

ARTIGO ORIGINAL

CUTRIM, Fábio Luiz Viégas^[1]

CUTRIM, Fábio Luiz Viégas. Aborto E Ética: Uma Análise Crítica Dos Valores Atuais Que Legitimam A Criminalização E A Desigualdade Nas Relações De Gênero. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 06, Ed. 04, Vol. 15, pp. 100-118. Abril de 2021.

ISSN: 2448-0959, Link de acesso: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/critica-dos-valores>, DOI: 10.32749/nucleodoconhecimento.com.br/lei/critica-dos-valores

Contents

- RESUMO
- 1. INTRODUÇÃO
- 2. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO
- 3. ÉTICA, MORAL E DIREITO: ELEMENTOS DIFENCIADORES
 - 3.1 A MORAL E O DIREITO
 - 3.2 A MORAL E A ÉTICA
- 4. A UTILIZAÇÃO DA ÉTICA COMO PRAXE LEGITIMADORA DE IDEOLOGIAS DOMINANTES NAS RELAÇÕES DE GÊNERO
- 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS
- REFERÊNCIAS
- APÊNDICE – REFERÊNCIA DE NOTA DE RODAPÉ

RESUMO

Estudos da Organização Mundial de Saúde (OMS), em parceria com o Instituto Guttmacher, apontam que entre os anos de 2010 a 2014 foram realizados aproximadamente 56 milhões de abortos provocados, cuja maior incidência ocorreu nas regiões em desenvolvimento. Dentro destes números, cerca 25 milhões de abortos foram realizados em condições insecuras, fator este responsável por aproximadamente 8% das mortes maternas, segundo a OMS. Além disso, os números informam que ao menos 22.800 destas mortes são

consequências de complicações clínicas. No Brasil, dados evidenciam que o aborto inseguro é uma das principais causas de mortalidade materna. Neste sentido, o presente artigo visa à luz da Ética suscitar um debate acerca do tema aborto e dos fundamentos dos valores atuais que legitimam a desigualdade nas relações de gênero e que são obstáculos para a efetiva implementação de políticas públicas de promoção de saúde da mulher. Para tanto, inicialmente, fez-se uma pesquisa bibliográfica e de dados estatísticos, para uma melhor compreensão do estado da arte. Na sequência, utilizando-se de um estudo predominantemente qualitativo, realizou-se um debate de natureza filosófica acerca das relações existentes entre Direito, Moral e Ética com o objetivo de ampliar o horizonte de compreensão da relação entre esta última com o tema aborto. Dos resultados, observou-se a Ética, enquanto reflexão filosófica, o meio adequado e necessário para questionar os fundamentos dos valores vigentes que geram desequilíbrios nas relações de gênero e obstáculos na implementação de uma política pública direcionada à saúde feminina. Nesta senda, o estudo sugere uma análise do tema aborto norteada pelo princípio da dignidade da pessoa humana em uma perspectiva que contemple a mulher como um sujeito de direitos. Por fim, a respeito da temática da desriminalização e despenalização do aborto, o presente estudo recomenda a sua associação, necessariamente, a uma eficaz implementação de uma política pública ampla e coesa que promova educação sexual nas escolas, métodos contraceptivos efetivos, seguros e gratuitos, planejamento familiar e outros institutos, que conjuntamente permitirão solucionar o problema da mortalidade e dos danos à população feminina.

Palavras-chave: Aborto, Direito Penal, Moral, Ética, Desigualdade, Relações de gênero, Políticas Públicas.

1. INTRODUÇÃO

Em nenhum momento da história do Brasil o tema aborto[2] esteve em tamanha evidência como nos últimos anos. Uma matéria que remete a muitos tabus, medos e a debates nas esferas da religião, da moral, da ética, da Criminologia e do Direito. A Organização Mundial de Saúde (OMS), em parceria com o Instituto Guttmacher, apresentou um estudo sobre os números do aborto no mundo. Assim, entre os anos de 2010 a 2014 realizou-se cerca de 56 milhões de abortos voluntários no mundo. O estudo aponta também que tais números

possuem proporções maiores nas regiões em desenvolvimento e que aproximadamente 25 milhões destes abortos provocados são realizados em condições inseguras. Com exceção da Ásia Oriental), a OMS estima que, nas regiões em desenvolvimento, aproximadamente 8% das mortes maternas em nível mundial são provocadas por abortos inseguros, sendo que ao menos 22.800 destas mortes são consequências de complicações clínicas em decorrência destes abortos inseguros e que cerca de 6,9 milhões de mulheres por ano são tratadas como consequência das complicações clínicas advindas de práticas abortivas (SINGH *et al.*, 2018).

No Brasil, o aborto inseguro é uma das principais causas de mortalidade materna cujos números chegam a impressionante marca de 11% do total das mortes de mulheres ocorridas na gravidez, no parto ou no pós-parto. Outro dado que impacta é referente as mais de 250 mil internações por ano de mulheres por complicações decorrentes do aborto cujas maiores vítimas sociais são as mulheres negras, pobres e de baixa escolaridade (COMITÊ LATINO AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER *et al.*, 2012).

