XXVI CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI SÃO LUÍS – MA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

RIVA SOBRADO DE FREITAS

RUBENS BEÇAK

DELMO MATTOS DA SILVA

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

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Delmo Mattos da Silva; Riva Sobrado De Freitas; Rubens Beçak– Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-566-9
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. Sociedade. 3. Gestão. 4. Administração. XXVI Congresso Nacional do CONPEDI (26 : 2017 : São Luís/MA, 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

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Honra-nos o convite realizado para compor a coordenação do Grupo de Trabalho (GT) DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II realizado pela Direção do XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI). O evento transcorreu entre os dias 15 a 17 de novembro de 2017 na cidade de São Luís/MA, especificamente na Universidade CEUMA (UniCEUMA).

Realmente, pode-se dizer que foi uma jornada de profícuo trabalho iluminando os percursos da Pós-Graduação em Direito no Brasil. Deste modo, cumpriu-nos a fácil e, da mesma forma, difícil tarefa de avaliação, seleção e condução das apresentações dos artigos submetidos ao GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II.

Com o objetivo de dinamizar a leitura e a exposição, os artigos foram dispostos considerando a aproximação temática. Não obstante, as discussões e fundamentações debatidas nas apresentações representaram atividades de pesquisa e de diálogos em uma relação direta com a comunidade acadêmica e a sociedade. Nesse sentido, os temas abordados revelam desafios e anseios atuais da sociedade por uma renovação dos compromissos da pesquisa jurídica brasileira e a preservação de direitos, da dignidade da pessoa humana e do aperfeiçoamento do regime democrático.

Em síntese, podemos dizer tratar-se de reconhecer a todos os seres humanos, pelo simples fato de serem humanos, seus direitos básicos – justamente os direitos fundamentais.

Os coordenadores do GT DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II agradecem os pesquisadores pelo elevado debate travado em cada temática que, certamente, proporcionou-nos novas reflexões e ponderações favoráveis para a amadurecimento intelectual e de desenvolvimento social, característica essencial dos eventos do CONPEDI.

Coordenadores do GT:

Profª Dr. Riva Sobrado de Freitas - UNOESC

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP

Prof. Dr. Delmo Mattos - UniCEUMA

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.

A LEGISLAÇÃO SOBRE O ABORTO E O DIREITO FUNDAMENTAL DA GESTANTE À VIDA DIGNA

THE LEGISLATION ON ABORTION AND THE FUNDAMENTAL RIGHT OF PREGNANT WOMEN TO DIGNIFIED LIFE

Ingra Fernandes Costa de Miranda
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

Resumo

O artigo 128 do Código Penal Brasileiro estabelece que não se pune o aborto praticado para salvar a vida da gestante ou se a gravidez é resultante de estupro, sendo, nessas situações, um direito das mulheres. Assim, deve o Estado, nestes casos, garantir a interrupção das gestações prestando assistência médica de maneira segura, assegurando o direito à saúde da mulher. O presente trabalho pretende demonstrar a legislação sobre o aborto, bem como os entraves que as gestantes enfrentam para realizarem o aborto legal no Brasil, e como isto afeta negativamente o seus direitos a uma vida digna e saudável.

Palavras-chave: Aborto, Abortamento legal, Direito fundamental, Dignidade humana, Direito à saúde

Abstract/Resumen/Résumé

Article 128 establishes that it is not punished abortion practiced to save the life of the pregnant woman or if the pregnancy is the result of rape, in these situations, a right of women. In such cases, the State must guarantee the interruption of pregnancies by providing medical care in a safe manner, ensuring the right to health of the woman. This paper aims to demonstrate the abortion legislation, as well as the obstacles that pregnant women face in order to perform legal abortion in Brazil, and how this negatively affects their rights to a dignified and healthy life.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Abortion, Legal abortion, Fundamental right, Human dignity, Right to health

INTRODUÇÃO

O aborto é uma prática bastante comum, e realizada no mundo em todo, entre as mulheres que possuem uma gravidez indesejada e que não pretendem dá continuidade à gestação. Tal prática nem sempre foi objeto de reprovação, sendo o aborto uma prática estimulada nas civilizações da antiguidade, funcionando como um método de controle de natalidade.

Com o passar dos séculos e, especialmente, a partir do surgimento do cristianismo, o aborto passou a ser reprimido, tornando-se fato criminoso em alguns países, inclusive mantendo-se assim no Brasil até os dias atuais.

Não obstante uma onda de descriminalização e legalização da prática abortiva na maioria dos países desenvolvidos, a legislação brasileira considera o aborto como um crime contra a vida, sendo esta conduta tipificada pelo Código Penal, em vigor desde 1940. Somente é permitido o aborto em três casos, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, quando a gravidez é resultante de estupro e nos casos de feto com anencefalia. Diante dessas situações, o aborto é lícito e passou a ser um direito das mulheres.

