

**RACHELLE AMÁLIA AGOSTINI BALBINOT**

**DISCUTIR O ABORTO:  
UM DESAFIO ÉTICO**

**FLORIANÓPOLIS**

**2002**

**RACHELLE AMÁLIA AGOSTINI BALBINOT**

**DISCUTIR O ABORTO:**

**UM DESAFIO ÉTICO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, área de concentração - Instituições Jurídico-Políticas.

Sob a orientação da

**PROF. DRA. JEANINE NICOLAZZI PHILIPPI.**

**FLORIANÓPOLIS**

**2002**

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO  
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO - INSTITUIÇÕES JURÍDICO- POLÍTICAS**

**DISCUTIR O ABORTO:  
UM DESAFIO ÉTICO**

**RACHELLE AMÁLIA AGOSTINI BALBINOT**

A presente dissertação foi aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC.

Florianópolis, 14 de junho de 2002.

Banca examinadora:

---

Prof. Dra. Jeanine Nicolazzi Philippi – orientadora

---

Prof. Dra. Cecília Caballero Lois – membro

---

Prof. Dra Juliana Neuenschwnder- membro

---

Prof. Dra. Thaís Colaço – membro (suplente)

## RESUMO

O aborto é um tema polêmico, pois implica o debate sobre a ética, o direito, a liberdade, a responsabilidade e o poder de o ser humano dispor de seu próprio corpo. Necessita, portanto, de uma análise ampla que envolve os campos da bioética, do biodireito e, até mesmo da engenharia genética – cujos avanços contemplam a possibilidade de diagnosticar anomalias fetais graves que inviabilizam a vida do feto. Esta discussão, trabalhada a partir de conceitos éticos, sugere uma reformulação nos conceitos e paradigmas aceitos atualmente, ensejando novos argumentos na discussão do assunto, os quais não se reduzem somente ao aspecto religioso ou legalista do tema. A descriminalização do aborto pode representar uma solução para esta questão que está presente nos diferentes campos de conhecimento, sendo que a maior punição dessa conduta jamais foi suficiente para que a ocorrência do abortamento (voluntário) deixasse de existir. Portanto, um posicionamento ético - ao tratar desse tema com seriedade e inseri-lo em um contexto social e humano que ultrapassa a questão da ilegalidade para atingir a vida de muitas mulheres que optam por essa intervenção, mesmo que essa decisão apresente riscos para sua própria vida - seria um grande avanço na legislação penal do país e geraria uma melhora nas condições de atendimento e realização da intervenção, principalmente para as mulheres das classes menos favorecidas economicamente.

As conclusões referentes ao tema estão definidas da seguinte forma: o prazo para a realização do abortamento deverá ser em período anterior às dezoito primeiras semanas de gestação, pois até esse momento o feto não sente dor nem prazer, portanto, não há a produção de sofrimento inútil.

A análise dos diplomas legais que tratam dos direitos da pessoa e do nascituro, bem como a legislação penal que trata do aborto e desloca o nascituro do Código Civil – que só terá personalidade a partir do nascimento com vida – para o título da pessoa no Código Penal, evidencia a contradição no próprio sistema legal. Tal deslocamento expõe, por sua vez, o fato de que a mulher grávida tem seus direitos restringidos devido à existência do feto, que passa a ter supremacia sobre qualquer direito ou escolha que ela possa ter ou realizar.

A autonomia, a liberdade, a responsabilidade e a dignidade são princípios que devem ser analisados quando o assunto em tela é o aborto – sem desconsiderar, certamente, a compreensão do conceito de sujeito que perpassa todas as fases desse debate –, uma vez que a mulher, o sujeito envolvido neste assunto, deve ser considerada um ser capaz de decidir, considerando-se os motivos pelos quais entende pelo abortamento, bem como as formas como essa gestação vai afetar a sua vida e a daqueles que com ela convivem.

A decisão pelo abortamento, dentro do prazo estabelecido (até dezoito semanas), é uma questão de cunho individual que deve ser decidida por aquela ou aqueles que serão responsáveis por todo o desenvolvimento gestacional e pela criação do novo ser.

Palavras-chave: aborto, bioética, biodireito, ética, dignidade, responsabilidade.

## ESTRATTO

L'aborto è un tema polemico, poiché coinvolge il dibattito sull'etica, sul diritto, sulla libertà, sulla responsabilità e sul potere dell'essere umano disporre del suo proprio corpo. Bisogna, pertanto, un'analisi ampia che coinvolga le branche della bioetica, del biodiritto ed anche dell'ingegneria genetica - cui progressi contemplano la possibilità di diagnosticare anomalie fetali gravi che diventano impraticabile la vita del feto. Questa discussione, lavorata dai concetti etici, suggerisce una riformulazione nei concetti e paradigmi accettati nel presente, offrendo l'opportunità di aggiungere nuovi argomenti alla discussione, i quali non si riducono soltanto all'aspetto religioso o legalitario del tema. La discriminatorizzazione dell'aborto può rappresentare una soluzione per questo problema che sta presente nei diversi campi del sapere, tenendo conto che la maggior punizione di questa condotta non è mai stata sufficiente per che l'avvenimento dell'aborto (volontario) lasciasse di esistere. Pertanto, un atteggiamento etico - esaminando questo tema con serietà ed inserendolo nel contesto sociale ed umano che oltrepassi la questione dell'illegalità per raggiungere la vita di molte donne che scelgono questa intervento, anche se questa decisione presenti rischi per la loro propria vita - sarebbe un grande progresso nella legislazione penale del paese e darebbe origine ad un miglioramento nelle condizioni per attendere e per realizzare un intervento, soprattutto per le donne delle classi bisognose.

Le conclusioni riferenti al tema sono così definite: il periodo per realizzare l'aborto dovrà essere precedente alle diciotto prime settimane di gestazione, poiché fino a questo momento il feto non sente né dolore né piacere, pertanto, non c'è la produzione di sofferenza inutile.

L'analisi dei documenti legali che si occupano dei diritti della persona e del nascituro, così come la legislazione penale che regge l'aborto e sposta il nascituro dal Codice Civile - che soltanto avrà personalità a cominciare dalla nascita con vita - per il titolo della persona nel Codice Penale, mette in evidenza la contraddizione nel proprio sistema legale. Questo spostamento espone, a sua volta, il fatto che la donna incinta ha i suoi diritti ridotti dovuti all'esistenza del feto, che comincia ad avere supremazia su qualsiasi diritto o scelta che lei possa tenere o realizzare.

L' autonomia, la libertà, la responsabilità e la dignità sono principi che devono essere analizzati quando l' argomento in scopo è l' aborto senza disprezzare, sicuramente, l' intendimento del concetto di soggetto che passa attraverso tutte le fasi di questo dibattito - giacché la donna, il soggetto coinvolto in questo argomento, deve essere considerata un essere capace di decidere, tenendo conto i motivi per i quali sceglie l' aborto, così come, i modi come questa gestazione influisce nella sua vita e nella vita di coloro che convivono con lei.

La decisione per l' aborto, entro lo spazio di tempo stabilito (fino a diciotto settimane), è una questione di carattere particolare che deve essere decisa da quella o da quelli che saranno responsabili dello svolgimento del periodo gestativo e della creazione del nuovo essere.

Parole chiavi: aborto, bioetica, biodiritto, etica, dignità, responsabilità.

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>III</b>
<b>ESTRATTO.....</b>	<b>V</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>8</b>
<b>1.</b>	
<b>O ABORTO: PERSPECTIVAS E ABORDAGENS DIFERENCIADAS.....</b>	<b>12</b>
1.1. O aborto em perspectiva histórica.....	12
1.1.1. Posicionamento das religiões.....	17
1.2. O conceito de vida analisado sob a perspectiva científica, religiosa e jurídica.....	24
1.3. O aborto e seus diferentes possíveis enfoques.....	27
1.4. Aborto e bioética.....	34
1.5. Aborto e biodireito.....	48
<b>2. AS LEGISLAÇÕES CIVIL E PENAL SOBRE O ABORTO.....</b>	<b>56</b>
2.1. As acepções do termo 'pessoa'.....	56
2.2. A legislação civil brasileira sobre o aborto.....	62
2.3. A legislação penal sobre o aborto no Brasil.....	73
2.3.1. O aborto em outras legislações.....	88
<b>3. O ABORTO: UMA DISCUSSÃO ÉTICA.....</b>	<b>103</b>
3.1. Os princípios que norteiam a ética moderna.....	103
3.1.2. Autonomia: a possibilidade de legislar.....	118
3.1.3. Escolha: a capacidade da razão, decorrente do hábito.....	120
3.1.4. A liberdade como norte das nossas ações.....	127
3.1.5. A responsabilidade que deriva da liberdade.....	134
3.2. Sujeito e a necessária construção da subjetividade.....	145
3.3. 'O que se acha acima de todo preço', a dignidade.....	151
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>158</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>165</b>



## 1. O ABORTO: PERSPECTIVAS E ABORDAGENS DIFERENCIADAS

Este primeiro capítulo apresenta o aborto sob alguns de seus diferenciados enfoques: histórico, científico, jurídico, religioso.

Estabelecendo um breve histórico sobre o tratamento dado ao tema da dissertação, é evidenciado que o assunto não pode ser considerado novidade e pode-se verificar as diferentes visões que aceitaram ou rejeitaram o aborto.

O aborto no contexto das religiões, denota a forma como é entendida a vida e em que casos o aborto poderá ser considerado moralmente correto.

O conceito que perpassa esta dissertação, o início da vida como é visto nas diferentes perspectivas nas quais se pode analisar o aborto: religiosa, jurídica, médica, por exemplo.

A bioética e o biodireito como novas formas de abordar esse tema, que é antigo, mas que ainda hoje, provoca discussões acirradas e debates em diversos níveis do conhecimento. De que formas podem contribuir para um debate ou para solucionar os diversos casos que se colocam diariamente como passíveis de abortamento, pelos mais diferentes motivos.

### 1.1. O aborto em perspectiva histórica

O vocábulo aborto, tanto na perspectiva médica como na visão jurídica, significa a interrupção do processo de gestação, produzida por meios naturais ou artificiais e somente apresentará diversidade conforme a maneira de se considerar a matéria.

Etimologicamente, a palavra aborto deriva do latim *'abortus'*. *'Ab'* significa privação e *'ortus'* significa nascimento. Portanto, quanto ao étimo, aborto significa privação do nascimento. Alguns termos são empregados como sinônimos de aborto, tais como amblose, móvito, efluxão e desmancho.<sup>1</sup>

O termo aborto, contido no título dos crimes contra a pessoa, no Código Penal Brasileiro, apesar de ter um uso corriqueiro não é, contudo, correto. O aborto é o resultado das práticas de abortamento que esperam ter como produto a morte do

---

1 ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. Belém: UNAMA, 1999. p. 193; ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 139.

concepto. Assim, o abortamento é a ação, aborto será o seu produto, tanto que o crime, conforme a norma legal, admite a tentativa.<sup>2</sup> Em razão do tipo penal, aborto e abortamento serão utilizados como sinônimos.

Segundo histórico de Nelson Hungria, o aborto nem sempre foi uma conduta criminalizada:

A prática do aborto é de todos os tempos, mas nem sempre foi objeto de incriminação: ficava, de regra, impune, quando não acarretasse dano à saúde ou morte da gestante. Entre os hebreus, não foi senão muito depois da lei mosaica que se considerou ilícita, em si mesma, a interrupção da gravidez.<sup>3</sup>

O aborto foi tratado como conduta criminalizada pela primeira vez no Código de Hamurábi:

§ 209 Se um *awilum* bateu na filha de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um *muskênum* expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

§ 212 Se essa mulher morreu, ele pesará ½ mina de prata.

§ 213 Se bateu na escrava de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 2 siclos de prata.

§ 214 Se essa escrava morreu, ele pesará 1/3 de uma mina de prata.<sup>4</sup>

O aborto sempre foi uma conduta bastante utilizada pelas mulheres, que, devido aos mais diversos motivos, não desejavam gerar um feto. Desde a Grécia, o aborto era usual e não se restringia, como hoje, a nenhuma classe específica, afinal, essa preocupação de não levar uma gestação a termo existe em qualquer classe social. Somente o tratamento concedido às mulheres é que é diferenciado em uma classe mais elevada em relação a outra mais baixa. A possibilidade de um melhor atendimento e de condições mais seguras são garantias para aquelas que podem pagar por esses serviços.

Na Grécia, era corrente a provocação do aborto. LICURGO, e SÓLON proibiram, e HIPÓCRATES, no seu famoso juramento, declarava: “a

---

<sup>2</sup> ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. p. 195.

<sup>3</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. 5v. p.269.

<sup>4</sup> BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. p. 186-187.

Se alguém bate em uma mulher nascida livre, de maneira que ela perde seu feto, deverá pagar seis siclos de prata pelo feto. Se ela morrer, a ele deverá ser morta a filha. Se uma mulher não livre, em consequência de agressões perder o feto, aquele que a agrediu deverá pagar cinco siclos de prata. Se a mulher morreu, pagará meia mina. Se aquele bate numa escrava e esta perde o próprio feto, pagará dois siclos de prata. Se a escrava morre, deverá pagar um terço de mina. ALVES, Ivanildo Ferreria. *Crimes contra a vida*. p. 192-238.

nenhuma mulher darei substancia abortiva”; mas ARISTÓTELES e PLATÃO foram predecessores de MALTHUS: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda a mulher que concebesse depois dos quarenta anos. E o uso do aborto difundiu-se por todas as camadas sociais.<sup>5</sup>

Platão, na República, concede aos governantes a tarefa de melhorar a descendência dos membros da cidade, por meio de casamentos entre homens e mulheres superiores. Aos governantes será dado o poder de decidir sobre a realização dos matrimônios, em que número esses acontecerão e quem serão os cônjuges. As crianças nascidas pertencerão à Cidade e serão cuidadas por autoridades competentes para cumprir esse objetivo. O filósofo aconselha sobre a idade dos nubentes e especifica punições para aqueles que não seguirem as regras da *polis*.<sup>6</sup>

- Pegarão então nos filhos dos homens superiores, e levá-los-ão para o aprisco, para junto de amas que moram à parte num bairro da cidade; os dos homens inferiores, e qualquer dos outros que seja disforme, escondê-los-ão num lugar interdito e oculto, como convém.<sup>7</sup>

Platão descreve como seria a Cidade perfeita e, para tanto, determina que os pais não saberão quem serão seus filhos e filhas, pois esses pertencerão à Cidade. O argumento eugênico, nesse contexto, refere-se à melhor população para a *polis*. Nessa época, as ciências médicas não eram avançadas a ponto de propiciar uma boa vida para aqueles que nascessem portadores de deficiências. Assim, faz-se necessário ler Platão situado dentro de seu contexto, para compreender que sua preocupação com o aprimoramento da raça reflete a impossibilidade de conceder condições de uma vida digna às crianças portadoras de anomalias e deformidades.

Aristóteles, por sua vez, defendia a realização de abortos como forma de controle populacional, além de afirmar que as crianças que apresentassem anomalias deveriam ser deixadas para morrer. Esse argumento é considerado eugênico certamente, mas é preciso compreender que Aristóteles, da mesma forma que Platão, viveu há mais de dois mil anos, ou seja, em um tempo no qual as anomalias congênicas impediam a própria manutenção da vida dos seus portadores.

---

<sup>5</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*. p. 270.

<sup>6</sup> PLATÃO. *A República*. Introd. e trad. Maria Helena Rocha Pereira. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, p. 227-230.

<sup>7</sup> PLATÃO. *A República*. p. 228.

No ventre da mãe os filhos recebem, como os frutos da terra, a impressão do bem e do mal. Sobre o destino das crianças recém-nascidas, deve haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados. Não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros; determine-se, pelo menos, para evitar a sobrecarga do número excessivo, se não for permitido pelas leis do país abandoná-los, até que número de filhos se pode ter e se faça abortarem as mães antes que seu fruto tenha sentimento e vida, pois é nisto que se distingue a supressão perdoável da que é atroz.<sup>8</sup>

Para o direito romano, não existia o aborto enquanto conduta criminalizada, uma vez que o feto era considerado parte do corpo da mulher e, portanto, ela podia dispor livremente de seu corpo, conforme fosse sua vontade. Assim, quando a mulher grávida era vítima de agressão que não resultasse na sua morte ou ameaça à sua saúde, geralmente o agressor não era punido, pois a morte do feto não estava tipificada como crime. “No direito romano o aborto não era punido na república nem durante os primeiros tempos do império e foi assimilado ao homicídio somente a partir da época de Sétimo Severo.”<sup>9</sup>

Segundo Ivanildo Ferreira,

Para o direito romano antigo, o aborto não tinha existência autônoma como crime, a Lei das XII Tábuas e as leis republicanas não tratavam da matéria. A conduta era considerada crime contra a mulher, porquanto o ser humano em vida intra-uterina era tido como uma porção do corpo da mulher ou parte de suas vísceras (*mulieris pars vel viscerum*): Geralmente, ficava-se a salvo da punição quando não implicasse óbito da mulher ou mesmo agressão à sua saúde. Sob o governo de Septímio Severo (193-211 d.C.), a lei romana passou a tratar do aborto como uma privação do pai ao direito de possuir sua prole. Nessa época, a repressão social romana era a mesma dada a homicídio praticado com a propinação de veneno.<sup>10</sup>

No governo de Septímio Severo houve, contudo, uma modificação nesse entendimento, e o aborto passou a caracterizar ofensa à possibilidade de prole do pai, pois a este não cabia nenhuma ingerência sobre o feto, uma vez que o concebido era considerado parte do corpo da mulher. Nessa época, o homem passa a ser o principal interessado no produto da concepção e, por isso, foi criado um tipo penal, o aborto, para proteger o direito do homem a ter descendentes. Nessa via, o

---

<sup>8</sup> ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.73.

<sup>9</sup> “Nel diritto romano l’aborto non era punito né sotto la repubblica né durante i primi tempi dell’impero e venne assimilato all’omicidio solo a partire dall’epoca di Settimio Severo.” ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. Italy: Garzanti, 1995.p. 02.

<sup>10</sup> ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. p. 193.

aborto, que envolve a mulher e o feto, foi tornado um crime para “proteger” a evidência de virilidade do homem.

Pela leitura do pequeno trecho transcrito, evidencia-se que a preocupação “com a garantia da raça” estava ligada à probabilidade de um herdeiro, com uma restrição: quando o feto fosse do sexo masculino, pois que na época de Sétimo Severo, as mulheres não eram consideradas cidadãs. Assim, o aborto foi tipificado para realmente proteger o direito do homem à sua descendência, preferentemente formada por outros homens.

A Igreja Católica nem sempre foi contra o aborto, devido às teorias existentes sobre a animação do feto. Assim, mesmo que existisse uma condenação moral, se o feto ainda não contasse com alma, não era punido o aborto (quarenta dias para meninos, oitenta dias para meninas<sup>11</sup>). Em 1869, houve uma mudança de percepção da Igreja Católica e o que passa a interessar para efeitos de aborto é o momento da concepção.<sup>12</sup> Atualmente, o catolicismo é contra qualquer tipo de abortamento, mesmo aquele considerado terapêutico ou sentimental, decorrente de estupro, como deixam claro as encíclicas papais.<sup>13</sup> De forma geral, a Igreja Católica se opõe a todo tipo de aborto, por entender que o feto é uma dádiva concedida por Deus e, por isso, esse pequeno ser tem sua vida tornada sagrada, não importando qual seja o “meio” para que essa dádiva venha ao mundo. Também é importante mostrar que posição é ocupada pela mulher, em 1971:

De modo semelhante, em diversos países, está a ser objeto de apurada procura e, por vezes, mesmo de reivindicações enérgicas, um estatuto da mulher, o qual faça cessar a efetiva discriminação existente e estabeleça relações de igualdade nos direitos e de respeito pela sua dignidade. Não falamos, obviamente, daquela falsa igualdade que negasse as distinções estabelecidas pelo mesmo Criador e que estivesse em contradição com o papel específico e,

---

<sup>11</sup> PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no Direito Penal brasileiro: uma abordagem de gênero. p. 112.

<sup>12</sup> Solamente en 1869 el Papa Pío IX condena el aborto desde el momento de la concepción. Se terminó entonces la distinción milenaria entre feto “animado” e “inanimado”. MURARO, Rose Marie. El aborto y la fe religiosa en America latina. In: PORTUGAL, Ana Maria (org.). *Mujeres e iglesia: sexualidad y aborto en América Latina*. Catholics for a free choice, USA: México: Fontamara, 1989. p. 87.

<sup>13</sup> Cf. *Encíclicas e documentos sociais*: Além disso, são infames as seguintes coisas: tudo quanto se opõe à vida, como seja toda espécie de homicídio, genocídio, aborto, eutanásia e suicídio voluntário. (p. 320).

