão da gestação. Sustenta que, de um modo geral, o que buscam as legislações modernas em sede de aborto é um ponto de equilíbrio entre os direitos humanos das gestantes e a proteção à vida do embrião ou feto. (SARMENTO: 2005, p. 22)

Completa o autor ainda, afirmando que:

> A tese que aqui se defenderá é a de que a vida humana intra-uterina também é protegida pela Constituição, mas com intensidade substancialmente menor do que a vida de alguém já nascido. Sustentar-se-á, por outro lado, que a proteção conferida à vida do nascituro não é uniforme durante toda a gestação.
> Pelo contrário, esta tutela vai aumentando progressivamente na medida em que o embrião se desenvolve, tornando-se um feto e depois adquirindo viabilidade extrauterina.

Não obstante, tudo parece indicar que a melhoria da situação do aborto está para além das diversas posições e dos variados argumentos. Defende-se, neste estudo, que o planejamento familiar e a educação são os melhores instrumentos de minoração do problema, como restará melhor desenvolvido no item seguinte.

3 O PLANEJAMENTO FAMILIAR E A EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTOS DE PREVENÇÃO AO ABORTO

Paralela às diversas posições sobre o tratamento jurídico do aborto existe uma realidade fática cruel a respeito desta prática. Cumpre observar que a simples criminalização não é instrumento efetivo de proteção do nascituro. Nesse sentido, basta lembrar as alarmantes estatísticas de aborto em países que proíbem criminalmente a prática, como é caso do Brasil[4]. Ademais, as apurações criminais são muito raras, tornando a legislação muito mais simbólica do que efetiva.

Quanto ao ponto, Daniela Ardaillon leciona com precisão: "É crime raramente punido, tanto para as mulheres que o realizam como para as parteiras, ou para os médicos que o executam, mesmo com a ocorrência de morte da gestante" (1997).

De todo modo, ponderam Lucila Scavone e Gisele Cortês que não se pode desconsiderar a força simbólica dessa interdição penal sobre o imaginário social e subjetivo de quem o pratica, tendo em vista que ocorrem notificações policiais, processos penais, existindo todo um aparato criminal disponível em torno do aborto, mesmo que ele não resulte em condenação. (2000)

Por outro lado, muitos estudos apontam para a complexidade da questão do aborto e para os efeitos sobre a vida das mulheres envolvidas. Mesmo nas hipóteses em que o aborto é permitido, como ocorre em caso de violência sexual, a vítima, em regra, passa por verdadeiro dilema pessoal.

Carolina Leme Machado, em estudo sobre a gravidez após violência sexual, aponta que:

> Os resultados encontrados neste trabalho mostraram que a experiência da gravidez decorrente de violência sexual e da interrupção legal é complexa e produz marcas persistentes na vida das mulheres. A atitude delas de não procurar ajuda

[4] No Brasil, o aborto configura-se em problema de saúde pública. A investigação das mortes por aborto tem permitido, a despeito do pequeno número absoluto de eventos, demonstrar o efeito da legislação, que mantém elevado o risco de morte de mulheres que abortam em condições inseguras. Os estudos são inúmeros, embora com comparabilidade limitada pela diversidade da metodologia empregada, pelas diferenças da cobertura do sistema de mortalidade e da situação de implantação da vigilância ao óbito materno - universo de óbitos investigados, funcionamento dos Comitês de Morte Materna e incorporação das suas análises ao sistema. Deve-se investir na investigação das especificidades dos óbitos por aborto, na identificação dos casos de morbidade grave (ou near miss) e os fatores associados. (MENEZES; AQUINO: 2009, p. 199)

> imediatamente após o abuso deve-se, principalmente, ao comprometimento emocional causado pelo trauma da violência sexual, ao desejo de escondê-la e à falta de informação sobre a disponibilidade de serviços específicos para atender mulheres nesta situação. As vivências do momento do diagnóstico da gravidez evidenciaram claramente a falta de informações sobre o direito à interrupção legal. (MACHADO: 2015, p. 350)

Não se pode perder de vista, ainda, que para doutrina especializada existe direta relação entre o direito à saúde e os direitos reprodutivos. Na definição de Flávia Piovesan e Wilson Ricardo Buquetti Pirota, os direitos reprodutivos seriam "direitos básicos relacionados ao livre exercício da sexualidade e da reprodução humana", abrangendo, também, "o acesso a um serviço de saúde que assegure informação, educação e meios, tanto para o controle de natalidade, como para a procriação sem riscos de saúde". (1998, p. 168)