O presente artigo não tem a pretensão de apoiar a legalização do aborto no Brasil ou a sua descriminalização, e sim, pretende-se, de um modo geral, analisar os impactos da atual legislação brasileira e estrangeira sobre o aborto na vida e na saúda das mulheres. Objetiva-se demonstrar os obstáculos e dificuldades que as mulheres encontram para realizarem o aborto seguro, nas hipóteses em que é permitido por lei e não obstante se tratar de um direito, e como isto afeta negativamente o seus direitos a uma vida digna e saudável.

O Brasil, sendo signatário de tratados internacionais de direitos humanos está obrigado a garantir a concretização dos direitos fundamentais das mulheres nestas situações amparadas por lei, garantindo assistência médica pública e segura, por meio de politicas públicas que venham atender as mulheres nestas situações, garantindo, assim, e preservando os seus direitos a uma vida digna e saudável.

Esse trabalho busca acrescentar conhecimento acadêmico e profissional, visando uma análise da legislação brasileira e estrangeira sobre o tema, bem como um apanhado histórico acerca do aborto e da sua prática no mundo.

Para tanto, realizou-se uma pesquisa bibliográfica, onde fora feita o levantamento dos referencias teóricas já escritos, como livros, artigos científicos, páginas na web site, bem como consulta a legislação vigente que versa sobre o tema.

1. Conceito e espécies de aborto

A palavra aborto vem do latim ab-ortus que significa privação do nascimento, interrupção voluntária da gravidez com a expulsão do feto do interior do corpo materno, resultando na morte do produto da concepção (PIERANGELI, 2005, p.109).

Do ponto de vista médico, o aborto induzido é o nascimento forçado antes de 20 semanas. Refere-se à expulsão de um embrião ou feto de forma intencional pelo uso de medicamentos ou de meios mecânicos (Moore, 2008, p. 23).

Segundo o penalista Fernando Capez:

> O aborto consiste, no entanto, na interrupção da gravidez com a consequente expulsão do produto da concepção. Outra denominação interessante para o aborto é a de que este é a eliminação da vida intrauterina (CAPEZ, 2012).

O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal. O aborto natural, assim como o acidental, não é crime e ocorre quando há uma interrupção espontânea da gravidez, podendo ter sido ocasionado por diversas causas. Já o aborto criminoso é aquele realizado intencionalmente e a pedido da gestante, é considerado crime, sendo vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O legal ou permitido se subdivide em: aborto terapêutico e eugênico. O aborto terapêutico ou necessário ocorre quando há risco de vida para a mãe ou nos casos em que a indicação é de caráter psiquiátrico (graves psicoses e debilidade mental). O aborto eugênico é aquele feito para interromper a gravidez em caso de vida extra-uterina inviável, como por exemplo, os casos de fetos com anencefalia. (Verardo apud BENITEZ, 2015, p. 11).

Há também o aborto sentimental, que é aquele realizado por mulheres grávidas vítimas de violência sexual. Este se enquadra na classificação de aborto legal, pois é hipótese permitida pelo nosso ordenamento jurídico pátrio, e ainda, esta dentro da categoria de aborto terapêutico, uma vez que, como decorrência de forte abalo psíquico produzido pelo estupro, a gestante tem sua saúde mental abalada. Enquadrando-se também na categoria de aborto eugênico porque não se conhece a saúde do estuprador, o que o possibilita de ser portador de fatores hereditários patógenos ou doenças adquiridas, que podem ser transmitidas à criança (Verardo apud BENITEZ, 2015, p. 12).

Por fim, conforme aponta Morais (2008, p.1) tem-se o aborto miserável ou econômico, que é aquele praticado por motivos de dificuldades financeiras, prole numerosa. E também, o aborto honoris causa, que é feito para salvaguardar a honra no caso de uma gravidez adulterina ou por outros motivos morais.

Salienta-se, entretanto, que estes dois últimos tipos de aborto não são hipóteses legais permitidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

2. Precedentes históricos ao aborto

A prática do aborto no mundo é bastante antiga; estudos revelam que data de 1.700 antes de Cristo. O Código de Hamurabi considerava o aborto como crime contra os interesses do pai e do marido, e também uma lesão contra a mulher (Prado, 1985, p. 42).

Entretanto, essa prática na sociedade nem sempre foi objeto de reprovação, sendo o aborto uma prática comum nas civilizações hebraicas e gregas, predominantemente na antiguidade. Em Roma, no início, o aborto voluntário não era considerado delito, pois o feto não era visto como um ser vivo. No direito Romano não se encontravam disposições proibindo o aborto, no entanto, para as mulheres que praticavam o aborto contra a vontade do marido, tinham como o castigo o desterro, ou então o marido unia sua autoridade à do Tribunal Doméstico (instituto legal que regulamentava os comportamentos intrafamiliares) a fim de impor o castigo devido à culpada (Prado, 1985 p. 45).