Com efeito, Deus, Senhor da vida, a confiou aos homens para que estes desempenhassem dum modo digno dos mesmos homens, o nobre encargo de conservar a vida. Esta deve, pois ser salvaguardada com extrema solicitude, desde o primeiro momento da concepção; o aborto e o infanticídio são crimes abomináveis. (p. 346)

DE SANCTIS, Frei Antônio, O. F. M. Cap. (org.). *Encíclicas e documentos sociais*: Da “Rerum Novarum” à “Octogesima Adveniens”. Leão XIII, Pio IX, Pio XII, João XXIII, concílio Vaticano II e Paulo VI. São Paulo: LTr, 1972. (coletânea)

quantas vezes capital, da mulher no coração do lar e, também, na sociedade. A evolução das legislações deve, ao contrário, orientar-se no sentido de proteger sua vocação própria e, ao mesmo tempo, de reconhecer a sua independência, enquanto pessoa, e a igualdade dos seus direitos a participar da vida cultural, econômica, social e política.<sup>14</sup>

A mulher deveria ter protegido o seu papel, a sua função no lar, ou seja, a igualdade pregada está no ‘respeito’ às diferenças biológicas existente entre os seres humanos, assim, cada qual poderia, dentro dos limites impostos pelo Criador – biológicos -, exercer plenamente seu encargo, sua função dentro da sociedade.

### **1.1.1. Posicionamento das religiões**

O aborto é um assunto bastante polêmico e assim permanece quando tratado pelas diferentes religiões. A maioria delas considera esse tipo de intervenção como um ato moralmente condenável, exceto nos casos em que não há outro meio de salvar a vida da gestante. Porém, sabendo que essa decisão afeta um âmbito restrito, o do indivíduo, ou o familiar, existe, em algumas delas, a preocupação de implementar ações políticas que incentivem a opção por levar a termo a gestação, desestimulando assim, o aborto.

Apesar de defenderem a vida a partir do momento da concepção, algumas religiões já estão atentas ao fato de que a simples sacralização da vida não apresenta resultados práticos para aquelas mulheres que simplesmente não têm condições sócio-econômicas de gerar uma nova vida.

Entre as religiões, aquelas que conferem caráter sagrado à vida, a partir da concepção, estão o judaísmo, o cristianismo e o budismo. Os protestantes dividem-se em duas correntes: uma é a doutrina do caráter sagrado, outra aceita as determinações do legislador civil. O islamismo permite o aborto até o quarto mês de gravidez.<sup>15</sup>

Em relação aos argumentos religiosos católico-romanos, que são basicamente quatro:

(1) Deus é o deus da vida, (2) os seres humanos não têm o direito de tirar as vidas de outros (inocentes) seres humanos, (3) a vida humana inicia no momento da concepção, (4) aborto, independente

---

<sup>14</sup> DE SANCTIS, Frei Antônio, O. F. M. Cap. (org.). *Encíclicas e documentos sociais*: Da “Rerum Novarum” à “Octogesima Adveniens”. Leão XIII, Pio IX, Pio XII, João XXIII, concílio Vaticano II e Paulo VI. São Paulo: LTr, 1972. p. 440-441. (coletânea).

<sup>15</sup> SCHLESINGER, Hugo, PORTO, Humberto. *As religiões ontem e hoje*. São Paulo: Paulinas, 1982, p. 08.

do estágio de desenvolvimento do concepto, é tirar uma vida humana inocente,<sup>16</sup>

a conclusão é de que o aborto é errado perante os olhos de Deus. Esses argumentos praticamente estão baseados em um só, ou seja, o primeiro, no qual Deus é o provedor de toda vida e, portanto, essa é sagrada, cabendo a Ele as decisões sobre vida e morte.

O catolicismo, ao analisar o caso *Roe vs Wade*, que garantiu a possibilidade de aborto até o terceiro mês de gestação - a partir de então considerada uma conduta legal - manteve sua posição de contrariedade em relação a essa intervenção. A vida é considerada um dom sagrado, mas o seu desenvolvimento necessita de suporte tanto emocional como econômico, e por isso a igreja católica pretende combater o que chama 'as causas do aborto', por meio de ações políticas, de auxílio às mães ou famílias que não apresentam as condições econômicas para sustentar um novo ser, e ao mesmo tempo, de influências morais sobre aqueles que crêem em seus dogmas para que não pratiquem o aborto.

Não se pode aprovar o aborto nunca, mas é acima de tudo necessário combater suas causas. Isto inclui ação política, que será especificamente tarefa da lei. Mas é necessário, ao mesmo tempo, influenciar a moral e fazer tudo o que é possível para auxiliar famílias, mães e crianças.<sup>17</sup>

Em relação ao protestantismo e suas várias correntes, o entendimento está centrado na não-absolutização dos direitos do feto ou da mãe e na liberdade religiosa:

A maioria delas [as correntes protestantes] tem admitido a ambigüidade moral nas decisões de aborto. A maioria tem reconhecido que tanto os direitos do feto quanto da mãe são importantes, e que nenhum deles deve ser absoluto. A maioria tem

---

<sup>16</sup>(1) God alone is the Lord of life. (2) Human beings do not have the right to take the lives of other (innocent) human beings. (3) Human life begins at the moment of conception. (4) Abortion, at whatever the stage of development of the conceptus, is the taking of innocent life." Tradução livre. CALLAHAN, Daniel. The roman catholic position. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 83.

<sup>17</sup> "One can never approve of abortion; but it is above all necessary to combat its causes. This includes political action, which will be in particular the task of the law. But it is necessary at the same time to influence morality and to do everything possible to help families, mothers and children." THE VATICAN. 1974 declaration on procured abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 115.

admitido que a tentativa em legislar uma doutrina teológica particular é uma violação da liberdade religiosa.<sup>18</sup>

Ainda, no protestantismo, existem aqueles que entendem que, nesse caso específico, deve vigorar a liberdade de consciência: a mulher, ou o casal, envolvidos devem escolher entre interromper ou levar a termo a gestação, conforme entenderem seja o melhor para o seu caso. Devem agir conforme seus princípios e valores.<sup>19</sup>

Para os ortodoxos, a vida é “O presente mais divino concedido por Deus”<sup>20</sup> e, portanto, consideram o aborto como um ato condenável. Assim, “a posição da igreja ortodoxa ao longo dos séculos é de que tirar a vida de quem está para nascer é moralmente errado”.<sup>21</sup>

No ecumenismo, a questão presente está no fato de que exista uma política, a fim de não incentivar o aborto, e sim uma forma de que, por meio de uma ação governamental ou não estatal, as mulheres escolham por gestar o bebê.

À luz de nossa herança cristã comum e em reconhecimento às nossas diferenças reais, nossa missão, em relação ao aborto será caracterizada pelo seguinte: nós tentaremos esclarecer os princípios básicos relativos ao processo de decisão nesta área. Nós sempre respeitaremos a dignidade pessoal daqueles envolvidos em tomar as decisões sobre o aborto. [...] Nós assumiremos responsabilidade como parte de uma missão da igreja de criar princípios que avaliem toda a vida e que trabalhem voltados para uma sociedade onde o aborto não precise acontecer.<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> “Most of these have acknowledged the moral ambiguity in abortion decisions. Most have recognized that the rights of both the fetus and the woman are important, and that neither should be absolutized. Most have acknowledged that the attempt to legislate a particular theological doctrine is a violation of religious liberty.” NELSON, James B. Protestan attitudes toward abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 144.

<sup>19</sup> NELSON, James B. Protestan attitudes toward abortion. p. 145.

<sup>20</sup> “The most divine gift bestowed by God.” GREEK orthodox archdiocese of North and South America. A statement on abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 162.

<sup>21</sup> “It has been the position of the Orthodox Church over the centuries that the taking of unborn life is morally wrong.” GREEK orthodox archdiocese of North and South America. A statement on abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 162.

<sup>22</sup> “In the light of our common Christian heritage and in recognition of our real differences, our ministry, with regard to abortion, will be characterized by the following: we will attempt to clarify the basic principles pertinent to decision making in this area. We will always respect the personal dignity of those involved in making decisions about abortion. [...] We will take responsibility as part of the mission of the church to create an ethos which values all life and which works toward a society where abortion need not occur.” ETHICS and the search for christian unity: statement by the roman catholic/presbyterian-reformed consultation. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 179.



O judaísmo entende que, no caso de aborto terapêutico, ou seja, aquele em que há risco de vida para a gestante, a sua realização não será um ato errôneo. Mas somente nesses casos é que se deverá proceder ao abortamento.<sup>23</sup>

Já a tradição islâmica entende que até o quarto mês de gestação pode ser realizado o aborto, porque o feto ainda não está animado, assim, o entendimento pelo aborto, desde que realizado até as 16 primeiras semanas, também auxilia em uma forma de controle populacional.<sup>24</sup>

Em relação ao budismo, sua posição é frontalmente contra o aborto, devido aos seus dogmas, porém a decisão cabe à mulher que está grávida.

Para resumir, o Budismo é firmemente contra o aborto, somente permitindo-o claramente em circunstância rara de ameaça física à vida da mãe. A ressurreição é rara, de grande valor e cheia de potencial. Como tem sido mostrado, o budismo rejeita os argumentos favoráveis ao aborto e discute enfaticamente pela proteção da vida humana. Entretanto, a decisão relativa ao aborto deve ser deixada para a mulher que está grávida.<sup>25</sup>

Além das teorias científicas, as concepções religiosas expressam, igualmente, sua preocupação com o início da vida, para defender determinadas posições sobre o aborto, a eutanásia, a reprodução assistida e outras inovações apresentadas pela moderna ciência biotecnológica. De um modo geral, pode-se considerar que as religiões se apresentam contrárias ao abortamento, por outro lado,

---

<sup>23</sup> “[...] And yet in the case of abortion the analysis of the good doctor is still relevant, and the situation that the described has become aggravated rather than changed. Giving a carte-blanche to all abortions would spell a moral defeatism, that buys time at the sacrifice of moral values. When proposing legislation, we must balance one against the other. We, therefore, favour only therapeutic abortion, liberally interpreted, and believe also that is the view of the religious tradition of Judaism.” KLEIN, Rabbi Isaac. Abortion – a Jewish view. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 189.

... e mesmo assim no caso de aborto a análise de um bom médico é ainda relevante, e a situação de que o descrito tornou-se agravado em vez de mudado. Dando uma carta em branco para todos os abortos espalharia um derrotismo moral, que compra tempo pelo sacrifício dos valores morais. Ao propor a legislação, nós devemos equilibrar um contra o outro. Nós então, favoreceremos apenas o aborto terapêutico, interpretado de forma liberal e acreditar também que é a visão da tradição religiosa do judaísmo.

<sup>24</sup> “There does exist, it seems, the possibility of general acceptance of abortion within four months of pregnancy, which will go a long way in making population control effective.” RAHMAN, Fazlur. Birth and abortion in Islam. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 208-9.

Existe, parece, a possibilidade de aceitação geral do aborto até os quatro meses de gravidez, que irão a longo prazo tornar efetivo o controle de população.

<sup>25</sup> “To summarize, Buddhism is firmly against abortion, only clearly allowing it in the unusual circumstance of a physical threat to the mother’s existence. Human rebirth is rare, of great value, and filled with potential. As has been shown, Buddhism rejects the arguments favoring abortion and argues strongly for protecting all human life. However, the decision concerning abortion should be left with the pregnant woman.” LÉCSO, Phillip A. A Buddhist view of abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 216.

a simples contrariedade a uma situação que ocorre diariamente em todo o mundo não pode ser considerada uma forma válida de lidar com essa questão. Podem ser considerados argumentos bastante autoritários, uma vez que entendem o aborto uma conduta imprópria inclusive por aqueles que não apresentam a mesma crença ou os valores propostos por determinada religião. Os argumentos estão encabeçados pela divinização da vida, é um dom divino que não pode ser rechaçado pela humanidade, uma vez que o aborto é considerado um assassinato frio e premeditado, ou seja, pune-se a mulher que resolveu abortar, por ela não ter cumprido sua missão sobre a terra, qual seja, povoá-la. Aqueles que crêem em determinados dogmas de sua religião e entendem que é imperioso viver conforme os mandamentos de sua crença, devem, portanto, demonstrar respeito por uma outra opinião, outra posição sobre o aborto, por exemplo, devido à necessidade de respeito às diferenças que deve haver na comunidade para que as diversidades sejam consideradas e para que a convivência entre os membros da comunidade seja pacífica.

Existem movimentos, como o “Católicas pelo Direito de Decidir” que, apesar das convicções religiosas, tratam desse assunto, tabu ainda, de forma a contemporizar as diversas situações por que passam as mulheres, principalmente as latino-americanas, que têm ordenamentos rígidos quanto ao abortamento e que, portanto, não tem acesso ao atendimento da rede pública de saúde, com exceção dos casos comprovados de estupro.

Analisando os dados a seguir, que referem o número de abortos em cada um dos países latino-americanos, além do México e Cuba, pode-se concluir que esse é um assunto que deve ser tratado com mais seriedade, tanto pelas mulheres que são as maiores interessadas e também as maiores vítimas, como também pelos órgãos responsáveis por propiciar atendimento digno para a mulher, não só a vítima de violência sexual que opta pelo abortamento, mas também para aquelas que, em razão de diversos motivos – relacionados às condições e ao momento de vida pelo qual estão passando, não desejam levar a gestação a termo.

Na Argentina, a população de mulheres é de 17,5 milhões e o número anual de abortos oscila entre 365 mil e 450 mil; na Bolívia, a população de mulheres é de 4 milhões e o número anual de abortos é de 30 mil; no Brasil, a população de mulheres é de 79,7 milhões e o número anual de abortos é de 1 milhão e 400 mil; no Chile a população de mulheres é de 7,3 milhões e o número anual de abortos é de 160 mil; na Colômbia a população de mulheres é de

20,8 milhões e o número anual de abortos é de 450 mil; em Cuba, a população de mulheres é de 5,5 milhões e o número anual de abortos é de 90 mil; em El Salvador a população de mulheres é de 2,9 milhões e o número anual de abortos aproximadamente é de 3.738 (número referente às hospitalizações ocorridas no 1º semestre de 1996); no Equador a população de mulheres é de 5,3 milhões e o número anual de abortos é de 15 mil\* (\* Estimativa baseada nos dados da Endemain 94, segundo a qual 8% das mulheres cuja gravidez terminou entre janeiro de 1992 e 1994 haviam abortado); na Guiana, a população de mulheres é de 375 mil e o número anual de abortos é de 16 mil; no México, a população de mulheres é de 46 milhões e o número anual de abortos é de 850 mil; na Nicarágua, a população de mulheres é de 2,25 milhões e o número anual de abortos oscila entre 27 mil a 36 mil; no Peru a população de mulheres é de 12,27 milhões e o número anual de abortos é de 324 mil; em Porto Rico a população de mulheres é de 1,9 milhão e o número anual de abortos é de 17 mil; na República Dominicana a população de mulheres é de 3,9 milhões e o número anual de abortos é de 82.500; no Uruguai a população de mulheres é de 1,6 milhão e o número anual de abortos é de 30 mil; na Venezuela a população de mulheres é de 10 milhões e não existem dados disponíveis para verificar o número anual de abortos.<sup>26</sup>

Com base nesses dados, evidencia-se que o aborto é uma rotina comum nesses países que apresentam, em sua maioria, rigidez quanto à possibilidade de realização do abortamento. Somente em Porto Rico o aborto não é criminalizado.

Em um país como o Brasil, onde o número de abortamentos verificados é de um milhão e quatrocentos mil<sup>27</sup>, por exemplo, somente onze hospitais públicos distribuídos em sete cidades realizam o aborto nos casos em que existe a previsão legal, ou seja, no caso de estupro comprovado.<sup>28</sup>

Quando o assunto é o aborto, é preciso lembrar que a santidade da vida existe enquanto esta for intra-uterina? Após o nascimento, a vida deixaria, assim como num passe mágico, de ter significado sagrado, para então poder ser profanada? Enquanto estiver se desenvolvendo no útero materno, o sagrado está presente, porém no nascimento há a profanação desse mesmo feto? A defesa da

---

<sup>26</sup> <http://www.redesaude.org.Br/jornal/html/dossieaborto.html>. 29/01/02.

<sup>27</sup> <http://www.redesaude.org.Br/jornal/html/dossieaborto.html>. 29/01/02.

<sup>28</sup> Belém - Fundação Santa Casa de Misericórdia, Brasília - Hospital Materno-Infantil de Brasília, Campinas - Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher (Unicamp), Porto Alegre - Hospital Materno-Infantil Presidente Vargas e Hospital Conceição, Recife - Hospital Agamenon Magalhães e Centro Integrado de Saúde Amauri de Medeiros, Rio de Janeiro - Instituto Municipal da Mulher Fernando Magalhães, São Paulo - Hospital Municipal Dr. Arthur Saboya (Hospital do Jabaquara), Hospital Pérola Byington e Hospital São Paulo (Unifesp). Até junho de 1998, tendo como base os anos de 1996, 1997 e 1998 foram realizadas um total de 265, pois em Campinas os dados são referentes à década de 80, sendo contabilizadas uma intervenção por mês.

Disponível na internet: <http://www.redesaude.org.br/jornal/html/dossieaborto.html> em 29/01/2002.

vida do feto, de modo quase absoluto, deveria trazer consigo a preocupação com o desenvolvimento desta vida a partir do momento em que deixa de depender da mãe para suprir suas funções vitais. Alguns autores, como José Roque Junges, apesar de se posicionarem contrários ao aborto, por entender que o direito da mãe não pode se sobrepor ao do feto, preza por cuidados que devem anteceder essa defesa da vida fetal, para ele, “lutar pela defesa da vida intra-uterina e não se interessar, ao mesmo tempo, pelas condições em que viverá esse ser, uma vez nascido, é uma contradição e incoerência.”<sup>29</sup>

Ainda esse mesmo autor adverte que a qualidade é um importante aspecto a ser relacionado ao caráter sagrado que muitos autores conferem à vida:

Os defensores da *sacralidade* da vida acusam os que insistem na *qualidade* de usarem esse argumento para atentar contra a vida. Em muitos contextos, principalmente, no primeiro mundo, o princípio da qualidade é usado para afirmar que uma vida não vale a pena ser vivida.<sup>30</sup>

Essa mesma preocupação também é expressa por Javier Gafo Fernández que percebe, na possibilidade de criminalização do aborto, um problema que ultrapassa o sentido humano do feto, afinal, a ausência de medidas que visem a melhorar as condições de vida dos já nascidos faz com que o aborto se torne ainda mais uma questão de saúde pública, porque o Estado deve oferecer um serviço que propicie não só as informações necessárias para a anticoncepção como também serviço médico para a mulher que pretende se submeter ao abortamento, para que esse atendimento aconteça em um ambiente propício, com os cuidados necessários para preservar a saúde da mulher.

Também não podemos ignorar as responsabilidades sociais: por trás do problema do aborto, há injustas discriminações contra a mulher – especialmente a mãe solteira – e situações de pobreza e de marginalização que favorecem o aborto. Além disso vale lembrar que não se aborta só quando se impede o nascimento de uma criança; aborta-se também quando o processo de personalização de um ser já-nascido esbarra em dificuldades dramáticas, decorrentes da pobreza e do subdesenvolvimento. Aqueles que afirmam o valor da vida não-nascida, e já possuem um ‘destino humano’, devem ser muito sensíveis também ao valor de outras vidas já nascidas e cujo destino humano também está ameaçado.<sup>31</sup>

---

<sup>29</sup> JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. p. 114.

<sup>30</sup> JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. p. 115.

<sup>31</sup> GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *10 palavras-chave em bioética*. Trad. Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000. p. 80.

## 1.2. O conceito de vida analisado sob a perspectiva científica, religiosa e jurídica.

O caráter sagrado da vida é evidente quando todos os ordenamentos a protegem como o maior dos direitos, afinal é dela que decorre a maioria dos demais direitos.

Mas a vida deve partir de algum ponto e a respeito desse marco inicial existe, desde a Antigüidade, grande controvérsia. O marco que delimita a partir de que momento existe uma vida foi defendido, conforme algumas das opiniões abalizadas de cada época, por médicos, filósofos, teólogos.

A vida já teve seu início marcado pela alma, isto é, quando o feto recebia a alma passava a existir vida. Existiam aqueles que defendiam a animação imediata, ou seja, o identificavam com o momento da concepção, entre eles estão São Gregório Niseno.<sup>32</sup>

Por outro lado, os que consideravam a animação retardada, isto é, após algum tempo de desenvolvimento do feto, ou ainda outros que consideravam a animação da alma somente após o nascimento. Dentre os defensores desta teoria estão Hipócrates, Aristóteles e Santo Agostinho com base na doutrina deste último, e São Tomás de Aquino.<sup>33</sup>

Mais tarde, e com a evolução das ciências médicas, o momento em que a alma habitava o corpo deixou de marcar o início da vida, o qual passou, então, a ser identificado com o nascimento. Essa é a teoria natalista, que protege a vida existente antes do nascimento, mas somente considera os direitos decorrentes desta, após o parto.

Outra teoria é a da concepção, aquela que concebe o início da vida a partir da união dos gametas, ou seja, no momento da fecundação. Alguns autores, como Andrew C. Varga, Evaldo Alves D'Assumpção, Jean Bernard, Maria Helena Diniz, Silmara Chinelato<sup>34</sup>, entendem que, a partir desse momento, não só existe uma vida, como esse conjunto de células em desenvolvimento já apresenta *status* de pessoa.