Ademais, em profundo estudo sobre o aborto na ótica da saúde coletiva, Greice Menezes e Estela Aquino, apontam diversos aspectos que merecem ser trabalhados. Segundo as autoras, investigações em maternidades públicas evidenciaram que a maior parcela das mulheres pesquisadas conheciam os contraceptivos, em especial a pílula e o preservativo masculino. Contudo, restou demonstrado que o conhecimento sobre concepção e contracepção é frágil, inconsistente, o que leva a um uso pouco efetivo dos contraceptivos[5]. Ademais, apontam que independentemente da qualidade das informações e do conhecimento, problemas de acesso aos contraceptivos, em especial poucos métodos disponíveis, descontinuidade de suprimento, insuficiência de locais organizados para atendimento das demandas são barreiras para grande parcela das mulheres que utiliza os serviços públicos. (2009, pp. 193-196)

As autoras apontam, ainda, que:

> As situações de subordinação das mulheres se refletem no escasso diálogo com seus companheiros, na reticência ou mesmo na recusa destes em usar certos métodos. Embora a contracepção continue como um domínio feminino, a escolha do método pode ser feita em função de preferências dos homens; ainda é possível que, mesmo sem consultá-los, as mulheres antecipem as reações destes, ao interiorizarem sua

[5] "Embora a contracepção seja uma das ações previstas nas políticas de saúde desde a década de 1980, a implementação heterogênea das ações no país não assegura a sua efetividade. Com relação à contracepção da emergência, a despeito de ser objeto de norma ministerial e do reconhecimento da sua eficácia pelo Conselho Federal de Medicina, para evitar uma gravidez após relações sexuais desprotegidas é pequena sua divulgação e prescrição nos serviços de saúde. Quanto à esterilização voluntária, mesmo após sua regulamentação pela *Portaria nº. 144* do Ministério da Saúde, persistem obstáculos ao acesso 61. Trata-se, portanto, de um cenário desfavorável para as mulheres, particularmente as mais jovens, pois diante de uma relação sexual desprotegida só lhes resta o recurso ao aborto quando uma gravidez não-prevista ocorre". (MENEZES; AQUINO: 2009, pp. 197-198)

> responsabilidade em evitar a gravidez, ou em situações em que não tenham confiança na atitude do parceiro (2009, pp. 197-198)

Além disso, vale dizer que o estudo apontou que são variados os motivos para a interrupção da gravidez, em especial levando em conta os aspectos da idade, situação conjugal e contexto social. Entre as mulheres sem filhos, uma alegação frequente é a necessidade de postergar a maternidade para possibilitar a continuação de estudos ou trabalho. A falta de recursos financeiros é apontada em investigações com mulheres de camadas populares, sendo causa que não é relevante naquelas de estratos sociais favorecidos. A natureza e o grau de legitimidade da relação com o parceiro também são aspectos relevantes para a prática do aborto[6]. (MENEZES; AQUINO: 2009, pp. 198-199)

Ora, tais apontamentos demonstram que o planejamento familiar e a educação são fatores cruciais para tratar do grave problema do aborto, vez que se não há gravidez indesejada, não será necessária à realização do aborto.

> Resta clara a posição de que aborto não é meio contraceptivo. O resultado negativo de experiências como a descrita *supra* mostram que é melhor iniciar campanhas em favor dos meios anticoncepcionais, apontando os perigos das práticas abortivas, especialmente em relação com as doenças crônicas do aparelho genital de que resulta a esterilidade e, sobretudo, pelo *direito fundamental à vida.* (ANDRADE: s. d.)