Na Grécia Antiga, Sócrates era a favor de facilitar o aborto quando a mulher assim o desejasse, e seu discípulo Platão propunha em seu escrito "A República" que as mulheres de mais de 40 anos deveriam abortar obrigatoriamente, e aconselhava o aborto para controlar o excessivo aumento de população. Aristóteles também era partidário de abortar em casos de excesso de população, sendo que o aborto deveria ser realizado antes da "animação" do feto (60 dias após sua concepção) para mulheres que tivessem engravidado fora das exigências da legislação (Prado 1985, p. 44).

O autor continua relatando, que, no entanto, Esparta proibia o aborto juridicamente, pois tinha como preocupação atingir o maior número de guerreiros e atletas para as guerras e campos de batalhas. Com o passar dos anos e com a necessidade de aumentar sua população, foi que o Império Romano também passou a assumiu uma atitude repressiva, promulgando e fazendo cumprir as leis que castigavam o aborto.

Destaca-se também o surgimento do cristianismo como fator determinante para mudança do ponto de vista em relação ao aborto e a sua consequente proibição. Hungria (1981, p. 268) destaca bem essa passagem e mudança de concepção:

> No que se refere aos precedentes históricos, a prática do aborto nem sempre foi objeto de incriminação, sendo comum entre as civilizações hebraicas e gregas. Em Roma, a lei das XII Tabuas e as leis da Republica não cuidavam do aborto, pois consideravam produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como

> ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor do próprio corpo. Em tempos posteriores o aborto passou a ser considerado uma lesão do Direito do marido a prole sendo sua pratica castigada. Foi então com o cristianismo que o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social, tendo os imperadores Adriano, Constantino, e Teodósio, reformado o direito e assimilado o aborto criminoso ao homicídio.

Entretanto, a posição da Igreja Católica muito variou com o passar dos séculos. As doutrinas que se baseiam em São Basílio e sua teoria da animação imediata, século IV, acreditando que é no momento da fecundação que a alma se instaura no embrião, proibiam o aborto a qualquer tempo (Verardo apud BENITEZ, 2015, p. 14).

Entre revogações e autorizações a posição da Igreja Católica se alterou algumas vezes, no que diz respeito ao momento exato do surgimento de uma nova vida, não obstante a sua posição tradicional de sempre repugnar a hipótese de aborto.

3. O aborto no mundo e o Direito Comparado

Não obstante o controle, sanções e intimidações – morais e jurídicas – que as mulheres sofreram ao logo da história da humanidade, estas nunca deixaram de realizar abortos. O processo de emancipação da mulher e o avanço da laicização dos Estados, a partir da década de 60, desencadearam uma grande tendência à permissão da prática do aborto em muitos países. As dinâmicas variaram, de país para país, bem como as soluções normativas adotadas.

Estima-se que sejam realizados, anualmente, cerca de 45 a 55 milhões de abortos no mundo, aproximadamente 126 mil abortos por dia. Sendo que, 78% desses abortos ocorram em países em desenvolvimento e os outros 22% ocorram em países desenvolvidos. E ainda, são 97 países que permitem o aborto provocado a pedido da gestante (aproximadamente 66% da população mundial) e 93 os países que proíbem o aborto, ou somente o permitem nos casos em que há risco à vida da mãe, nos casos de estupro e má formação fetal ou incesto, como é caso do Brasil.(BENITEZ, 2015, p. 16).

Nos Estados Unidos, o aborto é legalizado desde 1973, após o julgamento pela Suprema Corte americana do caso Roe v. Wade, onde se entendeu que o direito à privacidade envolveria o direito da mulher de decidir sobre a continuidade ou não da sua gestação e, ainda, foi declarada a inconstitucionalidade de uma lei do Estado do Texas que criminalizava a prática do aborto a não ser nos casos em que este fosse realizado para salvar a vida da gestante (SARMENTO, 2005, p. 6).

Segundo matéria veiculada em blog do Estadão, nos anos seguintes a legalização do aborto nos EUA, a taxa de mulheres que recorriam ao aborto era de 29,3%, porém, este número vem caindo com o passar dos anos e após quatro décadas de legalização o número de mulheres que recorrem ao aborto nos Estados Unidos é de 16,9%[1]. Assim, nota-se que a legalização do aborto não necessariamente acarreta em um aumento da prática abortiva.

Na França, o aborto também é permitido, desde 1975, podendo ser realizado a qualquer tempo, tanto nos casos de dificuldades sócio-econômicas como nos casos de diagnóstico de anomalias congênitas (SARMENTO, 2005, p. 9).

Na Áustria, os abortos são permitidos após exame pré-natal que certifique anomalia congênita. O aborto é permitido em nos casos comprovados de dificuldades sócio-econômicas, podendo ser realizado com até 12 semanas de gestação. Depois deste limite, apenas se forem constatados sérios problemas físicos ou psicológicos para a mãe ou para o feto. Se não for diagnosticada anomalia congênita letal, a maioria dos obstetras da Áustria segue o instinto maternal para permitir o aborto com mais de 24 semanas. (MORAIS, 2008, p. 2).