Analisando os conceitos de início da vida, Madalena Ramirez Sapucaia evidencia as posições dos biólogos, entendendo que a vida é considerada a partir da

---

<sup>32</sup> MAMMANA, Caetano Zamitti. *O aborto*. São Paulo: Ltda, 1969, vol I, p. 50.

<sup>33</sup> MAMMANA, Caetano Zamitti. *O aborto*. p. 50.

<sup>34</sup> Essa questão referente ao *status* do feto será estudado no segundo capítulo.

nidação – a fixação do óvulo no útero materno –, e refere o outro posicionamento, que entende que a vida existe a partir do momento em que há o início da atividade cerebral, fato que tende a ocorrer a partir da 8ª semana de gestação:

Alguns biólogos não reconhecem o caráter humano do embrião até o 14º dia da concepção, que é o final da implantação e formação dos tecidos placentários, nutritivos e protetores. Para eles, só quando este sistema de ‘suporte’ está estabelecido, inicia-se a chamada ‘linha primitiva’, é que se teria o desenvolvimento individual do embrião. Para outros biólogos, o caráter humano se daria ainda mais tarde, no início da vida cerebral, que é a partir da 8ª semana de gestação. E terminaria com a morte cerebral.<sup>35</sup>

Para a outra corrente, a vida somente passará a existir quando o embrião tornar-se sensível, isto é, quando o seu tecido nervoso estiver formado, o que dará ao feto sensações de dor e de prazer. Somente a partir da décima oitava semana de gestação é que se pode considerar a situação de sensibilidade do embrião. A essa teoria filia-se Peter Singer.<sup>36</sup>

Quanto ao valor da vida, à consciência do feto e início da vida, Peter Singer destaca que a concepção, o início da vida, até hoje é aquele presente no Direito, no qual a vida apresenta caráter sagrado e, por isso, o embrião é tratado como um indivíduo, quando ainda é apenas um agrupamento de células, isto é, considera-se indivíduo tão logo ocorre a união dos gametas.<sup>37</sup> Quando o autor faz referência à consciência do feto, explicita o fato de que o córtex cerebral (responsável pelas sensações) só inicia seu desenvolvimento a partir da décima oitava semana de gestação, portanto, o feto só poderá sentir dor a partir desse ponto da gestação.<sup>38</sup>

As principais teorias a respeito do significado de vida podem ser resumidas assim: animação, a partir do ingresso da alma no corpo; concepção, quando ocorre a união dos gametas; natalista, a partir do nascimento; nidação, a partir do 14º dia de gestação, quando ocorre a fixação do óvulo no útero materno; percepção de dor e prazer, a partir da décima oitava semana de gestação; qualidade de vida - ainda não é possível conceituá-la, mas requer condições mínimas de possibilidade de sobrevivência de uma vida digna.

---

<sup>35</sup> SAPUCAIA, Madalena Ramirez. *‘Pater semper incertus est’*, enquanto a mãe é certíssima: o fim de uma era. p. 88.

<sup>36</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 174.

<sup>37</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 167.

<sup>38</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 174.

Atualmente, o princípio da dignidade humana expresso na Constituição Federal de 1988, no artigo 1º, III, tem que ser considerado como o princípio responsável pelo limite ético que deve ser respeitado quando das inovações biotecnológicas e, também, quando interesses individuais devam ser considerados, como no caso do aborto.

Neste processo gradual e que encontra ainda resistências, a proteção do indivíduo, nos moldes liberais, e que, em verdade, privilegiava o patrimônio como bem fundamental, cede lugar a valores maiores, como a dignidade humana, que assume o papel de eixo central que deve equilibrar todo turbilhonamento pelo qual passa o Direito.<sup>39</sup>

O chamado 'turbilhonamento' também está presente no tema do aborto, que atualmente se apresenta como uma questão de saúde pública, por ser uma situação que se repete diariamente e que, muitas vezes por falta de um atendimento digno do ser humano, acaba por ser causa de seqüelas físicas que chegam a acarretar a morte de muitas mulheres que se submeteram ao abortamento por ser essa a única opção naquele momento de suas vidas. Não é compreensível que, ainda hoje, o aborto seja uma conduta passível de punição estatal, pois como identificar o interesse do Estado em manter uma gravidez quando essa questão diz respeito somente a mulher, ao casal ou família envolvidos? O que cabe ao Estado é propiciar às mulheres que decidem pelo abortamento a sua realização em locais que apresentem condições sanitárias condizentes com a sua qualidade de ser humano. O Estado em nenhuma época comprometeu-se com os órfãos ou com os milhares de crianças de rua que existem em nosso país, um lugar onde o direito do feto se sobrepõe aos direitos dos milhares já nascidos, pois àquele é garantida a vida pelo Estado desde o momento da concepção, porém, a partir do nascimento, o ônus dessa nova vida passa a ser totalmente daqueles que serão (ou deveriam ser) por ele responsáveis (a mãe ou os pais), em razão de nosso ordenamento ainda punir o aborto, em lugar de descriminalizá-lo.

### **1.3. O aborto e seus diferentes possíveis enfoques**

Para Peter Singer – bioético australiano que trata este tema a partir de uma perspectiva ética, e não religiosa – o aborto apresenta variáveis que têm que ser consideradas quando da possibilidade de realização do abortamento, ou seja, da

---

<sup>39</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. p. 03.

escolha que deve ser pensada, tendo por base a ética, afinal, a responsabilidade por uma nova vida recai sobre os pais, e algumas vezes somente sobre a mãe. Esse fato importante deve ser considerado, quando for o momento de decidir por levar uma gestação a termo ou interrompê-la.

Nos casos de aborto, porém, admitimos que as pessoas mais atingidas – os futuros pais, ou, pelo menos, a futura mãe – desejam fazer o aborto.<sup>40</sup>

A partir da perspectiva neo-utilitarista, que qualifica como impróprias as ações que provoquem dor desnecessária aos seres humanos, pode-se compreender que o aborto, sendo realizado em momento anterior à décima oitava semana de gestação - pois é a partir deste estágio que existe a formação da conexão neural no feto, ou seja, o feto passa a ter sensações de dor e prazer - pode ser efetuado sem prejuízo, ou causação de dor para o feto.

A parte do cérebro associada às sensações de dor e, mais genericamente, à consciência, é o córtex cerebral. Até a décima oitava semana de gestação, o córtex cerebral ainda não está suficientemente desenvolvido para que as conexões sinápticas ocorram em seu interior – em outras palavras, não são recebidos os sinais que, num adulto, dão origem à dor. [...] O feto começa a ‘acordar’ numa idade gestacional de mais ou menos trinta semanas. Esse momento se situa, sem dúvida, bem além do estágio de viabilidade, e um ‘feto’ que estivesse vivo e fora do útero nesse estágio seria um bebê prematuro, mas jamais um feto.<sup>41</sup>

O autor ainda evidencia que nem todo feto será um ser dotado de racionalidade e consciência, por isso, quando se tratar do aborto, é preciso assumir uma postura ética, e a partir desse ponto fundamentar a aceitação do aborto ou sua reprovação.

A afirmação de que os seres racionais e autoconscientes são intrinsecamente valiosos não constitui razão para se desaprovarem todos os abortos, pois nem todos os abortos privam o mundo de um ser racional e consciente de si mesmo.<sup>42</sup>

Desde o início dos tempos, o aborto tem sido objeto de discussão, porque envolve a reprodução da espécie humana. Em todas as sociedades, sua prática foi conhecida. Nem sempre foi conduta criminalizada e a sua criminalização foi mais dura em determinadas épocas do que em outras. Esse crime foi considerado, em primeiro lugar, como dano contra a mulher e, sendo assim, o agressor, dependendo

---

<sup>40</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 183.

<sup>41</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 174.

<sup>42</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 164.



da classe social, deveria pagar em prata pelo peso do feto abortado. Depois, foi considerado como uma afronta aos direitos paternos e, na seqüência desse argumento, criou-se o tipo penal, a fim de proteger a descendência paterna.<sup>43</sup>

O aborto é um tema recorrente na Medicina, no Direito, na Filosofia, na Psicologia, na Religião, enfim, é improvável que exista uma pessoa (e esse conceito compreende aquele ser humano que tem consciência de si e do mundo) que em nenhum momento de sua existência tenha ao menos se deparado com essa questão. Exatamente por ser uma questão tão polêmica, todas as pessoas têm uma opinião formada sobre o assunto, a qual pode estar associada aos mais diversos enfoques: religiosos, jurídicos, médicos, filosóficos, éticos. Este trabalho se propõe analisar o aborto a partir de um enfoque ético, ou seja, não considerar a crença ou fé dos indivíduos, mas discuti-lo com base em uma proposta racionalmente justificada.

Serão levantadas as questões relacionadas com as religiões, porém a título ilustrativo, pois um assunto que envolve a mulher tem que se apresentar desvinculado de crenças específicas, porque a diversidade dessas crenças não pode ser considerada quando este tema envolve aspectos íntimos da vida da mulher, do casal ou de uma família, sendo esse o caso do aborto.

Atualmente o aborto é permitido em alguns países (considerando um lapso temporal de aproximadamente três meses, por exemplo, na Itália), e é conduta criminalizada em outros (por exemplo, no Brasil, na Argentina). Pode-se dizer que em muitos casos está ocorrendo um recrudescimento em relação a este assunto, pois o aumento da criminalização do aborto está geralmente associado à ocupação de mais espaços pela mulher na sociedade. Os homens fazem as regras e as

---

<sup>43</sup> § 209 Se um *awilum* bateu na filha de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, pesará 10 siclos de prata pelo (fruto) de seu seio.

§ 210 Se essa mulher morreu, matarão a sua filha.

§ 211 Se pela pancada fez a filha de um *muskênum* expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 5 siclos de prata.

§ 212 Se essa mulher morreu, ele pesará ½ mina de prata.

§ 213 Se bateu na escrava de um *awilum* e a fez expelir o (fruto) de seu seio, ele pesará 2 siclos de prata.

§ 214 Se essa escrava morreu, ele pesará 1/3 de uma mina de prata.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 186.

“O aborto, em eras passadas, foi utilizado como forma de controle populacional. Os povos antigos freqüentemente usaram o aborto voluntário que, na maioria das vezes, não era considerado como ato criminoso; os filhos recém-nascidos eram ‘coisas’ pertencentes aos seus genitores, de tal forma que nem o infanticídio era passível de punição.” ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. p. 139.

mulheres estão submetidas a uma lei que elas nem podem discutir. Embora os conceitos de autonomia, liberdade, responsabilidade, escolha, dignidade existam para todos, quando a mulher engravida, ela não apresenta mais a plenitude de seus direitos, o nascituro passa a ter uma posição privilegiada em relação a ela. Há a negação de sua condição de sujeito, na medida em que se transforma em um ser para o outro e, nessa via, torna-se objeto, matriz reprodutiva, instrumento para dar à luz uma nova vida. A mulher está sujeita a leis que não pode discutir, nem tampouco contribuir para formular.

A questão do aborto no Brasil surge no bojo de um movimento social cuja história se inicia no interior de uma sociedade marcada por uma ditadura militar extremamente repressora. Já no contexto de sociedades capitalistas modernas e desenvolvidas, onde o feminismo com a proposta de alargar os horizontes democráticos, incorporando as mulheres ao ideário da igualdade, o direito ao aborto é conquistado com o reconhecimento do direito à autonomia individual e como contestação ao poder do Estado em legislar sobre questões da intimidade do indivíduo. Ele se constitui na expressão mais radical da liberdade do cidadão perante o Estado.<sup>44</sup>

Evidente está que este debate sobre o aborto inicialmente não podia ser tratado de forma direta, uma vez que a situação do país comportava problemas maiores, ligados à ditadura. Porém, em 1975, realizou-se um seminário no Rio de Janeiro, patrocinado pela ONU e pela ABI (Associação Brasileira de Imprensa), para discutir a questão da mulher, que caracterizou "...o primeiro momento do debate público sobre o feminismo no Brasil"<sup>45</sup>

Essas posturas se refletiram nos diversos projetos e anteprojetos de lei, ao longo da década de 80 e início dos anos 90. Legalização ampla ou legalização restrita e gradualista foram as posições colocadas pró-direito ao aborto, em oposição à postura dogmática da Igreja Católica de total criminalização do aborto, mesmo das indicações já previstas em lei como lícitas.<sup>46</sup>

Conforme Naele Ochoa Piazzeta, o movimento feminista no Brasil fez com que voltassem à cena de discussões temas como a autonomia reprodutiva da mulher, e seu papel na sociedade, determinado precipuamente por seu *status* biológico

O Movimento Feminista, nos anos setenta, reacendeu a polêmica da igualdade entre os sexos e brigou pelo fim da subordinação, da

---

<sup>44</sup> BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil. *Revista estudos feministas*, Rio de Janeiro, v. 0, n. 0, 1992. p. 104.

<sup>45</sup> BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil. p. 107-8.

<sup>46</sup> BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil. p. 106.

indivisibilidade e da predestinação das mulheres aos papéis culturalmente alocados ao sexo feminino. Através de pensadores homens e mulheres, como Jacques Lacan, Simone de Beauvoir, Tove Stang Dahl, Maria Luiza Heilborn, Joan Scott, Letizia Gianformaggio e Alessandro Baratta, entre outros, criou uma consciência coletiva e postulou o tratamento igualitário na sociedade e nas leis. Levantou a questão do gênero e passou a utilizar este termo para salientar o caráter político da problemática feminina.<sup>47</sup>

Outros importantes locais de discussão sobre a mulher e sua saúde foram as Conferências do Cairo de 1994 e de Beijing em 1995, das quais o Brasil é um dos signatários, denotando, com isso, uma contradição entre sua legislação e seus compromissos com organismos internacionais, uma vez que considera o aborto uma conduta típica, sendo punido no âmbito penal, ou seja, o Estado interfere na saúde reprodutiva de seus cidadãos, porém não considera que o aborto seja um tema referente à saúde pública.

Assim, como resultado do debate conduzido pelo movimento de mulheres, na última década, o aborto foi amplamente debatido em duas importantes conferências das Nações Unidas: The Internacional Conference on Population and The Development (Cairo, 1994) e a Fourth World Conference on Women (Beijing, 1995). E o aborto, realizado em condições inseguras, foi incluído no Plano de Ação da Conferência do Cairo como questão de saúde pública. Os governos signatários, entre eles o Brasil, assumiram compromisso de implementar serviços, melhorar a qualidade da assistência e reduzir a mortalidade e morbidade decorrente do aborto em seus países.<sup>48</sup>

O Ministério da Saúde elaborou um texto referente à assistência humanizada à mulher, que garante expressamente, no item 17, a assistência à mulher com abortamento e no pós-parto, e considera o aborto como tema de grande importância atual, porque está vinculado à saúde e direitos reprodutivos. Esse documento apresenta, inclusive, o aborto como prática legítima – quando houver a comprovação de má-formação fetal grave que seja incompatível com a vida – cercada de todos os requisitos para que a intervenção ocorra nos termos legais. Assim, o Brasil, que apresenta uma legislação bastante retrógrada em relação ao aborto, apresenta por

---

<sup>47</sup> PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 162.

Três milhões de abortos são feitos por ano no Brasil. Desses, 60% são mal-sucedidos, principalmente devido à criminalização de sua prática. O aborto é a terceira causa de mortalidade materna no país, segundo denúncia feita durante o encontro preparatório à Conferência do Cairo, “Saúde Reprodutiva e Justiça”, realizado de 24 a 28 de janeiro de 1994, no Rio de Janeiro.

RIO GRANDE DO SUL. Comissão de cidadania e direitos humanos da Assembléia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul. Relatório Azul. Garantias e violações dos d.h. no RS – 1994. p.36.

<sup>48</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área técnica de saúde da mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p.145.

outro lado, profissionais da área médica que convivem diretamente com esse problema, e que concedem uma definição melhor do que é o aborto. Está presente nesse mesmo documento o tratamento que deve ser dado à mulher que abortou e várias regras de conduta que devem ser seguidas pelos profissionais que entrarão em contato com a mulher, para que esta sofra o menos possível.<sup>49</sup>

Warley Rodrigues Belo, ao analisar a questão do aborto, também se refere à deficiência presente na legislação penal frente aos avanços tecnológicos que atualmente podem conceder um diagnóstico preciso sobre determinadas anomalias que irão impossibilitar a vida do feto após seu nascimento.

É mesmo impor uma pena à gestante que ela seja obrigada a gerar um portador de uma síndrome de Edwards, por exemplo, mesmo sabendo disso aos 3 meses de gestação. Se a medicina nos permite saber que o feto está sendo formado com taras irreversíveis que são incompatíveis com a vida extra-uterina, por que deixar a mãe, o pai, a família alimentando uma “vida” que já se sabe incompatível extra-útero? A questão central reside aqui: por que se proibir uma manobra médica que irá expelir do útero materno um organismo impossibilitado de sobreviver?<sup>50</sup>

O autor procura mostrar, ainda, que a situação de sofrimento pela qual a mulher deverá passar não pode ser considerada como humana, afinal, durante nove meses alimentar e proteger um feto que não terá vida, é um tanto cruel para quem não deseja levar a termo uma gestação e, no momento do nascimento em lugar de uma nova vida, receber a morte.

Ademais, como se não bastassem os argumentos expostos, faz-se mister dizer que a tristeza, a dor da mãe que vivencia diuturnamente a formação de uma criança que, se sobreviver á gestação, após o parto, não terá vida, é miríade. Imaginável tão somente àqueles que presenciam essa evolução ou tem a oportunidade de conhecer tais gestantes.<sup>51</sup>

Outra importante discussão está centrada na misoginia, que se torna cada vez menos dissimulada devido aos espaços que as mulheres vêm progressivamente ocupando na sociedade. É imperioso que a discussão sobre o aborto considere as desigualdades biológicas entre homens e mulheres e, portanto, que as decisões referentes à reprodução sexual tenham um peso maior para as mulheres, afinal são

---

<sup>49</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Área técnica de saúde da mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. p.145.

<sup>50</sup> BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 88.

<sup>51</sup> BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. p. 88.

elas que passam nove meses gestando a nova vida e são elas que sabem se existe um desejo que torna essa gravidez um fato viável na sua vida ou não.

A mulher é considerada responsável perante o Estado por ela utilizar o aborto como forma de não ter que se submeter a uma gestação que lhe é indesejada. Estará ela, por isso, colocando em risco a reprodução da espécie? Esse argumento bastante masculino se refere ao lugar ocupado pela mulher, que ainda é considerada incapaz quando se trata de decidir sobre a sua saúde reprodutiva, uma vez que o Estado pune a prática do aborto, interferindo diretamente na esfera privada, de assuntos que dizem respeito à mulher, ao casal ou, no máximo, a uma família.

O lugar da mulher no Direito foi um “não-lugar”, eis que marcada pela subordinação ao marido e pelo regime da incapacidade. Ainda hoje, embora sua condição social esteja evoluindo e o Direito Civil tenha passado a contemplá-la como sujeito da cidadania, a mulher continua a arcar com uma pesada carga. Em quase nenhum país seu estatuto legal é idêntico ao do homem, e mesmo quando os direitos são-lhe abstratamente reconhecidos, um longo hábito impede que encontrem nos costumes sua expressão concreta. Homens e mulheres constituem como que duas castas; os primeiros têm situações mais vantajosas, salários mais altos, maiores possibilidades de êxito que suas concorrentes recém-chegadas. Ocupam na indústria, na política, etc., maior número de lugares e os postos mais importantes. Revestem-se de um prestígio cuja tradição a educação da criança mantém. No momento em que as mulheres começam a tomar parte na configuração da sociedade, esta sociedade ainda pertence aos homens. Eles bem o sabem, elas mal duvidam.<sup>52</sup>

O debate sobre o aborto é uma questão séria e deve estar cercado de cuidados para que se possa analisá-lo eticamente. É preciso tomar cuidado com a misoginia e a participação maciça de homens, como os responsáveis pela ilegalidade desse ato. Quem são eles para poder decidir sobre um outro sujeito e entender que gestar um filho é de interesse público, quando o Estado em que se vive nem mesmo está apto a oferecer as condições de atendimento médico e de educação para os já nascidos e, não obstante esse fato, defende a sacralidade de uma vida em potencial, ainda no corpo da mulher?

Na atualidade, não se admite mais que a mulher não tenha um controle sobre a própria gravidez. A tecnologia e a informação garantem que a mulher tenha esse controle. [...] constitui obrigação inerente ao Estado conferir a essas mulheres a tecnologia e as informações necessárias. Trata-se de questão de saúde pública, que está insculpida expressamente como direito social no art. 6º da

---

<sup>52</sup> PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero. p. 167-168.

Constituição Federal, portanto dever inerente ao Estado moderno, liberal ou não.<sup>53</sup>

É imperiosa a conjugação do direito com a bioética, para a construção de um biodireito que consiga abarcar a imensa gama de conflitos já existentes, e que possa, por meio de princípios, deixar caminhos abertos para que novas situações, envolvendo temas como a vida, seu desenvolvimento e a morte, sejam também solucionados, ou melhor, direcionados para que não se afastem do princípio da dignidade humana.

