

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica

## **ABORTO: UMA QUESTÃO PRINCIPIOLÓGICA DE DESCOMPASSO FÁTICO-FORMALISTA<sup>1</sup>**

**Felipe Halfen Noll<sup>2</sup>, Laura Mallmann Marcht<sup>3</sup>, Ester Eliana Hauser<sup>4</sup>, Alfredo Copetti Neto<sup>5</sup>.**

<sup>1</sup> Trabalho de pesquisa realizado na disciplina de “Direito Penal III”, ministrada pela professora Ester Eliana Hauser, no Curso de Direito da UNIJUI em interdisciplinaridade com o projeto coordenado pelo professor Alfredo Copetti Neto.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito da UNIJUI-RS e bolsista PROBIC/FAPERGS no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”.

<sup>3</sup> Acadêmica do Curso de Direito da UNIJUI-RS e voluntária no projeto de pesquisa “Direito e Economia às Vestes do Constitucionalismo Garantista”.

<sup>4</sup> Professora do curso de Graduação em Direito da UNIJUI-RS, Especialista em Instituições Jurídico-Políticas pela UNIJUI-RS, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

<sup>5</sup> Doutor em Direito pela Università di Roma, Mestre em Direito pela Unisinos. Cumpriu estágio Pós-Doutoral CNPq/Unisinos. Professor PPG-Unijuí. Unioeste e Univel. Advogado OAB-RS.

### **Introdução**

A criminalização da interrupção voluntária da gestação, excetuadas as hipóteses consideradas lícitas, está consolidada no ordenamento jurídico brasileiro, mas não se mostra unânime. Este tema provoca acaloradas discussões e a doutrina diverge em muitos aspectos em relação, especialmente, ao início da existência da vida humana e da personificação do feto, detentor de direitos e proteção estatal.

Tratando de questões principiológicas, a discussão versa, em primeiro lugar, sobre a tutela do direito à vida em contraposição à noção de dignidade humana, bem como ao direito à liberdade, na medida em que um indivíduo, uma mulher, em virtude da lei, esteja fadada a levar a cabo uma gravidez indesejada. Essa perspectiva é contraditória e comumente entremeada por discursos tradicionalistas e religiosos, que não levam em conta a perspectiva feminina e os direitos fundamentais previstos na carta constitucional brasileira.

Deste modo, faz-se necessário discutir o tema, não apenas em razão de sua inexorável importância, mas, sobretudo, em virtude do verdadeiro descompasso que há entre a forma - entendendo-se aqui o disposto em lei - e a realidade que, conforme indicam estatísticas a serem demonstradas no estudo, revela que a prática abortiva é muito comum entre as mulheres brasileiras, com assistência ou não de profissionais da saúde. A criminalização, diante desta realidade, revela-se como um obstáculo ao provimento do direito à saúde que afeta de maneira mais expressiva as classes menos privilegiadas.

### **Metodologia**

O método utilizado na pesquisa é o hipotético-dedutivo, uma vez que para realizar o estudo será necessário utilizar da pesquisa bibliográfica como fonte e premissa para discorrer sobre o presente tema. Outrossim, serão utilizados artigos científicos para a discussão do tema proposto.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica

## Resultados e discussão

Em regra, a interrupção da gestação (aborto) está criminalizada no ordenamento brasileiro, seja ela praticada com ou sem o consentimento da gestante. O que se observa, no entanto é uma ineficácia da postura criminalizadora do ordenamento brasileiro em relação ao aborto e a realidade fática.

Dados levantados na Pesquisa Nacional do Aborto (PNA), realizada em 2010 por método de pesquisa domiciliar e urna, levantam dados impressionantes quanto à prática. Entrevistadas 2002 mulheres entre a idade de 18 a 39 anos, revelou-se que cerca de 15% delas já cometeram aborto, sendo cerca de metade desse número mediante uso de medicamentos e tendo a metade delas sido internadas em hospitais em decorrência do ato (DINIZ; MEDEIROS, 2010).

O Código Penal versa sobre o crime nos artigos 124 ao 128, sendo que os incisos I e II do art. 128 trazem a previsão legal de se excluir a ilicitude do ato, se for este praticado por médico, nos casos de gravidez resultante de estupro e quando há risco para a gestante.

Em 2012, com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, foi votada constitucional a interrupção da gestação de feto anencéfalo, adicionando uma terceira cláusula excludente de ilicitude na condução de um aborto. Assim, é revestida de atipicidade a interrupção de gestação, quando realizada por médico capacitado, nos casos de gravidez decorrente de estupro, quando há risco de vida para a mulher (causado pela gravidez) e nos casos de detectada anencefalia no feto em formação (SCHULZE, 2012).