Na Alemanha, a indução ao aborto por razões sociais é permitida. De acordo com as leis germânicas os abortos por indicação médica não possuem prazo limite para sua realização, podendo ser realizados a qualquer tempo. (MORAIS, 2008, p. 2).

Na Espanha, permite-se às gestantes a realização do abortamento, por médico, em casos de risco grave para a sua vida ou saúde física ou psíquica, em qualquer momento; em caso de gestação decorrente de estupro, nas primeiras 12 semanas de gravidez; e em hipótese de má-formação fetal, nas primeiras 22 semanas. (SARMENTO, 2005, p. 9).

Em Portugal, o Tribunal reconheceu, no Acórdão 25/84, proferido no exercício de controle preventivo de constitucionalidade, a constitucionalidade de lei lusitana que permitira o aborto em circunstâncias específicas - risco à vida ou à saúde física ou psíquica da mãe, feto com doença grave e incurável e gravidez resultante de violência sexual. (SARMENTO, 2005, p. 9).

O Uruguai, que descriminalizou o aborto em outubro de 2012, também experimentou quedas, tanto no número de mortes maternas quanto no número de abortos realizados no país. Segundo dados apresentados pelo governo, entre dezembro de 2012 e maio de 2013, nenhuma morte materna foi registrada por consequência de aborto e o número de interrupções de

[1] http://internacional.estadao.com.br/blogs/gustavo-chacra/por-que-ha-mais-abortos-no-brasil-do-que-nos-eua-onde-e-legalizado/

gravidez caiu de 33 mil por ano para 4 mil[2]. Isso porque, junto da descriminalização, o governo implementou políticas públicas de educação sexual e reprodutiva, planejamento familiar e uso de métodos anticoncepcionais, assim como serviços de atendimento integral de saúde sexual e reprodutiva.

4. O aborto no Brasil e legislação

No Brasil, a lei é restritiva e o legislador optou por criminalizar a conduta de abortar, vide art. 124 e seguintes do Código Penal Brasileiro. É permitido apenas em casos de risco de vida à gestante e gravidez resultante de estupro. O abortamento previsto em lei, ou aborto legal, considera estas duas exceções, previstas no artigo 128 do Código Penal de 1940. Os casos de anomalia fetal incompatível com a vida, apesar de não estarem contemplados nos permissivos da lei, também foram incluídos neste rol em decisão recente do Supremo Tribunal Federal, em 2012.

Não obstante a permissão em lei, a interrupção legal da gestação nesses casos ainda é muito controvertida em nosso país, pois envolve questões de cunho moral, ético e religioso por parte dos profissionais de saúde que muitas vezes escusam-se de realizar o procedimento, uma vez que o Código de Ética Médica lhes faculta o direito de não fazê-lo.

Em estudo que identificou as discussões políticas acerca da temática do aborto no Brasil, constatou-se que a redemocratização do país, a partir dos anos 80, foi um fator determinante para a ampliação das discussões sobre o aborto, bem como para elaboração de normas técnicas e adoção de políticas públicas. Esse processo de democratização intensificou as ações da sociedade na busca de direitos de cidadania e saúde, e em relação ao aborto, houve uma intensificação da atuação do movimento feminista no Brasil (ROCHA, 2006, p. 370).

Acerca das discussões políticas sobre o aborto no Brasil, houve dois momentos em que o aborto apresentou características diferentes: o primeiro momento abrange o período de 1964 a 1979, onde as discussões eram escassas, e o segundo momento que compreende 1979 a 1985, e que caracterizou-se como um período em que se ampliou a abertura política, com o começo da transição demográfica. No Executivo chegou-se a decretar um novo Código Penal em 1969, que acabou não entrando em vigor. Acerca disso Rocha relata:

> a incriminação do aborto, com exceção dos dois permissivos do código anterior, mas alterava as punições, introduzia controles do Estado para o aborto permitido por lei e

[2]http://apublica.org/2013/09/um-milhao-de-mulheres/

> aumentava a pena para a mulher que provocasse o auto-aborto, ou que permitisse que alguém o fizesse, embora a reduzisse na situação da denominada defesa da honra. Refletia, assim, a ausência de um debate democrático sobre o tema. (ROCHA, 2006, p. 370).

Em relação ao Legislativo, naquela época existiam 13 projetos de lei sobre a temática, sendo em sua maioria voltados para meios anticoncepcionais, não adentrando na temática do aborto. No segundo período, 1979-1985, não houve nenhuma medida política na esfera do Executivo em relação ao aborto, entretanto, no Legislativo foram apresentados 7 propostas, 5 voltadas para o aborto e 2 relacionadas aos projetos de lei anticoncepcionais. Dos projetos apresentados, 3 proponham a descriminalização do aborto e 2 a ampliação do artigo 128 do CP. (ROCHA, 2006, p. 370).