Parece que as dificuldades são de duas ordens. A primeira é essencialmente de conteúdo, cuja normatização necessita de um consenso mínimo ao passar da já efetivada Bioética para um 'Bio-Direito' a ser positivado. Essa formalização tem como risco a própria vida. É perigosamente e factível a possibilidade de engendrar obstáculos ao seu pleno desenvolvimento. A segunda dificuldade é a forma de legislar, também problemática. Dever-se-ia legislar cada caso submetendo-o aos juízes?<sup>54</sup>

#### 1.4. Aborto e bioética

O termo bioética foi conhecido a partir de Potter Van Rensselaer, bioquímico e oncologista, que escreveu *Bridges to the future*, em 1971 e utilizou o neologismo 'bioética' para destacar o desrespeito humano em relação ao meio ambiente e os conseqüentes prejuízos desse descaso. Mostrou também sua preocupação em manter o meio ambiente saudável para si e para os demais seres vivos. Potter concluiu que o câncer não era apenas uma enfermidade física, mas uma doença que estava ligada ao ambiente, daí sua preocupação com uma ciência que tivesse como finalidade a sobrevivência.<sup>55</sup> A bioética surgiu, portanto, ligada principalmente à Medicina, com o intuito de superar obstáculos surgidos das relações entre médicos e pacientes, e também como forma de regulamentar os avanços obtidos com a engenharia genética e a biomedicina. A disciplina se apresentou, portanto, como modo de organizar o desenvolvimento das pesquisas biomédicas e avaliá-las de

---

<sup>53</sup> SEMIAO, Sérgio Abdala. *Os direitos do nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 149.

<sup>54</sup> FAGUNDES JR., José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 267.

<sup>55</sup> SAPUCAIA, Madalena Ramirez. 'Pater semper incertus est', enquanto a mãe é certíssima: o fim de uma era. In: RIOS, André Rangel et alli. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 82; BARRETO, Vicente. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel et alli. I. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 58; JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p.16-21; PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: conceitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. do Autor, 2000. p. 40.

forma ética, para que os direitos dos pacientes fossem respeitados. Assim, foram sendo criados os comitês de ética nos hospitais franceses<sup>56</sup>.

O termo bioética sofreu, com o passar dos anos, mudanças quanto a sua aceção. Logo após a obra de Potter Van Rensselaer, foi fundado, ainda no mesmo ano, *The Joseph and Rose Kennedy Institute for the Study of Human Reproduction and Bioethics*, o qual foi pioneiro no estudo da bioética de forma sistematizada - mais próxima dos moldes dos estudos atuais - voltada às ciências biológicas<sup>57</sup>. A bioética adquire, assim, um sentido mais amplo: não mais se restringe ao estudo do meio ambiente, mas volta-se ao homem e ao avanço das ciências biomédicas.<sup>58</sup>

Cabe ressaltar igualmente que o criador do termo bioética, após dezessete anos da publicação de *Bridges to the future*, que marcava a preocupação com a sobrevivência na Terra, escreveu uma outra obra que denota uma reação ao modo como foi direcionada a disciplina por ele delimitada no primeiro livro.

Em 1988, V. R. Potter, criador do termo 'bioética', publica um livro *Global Ethics* como uma reação ao rumo que tomou a Bioética motivada exclusivamente *by the focus on medical options*. Potter, além de criar o termo, propôs, na sua primeira obra *Bioethics: Bridge to the future*, o programa e o enfoque desta nova área de saber. A proposta tinha a perspectiva globalizante que incluía o interesse ecológico pelo meio ambiente. A Bioética era compreendida como a ciência da sobrevivência diante das diferentes ameaças contra a vida. O desenrolar dos fatos e, principalmente, a perspectiva médica, assumida pelo *Kennedy Institute of Ethics* afastava a Bioética da idéia inicial de Potter. Daí sua reação ao publicar *Global Ethics*.<sup>59</sup>

Atualmente o conceito de bioética está definido nos mais diversos campos de conhecimento e abrange uma gama enorme de situações complexas que necessitam de profissionais da Medicina, da Filosofia, do Direito, da Psicologia e de outras áreas que possam apreciar cada caso com sua particularidade e pensar "soluções possíveis" para as situações concretas colocadas no dia-a-dia desses profissionais tais como: eutanásia, embriões crio-conservados, aborto, procriação assistida, etc.

---

56 Atualmente esse expediente está sendo utilizado nos países de primeiro mundo e, aos poucos, também o Brasil está, em alguns centros, implementando esses comitês multidisciplinares. Por exemplo: o Comitê de Bioética do Hospital de Clínicas de Porto Alegre.

57 Ainda a *Encyclopedia of Bioethics*, escrita por um grupo de 290 colaboradores sob a coordenação de W. Reich, em 1978, apresenta variada conjugação de disciplinas.

58 SAPUCAIA, Madalena Ramirez. 'Pater semper incertus est', enquanto a mãe é certíssima: o fim de uma era. p. 82.

59 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. p. 18.

O vocábulo Bioética passa a indicar, portanto, um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares tendentes a solucionar questões éticas que o avanço das tecnociências biomédicas tem provocado. Em tal sentido, o estudo da Bioética ultrapassa a área da Medicina, abrangendo a Psicologia, a Biologia, a Antropologia, a Sociologia, a Ecologia, a Teologia, a Filosofia, dentre tantos outros ramos do conhecimento humano.<sup>60</sup>

A bioética apresenta como proposta o cuidado com questões que estão surgindo devido aos avanços biotecnológicos, ou seja, toda uma gama de novidades que dizem respeito à conservação, à qualidade ou ao término da vida. A biotecnologia refere-se ao bem viver, porque apresenta formas diversas para que o ser humano possa, em muitos casos, solucionar problemas como, por exemplo, a reprodução assistida. Uma das contribuições da bioética é, também, aferir, durante a gravidez, a possibilidade de o feto apresentar graves anomalias que inviabilizem sua vida após o nascimento, ou comprometam esse momento.

Jussara Maria Leal de Meirelles considera insuficiente a ética nos casos que estão se colocando diariamente, e defende a criação de regras jurídicas, com base nos princípios bioéticos, para que se possam apresentar soluções que sejam condizentes com os valores defendidos e que abrangiam o maior número de “casos”.

A Bioética propõe limites à biotecnologia e à experimentação, com a finalidade de ver protegidas a dignidade e a vida da pessoa humana como *príus* sobre qualquer valor. Porém, a norma moral é insuficiente porque, ainda que alcance a dimensão social da pessoa humana, opera apenas no plano interno da consciência, impondo-se, portanto, um novo ramo do *dever ser*, mediante o qual se regulem as relações intersubjetivas à luz dos princípios da Bioética. Necessário, por isso, que as normas sejam jurídicas, e não somente éticas, pois somente o caráter coercitivo daquelas impedirá ao científico sucumbir à tentação experimentalista e à pressão de interesses econômicos.<sup>61</sup>

Essa disciplina estuda o aborto – tema desta dissertação – que será analisado a seguir como conduta criminalizada, com relação ao início da vida e através de algumas religiões. Para que se possa efetivamente discutir o tema do aborto, é preciso, conforme Fátima Oliveira:

[...] que nos desnudem de conceitos e preconceitos religiosos, bem como de atitudes misóginas, e que aspiremos a uma convivência social fundamentada em parâmetros éticos.<sup>62</sup>

---

<sup>60</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de Biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 87.

<sup>61</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. p. 90-91.

<sup>62</sup> OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997. p. 78.



Cabe lembrar que o aborto é o produto das práticas realizadas no abortamento, mas teve seu significado ligado ao uso comum e ao tipo penal. O aborto pode ser estudado a partir de vários aspectos, mas é preciso analisá-lo enquanto conduta criminalizada que apresenta seu conceito primeiramente na Medicina. Desse *locus*, derivam-se as conseqüências jurídicas, religiosas e éticas, sendo que as primeiras variam entre países e culturas distintas. Assim, conforme Ivanildo Ferreira Alves:

Aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno. A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior. O feto, neste caso, é incapaz de sobreviver extra-uterina. Para a configuração do crime de aborto não é suficiente a simples interrupção da gestação, com a expulsão do feto, pois este pode ser expulso em condições de sobrevivência e, em seguida, ser morto por outra ação punível. A morte do feto é pressuposto essencial para a configuração do aborto. Se, em decorrência da ação abortiva praticada pelo sujeito ativo, a gravidez é interrompida mas o feto sobrevive, haverá tentativa de aborto.<sup>63</sup>

Esse conceito explicita o aborto enquanto conduta tipificada penalmente. É a forma como essa ação é tratada em nosso Código Penal que faz com que tal conduta seja praticada clandestinamente por mulheres que simplesmente não desejam levar a gestação a termo. Segundo Fátima Oliveira:

Em nosso país, a alta incidência de abortos clandestinos resulta em abortos inseguros, com uma taxa de morbidade de cerca de 20% e mortalidade de 10%. Esse alto percentual de óbitos e seqüelas do abortamento representa um enorme desrespeito pela vida, além de se configurar um grave problema de Saúde Pública, cuja responsabilidade cabe ao governo brasileiro.<sup>64</sup>

O aborto, assunto de interesse da bioética, é polêmico, por envolver os conceitos de vida e morte que atualmente se apresentam bastante controversos, em razão do estado atual das pesquisas realizadas na área médica. Ao mesmo tempo, faz parte do dia-a-dia de hospitais e da vida de milhares de mulheres, evidenciado tal fato por estatísticas:

A cada dia são realizados 55 mil abortos inseguros no mundo, sendo que 95% desse total ocorrem em países em desenvolvimento. São responsáveis por uma de cada 8 mortes maternas. Em nível mundial,

---

63 ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. p.196

64 OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. p. 81.

para cada sete nascimentos é realizado um aborto inseguro. (Fonte: OMS, 1997).<sup>65</sup>

Ainda, em relação à América Latina, esse mesmo relatório estima que “10% a 30% dos leitos nos serviços de ginecologia e obstetrícia estão ocupados por mulheres com diagnóstico de aborto incompleto. (Fonte: Chelala, 1992.)”<sup>66</sup>

As pessoas que compreendem o aborto como uma questão de saúde pública não podem mais se abster do enfrentamento das discussões desse assunto no terreno da ética – palco em que circulam as forças políticas e religiosas contrárias à liberdade reprodutiva e à autonomia das mulheres. É emergencial que as mulheres ocupem a arena da ética, particularmente nesse novo campo do saber e da luta que se forja: a bioética.<sup>67</sup>

Portanto, é indispensável lembrar que o aborto é um fato presente na vida de muitas mulheres e de profissionais que trabalham em hospitais, ou de pessoas que não apresentam a menor competência técnica para realizar o abortamento e, ainda assim, o fazem, podendo causar graves lesões à mulher, inclusive a morte. O aborto é assunto que diz respeito à saúde pública. Não pode, por isso, continuar sendo punido como crime, porque diz respeito a autonomia reprodutiva da mulher; é tema de interesse individual, no máximo do casal que resolveu gerar um bebê. Não cabe ao Estado intervir nesse tipo de decisão, por ser um assunto que deve ser discutido e analisado pela mulher ou pelo casal, afinal ela, ou eles, é que serão os responsáveis pelo desenvolvimento dessa vida, pois o Estado não acolherá essa criança, tampouco lhe garantirá as condições necessárias ao desenvolvimento. Conforme Sérgio Abdala Semião:

No Brasil de hoje, quando o Estado é tão desacreditado, essas afirmações podem parecer fantasias sem sentido, porém, através de uma ótica sobranceira e macroscópica, veremos que o Estado tem a obrigação de proporcionar a todas as mulheres que desejarem os meios de contracepção necessários a evitar futuros abortos. A ação do Estado nesse campo é de interesse público e geral, pois, evidentemente, como se disse, resume-se a uma questão de saúde pública.<sup>68</sup>

É imperioso entender que um filho apresenta significado para aqueles que o desejam. Um bebê não desejado corre o risco de não conseguir inscrever-se como sujeito. É o desejo da mãe ou dos pais que confere ao embrião um *status* diferenciado, é o desejo que torna uma reprodução celular em desenvolvimento, um

---

<sup>65</sup> <http://www.redesaude.org.br/jornal/html/dossieaborto.html>. disponível na internet. 29/01/2002.

<sup>66</sup> <http://www.redesaude.org.br/jornal/html/dossieaborto.html>. disponível na internet. 29/01/2002.

<sup>67</sup> OLIVEIRA, Fátima. Bioética: uma face da cidadania. p. 78.

<sup>68</sup> SEMIAO, Sérgio Abdala. *Os direitos do nascituro*. p. 149-150.

ser humano em potencial. Esse rito é importante para que a criança se constitua como sujeito. Quem gera, ou quem garante o sustento no futuro, é responsável por essa nova vida e sua possível ou conseqüente constituição enquanto sujeito.

A partir da ótica da bioética, vários autores, entre eles, filósofos, teólogos, médicos, juristas, se dividem entre distintas correntes doutrinárias que, por sua vez, podem ser aglutinadas em três grandes eixos de discussão: as absolutamente favoráveis, as favoráveis em determinadas situações e as não favoráveis à prática do aborto. Os argumentos são os mais diversos e nem sempre são desvinculados da perspectiva religiosa – a crença determina, em muitos casos, o posicionamento sobre o aborto. Cada pessoa apresenta um conjunto de princípios, uma marca de contexto pessoal e, dessa forma, não é fácil apresentar uma visão que não seja comprometida com os valores que a compõem.

Andrew C. Varga, um teólogo, ao tratar do aborto, considera-o como a morte de vida recém-nascida. Filia-se à teoria de concepção que estabelece que existe vida humana a partir da união do óvulo com o espermatozóide. Entende que o feto é uma “pessoa” em desenvolvimento. É claramente contrário ao aborto, uma vez que considera o feto com características humanas e, assim, a vida presente deve ser o maior de todos os valores, conforme está claro em seu texto:

Depois de ter discutido o problema central do aborto, isto é, a humanidade do feto, devemos discutir os argumentos que são, geralmente, invocados, para a justificação do aborto. Todos os argumentos comparam o valor da vida humana em desenvolvimento com algum outro valor. O raciocínio é o seguinte: no caso de valores morais conflitantes, quando apenas um valor pode ser respeitado, que a escolha lógica e moral seja em favor do valor maior.<sup>69</sup>

O autor continua o raciocínio com argumentos bastante conhecidos por desprezarem, inclusive, a saúde física e psíquica da mulher para que se proteja o feto, sendo que este, por não ser uma vida autônoma, ainda depende da mãe para manter-se. Despreza o sofrimento causado à mulher, pois ela tem este grande mérito, qual seja, o de gerar uma nova vida, independente do que possa com ela acontecer:

[...] Não se pretende afirmar, que há casos em que a saúde da mãe não sofra por causa da gravidez ou que esta saúde não seja um grande valor, mas deve-se manter o princípio de que a vida do feto é um valor maior do que a saúde e que os remédios poderão ser

---

<sup>69</sup> VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 70.

aplicados para curar a doença da mãe, em vez de provocar um aborto.<sup>70</sup>

Esse autor coloca o valor da vida do feto acima de todos os demais valores que podem concorrer quando o tema é o aborto. A mulher é considerada como um casulo que serve para abrigar o feto, tanto que, quando é preciso escolher entre a vida da mãe ou do feto, a vida da mãe pode prevalecer, em caso de risco dessa vida. Em qualquer outra situação, a vontade, a escolha, a liberdade, a autonomia da mulher, não serão consideradas de forma alguma.<sup>71</sup>

Mesmo em caso de estupro, o autor se posiciona contrariamente ao aborto, com o argumento de que o feto não é o agressor e, por isso, não pode ser punido. Mas salienta que a mulher que teve o bebê nessa situação deve ter ajuda religiosa, psicológica, porém, em hipótese alguma, pode optar pela realização do aborto. E salienta que a sociedade está empenhada tanto em adotar bebês que tenham mães vítimas de estupro, como também em auxiliar essas mulheres.<sup>72</sup> Esse empenho não pode ser considerado no nosso país, uma vez que se sabe que a adoção não é uma prática comum a ponto de solucionar os problemas dos “órfãos”, e, principalmente, a prática da adoção não tem o condão de fazer com que uma mulher vítima de estupro se disponha a gerar uma vida, dependente dela por nove meses, quando essa vida foi resultado de uma violência sexual. Essa decisão cabe a cada mulher, por isso é preciso ser minimamente sensível para entender que o fruto de uma violência não será bem-vindo, em grande parte dos casos.

Outro autor, Evaldo Alves D’Assumpção, também contrário ao aborto, utiliza os seguintes argumentos para comprovar sua teoria: em primeiro lugar, afirma que, a partir da concepção, estão presentes no óvulo fecundado todas as características do ser humano futuro. Considera o ato do nascimento, como sendo a mais sublime das funções da mulher, literalmente:

E após 9 meses de gestação, período em que a criança participará de toda a intimidade da mãe, conhecerá seus sentimentos e os sentimentos das pessoas que se relacionam com ela, saberá se é amado ou rejeitado, desejado ou negado, o organismo da mulher, sabendo o feto em condições de viver independentemente do corpo próprio da mãe, iniciará toda a mecânica de expulsão da criança,

---

<sup>70</sup> VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. p. 71

<sup>71</sup> Ainda neste livro *Problemas de bioética*, Andrew Varga se mostra preconceituoso com relação à mulher, quando trata de temas ligados a ela e utiliza termos como ‘casal’ e ‘paternidade responsável’, tanto que até a página 57, a palavra mulher não é utilizada.

<sup>72</sup> VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. p. 72.

produzindo a mais sublime das funções da mulher: o dar à luz um novo ser!<sup>73</sup>

Ao se analisar esse pequeno trecho, surgem vários questionamentos. A palavra “mecânica”, utilizada para o momento do parto, significa uma extrema falta de sensibilidade para com a mulher. O autor, ainda, dá a este momento um significado de extrema gratificação para a mulher, afinal ela está realizando a sua função enquanto ser humano, ou seja, trazer mais seres para este mundo. Além dessas ‘razões’ - que visam somente a sensibilizar as mulheres que realmente se entendem responsáveis enquanto geradoras de outros seres - o aborto não é considerado uma saída viável, pois é considerado como um “crime premeditado, um assassinato frio de um ser indefeso”<sup>74</sup>. Em outro trecho, acrescenta: “o aborto não mata somente algumas células que se multiplicam, mas um ser que já é capaz inclusive de captar os sentimentos e emoções da mãe e das pessoas que a cercam.”<sup>75</sup> O autor é defensor da vida a qualquer preço, entenda-se que a vida a ser protegida sempre é a do feto. Aqui, a sacralização da vida antes do nascimento é novamente apresentada como um dos argumentos mais fortes/contundentes contra o aborto.

Em sendo o nascimento um ato tão gratificante para a mulher, não seria ela a pessoa mais indicada para decidir por levar a gestação a termo, ou, quando não se sentisse em condições de aceitar essa gravidez, por realizar a intervenção e deixar de colocar um outro ser humano no mundo, pois a tarefa maior que cabe às mulheres definitivamente é cobrir a terra de seres de sua espécie ? As afirmações do autor aparentam ser misóginas, pois mostram que a mulher tem um papel fundamental, o de gerar novas vidas, como se ela pudesse ser reduzida a somente um aspecto de uma de suas funções biológicas. Por isso, faz-se necessário ler com cuidado os autores contrários ao aborto, pois apresentam a misoginia de forma implícita em seus textos, enaltecendo a possibilidade de poder dar à luz como o momento mais sublime da mulher, ou seja, a sua função social mais relevante.

Não se pode, por questão de coerência, aceitar a afirmativa de que o destino da mulher seja fruto único de seu sexo. O que se deve é indagar o que a humanidade fez da fêmea humana e os caminhos legais e sociais necessários para que a paridade no tratamento em

---

<sup>73</sup> D' ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo bioética*. Petrópolis: Vozes, 1998. p.155.

<sup>74</sup> D' ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo bioética*. p.155.

<sup>75</sup> D' ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo bioética*. p.158.

todas as esferas legais seja mais do que uma reivindicação e transforme-se numa realidade palpável e natural.<sup>76</sup>

Para Evaldo Alves D'Assumpção, o aborto é uma alternativa que não deve ser considerada.<sup>77</sup> Para defender esse argumento, enumera alguns pontos – entre os quais a modificação por que passa o corpo da mulher ao receber uma vida –, nos quais a possibilidade de aborto é compreendida como um ato de feminismo egoísta e insensato. Pode ser considerado estranho um homem defender tanto a vida quando não é ele quem irá gerá-la. Ele não terá seu funcionamento hormonal totalmente alterado para que o feto se desenvolva, nem será responsável pelo desenvolvimento após o nascimento. Logo, é muito simples entender que as mulheres que optam pelo aborto, mesmo sendo uma conduta criminalizada e que pode apresentar possíveis seqüelas quando realizado em condições desfavoráveis, estão adotando uma postura feminista e egoísta.