Como já mencionado, a criminalização do aborto, mesmo nos casos legais, está longe de ser aceita de maneira unânime. As tendências contemporâneas somadas à observância da realidade brasileira trazem à tona a possibilidade (e necessidade) de se abrandar a represália à prática, e mesmo de torná-la legal, desde que fundamentada num sistema que combine prazos e indicações (TESSARO, 2008).

A maior discussão referente à criminalização ou não do aborto está na interpretação de aspectos biológicos sob uma perspectiva subjetiva do início da vida humana. São diversas as teorias que dispõem sobre o assunto, que divergem especialmente sobre qual o momento em que o embrião torna-se pessoa humana, com bases na proteção universal do direito à vida elencada na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

A “perspectiva concepcional” é adotada por quem acredita que a vida humana tem início instantâneo, e se consolida com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Os estudiosos que defendem a existência humana a partir da fecundação embasam sua tese na potencialidade que o zigoto tem, enquanto organismo supostamente independente, de se desenvolver por si mesmo em fases sucessivas e gerar um organismo biologicamente humano.

No entanto, é questionável a independência e “potencialidade humana” do zigoto, tendo em vista que nem sempre um óvulo fecundado vai vir a gerar uma vida e que a própria evolução do organismo pressupõe interação com outras moléculas e, mais do que qualquer coisa, depende

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica

diretamente da genitora. Da mesma forma, os métodos de reprodução assistida vêm a compor obstáculos para a aceitação dessa teoria, pois, se o óvulo fecundado possui direitos, o óvulo fecundado *in vitro* também estaria sujeito à proteção estatal no sentido de se assegurar a ele a realização de seu destino “humano”, o que pressuporia sua necessária implantação no útero materno (o que não ocorre).

Para essa teoria, Kottow (2001) estabelece um comparativo metafórico, entre o bloco de mármore que não é potencial escultura por depender completamente das mãos do artista, por necessitar de contextualização para ser. Ainda afirma que pode o mármore ser considerado como uma obra em potencial, mas que esse material jamais terá o mesmo valor axiológico que a obra que poderia ser.

A teoria concepcional está especialmente suscetível a valorações alheias à ciência, pois parte de uma crença e não de constatações verificáveis. Já a perspectiva biológico-evolutiva, desenvolvida a seguir, tenta partir do conhecimento da embriogênese para fixar um momento de aquisição de vida pelo feto.

Essa perspectiva biológico-evolutiva defende que o início da vida decorre do aparecimento de certos sinais morfológicos do embrião ou a partir de um momento determinado do processo de gestação. Por esse viés, foram propostos os seguintes critérios para o início da vida humana: “nidação/individualização, surgimento da crista neural, mobilidade fetal, viabilidade extra-uterina, nascimento e, por fim, a aquisição da capacidade racional na infância”.(TESSARO, 2001, página 40).

De acordo com esse entendimento, certas características que surgem no feto no decorrer de seu processo evolutivo têm mais relevância que outras, e, no caso em que se considera a existência com vida produto do início da atividade cerebral, nos três meses de gestação, se deixa de considerar os seres humanos com capacidade racional deficiente. Segundo Kottow, na perspectiva biológica-evolutiva se comete o mesmo erro que na perspectiva concepcional, de se valer da mesma noção naturalista, com a utilização de “dados empíricos para fundamentar valorações éticas” (KOTTOW, 2001).

Afastar a existência da vida humana de perspectivas concepcionais ou biológico-evolutivas é preceito básico para se chegar a um entendimento mais condizente com a realidade. É nesse princípio que se baseia a perspectiva relacional, que inova levando em consideração aspectos interpretativos mais amplos ao reconhecimento da vida humana, afastando as interpretações morais acerca de aspectos puramente biológicos e dando primazia e protagonismo à parte que a gravidez mais afeta: a gestante. (TESSARO, 2001)

Miguel Kottow (2001), discorrendo sobre a perspectiva relacional em relação à perspectiva concepcional relembra que, em se falando de potencialidade, deve a mulher se reconhecer enquanto mãe potencial. Desta forma, se assume que a existência da vida humana é produto da relação entre mãe e feto, e quem concede personalidade ao humano em formação é a mãe, a partir do momento em que aceita suas condições de mãe e filho.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica

O prazo, defeso por doutrinadores que adotam esta perspectiva, para que a mulher tome consciência da sua condição e possa aceitar ou não a sua potencialidade materna, é de três meses. Não por esse período corresponder a determinada etapa evolutiva da embriogênese, mas por ser um período adotado por diversos países onde a prática abortiva é legalizada com a fundamentação de ser prazo suficiente para que a mulher decida sobre o destino da própria gestação, aceitando ou não sua condição de mãe e a condição do feto de pessoa humana. (TESSARO, 2001)

O ordenamento brasileiro deixa implícita a tutela do direito à vida intrauterina quando comina pena à prática abortiva nos termos da lei. Também é implícita, no entanto, a diferenciação valorativa que se dá à vida intrauterina e extrauterina, quando fixa, por exemplo, pena de detenção de 1 a 3 anos para a prática do aborto (art. 123/CP) e pena de reclusão de 6 a 20 anos para o crime de homicídio simples (art. 121/CP).