Scavone (2008) relata que em meados dos anos 70 constatou-se uma vocação política do feminismo brasileiro e propagou-se a noção de "direitos reprodutivos" a partir da sessão do "Tribunal Internacional de Saúde e Direitos Reprodutivos", no "I Encontro Internacional de Saúde da Mulher", em Amsterdã, em 1984.

> Nos anos 1990, o movimento já não estava tão solitário nessa luta, contou com a adesão crescente de novos segmentos sociais: profissionais de saúde, juristas e parlamentares, com os quais o movimento estabeleceu amplo diálogo. Foi o período em que houve maior número de projetos de lei relacionados ao aborto no Congresso Nacional – com posições favoráveis, desfavoráveis e intermediárias –, evidenciando o crescimento democrático do debate. Entretanto, o argumento da descriminalização até o presente não logrou sensibilizar amplas camadas da população. (SCAVONE, 2008, p. 678).

Não obstante toda essa discussão que perdura até os dias atuais e a crescente luta feminista em prol da legalização do aborto no Brasil, ressalta-se que não há condição imposta à realização do aborto legal e as mulheres que se enquadram nos casos permissivos da lei possuem o direito ao aborto seguro, realizado por equipe de saúde bem treinada e contando com o apoio de políticas e uma infraestrutura apropriada dos sistemas de saúde, incluindo equipamentos e acompanhamento para que as gestantes possam ter acesso a esses serviços.

5. Os entraves para a realização do aborto legal no Brasil

Há muitos obstáculos enfrentados pelas mulheres que desejam interromper a gravidez, nos casos amparados por lei, devido à falta de informação, ao preconceito, ao despreparo dos profissionais de saúde, dentre outros inúmeros fatores que revelam a ineficiência do Estado em garantir o acesso à saúde pelas gestantes.

Apesar de ser fato atípico e constituir um direito da mulher gestante que queira interromper a gravidez, desde que se enquadre nas situações permitidas por lei, diante dos inúmeros obstáculos as mesmas acabam recorrendo ao aborto inseguro. Segundo a definição da Organização Mundial da Saúde (OMS), um abortamento inseguro é um procedimento para finalizar uma gravidez não desejada, realizado por indivíduos sem as habilidades necessárias e/ou em ambiente abaixo dos padrões médicos exigidos. Fato que contribui para a elevação da taxa de mortalidade de mulheres em decorrência de procedimentos mal feitos.

A não implementação de política para a realização do aborto seguro constitui um atentado à vida e à saúde das mulheres no Brasil e no mundo. Segundo a OMS, (2013, p. 17), o abortamento inseguro, a morbidade e a mortalidade associadas às mulheres podem ser evitadas. Todas as mulheres deveriam contar com serviços de abortamento disponíveis e accessíveis na medida em que a lei permitir. Em casos de estupro, proteger a sua vida e a sua saúde coincide com assegurar um atendimento humanizado garantindo que as leis, mesmo que restritivas, sejam interpretadas e executadas de forma a assegurar a saúde da mulher.

Segundo estatísticas levantadas pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), aproximadamente 7% dos casos de estupros resultaram em gravidez no ano de 2011 no Brasil. E ainda, os estudos apontaram que 67,4% dessas gestantes que carregam filhos de um abuso sexual não tiveram acesso ao serviço de aborto legal – mesmo a gestante podendo ser atendida em qualquer estabelecimento público de saúde que possua obstetrícia, conforme nota enviada pelo Ministério da Saúde.

Segundo Diniz, o serviço de aborto legal no SUS foi idealizado para atender mulheres vítimas de estupro e em risco de morte, duas situações em que o Código Penal não pune nem os médicos, nem as mulheres pela prática do aborto. (DINIZ, 2011, p. 982).

No entanto, sabe-se que a maior parte dos serviços de saúde não está preparada para atender as mulheres vítimas de violência sexual, e, particularmente, nos casos de estupro. Muitas grávidas vítimas de estupro provavelmente ainda não têm acesso ao aborto legal, haja vista o alto número de estupros contra a baixa solicitação dos poucos serviços especializados. (LOUREIRO; VIEIRA, 2004).

E ainda, quando a equipe de profissionais de saúde recebe um caso de aborto legal, cabe ao médico, que realizará o procedimento, o direito de “objeção de consciência”, ou seja, de querer ou não realizar o procedimento, de acordo com suas convicções morais, religiosas e éticas. (CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA, 2003).

Conforme dispõe a Norma Técnica Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes, atualmente não se exige o Boletim de

Ocorrência. Entretanto, ele é habitualmente exigido nos serviços médicos. Isto se deve ao temor dos profissionais de saúde de responderem judicialmente por um aborto que na realidade não foi resultado de estupro. Além disto, como grande parte dos profissionais de saúde da rede pública têm pouca informação sobre a não punição do aborto nos casos de gravidez decorrente de um ato de violência sexual, temem as consequências, mesmo ao realizar procedimentos que não são punidos pela lei (ADESSE; ALMEIDA, 2009).