Nesse mesmo sentido, Daniel Sarmento afirma que a experiência já demonstrou que o meio de proteção mais adequado destas vidas intra-uterinas não é a repressão criminal. Aponta que outras medidas são muito mais eficazes e não geram os mesmos efeitos colaterais. Defende a ampliação dos investimentos em planejamento familiar e educação sexual para redução do número de gestações indesejadas. Afirma, também, que a garantia do direito à creche e o combate ao preconceito contra a mulher grávida no ambiente de trabalho, para que as gestantes não sejam confrontadas com uma "escolha de Sofia" entre a maternidade ou o emprego são, igualmente, pontos cruciais no combate ao aborto. Por fim, defende o fortalecimento da rede de segurança social, para que um novo filho não seja sinônimo de penúria para as já desassistidas. (SARMENTO: 2005, p. 40)

---

[6] "A atitude inicial das mulheres, apesar de crucial na decisão, está sujeita a modificações em função de projetos pessoais, das circunstâncias do momento, das reações do parceiro e das redes familiar e social. O tipo de vínculo com a parceira parece determinante para se assumir a gravidez e o filho, sendo fundamental o reconhecimento da relação, com o casal constituído, ou em vias de fazê-lo. Nos casos em que a gravidez não é aceita, a ilegitimidade do vínculo é alegada, comportando inclusive suspeição acerca da paternidade" (MENEZES; AQUINO: 2009, pp.198-199)

Adverte Bruno Gil de Carvalho Lima, de toda forma, que o planejamento familiar não constitui questão simples em lugar algum do mundo, sendo as dificuldades quanto à decisão sobre o tamanho da prole e sobre os métodos para prevenir uma gravidez indesejada ainda mais complicadas em países em desenvolvimento (2000). Aponta o autor, que devido a essas dificuldades, a prática da indução ao aborto tem aumentado em muitos países pobres. (2000, p. 168) Conclui, assim, que o aborto é um problema social e político, com envolvimento de aspectos econômicos, educacionais e religiosos e também do setor da saúde. Sustenta, ainda, ser "surpreendente a demanda por abortamentos no Brasil, a despeito de sua ilegalidade e do fato de a opinião dominante na sociedade lhe ser contrária — principalmente nas classes sociais mais baixas, com piores níveis educacionais". (2000: p. 169)

Defende, ademais, que:

> Decidir apenas pela sua legalização ou não, ou em que situações ele deve ser permitido, não resolverá a questão, pelo menos até que o nível educacional geral (e não somente o grau de informação sobre métodos contraceptivos e planejamento familiar) das populações melhore, ou até que modos mais apropriados de prevenção de gestações possam ser amplamente utilizados. (LIMA: 2000, p. 171)

Greice Menezes e Estela Aquino compartilham do mesmo entendimento e afirmam, textualmente:

> A diminuição da ocorrência dos abortos inseguros demanda ações que extrapolam o âmbito do setor saúde. Investimentos em educação são necessários. A maior escolaridade tem sido apontada nos estudos como um grande diferencial quanto aos comportamentos reprodutivos. Mesmo com a tendência observada no país de redução da idade de iniciação sexual das mulheres e conseqüente aproximação dos calendários feminino e masculino, o maior acesso à educação constitui ferramenta para que os jovens possam inclusive manejar a contracepção de forma mais adequada. Educação sexual nas escolas, em uma perspectiva não-sexista e não-homofóbica, deve ser implementada. A despeito da inserção de conteúdos específicos nos Parâmetros Curriculares Nacionais, aprovados desde 1996, ainda é incipiente sua aplicabilidade, dada a necessidade de investimentos na formação de professores. (2009, p. 201)

Em síntese, não há duvidas de que o combate à complexa questão do aborto, muito mais do que repressão legislativa ou simples políticas de saúde pública, exige iniciativas multidisciplinares, despontando a educação, tanto sexual quanto regular, e o planejamento familiar como instrumentos centrais para uma diminuição das alarmantes estatísticas que acompanham a prática abortiva.

4 CONCLUSÃO

A título de conclusão, espera-se tenha restado claro que o aborto é um grave problema da sociedade contemporânea, o qual precisa ser tratado de forma multidisciplinar e pelas diferentes esferas da sociedade e do governo.

As estatísticas confirmam que a repressão criminal é pouco efetiva e que simples políticas de saúde pública também não se mostram suficientemente capazes de enfrentar a questão.

Aspectos socioeconômicos, psicológicos e até mesmo religiosos precisam ser enfrentados, para além de abordagens apenas a partir do direito ou da saúde pública. De toda forma, pretender uma melhora do quadro atual apenas com base em alguma destas frentes, restará iniciativa insuficiente.

Sob outro aspecto, os especialistas pesquisados são enfáticos ao sustentarem que o planejamento familiar e a educação, tanto sexual quanto formal, são fatores fundamentais para melhora do triste quadro sobre o aborto.