De qualquer forma, ele deve analisar uma situação idealizada, em condições perfeitas, pois a gravidez não pode ser considerada uma bênção na vida da mulher somente porque esta se envolveu sexualmente com um homem e esse fato ocasionou uma gravidez. Considerando que as gravidezes (resultado de ato sexual) ocorrem pelas mais diversas razões, é preciso perceber que dar à luz nem sempre foi uma escolha na vida da mulher. Existem muitas formas de contracepção, mas nenhuma delas se apresenta 100% segura. Assim, quando são utilizados os métodos contraceptivos, e mesmo assim com esse tipo de cuidado, ocorre a gravidez, a mulher deve ter a possibilidade de escolha entre gestar os nove meses, ou optar pelo aborto. Esse é um dos argumentos. Na verdade, independentemente da utilização dos métodos contraceptivos, é a mulher que deve optar por ter o bebê ou não, pois somente ela sabe do seu estado de saúde, da sua situação econômica e das suas condições emocionais. É somente ela, portanto, quem pode avaliar se apresenta, ou não, possibilidades de prosseguir com a gestação.

A gravidez faz parte da vida da mulher. É, por óbvio, resultante de um ato bilateral, mas por sua peculiar especificação sexual, somente ela poderá gestar e dar à luz. Por isto é nela, e dentro dela, que se manifestará a alegria ou o sofrimento da reprodução.<sup>78</sup>

---

<sup>76</sup> PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero. p. 123.

<sup>77</sup> D' ASSUMPTÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo bioética*. p.158-160.

<sup>78</sup> PIAZZETA, Naele Ochoa. O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero. p. 111.

José Roque Junges, ao escrever sobre bioética, detalha várias discussões acerca do aborto, mostrando argumentos dos defensores dessa prática e contrários a ela. Mas defende a vida do embrião em qualquer estágio e apresenta, como uma solução ética, desestimular a prática do aborto. Apesar de entender que a mulher é a peça central dessa discussão – que envolve questões contra a mulher, além da discriminação e da violência, mesmo legal –, para esse autor a autodeterminação da mulher não pode ser considerada com maior valor do que o direito à vida do embrião, assim, defende a vida do feto em detrimento da escolha da mulher, conforme deixa claro:

Em todo aborto existe um conflito de direitos: no aborto terapêutico, entre o direito à vida da mulher e o direito à vida do feto, mas, em todo os outros casos, é um conflito entre o direito de autodeterminação da mulher e o direito à vida do feto. Neste segundo caso, o direito à vida prevalece sobre o direito à autodeterminação, porque é um direito mais fundamental na hierarquia de bens essenciais do ser humano.<sup>79</sup>

Outros dois autores, Léo Pessini e Christian Paul de Barchifontaine, escrevem sobre bioética e são vinculados à perspectiva católico-cristã e, desse modo, contrários ao aborto, em razão dos princípios que regem a Igreja católica apostólica romana, para a qual Deus é o senhor da vida – aquele que a concede e que a interrompe com exclusividade.

A discussão inicia por uma das conhecidas questões quando se trata de aborto, ou seja, o feto pode ser considerado pessoa? Para esses autores, são quatro as escolas que sintetizam as posições sobre esse tema. A primeira, denominada genética, define que, em existindo gens humanos, o conceito pertence à espécie humana desde o momento da fertilização. A segunda escola, a desenvolvimentista, está entre vários momentos em que a vida do feto inicia “[...] a partir da nidação, ou a partir da formação do córtex cerebral, ou a partir da constituição física do feto, ou a partir da sua saída do útero”<sup>80</sup>. A terceira escola, a das conseqüências sociais, considera a vida após o nascimento, assim o aspecto biológico não é o mais importante. Para os adeptos dessa escola, “[...] a vida da espécie humana tem sua característica mais marcante no relacionamento, na sua

---

<sup>79</sup> JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. p. 136.

<sup>80</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 1997. p. 263.

vida humanizada e socializada”<sup>81</sup>. E, finalmente, a quarta escola, a do vínculo, responde sobre a questão do início da vida desta forma:

Do ponto de vista *biológico*, a vida humanizada nunca começa, ela se *transmite*, pela transmissão das características do homem: razão, responsabilidade, liberdade, condições sócio-político-econômicas. Do ponto de vista *filosófico*, a vida humanizada começaria no momento da convocação à palavra: relacionamento humano, amor.<sup>82</sup>

Seus argumentos garantem que o aborto não pode ser usado como método contraceptivo, e exploram a perspectiva de ser o aumento da população um problema que deve ser encarado com muita seriedade, mas que o aborto, mesmo que venha a ser uma prática excluída do rol dos crimes penais, não é a solução correta. Para esses autores, a mulher que aborta o faz com grande sentimento de culpa, portanto, concluem que essa não pode ser a melhor solução para uma gravidez indesejada. Os seus argumentos são atenciosos com a questão de a mulher ser discriminada socialmente, e levantam a questão da escolha e da responsabilidade por gerar uma criança, demonstrando que o desejo de ser mãe deve estar presente na gravidez.

Consideram que o aborto é um assunto de saúde pública, apesar de serem contrários à prática do aborto por evidentes razões de crença. Segundo os autores, o aborto deve ter a atenção dos governos e das instituições que podem auxiliar na promoção de informações de métodos anticonceptivos, como também em formas de prevenir que o aborto se repita várias vezes na vida de uma mulher, por meio de aconselhamento e acompanhamento para a prevenção de futuras gravidezes não desejadas.

Em nenhum caso, o aborto deve ser promovido como método de planejamento familiar. Todos os governantes e relevantes organizações intergovernamentais e não-governamentais são instados a fortalecer seu comprometimento com a saúde das mulheres, a considerar o impacto na saúde do aborto inseguro (definido como um procedimento para interromper uma gravidez indesejada, seja por pessoas sem a necessária capacitação, seja em ambientes que não apresentam as mínimas condições sanitárias ou ambos) como um grave problema de saúde pública, e reduzir o recurso ao aborto por meio da expansão e da melhoria dos serviços de planejamento familiar<sup>83</sup>

---

<sup>81</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul *Problemas atuais de bioética*. p. 264.

<sup>82</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul *Problemas atuais de bioética*. p. 265.

<sup>83</sup> PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul *Problemas atuais de bioética*. p. 274.



H. Tristram Engelhardt, Jr. analisa sob diversos aspectos o aborto. Com base na sua compreensão do *status* do feto, julga possível vislumbrar tal prática, no âmbito da bioética, como uma decisão de ordem moral, pois o feto não é considerado uma pessoa e, desse modo, quem é a maior interessada em que a gestação chegue ao seu termo é a mulher, uma vez que é o seu corpo que sustentará a gravidez:

Como é a mulher que investe a maior parte das energias no desenvolvimento do feto, e como será o seu corpo que estará sujeito ao controle do feto, seria apropriado permitir a ela a escolha protegida por lei, independentemente de quaisquer acordos especiais.<sup>84</sup>

Assim, cabe à mulher decidir pela conduta que vai determinar a sua vontade de abortar ou levar a termo a gestação – no caso, por exemplo, de ser uma gestação não sujeita a nenhum tipo de contrato, por exemplo, aluguel de útero, pois nesta situação, o Estado poderia impedir o abortamento, uma vez que a vontade da mulher que alugou seu útero não corresponde à vontade da doadora do óvulo.

A preocupação que se evidencia nos textos que tratam do aborto é a do estabelecimento de um limite temporal para a sua realização, uma vez que, dependendo do período da gestação, há risco para a vida da mulher. Nas legislações que consideram o abortamento possível de ser efetuado por razões como o prejuízo para a saúde física e psíquica da mulher ou de ser o feto portador de grave anomalia que impossibilite sua vida, o prazo deve ser de até três meses do início da gestação, sendo que nesse período a possibilidade de risco para a saúde da mulher é menor e a intervenção pode ser melhor suportada. A partir do primeiro trimestre de gestação, o risco para a saúde da mulher aumenta, podendo gerar graves complicações. Independentemente do prazo, a mulher sempre deverá consentir no aborto, e o processo de abortamento deve ser realizado por médico competente para tanto.

Nas suas reivindicações, as feministas do Rio de Janeiro lutavam pela descriminalização do aborto até as primeiras doze semanas de gestação e orientação para que o mesmo não fosse compreendido como método contraceptivo.<sup>85</sup>

Ramon Martín Mateo analisa o aspecto legal relativo ao aborto (este assunto será estudado no próximo capítulo, porém é conveniente inseri-lo na discussão),

---

<sup>84</sup> ENGELHARDT JR, H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 311.

<sup>85</sup> BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil. p. 116.

uma vez que é reflexo da moralidade de cada Estado a aceitação ou não do aborto, bem como a explicitação das condições adequadas para a sua permissão.

Em alguns ordenamentos, hoje minoritários, predominam os interesses do nascituro sendo estes sancionados penalmente, salvo nos casos que há risco de vida da mãe, a prática do aborto. Em outros também minoritários, no outro extremo, prevalece sensivelmente a vontade da mãe.<sup>86</sup>

Evidenciado está que ainda não se chegou a um consenso sobre a possibilidade de realização ampla do aborto e, provavelmente, nunca se conseguirá um acordo porque a moralidade se diferencia de comunidade para comunidade. Dessa forma, o que se poderia definir seria uma fórmula para que cada mulher tivesse a liberdade de decidir sobre a continuação ou não de sua gravidez, independentemente de que a comunidade pudesse ter uma vontade prevalente sobre essa questão. A possibilidade de decidir pertence a cada ser humano que deve escolher livremente entre as opções que são colocadas em suas vidas. Assim, a realização do abortamento tem que ser defendida para aquelas mulheres que entenderem que essa é a melhor solução. O que está sendo defendido é a possibilidade de abortamento quando essa for uma escolha na vida da mulher, e não a imposição do aborto para toda e qualquer mulher que engravide. O aborto é um tema de características bastante restritas, são escolhas, decisões que irão afetar uma vida, duas, ou mais, quando se tratar de uma família com mais filhos. Quem pode estar em melhores condições de decidir sobre uma nova gestação senão aqueles que serão diretamente envolvidos quando do nascimento desse novo ser?

Quanto aos motivos que podem ser invocados pela mulher para que se realize o abortamento, dentro de condições dignas de saúde, Ramon Martín Mateo mostra que eles podem ser os mais amplos possíveis e considera como real a possibilidade de argumentos de ordem sócio-econômica, que são os que realmente contam quando a mulher pensa em submeter-se a um abortamento, e considera que, somente com a evolução do pensamento das pessoas que tratam deste assunto, é que se pode esperar uma mudança nos ordenamentos.

Para melhor ilustrar o que pensa esse autor:

---

<sup>86</sup> “En algunos ordenamientos, hoy minoritarios, predominan los intereses del *nasciturus*, sancionándose penalmente, salvo si la vida de la madre esté en peligro, la práctica del aborto. En otros también minoritarios, en el otro extremo, prevalece sensiblemente la voluntad de la madre.” MATEO, Ramon Martín. *Bioética y derecho*. Barcelona: Ariel, 1987. p.85.

Consideravam-se motivos justificados as razões de ordem terapêutica, eugenésica ou ética. A solicitação do aborto, no último caso se efetuará unicamente por petição da interessada, sem que seus familiares pudessem reclamar pelos resultados da intervenção. Salvo na interrupção por razões terapêuticas justificadas, não se poderia superar o limite de três meses de gestação. O reconhecimento médico prévio e preceptivo se limitava a acreditar na capacidade vital e a resistência para a intervenção da interessada.<sup>87</sup>

E, para finalizar o pensamento desse autor sobre o aborto, ele entende que caberá algum dia à mulher decidir por realizar o abortamento pelos motivos que a fizerem concluir que essa é a melhor atitude a ser tomada no momento em questão, pois terá a possibilidade de ser atendida em um local que apresente condições sanitárias compatíveis com sua condição de ser humano.<sup>88</sup>

Vicente de Paulo Barretto coloca, neste parágrafo, de forma sucinta, todas as questões levantadas neste capítulo, o tratamento dado ao aborto no Brasil, ainda considerado como crime, a importância da bioética e a necessidade do biodireito que tenha como função auxiliar no avanço das ciências biomédicas sem descuidar do cuidado com o ser humano:

O mesmo com relação ao aborto, expressão eloqüente do fracasso da sociedade contemporânea em controlar os nascimentos com meios menos traumáticos. Podemos, então, asseverar que não se pode esperar que o progresso do conhecimento científico traga consigo, somente e necessariamente, benefícios para a pessoa humana, pois o que temos presenciado é exatamente o inverso, quando a ciência e as tecnologias de aliados do ser humano passam a atuar como seus algozes. Por outro lado, a conceituação de Potter de que a bioética tinha por objetivo a utilização das ciências biológicas como meio de melhoria da qualidade de vida, encontra uma certa confirmação, quando verificamos que a descoberta dos microorganismos, das bactérias e das enzimas e suas aplicações terapêuticas e industriais contribuiu para a melhoria das condições de vida da pessoa humana. Entre esses dois pólos, oscilam a ciência e as tecnologias da vida, cabendo à bioética estabelecer os limites racionais para que se possa construir um sistema jurídico, o biodireito, que não seja um empecilho para o progresso do conhecimento e da medicina.<sup>89</sup>

---

<sup>87</sup> “Se consideraban motivos justificados razones de orden terapêutico, eugenésico o ético. La solicitud de aborto en este último caso se efectuaría únicamente a petición de la interesada, sin que sus familiares pudiesen reclamar por los resultados de la intervención. Salvo la interrupción por razones terapêuticas justificadas, no se podría superar el límite de tres meses de gestación. El reconocimiento médico previo y preceptivo se limitaba a acreditar la capacidad vital y la resistencia para la intervención de la interesada.” MATEO, Ramon Martín. *Bioética y derecho*. p.93.

<sup>88</sup> MATEO, Ramon Martín. *Bioética y derecho*. p.94.

<sup>89</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 61.

Faz-se, assim, necessária a construção de um biodireito que, em conformidade com os princípios fornecidos pela bioética, possa apresentar soluções para os problemas que envolvem indivíduos e que precisam ter melhor respaldo do poder judiciário.

### **1.5. Aborto e biodireito**

As discussões para a criação de um biodireito estão ganhando mais espaço a cada dia que passa, pois está visto que existe a necessidade de regulamentar as inúmeras situações que estão presentes nas mais variadas pesquisas que envolvem a vida humana e, também, a de outros animais. A função primordial do biodireito é a garantia de um mínimo ético, ou seja, de limites mínimos que deverão ser obedecidos por todos aqueles que estão diretamente vinculados ou envolvidos em aprimoramentos genéticos em outras áreas que lidam com a biotecnologia.

Desse modo, vindo para dar conta dessas inovações, serve como *ratio juris* em face das lacunas legislativas e é visto como um dos campos mais polêmicos e férteis do Direito atual, sobretudo pela responsabilidade ético-profissional que têm seus operadores em torno das situações da vida, uma vez que o drama da sociedade contemporânea releva um ponto essencial, qual seja: *natura júris ab hominis repetenda est natura* (a natureza do Direito resulta da natureza mesma do homem), onde estando em jogo o problema do homem, concomitantemente, vem à tona o dos fundamentos do Direito.<sup>90</sup>

Se, por um lado, é preciso limitar o que acontece em laboratórios – o que não é tarefa fácil certamente – devido à falta de conhecimento dos operadores jurídicos, ainda assim, deve-se entender que as pesquisas têm que se apresentar como formas de melhoramento da vida, da cura de doenças, da concessão de uma dignidade quando a vida passa a apresentar limitações graves, etc. As pesquisas científicas, em que pese o fato de que devam ser direcionadas para o bem viver, nem sempre chegam a esse resultado. Assim, o biodireito deve apresentar princípios que coadunem o avanço da ciência e o cuidado com a dignidade do ser humano. São decisões éticas que deverão prevalecer quando da análise de determinadas situações que poderão ferir frontalmente a dignidade humana.

---

<sup>90</sup> COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 249.

Não se deve cercear o progresso científico, mas de todo indispensável que ele se faça com observância de valores maiores, como a dignidade humana. O ponto de harmonização entre essas duas necessidades, aparentemente conflitantes, há de ser encontrado pela Ética e pelo Direito. Tal tarefa, de início a cargo da Filosofia, que de pronto dedicou-lhe uma de suas áreas, a Bioética, de imediato exigiu a atuação simultânea do Direito que, igualmente, destinou-lhe campo próprio, ainda em formação - o Biodireito.<sup>91</sup>

O biodireito ainda não está estruturado, apresentando-se como assunto controvertido, pois os princípios que devem servir de alicerce para a análise dos casos que têm surgido, principalmente nos últimos tempos, são aqueles presentes na bioética, que apresenta alguns princípios básicos, como justiça, equidade, autonomia, que são de caráter amplo e necessitam de conceitos mais bem definidos, para que se possa efetivar a regulamentação de um biodireito.

Com efeito, ao biodireito cumpre apresentar os indicativos para a elaboração da melhor legislação sobre procriação assistida, com vistas à salvaguarda da dignidade humana. Enquanto isto não ocorre, é do seu destino influir no traçado de uma hermenêutica jurídica de promoção da vida, atribuição que prescinde, inclusive, do advento de uma nova lei. Dessa forma, sem jamais esquecer que 'a grande descoberta do direito, enquanto função social, é a existência da norma jurídica como limite que se impõe à conduta humana, como gramática do vínculo social', cabe ao biodireito, em face das técnicas de procriação assistida, oferecer soluções para os seguintes problemas e que melhor atendam aos imperativos democráticos da reflexão bioética.<sup>92</sup>

Conforme Eroulths Cortiano Jr., a importância do biodireito está na ligação que ele irá propiciar entre os vários aspectos dos temas que estão sendo considerados emergenciais no direito pátrio, como as chamadas situações-limite que apresentam um conflito de direitos – sem que haja uma hierarquia entre elas – e que devem ser cuidadosamente analisadas para que a decisão seja menos prejudicial aos envolvidos:

São várias implicações que a construção de um *biodireito* trazem à tona. Três delas merecem destaque imediato: a primeira diz respeito ao direito - que todos têm - de vida com dignidade. Existem situações-limite em que estes valores podem entrar em conflito, e esse conflito merece resposta jurídica. Outra enfrenta o problema da indisponibilidade dos direitos da personalidade: a tradicional teoria sempre os classificou como direitos indisponíveis (porque necessários), mas os avanços científicos e as novas necessidades

---

<sup>91</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 02.

<sup>92</sup> PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Análise bioética das técnicas de procriação assistida. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.e coord). *Ética & bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 129-130.

humanas demonstram a imperiosidade de se repensar esta indisponibilidade. A terceira implicação diz respeito à chamada extrapatrimonialidade dos direitos da personalidade. Estes sempre se tiveram como tal porque o bem da personalidade protegido era tido como *res extra commercium* e não possuía medida em dinheiro. Hoje torna-se possível a transmissão de partes do corpo humano e chega-se a ouvir clamores por sua mercantilização.<sup>93</sup>

Na verdade, o biodireito é mais um dos ramos de que o Direito necessita atualmente para poder responder aos dilemas vividos pela sociedade. Essa nova disciplina requer, portanto, um contato direto com os envolvidos em pesquisas na área da saúde para auxiliar na condução dos conflitos que poderão surgir ao longo de testes ou experiências genéticas e biomédicas. O biodireito deve atentar, ainda, para as conseqüências provenientes do aluguel de útero - as mães de aluguel - e os bancos de sêmen ou óvulos.<sup>94</sup>

O biodireito tem que ser dinâmico, porque precisa dar respostas imediatas às novas tecnologias e às suas conseqüências na manutenção da vida com qualidade e da dignidade do ser humano. A necessidade de um direito que trate especificamente de assuntos que estejam ligados à vida, à morte, à autonomia e à liberdade se faz premente, uma vez que o direito material brasileiro – civil e penal, mais especificamente – é extremamente voltado à preservação, proteção do patrimônio, além de ser um conjunto de normas fechadas, que não se abrem a discussões sobre os problemas que surgem no dia-a-dia.

[...] apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada - significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor-fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.<sup>95</sup>

Para que esse novo ramo alcance as expectativas da sociedade, deve ter uma base de investigação interdisciplinar, pois os conflitos surgidos dentro desse

---

<sup>93</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson; RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et. alli. Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 39-40.

<sup>94</sup> Juntamente com o tema do aborto, assuntos como o destino dos embriões criogênicos também ganhou relevância devido ao avanço da engenharia genética, que, a partir de uma concepção cientificista, admite que a vida somente inicia a partir do 14º dia a partir da união dos gametas, quando ocorre a nidação do ovo. Dessa forma, para esses, o embrião congelado pode ser descartado até o 14º dia, pois ainda não está presente o conceito de vida. Nessa discussão também está presente o destino de bebês abortados, se esses podem ser utilizados para pesquisa ou não.

<sup>95</sup> COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre: Síntese, v.18, p. 161, 2000.

tema certamente irão acarretar mudanças em vários aspectos da vida das pessoas, não somente no patrimônio, como está o direito acostumado a tratar, mas, sobretudo nas questões físico-psíquicas que afetarão, inevitavelmente, as relações interpessoais.