Além da falta de informação, preconceito e despreparo dos profissionais da saúde, constata-se outro obstáculo: segundo dados do IBOPE há 62 hospitais públicos credenciados no Ministério da Saúde aptos a realizarem o aborto legal, porém, apenas 40 oferecem atendimento de fato. Além disso, em cinco estados (Roraima, Amapá, Piauí, Tocantins, e Mato Grosso do Sul) não há nenhum hospital que faça o procedimento.

De acordo com Morais (2008, p. 52) hoje, no Brasil, funcionam 40 serviços de aborto legal em hospitais públicos. Estas unidades prestam atendimento a mulheres grávidas vítimas de estupro ou com risco de vida. Na pesquisa Legislação sobre aborto e serviços de atendimento: conhecimento da população brasileira, realizada pelo IBOPE, constatou-se que 48% da população desconhece a existência desses serviços.

> O aborto legal é semi-clandestino no Brasil. A população é mal informada e os serviços são invisíveis. As mulheres são constrangidas a peregrinar de hospital em hospital, muitas vezes, de um estado a outro, para conseguir algo que lhes é assegurado por lei. Frise-se que ao percorrerem esta verdadeira via crucis estão grávidas do estuprador e correm risco de vida. (MORAIS, 2008, p. 52).

Diante dos dados apresentados, revela-se o verdadeiro descaso com as gestantes que possuem o direito legal de abortar, porém não podem concretiza-lo por falta de informação por parte da sociedade dos seus direitos e dos serviços prestados pelo SUS, bem como, falta de conhecimento por parte dos profissionais da saúde dos direitos das mulheres e de politicas públicas que efetivem os direitos a uma vida digna.

6. O direito fundamental da gestante à vida digna

Segundo uma pesquisa nacional sobre o aborto, uma em cada cinco mulheres brasileiras entre 18 e 29 anos já realizou aborto no Brasil. (DINIZ; MEDEIROS). É imprescindível dar a visibilidade e importância necessárias ao aborto legal e esta questão deve ser enfrentada sob a ótica dos direitos fundamentais da mulher.

Diante das dificuldades e obstáculos, já apontados, que a mulher encontra para concretização de um direito que lhe é assegurado por lei, bem como devido à falta de

informação dos seus direitos e divulgação dos serviços prestados pela rede pública brasileira de saúde, milhares de mulheres acabam se submetendo a abortos clandestinos em clínicas particulares, com consequências maléficas para as suas saúdes.

Sabe-se que o aborto inseguro gera perigo à vida e a saúde das gestantes, em especial àquelas mulheres em situação de vulnerabilidade social e que não possuem recursos suficientes para serem atendidas de forma segura.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), cerca de 20 milhões dos abortos são realizados anualmente de forma insegura, resultando na morte de 70 mil mulheres, sobretudo em países pobres e com legislações restritivas ao aborto, sendo o aborto a quinta causa de morte materna no Brasil.

O enfrentamento desse tema não pode ser polarizado apenas entre aqueles que defendem a liberdade de escolha da mulher e a aqueles que defendem a criminalização da conduta, e diminuição progressiva de suas hipóteses legais. A discussão precisa levar em conta os dados disponíveis, as estatísticas de mortalidade materna, bem como a tendência mundial dos países que conseguiram diminuir tais índices, com estratégias de planejamento familiar e preservação da saúde das mulheres. (PORTO, 2009)

Pelos os números apresentados constata-se que a prática do aborto é realizada em grande escala, não obstante a sua criminalização no brasil. Impedir a gestante de realizar a sua vontade, que está amparada por lei, e ainda submetê-la a constrangimentos e grande frustação, viola o princípio da dignidade da pessoa humana.

O legislador constituinte, logo no primeiro artigo da Constituição Federal, alçou a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, sendo que o Brasil reger-se-á, além de outros princípios, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, conforme dispõe o art. 1º, inciso III da CF.

A Carta Magna traz em seu bojo um conjunto de princípios e normas que possuem o objetivo de proteger e resguardar os direitos fundamentais, notadamente a realização da dignidade humana, que possui elevada importância, uma vez que é o valor constitucional supremo, agregando todos os demais direitos, deveres e garantias fundamentais do homem. Nesse sentido, Piovesan (2003, p. 13) aduz que a dignidade da pessoa humana representa o "núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional".

No pensamento de Kant, que foi o responsável por ampliar o termo dignidade, destaca-se a conceituação de dignidade como sendo a qualidade daquilo que não possui preço e inerente ao homem, justamente porque não é instrumento, senão um fim em si mesmo:

> No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. (...) o que se faz condição para alguma coisa que seja fim em si mesma, isso não tem simplesmente valor relativo ou preço, mas um valor interno, e isso quer dizer, dignidade. Ora, a moralidade é a única condição que pode fazer de um ser racional um fim em si mesmos, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador do reino dos fins. Por isso, a moralidade e a humanidade enquanto capaz de moralidade são as únicas coisas providas de dignidade" (KANT, 2004, p. 65).