Para complementar os dados no Brasil, nos anos de 2010 e 2016, foram realizados dois grandes estudos no Brasil a respeito do tema aborto, Pesquisa Nacional de Aborto 2010 (PNA 2010) e 2016 (PNA 2016), que revelaram o aborto como um fenômeno “frequente e persistente” entre as mulheres brasileiras. A mencionada pesquisa aponta que, em 2016, 01 em cada 05 mulheres aos 40 anos já realizou pelo menos um aborto (DINIZ; MEDEIROS, 2010; DINIZ; MEDEIROS; MADEIRO, 2017).

Com efeito, os dados apontam que se trata de um problema de saúde pública cujo enfrentamento na grande maioria das nações, a exemplo da experiência brasileira, restringe-se tão somente à repressão e à criminalização geradora de um ambiente de clandestinidade que coloca em risco a vida de inúmeras mulheres no Brasil e no mundo.

Nesta perspectiva, o presente estudo propõe uma análise do tema aborto à luz da Ética, partindo da premissa da dignidade da pessoa humana como pilar universal de formação do sistema normativo de qualquer Estado,[3] compreendendo também que o significado mais completo da palavra “vida” está para além do estabelecimento de um marco orgânico-fisiológico do embrião proposto de forma aleatória pelas ciências médicas, haja vista que a figura feminina deve ser compreendida também como peça essencial e decisiva deste fenômeno.[4] Enfim, busca-se discutir o tema do aborto, por intermédio da Ética, em uma

perspectiva diametralmente oposto aos fundamentos valorativos atuais que se baseiam em ideologias que legitimam desequilíbrios nas relações de gênero.

Destarte, o estudo se apresenta estruturado, inicialmente, na contextualização do tratamento da conduta do aborto à luz do Código Penal Brasileiro. Na sequência, faz-se uma análise das relações existentes entre Direito, Moral e Ética. Por fim, à luz da Ética, far-se-á uma discussão do tema aborto e dos fundamentos dos valores atuais legitimam a desigualdade nas relações de gênero e que são obstáculos para a efetiva implementação de políticas públicas de promoção de saúde da mulher.

2. A INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A vida é, indiscutivelmente, o maior bem jurídico da humanidade. Ela é o pré-requisito de existência e exercício de todos os demais direitos. Apesar da obviedade, o legislador constituinte originário ratificou-a no *caput* do art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como pilar dos direitos fundamentais (BRASIL, 2016).

Todavia, essa marcação do direito à vida pelo constituinte originário como portal de acesso a todos os demais direitos fundamentais tem a função de ser “placa de neon” que anuncia a todo momento que a sociedade e o Estado são os seus principais baluartes de defesa.

A doutrina constitucionalista brasileira analisa o termo vida sob duas perspectivas. A primeira diz respeito ao direito de estar vivo, mais relacionado às funções biológicas propriamente ditas; já a segunda acepção seria gozar desta vida de maneira digna. Por estas razões, ao Estado incumbe o dever de oferecer condições mínimas de existência aos seus cidadãos, ou seja, aquilo que se convencionou denominar de “direito ao mínimo existencial”.[5]

Destarte, é neste ritmo de ampliação da concepção de vida para além dos elementos biológicos incorporando-a à ideia de dignidade da pessoa humana é que emerge cada vez mais a necessidade de debate acerca do aborto e a sua legitimidade ética no Direito Penal.

O Código Penal Brasileiro (CPB) estabelece o delito de aborto nos seguintes termos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena – detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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 débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

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

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940, não

paginado, grifo nosso).

Neste sentido, o aborto pode ser natural quando a interrupção da gravidez é espontânea e provocada por ações fisiológicas do próprio corpo da mulher que não permitem a continuidade da gestação sem nenhum tipo de instigação seja pela própria gestante ou por terceiros; pode ser accidental quando ocorre como consequência de traumas, quedas e acidentes (este não constitui crime); pode ser classificado como criminoso nos termos dos arts. 124 a 126 do CPB; pode ser classificado como legal ou permitido, nos termos do art. 128, incisos I e II, do CPB nos casos em que é o único meio para salvar a vida da gestante (também denominado de aborto necessário ou terapêutico) e em decorrência de estupro (aborto sentimental ou humanitário) (BRASIL, 1940).

Em relação ao aborto criminoso, foco da discussão do presente estudo, podemos ter: o autoaberto (art. 124, 1ª parte); aborto com consentimento para que terceiro lhe provoque o aborto (art. 124, 2ª parte); aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126); aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125) (BRASIL, 1940).

A doutrina penalista define que em relação ao bem jurídico tutelado, excetuando o aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125) em que a própria gestante também é considerada vítima de tal infração penal, em todas as espécies de aborto criminoso o sujeito passivo é o produto da concepção (PRADO, 2011). Entretanto, ao contrário do que realizamos em trabalhos anteriores, optou-se por não discutir acerca da indefinição do marco do início da vida.[6] O presente estudo se limita em analisar a conexão entre a Ética e as relações de poder como praxe justificadora de uma desigualdade nas relações de gênero e geradora de obstáculos para a efetiva implementação de políticas públicas de promoção de saúde da mulher.