A função de “normatizar os efeitos da revolução biotecnológica sobre a sociedade em geral” é do Direito. Cabe ao Direito a análise e a resposta final às múltiplas indagações produzidas pelas atividades biomédicas.<sup>96</sup>

O tema referente ao aborto interessa muito ao biodireito, uma vez que ele trata da vida da mulher, da sua autonomia e da sua liberdade enquanto sujeito de direito. Portanto, a concepção de um biodireito se torna imprescindível para que sejam discutidas questões referentes a esse assunto, com apoio em outras disciplinas que possam atuar como mediadoras, a fim de tratar eticamente as diversas situações relacionadas com o aborto na vida da mulher.

O biodireito, assim como a bioética, são disciplinas novas que surgiram como uma necessidade para o tratamento de certas questões até então tratadas em âmbitos diferentes. Com o avanço da ciência, a engenharia genética, a biotecnologia, os conceitos anteriormente considerados de fácil delimitação, como vida e morte, têm seus momentos não mais definidos com rigor, apresentam-se ampliados e, com isso, necessitam de análises éticas sobre os casos que envolvem esses dois momentos.

[...] tomados os balizadores de nascimento e morte, fatos naturais até bem pouco tempo, constata-se que a sua própria fixação temporal tornou-se incerta, em decorrência dos avanços da ciência e devem ser, eles mesmos, objeto de cogitações fundamentais do biodireito.<sup>97</sup>

O aborto é um dos temas que merecem tratamento dentro do biodireito, entre outros não menos importantes, como embriões crio-conservados, eutanásia, útero de aluguel, entre outros, que possam surgir devido ao avanço da tecnologia genética. Segundo Warley Rodrigues Belo, “O biodireito, a bioética e a filosofia do direito possuem conceitos críticos, por isso lhes é implícito a procura de novas soluções para antigas questões jurídicas.”<sup>98</sup> O biodireito deve auxiliar a busca por soluções que hoje se fazem prementes na vida, principalmente das mulheres, que não encontram apoio no ordenamento nacional para que possam realizar o

---

<sup>96</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. p. 90.

<sup>97</sup> BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. p. 10.

<sup>98</sup> BELO, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos. p. 77.

abortamento, quando não apresentarem condições de gestar um bebê. Conforme Jussara Maria Leal de Meirelles, “Nessa perspectiva, o Biodireito assume um posicionamento peculiar, porquanto aquilo que ingressar no ordenamento jurídico poderá ser resultado do aceitável, do legitimado pelo conjunto dos valores sociais.”<sup>99</sup> Em virtude do número de abortamentos verificados, é evidente que esse tipo de conduta não é considerada crime por todas as mulheres que precisam submeter-se a esse tipo de intervenção.

**1 milhão e 400 mil abortos** realizados anualmente de forma clandestina no Brasil (Fonte: The Alan Guttmacher Institute, 1994).

A cada ano, mais de **250 mil mulheres são internadas** com complicações decorrentes de abortos clandestinos. (Fonte: Ministério da Saúde do Brasil).

No Brasil foram realizados mais de **250 abortos previstos por lei** – casos de estupro e risco de vida para a mulher – em hospitais da rede pública de saúde. (Fonte: Veja tabela na pág. 7).<sup>100</sup>

Cabe esclarecer que a decisão sobre o aborto é da mulher, pois é ela quem irá assumir toda a responsabilidade durante o período de gestação do bebê. É sobre a mulher que recaem todos os cuidados próprios dessa fase, portanto, cabe a cada mulher, que tem consciência de suas condições físicas, sociais, econômicas e psíquicas, decidir por levar uma gestação a termo ou pela realização do abortamento. Isso, sem, nesse ponto, colocar a avançada medicina como forma de prever determinadas enfermidades durante a gravidez e também prever graves anomalias que inviabilizem a vida do feto após o nascimento.

Hoje, faz-se necessário situar essa questão no rol dos inúmeros dilemas decorrentes do avanço da tecnologia genética que apresenta muitas situações novas que demandam respostas dos operadores jurídicos que extrapolam o âmbito da normatividade estatal.

Tal reconhecimento implica admitir seu objeto bem definido, que é a fundamentação e pertinência das normas jurídicas, de maneira a adequá-las aos princípios e valores relativos à vida e à dignidade humanas trazidos pela Ética. Isso equivale afirmar, uma vez mais, a existência do Biodireito como novo ramo do conhecimento e sua adequação com a Bioética.<sup>101</sup>

É recorrente nos textos que tratam do direito e suas implicações com a bioética e a possível ou necessária construção de um biodireito, a premência de um

---

<sup>99</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. p. 95.

<sup>100</sup> <http://www.redesaude.org.br/jornal/html/dossieaborto.html>. disponível na internet. 29/01/2002.

<sup>101</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. p. 96.



mínimo ético que deve ser respeitado, quando se está a tratar de seres humanos, e que deve ser ampliado a todos os seres que apresentam sensibilidade tanto à dor como ao prazer. Talvez uma das tarefas mais importantes da bioética<sup>102</sup>, essa nova disciplina que abrange os limites da vida e da morte, seja definir parâmetros éticos mínimos que sejam respeitados por todos aqueles que estejam ou possam estar envolvidos nos processos da biomedicina, ou em questões tratadas pela bioética, como o aborto e a eutanásia, por exemplo.

Estas transformações metodológicas possibilitam a crítica e a reconstrução de certos conceitos fundamentais do Direito, abrindo espaço, por igual, à construção do Biodireito, termo que indica a disciplina, ainda nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das “exigências máximas” da fundação e da aplicação dos valores morais na *práxis* biomédica - isto é, a busca do que “deve” fazer para atuar o “bem” - mas do ponto de vista da exigência ética “mínima” de estabelecer normas para a convivência social. Assim é que, muito embora recebendo contestações - porque importaria na “jurisdicização” indevida da biomedicina - mesmo assim tem crescido o endosso à formação do Biodireito como disciplina jurídica da bioética.<sup>103</sup>

A necessidade de um estudo mais elaborado se faz presente quando se está a tratar de aborto, pois como toda questão que dispense uma análise comprometida eticamente, ele tende a ser uma decisão dolorosa. As escolhas geralmente afetam diretamente a vida de todos e, desse modo, não podem ser analisadas friamente, ou com fórmulas previamente estipuladas, exatamente por serem decisões éticas, que devem ter como base a reflexão. “Assim, as restrições de ordem moral, ética e religiosa que, se por um lado impulsionam a elaboração do jurídico, por outro, fazem surgir uma espécie de resistência ao novo.”<sup>104</sup>

É preciso, além da construção dessa nova disciplina, igualmente retomar a questão do aborto sem influência da religiosidade, quando está sendo discutido o futuro de milhões de mulheres que apresentam problemas devido a abortamentos

---

<sup>102</sup> Conforme Alain Badiou “A conjugação entre ‘ética’ e ‘bio’ é *por si mesma* ameaçadora.” Esse autor considera esse termo perigoso para ser usado da forma como está sendo atualmente, pelo fato de que o nazismo era uma ‘ética da Vida’, nos moldes delimitados pela criação de uma raça pura, mas de qualquer forma, deve-se ter cuidado ao utilizar sem critério ou limite esse conceito. BADIOU, Alain. *Ética: um ensaio sobre a consciência do mal*. Trad. Antonio Transito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. p. 49.

<sup>103</sup> COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. p. 157-158.

<sup>104</sup> LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. p. 95.

clandestinos, as quais, em razão de uma legislação bastante retrógrada, são impedidas de ser atendidas dignamente.

A fim de melhor enfrentar essas questões, e por apresentar o ordenamento pátrio o crime de aborto como conduta típica, há a necessidade da construção de um biodireito que possa, ao menos, considerar as questões referentes ao abortamento com preocupações atualizadas sobre o problema que esse assunto ainda pode causar tanto à vida da mulher como também em razão de não existir apoio do Estado para que se promovam informações para a prevenção de gravidezes indesejadas, e para que, quando a mulher não se entender em condições de gerar um bebê, possa, em aproximadamente três meses, realizar a interrupção da gestação.

Neste momento é preciso analisar um conceito que perpassou algumas das teorias expostas neste capítulo, qual seja o de 'pessoa', sua compreensão e o seu significado, quando se está tratando de aborto.

## 2. AS LEGISLAÇÕES CIVIL E PENAL SOBRE O ABORTO

O segundo capítulo tratará inicialmente dos variados significados que podem ser atribuídos ao termo 'pessoa' e as possibilidades de interpretação decorrentes da adoção de uma das correntes.

Será estudado o *status* do nascituro na legislação civil, inclusive com a nova redação do Código Civil, que entrará em vigor em janeiro de 2003. Da mesma forma a análise dos direitos da personalidade que devem ser considerados em relação a mulher, sujeito presente nesta discussão.

Ainda, a verificação do tratamento dado ao aborto na legislação penal pátria, com as mais diversas normas que regularam o aborto desde 1890, os avanços e os retrocessos apresentados até o momento atual. Por fim, a realização de um estudo sobre algumas leis alienígenas que evidenciam as diferentes formas de tratamento do aborto.

### 2.1. As acepções do termo 'pessoa'

Faz-se necessário precisar alguns termos empregados ao longo do trabalho, pois são os formadores da base para que se possa compreender em que perspectiva está situado o tema. Neste capítulo serão abordados os conceitos de pessoa, de personalidade, de nascituro e, ainda, a legislação civil e penal pertinente ao assunto central que é o aborto.

O termo "pessoa" teve sua primeira conceituação em latim, *persona* que, conforme Nicola Abbagnano, designa "No sentido mais comum do termo, o homem em suas relações com o mundo ou consigo mesmo. [...] É possível distinguir as seguintes fases desse conceito: 1ª função e relação; 2ª autorelação (relação consigo mesmo); 3ª heterorelação (relação com o mundo)."<sup>105</sup>

A primeira acepção, deriva do latim, *persona*, e designa a máscara utilizada no teatro, ou seja, o papel que cabe a cada personagem no teatro e também na vida. É o conjunto das relações nas quais está envolvido o homem no seu dia-a-dia. O termo pessoa, por vezes, foi confundido ou considerado como sendo somente a

---

<sup>105</sup> ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.p. 761.

aparência e não a essência do indivíduo, por estar relacionado com a máscara teatral.

Em relação à segunda acepção, designa a auto-relação ou a relação do homem consigo mesmo. O homem é porque tem consciência. “O conceito de P., neste sentido, identifica-se com o de Eu como consciência e é analisado sobretudo no que se refere àquilo que se chama identidade pessoal, ou seja, unidade e continuidade da vida consciente do Eu.”<sup>106</sup>

A heterorrelação ou a relação do homem com o mundo é a terceira função e os seus defensores não aceitam o entendimento de que o homem é reduzido à consciência. Nesse patamar, Kant trabalha o homem enquanto ser social, inserido no mundo. A função é assim entendida porque o indivíduo está em interação permanente com outros. É da sua essência a busca por relações sociais:

3ª Contra a interpretação acima de P. estão obviamente as posições filosóficas que se recusam a reduzir o ser do homem à consciência e fazem polêmica contra a forma mais radical dessa interpretação, que é o hegelianismo. [...]. Por outro lado, a doutrina moral kantiana já caracterizara o conceito de P. em termos de *heterorrelação*, ou seja, relação com os outros. [...] A consideração da P. como unidade individual, com a qual se lida no domínio considerado por essas ciências, corresponde à mesma determinação conceitual do termo como agente moral, sujeito de direitos civis e políticos ou, em geral, membro de um grupo social. O homem é P. porque, nos papéis que desempenha, é essencialmente definido por suas relações com os outros.<sup>107</sup>

Por existirem vários conceitos, evidenciados pelo resumo acima, fica claro que a preocupação com a definição da pessoa humana é manifestada desde longa data, mas até hoje não se conseguiu obter um único conceito que fosse capaz de satisfazer as diferentes correntes da Filosofia.

No Direito, essa situação não é diferente. Apesar de seu pretense hermetismo, as opiniões jurídicas relacionadas ao termo ‘pessoa’ também são divergentes, na medida em que são elaboradas a partir de mais de uma disciplina e seus autores expressam diversas correntes doutrinárias ou teóricas.

Conforme Nicola Abbagnano, a definição de pessoa coloca, sucintamente, três grandes expressões do termo que, desde a Antiguidade até os nossos dias, não designa todo ser humano, mas apenas aqueles dotados de algumas características

---

<sup>106</sup> ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: *Dicionário de filosofia*. p. 762.

<sup>107</sup> ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: *Dicionário de filosofia*. p. 762-763.

específicas, tais como a autoconsciência, o discernimento e o papel desempenhado na sociedade.

Nesse sentido, argumenta H. Tristram Engelhardt Jr., a noção de pessoa envolve características específicas, como a autonomia, a liberdade de escolha e a responsabilidade por suas ações:

A palavra pessoa, em sentido estrito, será usada para identificar entidades que podem estabelecer, com sua colaboração e de acordo consigo mesmas, uma teia de autoridade moral. Podem recusar o envolvimento com outros seres, são participantes ativos na moralidade que pode unir estranhos morais, uma vez que apenas as pessoas podem negociar suas áreas de trabalho conjunto e, por sua recusa, estabelecer limites à intrusão de outros. Deste modo, pessoas, no sentido estrito, são agentes morais que podem ser responsabilizados por suas ações.

Nem todos os seres humanos são pessoas no sentido de se revelarem como agentes morais.<sup>108</sup>

Logo, não se pode conceder *status* de 'pessoa' a todos os seres humanos, devido à especificidade desse termo que implica, sobretudo, a responsabilidade do ser humano por suas ações.

Essa compreensão, contudo, não é unânime. José Roque Junges entende que 'pessoa' é um ser em constante processo de desenvolvimento, e, por isso, é imprescindível a compreensão desse termo para que se possa tratar de assuntos como o aborto, a eutanásia, etc. Para o autor,

Pessoa é um conceito convincente, porque se funda em dados constatáveis que independem de uma interpretação, por exemplo, a origem e a terminalidade do processo de formação de um ser humano. [...] é particularmente importante para enfrentar situações limites nas quais a vida humana está fragilizada, como é o caso do embrião e do comatoso.

O conceito de pessoa está ligado a teorias morais que fornecem critérios para decisões éticas referentes à vida humana e fundamenta tais teorias.<sup>109</sup>

Ramon Martín Mateo, professor espanhol que se propôs, em 1984, a estudar as questões referentes à bioética e ao direito, tratando de assuntos delicados como eutanásia, aborto, fecundação assistida, inseminação artificial, dentre outros temas, já, nesta época, demonstrava empenho em analisar o embrião como objeto de investigações científicas. Para esse autor, o embrião não é considerado pessoa. Ele entende que se deve protegê-lo, enquanto potencialidade humana. Nesse pequeno

---

<sup>108</sup> ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 289.

<sup>109</sup> JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. p. 71-72.

trecho, Mateo expõe algumas das teorias que existem sobre o embrião e o momento inicial da vida humana.

Nos dois extremos da polêmica, que envolve também o aborto, se separam respectivamente os que crêem que a vida humana aparece no mesmo momento da fecundação e os que sustentam que o sujeito de direito somente surge com o nascimento. Uma posição intermediária, assumida por algumas legislações, representa o critério dos que propugnam que a gravidez somente começa realmente em um determinado momento a partir da fecundação, com 14 dias nas teses mais difundidas, todavia o Conselho da Europa, em outubro de 1984, tinha estimado que a passagem de embrião a feto ocorre após seis semanas a partir da fecundação.

Existe certamente uma base biológica para estas afirmações, à medida que até os 14 dias o embrião carece de qualidades diferenciais e somente a partir de então aparecem, com sua implantação, os primeiros esboços de tecido nervoso e, com ele, a individualização.

Por isso, a comissão 'Palacios' entendeu que 'parecia um tanto forçado e de alguma forma uma conclusão excessiva a extensão ao embrião de uma proteção como a que merecia a pessoa humana em sentido próprio. O embrião, ao menos durante este período, não é pessoa nem se o tem como tal.<sup>110</sup>

O conceito de pessoa, nesses termos, não abrange o embrião, pois ele ainda não pode ser comparado a um ser humano adulto, ou mesmo a uma criança de, por exemplo, dois anos. São diferentes os estágios por que passa o ser humano até ser considerado uma pessoa. O feto somente apresenta significado quando sua mãe, ou seus pais, assim o desejarem. São as pessoas que dão significado ao feto, esse por si só não apresenta tal significado. Assim como não existe a dor em si, não se pode conceder um significado ao feto independentemente de pessoas que assim o considerem. O sentido do feto não se deve apenas a percepção da dor, mas, sobretudo ao desejo dos pais. Não havendo desejo, não haverá sujeito. O sentido

---

<sup>110</sup> "En los dos extremos de la polémica, que implica también al aborto, se alienan respectivamente los que creen que la vida humana aparece en el mismo momento de la fecundación y los que sostienen que el sujeto de derecho sólo surge con el nacimiento. Una posición intermedia, asumida por algunas legislaciones, representa el criterio de quienes propugnan que el embarazo sólo comienza realmente en un determinado momento a partir de la fecundación, con 14 días en las tesis más difundidas, si bien el Consejo de Europa, en octubre de 1984, ha estimado que el paso del embrión a feto se produce a las seis semanas de la fecundación.

Hay ciertamente una base biológica para estas precisiones, en cuanto que hasta los 14 días el embrión carece de cualidades diferenciales y sólo a partir de entonces aparecen, con su implantación, los primeros esbozos de tejido nervioso y, con ello, la individualización.

Por ello, la comisión Palacios estimó que "parecía un tanto forzado y en alguna forma una conclusión excesiva el extender al embrión una protección como la que merecía la persona humana en sentido propio. El embrión, al menos durante este período, no es persona ni se le tiene como tal". MATEO, Ramón Martín. *Bioética y derecho*. p. 94.

primeiro vem, com efeito, de fora, ou seja, daqueles que, a partir do seu desejo, sustentam o feto para que ele possa (quem sabe?) vir a ser sujeito.

[...] não se concede o direito à vida a um ser que não é aceito por sua mãe, ao qual não se reconhece um caráter humano, que não foi ou agora é desejado ou não foi gerado intencionalmente.<sup>111</sup>

Conforme Jean Bernard, médico francês bastante conservador, o embrião já é pessoa em potencial porque, enquanto ser dotado de inteligência e consciência – atributos que só poderão ser verificados posteriormente - ele encontra-se em estado de latência em relação ao seu *status* de pessoa. Nas palavras do autor:

Alguns afirmam que a pessoa está presente no embrião desde a concepção, outros que não se pode falar de pessoa antes de uma etapa mais tardia, mas as opiniões divergem relativamente à data: implantação a partir do sexto dia, aparecimento do sulco neural por volta do décimo primeiro dia, fase de viabilidade perto da vigésima quarta semana, sem falar, acrescenta Lucien Sève, do próprio nascimento.

As críticas fundamentais parecem conseqüências de um mal-entendido, de uma interpretação do adjetivo potencial. Admitir que o embrião é uma pessoa potencial é admitir que as propriedades características da pessoa estão presentes, latentes no embrião. Está claro que propriedades como a consciência e a inteligência não pertencem a uma célula ou a um pequeno número de células, mas supõem uma organização biológica muito mais complexa e aparecem mais tardiamente.<sup>112</sup>

Há autores, portanto, que trabalham com o sentido ampliado do conceito de pessoa, isto é, com a concepção de que já existe uma pessoa latente no embrião. Essa posição, contudo, não parece ser a mais adequada. Pois, quando se fala em pessoa, não se pode colocar a situação específica do embrião, do nascituro, do feto, ou mesmo do neonato no mesmo patamar de um indivíduo adulto responsável por seus atos. Se os direitos dependem do *status* jurídico conferido a esses seres, não seriam eles ainda pessoas, e sim provavelmente seres dotados de personalidade, adquirida somente após o seu nascimento com vida, independentemente de sua viabilidade, ou seja, de manter-se vivo sem ajuda de aparelhos, ou de apresentar graves enfermidades que só lhe possibilitem a vida por meio de artifícios tecnológicos. Não se pode, portanto, considerar um adulto e proteger seus direitos da mesma forma que se considera um neonato com graves problemas congênitos, como anencefalia.

---

<sup>111</sup> GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *10 palavras-chave em bioética*. p. 54.

<sup>112</sup> BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. Campinas: Workshopsy, 1994. p. 161.

Eduardo de Oliveira Leite, ao tratar do embrião, expõe as principais correntes adotadas quando se considera o seu *status*.

Para uma primeira corrente, o embrião deve ser considerado como ‘pessoa humana’, desde o primeiro momento da concepção. A corrente oposta, não visualiza ‘pessoa’ no embrião humano, entendendo que, inicialmente, o embrião nada mais é que um amontoado de células, não possuindo qualquer estatuto de pessoa. A terceira, que se situa entre as duas precedentes, imagina o embrião em termos de ‘potencialidade’ real de ‘pessoa’, destinada a se tornar tal durante seu desenvolvimento progressivo.<sup>113</sup>

O autor filia-se à primeira corrente, pois, para ele, deve-se proteger o embrião desde sua concepção, uma vez que, a partir da união do óvulo com o espermatozóide, já existe uma pessoa.