Ora, quando se obriga uma mulher a levar adiante uma gravidez indesejada, se está violando seus direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade e a própria dignidade humana, que é preceito fundamental e norteador dos Direitos Humanos defesos na Declaração Universal. Ainda que o direito à vida seja o direito fundamental por excelência, a “sua precedência lógica em relação aos demais direitos fundamentais não lhe confere um valor axiológico superior” (TESSARO, 2001, página 53)

Cabe ressaltar também que, principalmente diante de conflito de direitos fundamentais, a legislação assume, implicitamente, que o direito à vida não detém poder absoluto. Tal assertiva é verificável nos casos das excludentes de ilicitude, previstas no art. 23 do Código Penal brasileiro, onde, por exemplo, a legítima defesa é lícita, não cabendo punição.

Ademais, se têm que a tutela penal do direito à vida pré-natal, nos casos de proibição da interrupção voluntária da gestação, pode vir de encontro a outros direitos fundamentais, sendo que a valoração de um não pressupõe a desqualificação de outro.

Desta forma, contribui o jurista italiano Luigi Ferrajoli tecendo uma nova forma de encarar a problemática. No debate público, o direito da mulher a decidir sobre sua maternidade geralmente é apresentado como “direito de aborto”, quer dizer, como uma liberdade positiva (ou “liberdade para”) que consiste, precisamente, na liberdade de abortar. Esquece-se, que antes é uma liberdade negativa (“liberdade de”), quer dizer, o direito da mulher a não ser constrangida a converter-se em mãe contra a sua vontade; e que a proibição penal de abortar não se limita a proibir uma atitude, mas que obriga também a uma opção de vida que é a maternidade. (FERRAJOLI, 2002)

#### Conclusões

A análise dos fatos concernentes ao aborto no Brasil, os dados recolhidos pela Pesquisa Nacional do Aborto e mesmo a obscuridade de informações acerca do tema (que revela o quanto os números podem ser superiores ao levantado), evidenciam a urgência de se dar prioridade à questão do aborto na agenda de saúde pública nacional.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica

Partindo do estudo das diversas perspectivas sobre o incógnito início da vida humana e da análise das teorias e fundamentações que permeiam a discussão acerca da criminalização/legalização do aborto, constatou-se ser inevitável que pretensos preceitos absolutos de surgimento da vida humana, partindo de interpretações valorativas acerca de fenômenos puramente biológicos, acabem se confundindo com tradicionalismo e religiosidade presumidos alheios ao Estado de Direito.

Não menos que um problema de saúde pública ou uma questão de ideologias, o debate sobre a criminalização do aborto acaba versando sobre um conflito de direitos fundamentais: de um lado o direito à vida e de outro o direito à liberdade e a própria dignidade humana. A pesquisa evidenciou, desta forma, que a liberdade de autodeterminação da mulher é gravemente lesada pela criminalização da prática, uma vez que, além de imputar pena a conduta, também obriga a gestante a levar a cabo uma gravidez por vezes indesejada. É na aposta do protagonismo da mulher/mãe que a racionalidade jurídica deve encontrar respaldo.

**Palavras-Chave:** Aborto; Criminalização; Princípios; Direito à Vida; Direito à Liberdade.

#### Agradecimentos

À Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ), por sediar o Salão do Conhecimento e assim oportunizar que os alunos possam tornar públicas suas produções. Agradecimentos especiais à professora Ester Eliana Hauser, pelas aulas que deram origem à discussão e o incentivo à produção acadêmica. Finalmente ao professor Alfredo Copetti Neto, incansável orientador que faz nascer nos alunos o interesse pelo estudo crítico e libertário do direito.

#### Referências Bibliográficas:

TESSARO, Anelise. O debate sobre a descriminalização do aborto: Aspectos Penais e Constitucionais. Revista Brasileira de Ciências Criminais, edição 74, setembro-outubro 2008. Editora revista dos tribunais. 35 – 85 p.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Aborto no Brasil: Pesquisa domiciliar com técnica de urna. PNA – Pesquisa Nacional do Aborto. Brasília, 2010. 8 p.

FERRAJOLI, Luigi. La cuestión del embrión entre derecho y moral. Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez. Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. 255 – 275 p.

KOTTOW, Miguel. Bioética del comienzo de la vida. Cuántas veces comienza La vida humana? Bioética, v.9, n.2. Conselho Federal de Medicina, Brasília, 2001.

SCHULZE, Clenio Jair. Aborto de fetos anencéfalos e ADPF 54: STF como legislador positivo. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3212, 17 abr. 2012.

**Modalidade do trabalho:** Ensaio teórico  
**Evento:** XXIV Seminário de Iniciação Científica