3. ÉTICA, MORAL E DIREITO: ELEMENTOS DIFENCIADORES

Quotidianamente, é comum ouvirmos as expressões código moral, código de ética, norma moral, entre outras. O certo é que a própria literatura acadêmica é confusa sobre o tema na medida em que as palavras Ética, moral e até mesmo Direito, não raras vezes, são utilizadas como sinônimas.[7]

Logo, neste tópico far-se-á as discriminações conceituais com o objetivo de ingressar no debate proposto no presente estudo.

3.1 A MORAL E O DIREITO

A Moral trabalha com considerações de bom ou mau comportamento em uma áurea de valores que irão organizar toda a estrutura social na proporção que se desdobram em sistema de normas e regras destinadas a direcionar as relações dos indivíduos numa sociedade. Por aí se percebe a sua influência no campo do Direito na medida em que este também tem perspectiva de “valor” em sua tridimensionalidade,[8] assim como, no fato de que, em certos aspectos, este (o Direito) elege os bens jurídicos a serem tutelados por intermédio do ordenamento jurídico com seu sistema de normas ou regras jurídicas que estabelecem determinadas formas de comportamento humano, adjudicando-lhes possibilidades de agir.

Kelsen (1998) em seus estudos separava o Direito e a Moral, concebendo-os como entes independentes. Para este jurista, a norma seria o único elemento essencial ao Direito cuja validade não dependeria de conteúdos morais.

Todavia, contrapondo o pensamento kelseniano, Reale (2002) refuta a visão apresentada por Kelsen partindo asseverando de que há sim pontos comuns entre a Moral e o Direito. Inicialmente, Bentham (apud REALE, 2002) (1748-1832), jurisconsulto e filósofo inglês, apresentou esta relação através de figuras geométricas cuja ideia foi denominada de teoria do mínimo ético.

A teoria do mínimo ético foi reproduzida geometricamente pela imagem de dois círculos concêntricos, alegoria que deu nome à teoria, sendo um círculo maior, representado a Moral, e o círculo menor, representando o Direito. Segundo Bentham (apud REALE, 2002), o Direito estaria constituído absolutamente no campo da Moral, na medida em que o círculo menor (o Direito) estaria dentro de um maior (a Moral), ou seja, nem tudo que pertencente ao plano moral reside no plano legal, mas tudo que está no plano legal pertence obrigatoriamente ao moral.

Tecendo críticas à essa teoria, Reale (2002) menciona que existem atos juridicamente ilícitos

que não pertencem necessariamente à esfera moral. Como exemplo, o saudoso professor exemplifica com uma sociedade comercial de dois sócios em que um deles se dedica mais que o outro. Assim, se o contrato social estabelecer uma compensação para cada sócio ambos receberão quinhões iguais. Ou seja, ainda que esta situação não seja “moralmente correta”, este fato jurídico revela que o Direito tutela muitas situações que não residem na órbita da moral.

Continuando o raciocínio, o professor Reale (2002, p. 43) conclui que

[...] há, pois, que distinguir um campo de Direito que, se não é imoral, é pelo menos amoral, o que induz a representar o Direito e a Moral como dois círculos secantes. Podemos dizer que dessas duas representações – de dois círculos concêntricos e de dois círculos secantes, – a primeira corresponde à concepção ideal, e a segunda, à concepção real, ou pragmática, das relações entre o Direito e a Moral.

Posteriormente, a relação entre Moral e Direito foi analisada por vários estudiosos, dentre eles destaca-se Georg Jellinek (REALE, 2002), cuja principal tese consiste na exposição de que o Direito simboliza apenas o mínimo de moral reconhecido como cogente para que a sociedade possa sobreviver.

Outra teoria apresentada pela Filosofia do Direito que visa traçar uma relação entre a Moral e o Direito utilizando-se também de figuras geométricas é a teoria dos “círculos secantes” exposta por Claude du Pasquier (REALE, 2002). Para essa teoria a relação entre a Moral e o Direito não seria representada por círculos concêntricos, mas sim por círculos secantes. Nesse sentido, a Moral e o Direito possuiriam uma área de competência comum (região de intercessão) e uma outra área autônoma que revelaria independência dos institutos.

Para além do exposto, a filosofia do Direito realiza outras distinções teóricas entre Moral e Direito. Uma delas compreende a Moral como genérica, com a presença de ideais e preceitos abertos. O Direito, por sua vez, seria caracterizado pela especificidade em suas determinações, com a utilização de silogismos culminando em obrigações de fazer ou não fazer algo sob pena de sanção, o que demarcaria a característica denominada de bilateralidade atributiva. Por sua vez, a Moral possuiria apenas atributo unilateral, haja vista

que somente subsistiriam deveres, não sobrevindo obrigações ou exigibilidades.

Assim, é essa autorização intersubjetiva (particulares e Estado) de pretender, exigir ou fazer algo, que atribui ao Direito a característica da coercibilidade.