Eduardo de Oliveira Leite levanta uma questão interessante pois, apesar de sua filiação à teoria que concede *status* de pessoa ao embrião imediatamente após a concepção, percebe que outros interesses diferentes daqueles concedidos ao nascituro devem, também, ser considerados, assim como os da mulher e, em alguns casos, os da família.

A primeira crítica que se pode levantar à concepção é de ordem “científica”, ou seja: o fato das primeiras células embrionárias possuírem um patrimônio genético humano é suficiente, por si só, para concluir que elas já constituem uma “pessoa” no sentido mais amplo do termo? Mas não é só. A consistência própria e o papel do “tornar-se embrionário” (de embrião em pessoa humana) são suficientes levados em consideração? Não bastassem estes questionamentos, resta a considerar que o fato de valorizar e direcionar a atenção, quase exclusivamente, sobre o embrião, nos faz esquecer e negligenciar outra categoria de interesses - igualmente verdadeiros e nobres - que são os interesses da mãe e da família, mesmo nos casos trágicos onde ocorre conflito entre uns e outros.<sup>114</sup>

Peter Singer, bioético australiano, entende essa questão de forma diferenciada, argumentando a imprecisão do pensamento que identifica a concepção, a união dos gametas, como um momento sagrado que iguala – por artifícios religiosos e ideológicos – o embrião a uma pessoa, quando, na verdade, ele ainda é apenas um agrupamento de células.<sup>115</sup> O autor reforça essa distinção, argumentando que, antes da 18ª semana de gestação – momento em que começa a se desenvolver o córtex cerebral responsável pelas sensações –, o feto não possui

---

<sup>113</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a.29, n. 29, 1996, p.123-124.

<sup>114</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? p. 125.

<sup>115</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 167.



sequer consciência da dor, quanto mais consciência de si e do mundo, que são as formas de consciência que caracterizam a pessoa.<sup>116</sup>

## **2.2. A legislação civil brasileira sobre o aborto**

A legislação civil trata dos direitos da pessoa, do nascituro e, da personalidade abrangendo, igualmente, o direito à vida, à honra, à liberdade e à integridade física e psíquica do ser humano. O novo ordenamento civil (que entrará em vigor a partir de janeiro de 2003) foi alterado, passando a utilizar o adjetivo 'naturais' para as pessoas e modificando o art. 2º, no qual se lia "Todo homem" e agora se lê "Toda pessoa".

Art. 2º Todo homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil. (Redação antiga).

Art. 1º Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (Nova redação).

Da mesma forma que no antigo ordenamento civil, não foi conceituado o termo "pessoa" no novo ordenamento. Em relação a esse tema, modificaram-se alguns dos artigos, para que tivessem uma linguagem mais abrangente - e não tão exclusivista como no código anterior -, mas ainda não foram definidos alguns dos principais conceitos presentes na ordem jurídica.

O nosso ordenamento jurídico não se preocupa em conceituar o que é pessoa física, e sim o que regula a pessoa jurídica. A pessoa, para o ordenamento, é, em princípio, o ser humano que, após nascimento com vida e a devida inscrição no registro civil, adquire personalidade.

Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. (Código civil atualmente em vigor).

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (novo Código Civil).

Eroulths Cortiano Jr., que, em momento algum, define o que é a pessoa e o que são os direitos de personalidade, a coloca, no entanto, como centro do

---

<sup>116</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 174.

ordenamento e, também, anterior ao direito, estabelecendo, assim, que os seus direitos não precisam ser tipificados para que possam ser exercidos. Segundo o autor, pessoa é conceituada a partir de valores – como, por exemplo, a dignidade - que não estão definidos no texto legal, mas que devem ser respeitados.

A pessoa humana não é, como dito antes, apenas um dado ontológico, mas traz encerrada em si uma série de valores que lhe são imanentes. A dignidade da pessoa humana é o centro de sua personalidade, e portanto merece a maior proteção possível. Aliás a conjugação personalidade-dignidade é tão forte que boa parte dos autores que tratam do tema referem-se diretamente à proteção da dignidade do homem. Essa ligação é, assim, indissolúvel...<sup>117</sup> Assim, a noção de pessoa não é construída pelo ordenamento, mas é recebida. Ao recebê-la (a noção de pessoa), o direito o faz com toda a carga valorativa de que ela é dotada, e não pode diminuir ou repassar esse valor. Pode, por certo, limitar a capacidade de exercício dos direitos reconhecidos, mas não pode alterar seu conteúdo axiológico.<sup>118</sup>

Apesar de defender a não-tipificação dos direitos de personalidade, ele não define quais seriam os limites desses valores, afirmando apenas que o ordenamento recebe a pessoa com o seu valor.

Para Pontes de Miranda, o conceito de ‘pessoa’ está ligado aos conceitos de personalidade (que se dá com o nascimento com vida) e com o de sujeito de direito. O autor não conceitua pessoa diretamente, mas a insere dentro de um contexto aceito pelo ordenamento. Assim:

O suporte fático de pessoa natural é biológico (natural); cada homem, cada suporte fático para a incidência do art. 2º. O conceito de pessoa natural também é jurídico, porque o homem, para ser pessoa, tem de entrar no mundo jurídico, e a sua personalidade é tão jurídica quanto a das chamadas pessoas jurídicas. Apenas, aquelas não têm como suporte fático, *necessário* e *suficiente*, “cada homem”.<sup>119</sup>

Sujeito de direito é a *pessoa*. Pessoa é apenas o conceito, o universal, com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito. Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito. [...] já da incidência da regra jurídica, que dá entrada no mundo jurídico ao ente humano resulta efeito, que é o *direito de personalidade como tal*, efeito mínimo do fato jurídico *stricto sensu* do nascimento de ente humano. [...] a pessoa já nasce com titularidade concreta, que é a do direito de

---

<sup>117</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. p. 42.

<sup>118</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. p. 45.

<sup>119</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. tomo 1. p.159.

personalidade como tal, o direito a ser sujeito de direitos.<sup>120</sup>

A partir desses dois conceitos de pessoa, percebe-se que a palavra representa o ser humano sem definir, contudo, o que vem a ser a pessoa para a ordem civil. O ser humano, após o seu nascimento com vida, será considerado dotado de personalidade, mas o termo pessoa não é especificado com clareza pelo direito brasileiro. A personalidade não pode ser estendida ao embrião, ou seja, ao não-nascido, porque ela se estabelece a partir do nascimento com vida e do averbamento desse fato no registro civil.

Sobre o nascituro, existe uma variedade de teorias ou explicações, pois, apesar de serem resguardados os direitos do nascituro, alguns autores pretendem conferir-lhe *status* de pessoa. Mas como pode ser elevado à categoria de pessoa um conjunto de células ou mesmo um feto antes do nascimento?

Assim, quando se está a tratar da tutela do nascituro, por vezes, para explicar ou desqualificar uma teoria proposta, são utilizados vários conceitos. Inicialmente, o *status* jurídico do nascituro será desenvolvido, a partir de uma bibliografia selecionada, na qual essa questão é sempre levantada pelos autores que tratam da pessoa e dos direitos de personalidade.

Com as alterações do Código Civil, o conteúdo do art. 4º em nada foi modificado, somente passou a ser art. 2º.

Art. 4º A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.

Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (novo Código Civil).

Ao nascituro cabe somente a proteção de direitos que deverão ser resguardados até seu nascimento com vida, portanto não cabe falar em pessoa e tampouco em direitos da personalidade.

Pontes de Miranda, ao considerar a situação do nascituro, defende a teoria adotada pelo Código Civil, ou seja, que a entrada no mundo jurídico acontece com o nascimento com vida. A partir do nascimento, existe uma pessoa, um sujeito de direitos. Esse autor, da metade do século passado, não apresentou grandes

---

<sup>120</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 161.

considerações sobre o que significava ser pessoa, pois se deteve em explicar o *status* referente ao nascituro. Assim:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 4º). No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa).<sup>121</sup>

Mesmo assim, ainda existem juristas que entendem que o embrião deve ser considerado pessoa a partir do momento em que ocorreu a fecundação do óvulo pelo espermatozóide.<sup>122</sup>

Conforme o (novo) Código Civil, em seu artigo 2º, os direitos que cabem ao nascituro se referem, na maioria dos casos, à matéria sucessória.

Infelizmente, o direito brasileiro não apresentou grandes avanços nesse ponto específico. Apesar de hoje se ter uma maior possibilidade de prever o nascimento com vida de um feto, mesmo assim, não há certeza nenhuma desse fato, até o efetivo momento do parto. Mesmo a tecnologia mais avançada não apresenta condições exatas de predizer sobre a vida do feto, pois não é possível, ainda, prever todos os eventos que cercam o nascimento.

Em outras legislações, como a italiana e a francesa, além do nascimento com vida, o feto, para adquirir personalidade jurídica, necessita se apresentar viável. Roberto de Ruggiero considera, entretanto, tal requisito inócuo, pois se o feto viveu durante segundos, o nascimento com vida foi caracterizado e os seus direitos, nesse curto período de tempo, lhe serão transmitidos. Assim, a viabilidade pode ter sua importância na Medicina, mas, para o Direito, o que realmente importa é ter o feto respirado e, desse modo, adquirido personalidade para, confirmar sua entrada no mundo jurídico.<sup>123</sup>

Pontes de Miranda explica por que são apenas resguardados os direitos do nascituro, afinal a necessidade de vida é premente para que possam existir os demais direitos:

---

<sup>121</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 162.

<sup>122</sup> Com essa aceção concordam vários autores, mas para exemplificar estão duas mulheres:

“Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa humana, tem direito à vida.” DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 29.

“A fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo, distinto daqueles que contribuiram biologicamente para a sua formação e dotado de um código genético próprio que conduzirá todo o seu desenvolvimento. Essa noção de autonomia possibilitou à corrente doutrinária denominada concepcionista sustentar que o embrião humano caracteriza-se como pessoa a partir da concepção.” LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 91.

<sup>123</sup> RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 440.

[...] antes do suporte fático da pessoa se completar, atribuem-se efeitos ao que é o suporte fático de agora, portanto incompleto para a eficácia da personalização. Seria desacertado só se reconhecerem todos os efeitos após o nascimento, como desacertado seria admiti-los todos desde já. Procurou-se a melhor solução: “resguardarem-se” os interesses desde já. [...] O já concebido é suporte fático de “pessoa”, que pode não vir a nascer vivo; portanto, se não nasce vivo, é como se não tivesse sido concebido.<sup>124</sup>

Segundo Pontes de Miranda, “[...] a capacidade de direito começa com o nascimento, portanto o *nasciturus* não pode ter direitos, tal como a pessoa jurídica não constituída e a *persona nondum concepta*, ou aquela cuja determinação dependa de acontecimento futuro.”<sup>125</sup> A partir desses argumentos, pode-se dizer que o autor não concede personalidade ao nascituro, assim como ao que é indeterminado; pois o nascimento é um acontecimento futuro que pode não se verificar.

Para mostrar que realmente os avanços nesta matéria foram poucos, a opinião de outro jurista, Carlos Alberto Bittar, mais atual, sobre o nascituro, é ilustrativa. Para o autor, “adotou-se sistema em que se tem como início da personalidade o nascimento com vida, mas se respeitam os direitos do nascituro, desde a concepção, ou seja, quando formado o novo ser.” E, mais adiante:

Em razão disso, nossa ordem jurídica reconhece direito ao feto, porque dotado de personalidade própria, ainda enquanto no ventre materno, cercado a maternidade e o nascimento de cuidados próprios. [...] Proíbe-se o abortamento e práticas outras lesivas ao feto, ou zigoto, porque já é pessoa e reúne em si todos os componentes básicos da personalidade.<sup>126</sup>

Neste pequeno trecho percebe-se a contradição do autor ao afirmar que o nascituro não é pessoa, mas que possui personalidade, como também fica evidenciado que o sistema adotado pelo Código Civil é aquele em que a personalidade somente inicia com o nascimento com vida; mas, não obstante esse fato, Bittar, ao longo do texto, deixa claro que seria o feto pessoa e portador de personalidade. Nesse sentido, é importante questionar como seria possível ao feto reunir os componentes dos direitos de personalidade - se ele ainda não nasceu - que, entre outros, abrange o direito à liberdade, à honra e à vida? Qual é a liberdade presente em um feto, ou mesmo em uma criança de dois anos? E o direito à vida? Qual o início efetivo da vida? A vida celular é sinônimo de vida humana? Essas

---

<sup>124</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 171.

<sup>125</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p.176.

<sup>126</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 79.

perguntas são indispensáveis, na medida em que as crenças, as ideologias e também a misoginia não podem pautar uma discussão tão séria. Assim, pode-se igualmente considerar que o feto tenha direito à vida, desde que essa vida se apresente como uma escolha da mulher que o está gestando, uma vez que esta já apresenta os direitos de personalidade e, também, congrega todos os demais que deles fazem parte.

Aqui se deve colocar a questão de que a mulher por ser uma pessoa já desenvolvida, simplesmente por estar grávida não tenha mais seus direitos considerados como tais. Em tese (porque existem casos como o do comatoso e a deficiência mental extrema) a mulher é quem apresenta as melhores condições de saber se deve ou não esperar que este vir-a-ser se desenvolva ao longo de nove meses. Não é apenas a existência do feto que pode determinar que ele seja o único a possuir direitos. E os direitos da mulher? Eles se tornam menores quando comparados aos do nascituro? Por que este tem que se apresentar como o que deve ser protegido, e a mulher a que deve simplesmente aceitar seu estado gravídico?

Caio Mário da Silva Pereira adota a posição do Código Civil e explica que o interesse no nascituro se deve ao fato da proteção dos seus direitos antes do nascimento. Ele, no entanto, somente entrará no mundo jurídico mediante a comprovação do nascimento com vida, o que lhe concederá o *status* de portador dos direitos de personalidade:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há de falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem de se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito se não chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.<sup>127</sup>

Caio Mário da Silva Pereira identifica pessoa e personalidade, porque, ao nascer com vida e adquirir personalidade, o ser humano se torna pessoa e passa a

---

<sup>127</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 159.

ser considerado sujeito de direitos. Para o autor, esses três conceitos são indistintos, ou seja, utiliza-se um para explicar os outros. Nesse sentido, a personalidade

Não depende esta da consciência ou da vontade do indivíduo. A criança, mesmo recém nascida, o louco, o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável.<sup>128</sup>

Segundo a lição de San Tiago Dantas, para mais uma vez, ainda, deixar clara essa posição que se encontra na legislação civil:

Uma discussão se travou outrora entre os autores e as legislações dos diversos países refletem essa discussão a respeito do termo inicial da personalidade, que uns queriam que fosse o nascimento, outros, que fosse a concepção.

De fato, desde o momento em que o homem está concebido, mas ainda no ventre materno, já a ordem jurídica toma conhecimento da sua existência e confere-lhe a sua proteção. [...]

Ele é protegido, mas não se lhe confere nenhum direito subjetivo. Não basta, porém, nascer, para que a personalidade surja; é preciso nascer com vida, o natimorto não chega a ter personalidade; o problema é, pois, extremamente importante pelas suas conseqüências práticas.<sup>129</sup>

Corroborado por J. M. de Carvalho Santos:

Sobre o início da existência da pessoa natural, é sabido que duas são as escolas que procuram resolver a questão: uma que faz começar a personalidade civil do nascimento, reservando para o nascituro uma expectativa de direito, outra que faz coincidir a vida jurídica com a vida física, dando por extremos a concepção e a morte; [...] Fácil é verificar que o nosso Código se filiou à primeira escola, nascendo a capacidade jurídica da pessoa quando o feto se torna autônomo, destacando-se do útero materno.<sup>130</sup>

O direito da personalidade não cabe ao nascituro, porque esse tem seus interesses resguardados até seu nascimento com vida, o que, então, lhe concederá personalidade. Assim, não cabe a discussão sobre os direitos da personalidade extensivos ao nascituro. Os direitos dele são outros que serão efetivados somente depois do seu nascimento com vida. Geralmente, os direitos resguardados pelo

---

<sup>128</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. p. 154-155.

<sup>129</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: RIO, 1979.p.170-171.

<sup>130</sup> SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 15.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. p. 245-246.

Código referem-se à matéria sucessória, caracterizando a preocupação de proteger o patrimônio.<sup>131</sup>

Para San Tiago Dantas, os direitos da personalidade e seus desdobramentos são ínsitos à condição humana: “Todos estes são direitos da personalidade, porque o objeto deles, vida, liberdade, honra, nome, etc., estão na personalidade do titular, dela fazem parte.”<sup>132</sup>

Nesse sentido, acrescenta o autor:

Diz-se que todo homem é capaz de direitos e obrigações. Esta capacidade é o conteúdo da personalidade e o homem a tem desde o momento em que nasce até o momento em que morre. O nascimento e a morte são, portanto, o termo inicial e o termo final da personalidade física.

Os direitos da personalidade abrangem diversos direitos, o direito ao nome, o direito à liberdade, o direito à vida, à integridade corpórea, à honra, são exemplos, não é um elenco taxativo.

Em primeiro lugar, considere-se o termo inicial do nascimento. A personalidade data do nascimento e não basta o nascer, precisa-se nascer com vida. Nascimento com vida é, pois, o elemento essencial para que se inicie a personalidade.<sup>133</sup>

O momento em que inicia a personalidade se identifica à separação dos corpos da mulher e da criança, e esta respira. Assim, segundo Pontes de Miranda, “Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida.”<sup>134</sup>

Em relação aos direitos da personalidade, que abrangem o direito à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à liberdade é preciso evidenciar que esses direitos não se referem ao nascituro, pois a personalidade só inicia com o nascimento com vida, mas apenas à mulher.

---

<sup>131</sup> Título VI Da tutela, da curatela e da ausência. Seção III - Da curatela do nascituro. Art. 462. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer, estando a mulher grávida, e não tendo o pátrio poder. Parágrafo único. se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 458. a autoridade do curador estende-se à pessoa e bens dos filhos do curatelado, nascidos ou nascituros.

BRASIL. *Código civil e código de processo civil*: contém legislação complementar. 3. ed. Valdemar P. da Luz (org.). Porto Alegre: Sagra: DC Luzzatto, 1996.

<sup>132</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. p. 161.

<sup>133</sup> DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. p. 170.

<sup>134</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 163.



Portanto, quando se está tratando de direitos da personalidade, o sujeito de direito será a mulher, pois esta já adquiriu personalidade. Se, dentre os direitos elencados, está a integridade física e psíquica – direitos exclusivos da personalidade - eles devem ser resguardados para a mulher e, sendo assim, cabe a ela decidir sobre a possibilidade de levar uma gestação a termo, desde que esta não afete sua integridade física ou psíquica. Esse direito da personalidade, junto com a liberdade, demonstra que a mulher pode, sim, decidir sobre o seu próprio produto. Quando ela se sabe grávida, e o feto ainda está nas primeiras semanas, por que deveria ser obrigada a dar continuidade a uma gravidez indesejada e que pode causar-lhe problemas de ordem física ou psíquica que afetarão sua liberdade? A responsabilidade pelo ato do abortamento cabe à mulher, pois é ela quem tem que decidir, com base em sua liberdade, consciência e autonomia.

Analisando os conceitos de pessoa, percebe-se que nem todos os seres humanos são portadores desse atributo. Pessoas são aqueles seres que apresentam determinadas características, como a autoconsciência, a autonomia de pensamento, a liberdade de escolha e a responsabilidade por seus atos. Por isso, quando se está tratando do nascituro, é importante ressaltar que, para efeitos da legislação civil brasileira, ele não é considerado pessoa. Os direitos que lhe cabem - quando ele nascer com vida - serão resguardados durante a gestação sem que, para isso, ele seja considerado uma pessoa.

Eroulths Cortiano Junior comenta, entretanto, a mudança de paradigma que está ocorrendo na disciplina do Direito que, de protetor de interesses patrimoniais, está se convertendo em guardião dos direitos da pessoa, uma vez que os primeiros englobam os segundos, servindo, assim, ao próprio desenvolvimento do ser humano:

Neste sentido revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele signifique: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. p. 33.

Para o autor está ocorrendo uma reviravolta no Direito, cujo caráter patrimonialista está se transformando em personalista, confirmando, com isso, que “a última *ratio* do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si”.<sup>136</sup>

O direito civil serviu-se dos institutos já existentes que trabalhavam com os direitos de propriedade e, com base neles, instituiu os direitos da personalidade. Foi como colocar um quadro novo em uma moldura antiga. A superação dessa visão se tornou necessária a partir do momento em que ocorreu a tipificação dos direitos da personalidade. Conforme Eroulths Cortiano Jr.:

Com base em figuras jurídicas tradicionais, pretendeu-se reconstruir (ou construir) a teoria dos direitos da personalidade, que teriam como finalidade proteger a pessoa no que ela tem de mais essencial: a sua personalidade. [...] Essa reconstrução parte de uma premissa lógica e então aceita: sua base são institutos jurídicos já formados e conhecidos, apenas com alteração no seu objeto. Assim, todo o esquema utilizado para a proteção do crédito e da propriedade serviu como moldura para a proteção da personalidade. [...] A posição [...] que marcou o direito privado, tido como mero protetor de interesses patrimoniais - ainda é amplamente aceita.<sup>137</sup>

A Constituição de 1988 explicitou de forma singular o respeito à dignidade humana e esse preceito é um dos pilares sobre o qual muito se tem comentado quanto à constitucionalização do direito civil.