O pensamento kantiano defende que o ser humano não pode ser rebaixado à condição de coisa e defende o valor do homem independente de sua raça, condição social, nacionalidade. E ainda, consolidou-se o entendimento de que a dignidade não é um direito concedido pelo Estado ao indivíduo, mas sim um atributo próprio do ser humano, que lhe é inerente. Nesse sentido, Barcelos (2003, p. 128) dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana determina um âmbito de integridade moral a ser garantido a todos as pessoas por sua só existência no mundo.

Pode-se concluir que os direitos fundamentais foram criados a fim de garantir e proteger a dignidade da pessoa humana. O aborto é um assunto de saúde pública, sendo que a saúde esta diretamente ligada à dignidade da pessoa humana, sendo uma garantia exigível do Estado que deve implementar políticas públicas para sua garantia e concretização.

Nesse contexto, entende-se que o acesso ao aborto legal, como garantia do direito a saúde e, consequentemente, do princípio da dignidade, são, portanto, prestações de responsabilidades do Estado. A falta de cumprimento destas obrigações caracteriza uma violação aos compromissos juridicamente vinculantes assumidos por meio de tratados internacionais devidamente incorporados ao direito interno.

O artigo 12 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe que "os Estados-Partes garantirão à mulher assistência apropriada em relação à gravidez, ao parto e ao período posterior ao parto, proporcionando assistência gratuita quando assim for necessário, e lhe assegurarão uma nutrição adequada durante a gravidez e a lactância." A assistência apropriada em relação ao aborto legal é aquela que respeita os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, portanto constitui um direito humano fundamental. (PAES, 2016).

A existência de princípios vinculantes e direitos fundamentais resguardados pela Constitui Federal e também de tratados internacionais ratificados pelo Brasil, como a convenção acima mencionada, geram obrigações de cumprimento imediato. "A despeito disso, muitas destas obrigações não estão sendo cumpridas a contento. Um exemplo disso é a

garantia ao atendimento eficiente na área da saúde, em especial para a mulher que necessita fazer um aborto legal" (PAES, 2016).

Não obstante, na prática, observa-se o descumprimento da legislação nacional (Constituição Federal e Código Penal), bem como de inúmeras diretrizes contidas em portarias e em normas do direito internacional. Assim, existe um grande distanciamento entre a previsão legal e a sua plena efetivação.

Na construção de uma agenda que venha a garantir o pleno acesso à saúde para gestante, Paes (2016) destaca que algumas ações, por parte do Estado, são essenciais, tais como: a divulgação das normas que regulamentam o aborto legal, o que possibilitará o acesso à justiça ou aos comitês e cortes internacionais, quando houver violação à legislação; o amplo debate com participação da sociedade, dos profissionais de saúde, da academia, do sistema de justiça; a afirmação dos direitos sexuais e reprodutivos com um olhar interseccional; a prevenção da gravidez na adolescência; a sensibilização na formação dos profissionais de saúde e do direito sobre os direitos das gestantes; a garantia ao direito ao acompanhante à gestante; a garantia ao direito à informação; a garantia ao acesso pleno à saúde, dentre outras ações que venham a garantir o respeito ao Direito Fundamental da mulher diante do aborto legal.

Somente com o esforço do Estado, na execução de políticas públicas que venham a concretizar os dispositivos determinados em leis, de toda a sociedade e dos profissionais de saúde com um olhar mais humano e atendimento humanizado, é que se garante o pleno acesso à saúde da gestante, bem como a garantia de uma vida digna, nos termos preconizados por nossa Constituição Cidadã de 1988, por normas internacionais e normas infraconstitucionais.

CONCLUSÃO

O aborto no Brasil, apesar de ser considerado crime e de somente ser permitido perante a lei em três situações, é uma realidade incontestável, conforme demonstrado no presente trabalho pelos números e dados estáticos. É possível notar, pelos dados apresentados, que a criminalização do aborto no Brasil acaba levando todos os anos milhares de mulheres, principalmente as mais humildes, a procedimentos inseguros e clandestinos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene.

A legislação brasileira contou com mudanças, uma vez que o aborto era permitido apenas em dois casos: quando havia riscos de vida para a mulher ou em casos de gravidez resultante de estupro. Acrescentou-se a descriminalização do aborto à gestação de anencefálicos, por meio de decisão recente do STF, que associou a dicotomia entre o direito à vida e o direito à autonomia da mulher sobre o seu corpo.

Não obstante, verificou-se que há vários impedimentos para realização do aborto legal no Brasil, que apesar de ser um país laico, quando se trata de aborto, mesmo nas hipóteses permitidas por lei, aspectos como a moralidade e a religião sobressaem aos aspectos bioéticos e jurídicos, e a mulher se vê, muitas vezes, obrigada a dar continuidade a gestação mesmo esta sendo indesejada.

Nota-se um grande distanciamento entre a previsão legal e a sua plena efetivação, fazendo-se necessário aumentar a consciência da sociedade sobre os direitos humanos das mulheres, bem como é necessária a implementação de atividades de capacitação para os profissionais de saúde, para que seja possível o acolhimento humano e digno da mulher que deseja interromper a gravidez, nos casos amparados pela lei.