Segundo Ihering (2009, p. 23), a coercibilidade do Direito, por sua vez, é representada na figura da balança e da espada nas mãos da Justiça na qual o equilíbrio da primeira (balança) dependeria da força da última (espada), ou seja, “a espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito”. Neste sentido, a coercibilidade das normas jurídicas legitimaria a reunião de forças pelo Estado para fazer com que qualquer pessoa natural ou jurídica cumpra suas determinações e regramentos, independentemente, de sua vontade, fazendo resplandecer o aspecto da heteronomia do Direito.

Outra observação a ser realizada acerca da distinção entre os institutos é que o Direito revela a sua imagem ao mundo exterior, enquanto a Moral se subjaz no interior dos sujeitos. Logo, o direito possui como fim o aperfeiçoamento das relações de convivência e por isso se preocupa com a conduta concreta do agente e quando necessário investiga o *animus*. Por esta razão, a regra jurídica não se origina na consciência do indivíduo, mas no âmbito social. No que se refere à moral, esta visa o melhoramento interno deste homem, por isso a sua preocupação pela vida interior das pessoas e suas consciências.

3.2 A MORAL E A ÉTICA

Realizadas as devidas considerações da Moral face ao Direito, com a apresentação de aspectos diferenciadores entre os institutos, passa-se, então, para a tentativa de estabelecer a diferença entre a Moral e a Ética, haja vista do *mélange* realizado pelo senso comum e pela própria literatura acadêmica.

O dicionário Houaiss et al. (2015, p. 427) aborda do tema da seguinte forma:

Ética (é.ti.ca). s.f. 1. Conjunto de preceitos sobre o que é moralmente certo ou errado. 2. FIL. Parte da filosofia dedicada aos princípios que orientam o comportamento humano.

Ético (é.ti.co). adj. Relativo à ética, a moral <comportamento é.>

Moral (mo.ral) [pl.: -ais] s.f. 1. Conjunto de regras de conduta desejáveis num grupo social <m. burguesa> [...].

Etimologicamente, a palavra Moral deriva do latim *mos* ou *mores* que significa “costume” ou “costumes”, no sentido do conjunto de regras ou normas obtidas pelo hábito, enquanto a palavra Ética vem do grego *ethos* que significa “morada”, “lugar onde se vive”. Ambos os termos significam “comportamentos” ou “modos de ser” apreendidos pelo homem cujo processo de aquisição se dá pelo hábito, ou seja, não se trata de atributo natural do ser humano (VÁZQUEZ, 1993).

Na Antiguidade, Aristóteles (2003) se propôs a uma reflexão teórica acerca da Ética como um sistema de virtudes dentre as quais a justiça seria virtude máxima. Sua análise da virtude justiça utiliza instrumentos emprestados da matemática, compreendendo-a (a justiça) como o ponto médio entre a falta e o excesso, ou seja, entre a mediatriz de dois vícios opostos denominada de *mesóstes* pelo autor grego. Para ele, um termo somente seria compreendido pela sua contrariedade. Daí, “o bom” seria explicado pelo “mau”, “o frio” seria explicado pelo “quente” e “o justo”, assim sucessivamente. Por sua vez, o “justo” seria explicado pelo meio termo entre “praticar o injusto” e “sofrer o injusto”.

Assim, para Aristóteles (2003, p. 104), a Justiça é a maior de todas as virtudes porque ela trespassa a ideia do bem individual para o bem comum na relação daquele com o próximo e com a coletividade. Nas palavras do autor grego “a justiça é a forma perfeita de excelência moral porque ela é a prática efetiva da excelência moral perfeita. Ela é perfeita porque as pessoas que possuem o sentimento de justiça podem praticá-la não somente a sim mesmas como também em relação ao próximo”.

E conclui que “desse modo, como o homem sem lei é injusto e o cumpridor da lei é justo, evidentemente todos os atos conforme à lei são atos justos em certo sentido, pois os atos prescritos pela arte do legislador são conforme à lei, e dizemos que cada um deles é justo” (ARISTÓTELES, 2003, p. 104).

Para Kelsen (2001), a ética aristotélica coloca nas mãos da moral positiva, do Direito positivo

e da ordem estabelecida a tarefa de responder “o que é bom”. Para o autor, a *mesóstes* possui uma função inteiramente conservadora, ou seja, a manutenção da ordem social vigente.

De acordo com Rios (2002, p. 24), a Ética “procura o fundamento do valor que norteia o comportamento, partindo da historicidade presente nos valores”.

Conforme Vázquez (1993, p. 13), a relação entre a Ética e a Moral baseia-se na ideia de ciência e objeto respectivamente:

As proposições da ética devem ter o mesmo rigor, a mesma coerência e fundamentação das proposições científicas. Ao contrário, os princípios, as normas ou os juízos de uma moral determinada não apresentam esse caráter. Não existe uma moral científica. [...] A moral não é ciência, mas objeto da ciência; e, nesse sentido, é por ela estudada e investigada. A ética não é a moral e, portanto, não pode ser reduzida a um conjunto de normas e prescrições; sua missão é explicar a moral efetiva [...]. A ética pode servir para fundamentar uma moral, sem ser em si mesmo normativa ou preceptiva.