O planejamento familiar envolve uma atenção aos aspectos socioeconômicos, psicológicos e religiosos, enquanto a educação contribui para a efetividade das políticas de saúde pública e também das previsões jurídicas sobre o tema, inclusive no sentido de fomentar o necessário debate democrático que precisa envolver a regulação jurídica do aborto.

De todo modo, trata-se de questão que não pode ser negligenciada, nem pela sociedade, nem pelo Poder Público, vez que se referem aos mais básicos direitos fundamentais, tendo em vista que as discussões sobre o tema sempre envolvem o direito à vida e o direito à liberdade, ambos ligados a essência do que é ser humano.

5 REFERÊNCIAS

ANDRADE, Ricardo Luís Sant' Anna de. **Aborto e Direito a Vida.** Disponível em: http://www.aborto.com.br/artigos/index.htm Acesso em 17 de janeiro de 2017.

ARDAILLON, Daniela. O lugar do íntimo na cidadania de corpo inteiro. In: **Revista Estudos Feministas**. Vol. V. nº. 2. Rio de Janeiro: IFCS/UFRJ, 1997, pp. 376-388.

CAMARGO, Thais Medina Coeli de. **O Discurso do Movimento Feminista Sobre o Aborto**. Rio de Janeiro, 2009. Disponível em:

http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11433/ThaisMCRCamargo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 2ª ed. Vol. I. Coimbra: Almedina, 1985.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa**. 4ª ed. Curitiba: Editora Positivo, 2009.

LIMA, Bruno Gil de Carvalho. Mortalidade por causas relacionadas ao aborto no Brasil: declínio e desigualdades espaciais. *In*: **Revista Panamericana de Salud Pública**. Vol. 7, nº. 3. Organizacíon Panamericana de la Salude, mar. 2000, p.168-172.

MACHADO, Carolina Leme et al. Gravidez após violência sexual: vivências de mulheres em busca da interrupção legal. *In*: **Cadernos de Saúde Pública**. Vol. 31. Suppl. 2. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/Fundação Oswaldo Cruz, fev. 2015, p. 345-353.

MENEZES, Greice; AQUINO, Estela M. L. Pesquisa sobre o aborto no Brasil: avanços e desafios para o campo da saúde coletiva. *In:* **Cadernos de Saúde Pública**. Vol. 25. Suppl. 2. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca/Fundação Oswaldo Cruz, 2009, p. 193-204.

MIRANDA, Jorge Miranda. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MOORE, Keith L.. **Embriologia Clínica**. 9ª ed. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

PIOVESAN, Flávia; PIROTA, Wilson Ricardo Buquetti. A Proteção dos Direitos Reprodutivos no Direito Internacional e no Direito Interno. *In*: PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. São Paulo: Max Limonad, 1998, pp. 167-202.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1985.

ROXIN, Claus. **A Proteção da Vida Humana através do Direito Penal**. Conferência realizada no dia 07 de março de 2002, no encerramento do Congresso de Direito Penal em Homenagem a Claus Roxin, Rio de Janeiro. Disponível na Internet: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/25456-25458-1-PB.pdf

SARMENTO, Daniel. **Legalização do Aborto e Constituição**. Mundo Jurídico, 2005. Disponível na Internet: http://www.mundojuridico.adv.br. Acesso em 15 de janeiro de 2017.

SCAVONE, Lucila. Políticas Feministas do Aborto. *In*: **Revista de Estudos Feministas**. Vol. 16. nº. 02. Florianópolis: CFH/CCE/UFSC, maio-agosto de 2008, pp. 675-680.

SCAVONE, Lucila; CORTÊS, Gisele. Do subjetivo ao social: implicações sociológicas do aborto. In: SCAVONE Lucila; BATISTA Luis Eduardo (Orgs.). **Pesquisas de gênero**: entre o público e o privado. Araraquara: Laboratório Editorial/UNESP, 2000, p. 43-55.

THOMPSON, Judith Jarvis. *A Defense on Abortion*. *In*: DWORKIN, Ronald. ***The Philosophy of Law***. Oxford: Oxford University Press, 1977, pp. 112-128

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto, um direito ou um crime?** São Paulo: Editora Moderna, 1996.

VENTURA, Miriam. **Direitos Reprodutivos no Brasil**. São Paulo: Fundação MacArthur, 2002.