O acesso ao aborto legal também encontra dificuldades devido à alta incidência de escusas dos profissionais de saúde em realizarem os procedimentos abortivos, devido à alegação da objeção de consciência, o que revela uma dicotomia moral razoável, devido a ausência de consenso sobre opiniões.

Nesses casos é necessário encontrar o equilíbrio entre o direito individual do médico em alegar a objeção de consciência e o seu dever ético e profissional de zelar pela saúde das pessoas. Se de um lado há esse direito do médico, do outro lado há autonomia de vontade da mulher, que está amparado pelo direito à saúde e pelo princípio da dignidade humana.

E em respeito a esses direitos, é que se exige diretrizes e parâmetros para a recusa desses profissionais em prestar o serviço, sendo dever destes o de prestar informações e indiciar outro profissional ou hospital que realizem o procedimento. Assim, é imprescindível

o respeito ao direito de informações sobre os direitos humanos das mulheres em situação de abortamento e ainda, os profissionais de saúde devem respeitar o direito à autonomia da mulher, que possui a liberdade e o direito para realizar o procedimento do aborto legal.

A existência de princípios vinculantes e direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federal e também por tratados internacionais ratificados pelo Brasil, geram o dever do Estado de garantir às mulheres condições de atendimento e de saúde adequadas. É necessária a priorização destas questões que envolvem diretamente a vida e a saúda das mulheres, sendo que a eficácia das políticas públicas depende do planejamento e esforço estatal, bem como da participação e esforços de toda a sociedade.

Ressalta-se a importância da adequada assistência e atenção voltada a saúde da mulher, uma vez que o cenário atual brasileiro é alarmante devido aos elevados índices de morte materna no país. Sendo o aborto a quinta causa de morte materna no Brasil, é necessária a reavaliação da atenção prestada à mulher, sem o comodismo e a justificativa de soluções que levem em conta somente os aspectos morais e religiosos sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ADESSE, Leila; ALMEIDA, Luciana Campello Ribeiro de Almeida. **Utilizando princípios de direitos humanos para promover qualidade nos serviços de aborto no Brasil**. Disponível em: <http://www.mulheres.org.br/rhm1/revista1/114-117.pdf>. Acesso em 01 jul. 2017.

BARCELOS, Ana Paula. **A nova interpretação constitucional dos princípios**. In: LEITE, George Salomão (org). Dos princípios constitucionais, considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

BENITEZ. A. P. M. **Aborto: uma questão de saúde pública**. Monografia - Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <http://tcconline.utp.br/media/tcc/2015/08/ABORTO-UMA-QUESTAO-DE-SAUDE-PUBLICA.pdf>. Acesso em 01 jul. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume II, parte especial**. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Código de Ética Médica**. São Paulo: Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; 2003, p. 83-88.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 15, supl. 1, p. 959-966, 2010.

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 jul. 2017.

DINIZ, Debora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. **Rev. Saúde Pública**, São Paulo , v. 45, n. 5, p. 981-985, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S003489102011000500021&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 jul. 2017.

HUNGRIA, Nelson. **Precedentes históricos, comentários**. São Paulo: Forense, 1981.

IPEA (Nota Técnica). **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da Saúde** (versão preliminar). Brasília, março de 2014, n 11. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em 05 jul. 2017.

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

LOUREIRO, D. C.; VIEIRA, E. M. Aborto: conhecimento e opinião de médicos dos serviços de emergência de Ribeirão Preto, São Paulo, Brasil, sobre aspectos éticos e legais. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 679-688, 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102311X2004000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 02 jul. 2017.

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

MORAIS, Lorena Ribeiro de. A legislação sobre o aborto e seu impacto na saúde de mulher. Senatus: **cadernos da Secretaria de Informação e Documentação**, Brasília, v. 6, n. 1, p. 50-58, maio 2008. Disponível em: < http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/131831>. Acesso em 30 jun. 2017.

Organização Mundial da Saúde. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde** – 2ª ed. 2013.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte especial**. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. In: LEITE, George Salomão (org). **Dos Princípios Constitucionais**: Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

PORTO, Rozeli Mari. **Profissionais de saúde e aborto seletivo em hospital público em Santa Catarina,** em Sexualidade, Reprodução e Saúde, HEILBORN, Maria Luiza e outros, Editora FGV, 2009.

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

ROCHA, M. I. B. A discussão política sobre o aborto no Brasil: uma síntese. **Rev. Est. Pop.** São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-374, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v23n2/a11v23n2.pdf>. Aceso em 04 jul. 2017.

SARMENTO, Daniel**. Legalização do Aborto e Constituição**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 01 de jul. de 2017.

SCAVONE, L. Políticas feministas do aborto. **Rev. Estud. Fem**., Florianópolis , v. 16, n. 2, 2008, p. 678-687.