Portanto, a Ética se ocupa com a reflexão crítica sobre a moralidade e a conduta do homem, partindo de uma praxe no interior da Filosofia, sim, porque ela (a Ética) é ciência. Assim, a Ética não serve para dizer o que cada um deve fazer ou como a nossa sociedade deve se organizar, mas sua reflexão filosófica deve consistir em analisar quais são os valores sociais vigentes, suas justificativas, problematizando-os e buscando a sua coerência e consistência.

4. A UTILIZAÇÃO DA ÉTICA COMO PRAXE LEGITIMADORA DE IDEOLOGIAS DOMINANTES NAS RELAÇÕES DE GÊNERO

Conforme já mencionado, a Ética deve ser caracterizada como uma investigação do fundamento axiológico que direciona o comportamento, partindo da historicidade presente nos valores (RIOS, 2002). Assim, a atividade de dar legitimidade valorativa ao comportamento humano é um problema de caráter teórico de competência da Ética. Entretanto, é ponto que se quer destacar no presente estudo: a ligação entre a Ética e a

praxe justificadora de uma desigualdade nas relações de gênero simbolizada aqui no presente estudo pela criminalização do aborto, ou seja, os riscos da utilização de fundamentos de validade advindos de ideologias dominantes em um determinado contexto histórico como mecanismo de tolhimento de direitos das mulheres.

Em geral, os aspectos valorativos da “justiça”, aqui já ingressando na seara do Direito, mais especificamente no processo de criminalização de condutas, se constroem na fenomenologia da busca de legitimidade valorativa que subjaz uma possível ideologia dominante em um determinado momento histórico. Exemplifica-se na história do Brasil a ideologia aristocrática e escravocrata do século XIX que legitimava uma legislação que permitia com naturalidade a escravidão naquele período.

Assim, a Ética deve ser um instrumento de análise das bases dos valores vigentes com o objetivo de aperfeiçoamento do homem; caso contrário, poderá se transformar em perigosíssimo instrumento justificador de um sistema normativo que subjaz ideologias de grupos dominantes de um determinado período histórico cuja expressão mais agudizada é representada pelo Direito Penal que, naturalmente, carrega em seu “DNA” as características de seletividade, repressividade e estigmatização (BATISTA, 2011).

Em termos de relações de gênero, observa-se claramente que, durante vários séculos, o sistema normativo brasileiro foi intensamente marcado por valores da cultura da dominação masculina cujo resultado era uma produção legislativa que persistia em sonegar os direitos das mulheres. Como exemplo inicial, cita-se o fato de que até pouco tempo as mulheres não participavam do processo eleitoral cujo direito ao sufrágio foi conquistado apenas em 1932, por intermédio do Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932.

Outro exemplo marcante na história de conquista dos direitos femininos foi a possibilidade do divórcio, instituído oficialmente com a Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, regulamentada pela Lei nº 6.515 de 26 de dezembro de 1977, lembrando que o único instituto que existia até então era “desquite” (BRASIL, 1977).

Na seara trabalhista, pesquisas apontam para enorme “fosso” existente na diferença salarial entre homens e mulheres, conforme dados da recente Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015 (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016). [9]

Outro ponto a ser ressaltado acerca de desequilíbrio das relações de gênero na seara laboral são as “cifras negras”[10] quando a matéria é o assédio sexual no ambiente de trabalho. Ou seja, mais um tipo de violência contra mulher que se baseia em geral na soma dos fatores hierarquia e gênero. Ademais, outra evidência do predomínio do masculino é fato de que este mesmo mercado de trabalho prefere homens a mulheres em idade fértil, posto que a maternidade ainda é vista por muitos empregadores como um obstáculo para o fiel cumprimento do contrato laboral.

Os exemplos acima demonstram que a desigualdade institucionalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro ainda é um fenômeno sutilmente banalizado e com debates que ainda se revelam tímidos, apesar da magnitude da problemática. Para se ter uma real dimensão do que se ora discute, em um passado não muito distante, por exemplo, esta violência conseguia até mesmo se justificar na retórica argumentativa da tese da “legitima defesa da honra” no rito do Tribunal do Júri em casos de feminicídios, tese esta declarada recentemente como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (STF) por ferir a dignidade da pessoa humana, da proteção à vida e a igualdade de gênero (BRASIL, 2021). Ou seja, ao nosso ver, a figura da tese da “legítima defesa da honra” muito se assemelha com as violentas sanções penais de “apedrejamento” vigentes em diversos países islâmicos do Oriente Médio e da África.

Veja que a sutileza do desequilíbrio das relações de gênero entre homem e mulher é também representada pela estandardização da ideia de fragilidade do sexo feminino. Todavia, esta fantasia terminológica remete à ideia de controle do corpo feminino, posto que a “fragilidade” feminina sugere uma necessária proteção masculina por ser este último supostamente o mais forte da relação. Neste mesmo ritmo, tautologicamente, a ideia de força regerá a ideia seletiva de que algumas atividades laborais são de natureza eminentemente masculinas.

Bourdieu (2012, p. 69), tratando sobre a dominação masculina, ensina que há uma

[...] arqueologia histórica do inconsciente, que originalmente construída, sem dúvida alguma, em um estágio muito antigo e muito arcaico de nossas sociedades, permanece em cada um de nós, homem ou mulher [...] inconsciente histórico ligado, portanto, não a uma natureza biológica ou psicológica, mas a um

trabalho de construção propriamente histórica [...].

O certo é que, por intermédio das relações sociais e econômicas, se constroem os sujeitos de conhecimento e as relações de verdade. Foucault (2013, p. 34) explica que “só pode haver certos tipos de sujeito de conhecimento, certas ordens de verdade, certos domínios de saber a partir de condições políticas que são o solo em que formam o sujeito, os domínios de saber e as relações com a verdade”. Ora, observa-se, conforme os exemplos apresentados, que as condições políticas e sociológicas da sociedade brasileira foram alicerçadas inicialmente em fundamentos de validade predominantemente masculinos que caberiam à Ética investigar, questionar, ponderar e refletir como praxe filosófica visado o aperfeiçoamento da humanidade. Entretanto, o que se viu durante muito tempo foi a chancela de valores que fundamentavam esta denunciada desigualdade de gênero que culminava no não reconhecimento da mulher como um sujeito de direito, inclusive no que se refere aos direitos sexuais e reprodutivos.

Assim, avançando no debate, para além das questões de gênero, deve-se também analisar o tema do aborto dentro da polissemia e das diversas dimensões que o termo “vida” possui.

Neste sentido, a ética como prática filosófica que busca os fundamentos que orientam as condutas e comportamentos cumpre a função de fazer compreender o caráter transcendente da vida para além do exercício das funções orgânico-fisiológicas, o que inclui obrigatoriamente a ideia de dignidade da pessoa humana e reconhecimento da mulher como peça essencial da fenomenologia da gênese do novo ser.

Com efeito, é este modelo ético baseado na dignidade da pessoa humana que deve fundamentar a descriminalização do aborto, reconhecendo-o como uma conduta decorrente da independência ética e do pluralismo político, concebidos dentro dos princípios da liberdade de consciência, inclusive de consciência religiosa (DWORKIN, 2011). Há uma exigência do respeito e da efetivação dos direitos individuais e, principalmente, da dignidade humana, levando em consideração o seu sentido ético, ou seja, da ideia de que cada um deve garantir a si próprio uma vida boa (NINO, 2013).

A criminalização do aborto, nos moldes encontrados no atual Código Penal brasileiro, que exclui a mulher da decisão sobre a maternidade, fundamentando tal decisão de política

criminal no valor do princípio da dignidade da pessoa humana com um pragmatismo direcionado exclusivamente em embrião, transforma aqui o Direito Penal em um instrumento legitimador de desequilíbrios nas relações de gênero.

Por outro lado, deve-se compreender que é este mesmo princípio da dignidade da pessoa humana que igualmente justifica a descriminalização do aborto, haja vista se tratar de “um enorme problema de natureza humanitária a ser enfrentado como uma questão de saúde pública” (CUTRIM, 2017, p. 90).

No Brasil, infelizmente, as políticas públicas aplicadas pelo Estado em relação ao aborto são majoritariamente direcionadas à repressão criminal cuja circunstância de clandestinidade cria um grave fator de risco à saúde e à vida de inúmeras mulheres em idade fértil.

Quando a tipificação do aborto é confrontada com nossa Constituição, fica evidente a flagrante situação de inconstitucionalidade diante da impotência do Estado brasileiro em proporcionar uma integral proteção aos direitos à vida, à liberdade, à autonomia, à saúde, sexuais e reprodutivos das mulheres, e, por conseguinte, à dignidade da pessoa humana. Ou seja, o Estado brasileiro desrespeita flagrantemente os artigos 1º, inciso III e 196, ambos da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.[11]

Ainda no aspecto jurídico, analisando a política repressiva do Estado brasileiro, ressalta-se que o Direito Penal possui papel fundamental como fomentador de desequilíbrio nas relações de gênero. Especificamente, a criminalização do aborto produz os fenômenos da estigmatização e do etiquetamento objetivando o controle do corpo feminino com a sonegação da sua liberdade sexual e reprodutiva. Por isso, com perfeita razão Castro (2005, p. 106) adverte que “a criminalização não é mais que uma manifestação da dominação, e a delinquência ou o desvio, sua consequência”.

A dignidade da pessoa humana deve ser encarada como modelo supremo ético cuja função, no foco do presente estudo, é analisar a questão do aborto como um grave problema de saúde pública que afeta diretamente a população feminina cujo melhor enfrentamento não é e nunca será a criminalização. Além disso, não se pode olvidar que a situação de clandestinidade é uma barreira à promoção de saúde da população feminina em que as mais afetadas são aquelas em situação de maior vulnerabilidade econômico-social.

Nas palavras de Dworkin (2003, p. 143):

As leis que proíbem o aborto, ou que o tornam mais difícil e caro para as mulheres que desejam fazê-lo, privam as mulheres grávidas de uma liberdade ou oportunidade que é crucial para muitas delas. Uma mulher forçada a ter uma criança que não deseja porque não pode fazer um aborto seguro pouco depois de ter engravidado não é dona de seu próprio corpo, pois a lei lhe impõe uma espécie de escravidão. Além do mais, isso é só o começo. Para muitas mulheres, ter filhos indesejados significa a destruição de suas próprias vidas, porque não mais poderão trabalhar, estudar ou viver de acordo com o que consideram importante, ou porque não têm condições financeiras de manter os filhos.

Para além da descriminalizando do aborto, à luz da experiência brasileira, o Estado deve afiançar também o acesso da mulher ao sistema de saúde pública, em respeito à garantia estabelecida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e também pelos pactos internacionais, com ênfase para as Conferências do Cairo (1994) e Beijing (1995).

Por fim, a reflexão ética acerca do tema do aborto deve ter como farol o princípio da dignidade da pessoa humana como modelo supremo ético em uma perspectiva que contemple a mulher como um sujeito de direitos. Tal princípio deve ser um instrumento de vanguarda e de luta contra fundamentos oriundos de ideologias nocivas que objetivam apenas fomentar o desequilíbrio nas relações de gênero. A pauta da descriminalização e despenalização do aborto implica necessariamente também uma eficaz implementação simultânea de uma política pública ampla e coesa que promova educação sexual nas escolas, métodos contraceptivos efetivos, seguros e gratuitos, planejamento familiar e outros institutos, que conjuntamente permitirão solucionar o problema da mortalidade materna (BRIOLLAZ, 2013).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado, o direito à vida deve ser compreendido como o direito de estar vivo, assim como, o direito de viver com dignidade. Assim, a dignidade da pessoa humana é supremo modelo ético compreendido como fundamento de toda vida ética da qual decorrem

as normas universais de comportamento (COMPARATO, 2006), ou seja, deve ser a base de toda reflexão ética do comportamento.

Observa-se que é o princípio da dignidade da pessoa humana é a norma que deve nortear o passo para a descriminalização do aborto na legislação penal brasileira em uma perspectiva que possa vislumbrar a mulher como possuidora de direitos à liberdade, à autonomia, à saúde, aos direitos sexuais e reprodutivos, entre outros.

Neste sentido, o estudo aponta a Ética, como reflexão filosófica, o meio de questionamento dos fundamentos dos valores vigentes que geram desequilíbrios nas relações de gênero e obstáculos na implementação de uma política pública integrada de promoção de saúde da mulher. O pensar acerca do tema do aborto deve ter como diretriz o princípio da dignidade da pessoa humana como modelo supremo ético em uma perspectiva que contemple a mulher como um sujeito de direitos. A dignidade da pessoa humana deve ser um instrumento de combate contra ideologia e valores que geram e favorecem o desequilíbrio nas relações de gênero.

Portanto, a temática da descriminalização e despenalização do aborto deve estar também associada, necessariamente, a uma eficaz implementação de uma política pública ampla e coesa que promova educação sexual nas escolas, métodos contraceptivos efetivos, seguros e gratuitos, planejamento familiar e outros institutos, que conjuntamente permitirão solucionar o problema da mortalidade e danos à população feminina.

REFERÊNCIAS

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Revan, 2011.
- BOURDIEU, Pierre. A dominação masculina. Tradução Maria Helena. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, 29 jun. 1977. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc09-77.htm. Acesso em: 5 fev. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União: seção 1, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 27 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 779 – DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista. Intimado: Presidente da República. Relator: Min. Dias Toffoli, Brasília, DF, 26 de fevereiro de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF779.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2020.

BRIOLLA, Leonel. La despenalización del aborto como estrategia hacia una práctica segura, accesible e infrecuente. Revista Médica del Uruguay, Montevideo, v. 29, n. 2, p. 114-117, jun. 2013. Disponível em: http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1688-03902013000200006&lng=es&nrm=iso. Acesso em: 23 jan. 2021.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2005.

COMITÊ LATINO AMERICANO E DO CARIBE PARA A DEFESA DOS DIREITOS DA MULHER et al. Sétimo relatório periódico brasileiro (CEDAW/C/BRA/7): Comitê para a Eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, CEDAW, 51ª sessão. [S. I.]: Cedaw, 2012. Disponível em: https://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/ngos/CLADEM_forthe_session_pr.pdf. Acesso em: 12 dez. 2020.

COMPARATO, Fábio Konder. Ética: direito, moral e religião no mundo moderno. São Paulo:

Companhia das Letras, 2006.

CUTRIM, Fábio Luiz Viegas. Aborto e princípio da dignidade humana: um olhar acerca da necessidade de descriminalização do aborto no Brasil. Revista Superior de Justiça, Belo Horizonte, V. 7, n. 1, p. 89-107, jul. 2017.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 15, p. 959-966, jun. 2010. Suplemento 1. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232010000700002&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 3 jan. 2021.

DINIZ, Debora; MEDEIROS, Marcelo; MADEIRO, Alberto. Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciência e Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, v. 22, n. 2, p. 653-660, fev. 2017. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232017000200653&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 3 jan. 2021.

DWORKIN, Ronald. Domínio da vida, Aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. Justice for hedgehogs. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução Eduardo Jardim, Roberto Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2013.

HOUAISS Antônio *et al.* Pequeno Dicionário Houaiss da língua portuguesa. São Paulo: Moderna, 2015.

IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Tradução João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. PNAD 2015: rendimentos têm queda e desigualdade mantém trajetória de redução. Agência de Notícias, Rio de Janeiro, 25 nov. 2016. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/2013-agencia-de-noticias/releases/9461-pnad-2015-ren>

dimentos-tem-queda-e-desigualdade-mantem-trajetoria-de-reducao.html. Acesso em: 1 fev. 2021.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KELSEN, Hans. O que é Justiça? A justiça, o direito e política no espelho da ciência. Tradução Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida: quantas veces comienza la vida humana? Bioética, Brasília, DF, v. 9, n. 2, p. 25-42, 2001. Disponível em: http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/243/243. Acesso em: 20 out. 2019.

NINO, Carlos Santiago. Introdução à análise do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro: parte especial, arts. 121 a 249. 10. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIOS, Terezinha Azerêdo. Ética e competência. 12. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

ROVIRA, Guido Berro *et al.* Medicina legal, derecho médico y aspectos bioéticos. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 2013.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SINGH, Susheela *et al.* Abortion worldwide 2017: uneven progress and unequal access. New York: Guttmacher Institute, 2018. Disponível em: <https://www.guttmacher.org/report/abortion-worldwide-2017>. Acesso em: 10 fev. 2020.

VÁZQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. 14. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1993.

APÊNDICE – REFERÊNCIA DE NOTA DE RODAPÉ

2. A Medicina Legal comprehende que a terminologia mais adequada para designar a interrupção voluntária da gestação é abortamento. Assim, aborto seria o organismo expulso do corpo da mulher que teve a sua gestação interrompida. Entretanto, a legislação e doutrina consagraram a utilização do termo aborto para assinalar a conduta e não o objeto resultante (ROVIRA et al., 2013). Assim, para fins didáticos manter-se-á o mesmo termo utilizado pelo Código Penal brasileiro, apesar deste não ser a terminologia mais adequada, conforme a literatura médica.
3. Para Comparato (2006), a dignidade da pessoa humana é o supremo modelo ético compreendido como fundamento de toda vida ética da qual decorrem as normas universais de comportamento.
4. Kottow (2001), por exemplo, entende que tanto a corrente concepcional quanto a biológica-evolutiva não são suficientes em si para definir o momento do início da vida, evidenciando um raciocínio naturalista equivocado que chancela basicamente valores morais baseando-se em dados biológicos arbitrariamente selecionados. Assim, este autor apresenta uma nova perspectiva: a relacional.
5. Nas palavras de Sarmento (2016, p. 212), “o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados pela Constituição de 88, como saúde, educação, moradia, alimentação, previdência e assistência social etc., estando igualmente presente em alguns direitos individuais, como no acesso à justiça.”
6. Sobre este tema, sugere-se a leitura do artigo de minha autoria *“Aborto e princípio da dignidade humana: um olhar acerca da necessidade de descriminalização do aborto no Brasil”* (CUTRIM, 2017), onde são apresentadas 03 perspectivas acerca do início da vida.
7. Adverte-se que o presente ensaio apresenta definições dos termos Moral, Ética e Direito sem pretender exaurir ou estabelecer como errôneas outras definições.

8. Referente à Teoria Tridimensional do Direito, conforme Reale (2002).
9. Segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) de 2015, “o rendimento médio mensal real de todos os trabalhos dos homens de 15 anos ou mais de idade, com rendimento de trabalho, foi de R\$2.058 e o das mulheres, R\$1.567. Em termos proporcionais, as mulheres receberam em média 76,1% do rendimento de trabalho dos homens em 2015, um aumento de 1,6 ponto percentual em relação a 2014 (74,5%), quando os valores eram R\$ 2.184 e R\$ 1.627, respectivamente” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016, não paginado).
10. Utiliza-se o termo emprestado da Criminologia denominado de cifras negras para indicar infrações à legislação trabalhista que não são apuradas oficialmente pelos órgãos oficiais do Estado.
11. “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
- I – a soberania;
- II – a cidadania
- III – a dignidade da pessoa humana;
- IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
- V – o pluralismo político”. (BRASIL, [2016], não paginado, grifo nosso).

^[1] Graduado pela Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia pelo Centro Universitário Internacional – UNINTER e Mestrando em Ciências Criminológico-forenses pela Universidade de la Empresa – UDE (Uruguai).

Enviado: Março, 2021.

Aprovado: Abril, 2021.