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – [...];

II – [...];

III - a dignidade da pessoa humana;<sup>138</sup>

Ao acompanhar as principais mudanças sociais e tecnológicas que marcaram a década de sua feitura, a Carta de 1988 propiciou a atualização da legislação infraconstitucional, a partir do texto constitucional. O novo Código Civil não acompanhou, todavia, nem mesmo os avanços concebidos na Carta Magna.

Esse Código deixou de tratar questões importantes como, por exemplo, o destino dos embriões congelados, os vários avanços obtidos com a medicina

---

<sup>136</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. p. 32.

<sup>137</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. p. 34-35.

<sup>138</sup> BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 5-10-1988: acompanhada de disposições anteriores, emendas constitucionais, emendas constitucionais de revisão, índices sistemático e alfabético-remissivo. Juarez de Oliveira (org.). São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

genética, o casamento entre pessoas de mesmo sexo, e outros temas polêmicos que ficaram sem a chancela do poder judiciário.

Em relação ao aborto, não houve nenhum avanço com a promulgação do novo Código Civil. Esse tema de grande importância, por ser um acontecimento vivenciado por muitas mulheres, restou indiferente aos legisladores.

### **2.3. A legislação penal sobre o aborto no Brasil**

A legislação penal brasileira sobre o aborto data de 1830, e, por ter seguido o código francês de 1791, não prevê punição para o aborto praticado pela gestante. O Código Criminal do Império, de 1830, tipifica, pela primeira vez, o crime de aborto. Com ou sem consentimento da gestante, ele será punido, como também o responsável pelo fornecimento de substância ou drogas que o causaram. A pena prevista para o delito era a de prisão.

Art. 199. Ocasionar aborto, por qualquer meio empregado, interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada.

Penas: Máximo 5 anos de prisão com trabalho. Médio – 3 anos de prisão com trabalho. Mínimo – 1 ano de prisão com trabalho.

Se este crime for cometido com o consentimento da mulher pejada.

Penas: Máximo – 10 anos de prisão com trabalho.

Penas da cumplicidade e tentativa – Máximo – 4 anos, 5 meses e dez dias de prisão com trabalho. Médio – 2 anos e 8 meses de prisão com trabalho. Mínimo – 10 meses e 20 dias de prisão com trabalho.<sup>139</sup>

O decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890 reformou o antigo Código Criminal e aumentou as hipóteses de punição. O auto-aborto, o aborto com o consentimento e sem o consentimento da gestante e o auto-aborto em razão de desonra, foram tipificados como condutas passíveis de punição. Nesse diploma, há a primeira hipótese de aborto legal ou necessário ‘para salvar a gestante de morte inevitável’.<sup>140</sup>

Do abôrto

Art 300. Provocar abôrto, haja ou não a expulsão do fructo da concepção:

---

<sup>139</sup> PIAZZETA. Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no Direito Penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. p. 117.

<sup>140</sup> BRASIL. Decreto n. 847 - de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. O Generalíssimo Manoel Deodoro da Fonseca, Chefe do Governo Provisorio da Republica dos Estados Unidos do Brazil, constituído pelo Exercito e Armada, em nome da Nação, tendo ouvido o Ministro dos Negocios da Justiça, e reconhecendo a urgente necessidade de reformar o regimen penal, decreta o seguinte: Título X. Dos crimes contra a segurança de pessoa e vida. Capítulo IV. Do abôrto.

No primeiro caso: - pena de prisão celllular por dous a seis annos.

No segundo caso: - pena de prisão celllular por seis mezes a um anno.

§ 1º Si em conseqüência do abôrto, ou dos meios empregados para provoca-lo, seguir-se a morte da mulher:

pena - de prisão celllular de seis a vinte e quatro annos.

§ 2º Si o abôrto for provocado por medico, ou parteira legalmente habilitada para o exercicio da medicina:

Penas - a mesma precedentemente estabelecida, e a de privação do exercicio da profissão por tempo igual ao da condemnação.

Art. 301. provocar abôrto com annuencia e acordo da gestante:

Pena - de prisão celllular por um a cinco annos.

Paragrapho único. Em igual pena incorrerá a gestante que conseguir abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com reducção da terça parte, si o crime for commetido para occultar a deshonra própria.

Art.302. Si o medico, ou parteira, praticando o abôrto legal, ou abôrto necessario, para salvar a gestante de morte inevitável, occasionar-lhe a morte por impericia ou negligencia:

Penas - de prisão celllular por dous mezes a dous annos, e privação do exercicio da profissão por igual tempo ao da condemnação.

O decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940<sup>141</sup>, traz, como principais alterações: o aborto, quando provocado com o consentimento da gestante, se esta for menor de 14 (quatorze) annos, dependendo do seu estado mental e da existência de vício de consentimento, será igualado na pena ao aborto praticado sem o consentimento da gestante.

Art 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro annos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze annos, ou é alienada ou debil mental, ou se o

---

<sup>141</sup> DECRETO-LEI N. 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940

Código Penal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, usando da attribuição que lhe confere o art. 180 da Constituição, decreta a seguinte lei:

CÓDIGO PENAL

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Pena - detenção, de um a três annos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125. Provocar aborto, sem consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez annos.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência 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.

consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O artigo 128 do referido decreto é igual ao artigo 128 do Código atualmente em vigor e torna não passível de punição o aborto que for praticado por médico, em não havendo outro meio de salvar a vida da gestante, ou se a gravidez resultou de estupro; no segundo caso, deverá haver o consentimento da gestante.

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.

O decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969<sup>142</sup>, prevê como fato típico o auto-aborto, o aborto provocado com o consentimento da gestante - incluindo uma modificação em relação à menoridade, passando de 14 (quatorze) anos para 16 (dezesesseis) anos -, e o aborto provocado pela própria gestante para esconder a desonra. A diferença entre o auto-aborto e o auto-aborto por motivo de desonra é a pena; no primeiro é detenção de 1 (um) a 4 (quatro) anos e, no segundo, a detenção é de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Art 126. Provocar abôrto sem o consentimento da gestante, ou se esta é menor de dezesseis anos, doente ou deficiente mental, ou se o seu consentimento é obtido mediante fraude ou coação: (Ausência

---

<sup>142</sup> DECRETO-LEI Nº 1.004, DE 21 DE OUTUBRO DE 1969

OS MINISTROS DA MARINHA DE GUERRA, DO EXÉRCITO E DA AERONÁUTICA MILITAR , usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968,

Art 124. Provocar a gestante o próprio abôrto: (Auto-abôrto)

Pena - detenção, de um a quatro anos.

Art 125. Provocar abôrto, com o consentimento da gestante: (Abôrto com o consentimento da gestante)

Pena - detenção, de um a quatro anos.

Parágrafo. único. Na mesma pena incorre a gestante consenciente.

Art 127. As penas cominadas no caput do art. 125 e no art. 126 são aumentadas de um terço até a metade, se, em conseqüência do abôrto, ou dos meios empregados ou do modo de empregá-los, a gestante vem a morrer ou sofre lesão grave. (Abôrto qualificado)

Art 128. Provocar abôrto em si mesma, para ocultar desonra própria: (Abôrto por motivo de honra)

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem provoca o abôrto, com o consentimento da gestante, para ocultar-lhe a desonra.

Pena - detenção, de seis meses a dois anos.

Art 129. Empregar violência contra mulher, cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe involuntariamente o abôrto: (Abôrto preterdoloso)

Pena - detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

ou invalidade do consentimento da gestante)

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Nesse texto, ainda há a previsão do aborto preterdoloso, ou seja, o que ocorre quando terceiro causa involuntariamente o aborto por empregar violência contra a mulher que apresenta gravidez manifesta.

No artigo 130 do decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, está previsto o aborto legal ou necessário, quando for a única forma de evitar a morte da gestante e no caso de gravidez resultante de estupro com violência real ou presumida. Na primeira situação, se possível, deve existir a confirmação ou concordância de outro médico, e na segunda, consentimento da vítima ou de seu representante legal, desde que comprovado o crime.

Art 130. Não constitui crime o aborto praticado por médico: (Aborto terapêutico ou quando a gravidez resulta de estupro)

I - quando é o único recurso para evitar a morte da gestante;

II - se a gravidez resultou de estupro, seja real ou presumida a violência.

Parágrafo único. No caso do nº I, deve preceder, sempre que possível, a confirmação ou concordância de outro médico, e, no caso do nº II, deve anteceder o consentimento da vítima ou, quando esta é incapaz, de seu representante legal, desde que comprovada a existência do crime.

A Lei n. 6.016, de 31 de dezembro de 1973, somente alterou a numeração dos artigos, mas não alterou seus conteúdos.<sup>143</sup>

---

<sup>143</sup> LEI Nº 6.016, DE 31 DE DEZEMBRO DE 1973.

Altera dispositivos do Decreto-lei número 1.004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, faço saber que o CONGRESSO NACIONAL decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art 1º O Código Penal instituído pelo Decreto-lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969, vigorará com as seguintes alterações:

Art 125. (Renumeração para Art. 124) .....

Art 126. Renumeração para Art. 125.

Forma qualificada pelo resultado

Art 127. (Renumeração para Art. 126) .....

Art 128. Renumeração para Art. 127.

Aborto preterdoloso

Art 129. (Renumeração para Art. 128). Empregar violência contra mulher, cuja gravidez não ignora ou é manifesta, causando-lhe o aborto:

Pena - Detenção, de três meses a um ano, além da pena correspondente à violência.

Aborto terapêutico

Art 130. (Renumeração para Art. 129). Não constitui crime o aborto praticado por médico, quando é o único recurso para evitar a morte da gestante.

Atualmente o Código Penal prevê, nos artigos 124 a 128, as diversas hipóteses em que o aborto será punido ou considerado lícito. As penas variam de detenção de 1 (um) a 3 (três) anos e reclusão de 1 (um) a 10 (dez) anos.

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 14 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 conseqüência 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 resultou de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Existe permissão legal para a realização do abortamento, se a gravidez representar perigo de vida para a gestante, ou se for resultante de um estupro, conforme o artigo 128, I e II.

“Trata-se de política criminal que não exclui o crime (a tipicidade e a ilicitude continuam) e nem a culpabilidade (há o juízo de censura). Só a pena é excluída.”<sup>144</sup>

Situado no Título I dos crimes contra a pessoa, Capítulo I dos crimes contra a vida, o aborto:

[...] pressupõe, como elementos estruturais indeclináveis, já que atinge a vida intra-uterina, a existência de um processo de gestação em curso, interrompido pela conduta humana com a eliminação da vida e do produto da concepção. Por conseguinte, pode-se definir o

---

Parágrafo único. No caso previsto nesse artigo, deve preceder, sempre que possível, a confirmação ou concordância de outro médico.

<sup>144</sup> BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. p. 58.

aborto como a interrupção dolosa (pois a culpa não é punível) de uma gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção.<sup>145</sup>

Para a configuração desse delito são necessários três elementos: a certeza de um processo de gestação, o dolo, ou seja, a vontade livre e consciente de interromper esse processo e a morte do produto da concepção.

A gestação deve ser normal, isto é, não patológica, para que o crime seja configurado e passível de punição. Cabe ressaltar, ainda, que, além da comprovação da gravidez, esta não pode ser extra-uterina nem molar.

A gravidez que se interrompe deliberadamente, todavia, há de ser *normal*, e não *patológica*, como a extra-uterina (intersticial, tubária, ovárica) ou molar (formação neoplásica derivada principalmente das membranas fetais). O feto deve ser um produto *fisiológico*, e não *patológico*. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar em aborto.<sup>146</sup>

Flávio Augusto Monteiro de Barros mostra as diferenças existentes entre o aborto necessário e o estado de necessidade, uma vez que não se pode punir nenhum dos dois casos, quando comprovadas as circunstâncias que excluem a ilicitude. Da leitura se pode inferir que o autor admite a realização do abortamento no momento em que for diagnosticado que a continuação da gravidez coloca em risco a vida da mulher.

Urge, porém, não confundir o aborto necessário com o estado de necessidade (art.24 do CP). Com efeito, no aborto necessário basta um prognóstico seguro de que a evolução da gravidez trará grave risco de morte, não se exigindo o perigo atual ou iminente. No estado de necessidade, ao inverso, torna-se imprescindível o perigo atual ou iminente à vida da gestante. Outras diferenças ainda podem ser apontadas: o aborto necessário só pode ser executado por médico, ao passo que o estado de necessidade pode ser invocado por qualquer pessoa. No aborto necessário, o médico é obrigado a optar pela vida da gestante, não podendo sacrificá-la para salvar o feto, quando apenas um dos dois pode ser salvo. No estado de necessidade, torna-se legítima a morte da gestante para salvar a

---

<sup>145</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 255-301.

<sup>146</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. p. 259.

“A interrupção da gravidez extra-uterina (no ovário, fímbria, trompas ou na parede uterina) ou da gravidez molar (formação degenerativa do óvulo fecundado) não configuram aborto, uma vez que o produto da concepção não atinge vida própria.” DOS REIS, Dagma Paulino. Aborto: a polemica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública? *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 83, vol 709, nov. 94. p. 278.



vida do feto.<sup>147</sup>

A discussão referente ao aborto legal, quando a gravidez for decorrente de estupro, leva à preocupação com outros tipos penais que deveriam ser considerados para que fosse possibilitado à mulher o aborto legal, como, por exemplo, a sedução. Mesmo que não seja um dos crimes tipificados que goza de atualidade, a sua argüição como fato capaz de autorizar a realização do aborto legal, viabilizaria o abortamento legal em grande parte dos casos de gravidez na adolescência no Brasil.

Para nós, a lei é ainda tímida. O aborto deveria ser autorizado legalmente quando a gravidez resultasse de crime. Assim, o aborto poderia ser autorizado não apenas no caso de gravidez resultante de estupro (art. 213, do CP) ou de atentado violento ao pudor (art. 214, do CP), mas também no caso de gravidez resultante de “posse sexual mediante fraude” (art. 215, do CP); “atentado ao pudor mediante fraude” (art. 216, do CP) e até mesmo no caso de “sedução” (art. 217, do CP). A justificativa para a autorização legal do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, sedimentado na doutrina penal, serve de alicerce para justificar a realização legal do aborto quando resultar dos crimes acima mencionados.<sup>148</sup>

Uma das alternativas para explicar que existe diferença entre os tipos penais, são as penas definidas para cada delito. Apesar de todos pertencerem ao mesmo título - dos crimes contra a pessoa - tal distinção ajuda a explicar que existem diferentes graus entre os tipos e, portanto, que nem mesmo na legislação o feto é considerado como a pessoa adulta, ou como o recém-nascido, “Todos sabem que o infanticídio é crime, que o é o aborto e a própria ofensa à vida do apenas concebido. Mas diferença de penas indica que não se trata do mesmo crime.”<sup>149</sup>

Questão interessante é colocada por Pontes de Miranda, para saber qual é o interesse que está sendo ofendido e, portanto, quem será o responsável pela ação penal correspondente. Dessa preocupação também depende o *status* do nascituro:

Se a ofensa ao *non natus* é ofensa ao “direito” à vida, desse direito é titular o feto; e então há pessoa, desde a concepção, pelo menos no direito penal. Se a ofensa é à mulher, é ela o titular do direito à vida e à integridade do *filho*. Se a ofensa é à sociedade ou ao Estado, tem-se de pensar em titularidade do povo, ou do Estado. [...] Certo, pode-se pensar em resguardar-se ao nascituro o seu interesse de viver, à integridade física e psíquica, ao nome e outros interesses que estão à base dos direitos de personalidade; não há, porém, desde já,

---

<sup>147</sup> MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 79.

<sup>148</sup> ALVES, Ivanildo Ferreira. *Crimes contra a vida*. p. 217.

<sup>149</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 173.

direito de personalidade, de que seja titular o nascituro.<sup>150</sup>

Existem atualmente seis projetos de lei<sup>151</sup> para modificar os artigos referentes ao aborto no Código Penal, dentre os quais um, muito conservador, que pretende seja considerado o aborto como um crime hediondo. A maioria deles, contudo, está voltada para a melhoria dos serviços ou o aumento de possibilidades para realização do aborto e apresenta como principais objetivos: (1) implementar ações que facilitem o abortamento para a mulher em caso de estupro, tornando obrigatório o atendimento pelo Sistema Único de Saúde; (2) suprimir o artigo 124 do Código Penal (aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento); (3) modificar o artigo 128 do Código Penal que autoriza o aborto quando a gestante apresentar risco de vida ou de dano psíquico; (4) autorizar a interrupção da gravidez até a 24ª semana, quando o feto for portador de graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, sendo tal autorização precedida de indicação médica; (5) instituir a semana de prevenção do aborto. Infelizmente nenhum desses projetos apresentou proposta para que o aborto deixe de ser uma conduta criminalizada.

O anteprojeto que visa à reforma da parte especial do Código Penal, teve o aborto como um dos temas tratados, situando-o na parte referente aos crimes contra a vida.

Conforme Warley Rodrigues Belo, o agravamento das penas nunca foi a principal forma de inibir a prática delituosa. Assim, o anteprojeto, na parte referente ao aborto, apresentou avanço quando entendeu pela possibilidade da despenalização.

[em relação ao anteprojeto] Trata-se de um avanço na legislação penal em torno do aborto. As idéias se compassam com a criação de novos conceitos e o declínio de antigos valores, como, por exemplo, a de que uma pena de prisão elevada inibe a prática delituosa. Muito antes pelo contrário, o agravamento de todas as penas, em todas as situações como temos visto, banaliza o Direito Penal, o deforma e o incompatibiliza com a realidade brasileira.<sup>152</sup>

Entre os avanços apresentados nesse documento, em relação ao aborto - apesar de ele continuar figurando como um dos tipos penais, porque foram vencidos os votos dos Drs. Luiz Alberto Machado e Ela Wiecko Volkmer de Castilho pela

---

<sup>150</sup> PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. p. 173.

<sup>151</sup> <http://www.cfemea.org.br>. Disponível na internet. 29/01/2002.

<sup>152</sup> BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. p. 36.

descriminalização<sup>153</sup> -, apresenta-se no artigo 124, que prevê o auto-aborto ou o aborto com o consentimento da gestante, a possibilidade de o juiz deixar de aplicar a pena:

Atualmente, o juiz pode deixar de aplicar pena, o que configura claramente perdão judicial. A redação utilizada de forma sistemática afasta na prática o perdão judicial, causa de extinção de punibilidade expressamente prevista na Parte Especial. Questionou-se a conveniência de todas as hipóteses hoje existentes de perdão judicial passarem a escusas absolutórias ou causas de isenção de pena.<sup>154</sup>

Pode-se considerar, no entanto, a despenalização, como um passo tímido do legislador em direção à descriminalização. O aborto, antes de ser criminalizado, deveria ser considerado como uma questão de saúde pública, não somente devido ao número de mulheres que abortam em “clínicas clandestinas” e que chegam aos hospitais públicos, mas também pelo grande número de adolescentes que engravidam e que, além do risco apresentado porque seu corpo não suporta abrigar outra vida, são também responsáveis pelo aumento da quantidade de crianças abandonadas material e emocionalmente.

A incidência de abortos na adolescência constitui também grande preocupação social. Do total das internações por abortamento no SIH/SUS no ano de 1998, 22,5% eram de adolescentes. O atendimento recebido pelas adolescentes nos serviços de saúde é insatisfatório. Sem apoio e aconselhamento adequados, com freqüência, estas jovens engravidam novamente, entrando num ciclo repetitivo de gravidez-abortamento.<sup>155</sup>

A proposta do anteprojeto de reforma da parte especial do Código Penal, relativamente ao aborto, estipula, no artigo 127 e seus incisos, os casos em que o aborto está sob a exclusão da ilicitude:

Exclusão de ilicitude

Art. 127. Não constitui crime o aborto provocado por médico, se:

---

<sup>153</sup> Ainda, Ramón Martín Mateo coloca como a principal causa da frustração de projetos em relação à descriminalização ou à despenalização do aborto, a possibilidade de ser invocado o aspecto moral, por aqueles que deveriam prestar esse tipo de atendimento. MATEO, Ramón Martín. *Bioética y derecho*. p. 89.

No Brasil, em reportagem exibida na televisão, foi mostrado o caso de uma mulher que teve que procurar um médico de uma cidade vizinha, pois na sua cidade todos os médicos se recusaram por motivos de ordem moral, a realizar o abortamento. Essa mulher, vítima de estupro, conseguiu, por meio do poder judiciário, alvará para realizar o abortamento, de forma digna, e mesmo assim foi novamente vítima de um sistema no qual a objeção de consciência prolongou o seu estado gravídico.

<sup>154</sup> REVISTA UNIARA: Revista do Centro Universitário de Araraquara. Araraquara: São Paulo, 1999. n.5. p. 108. edição especial. Anteprojeto de Código Penal - 1999.

<sup>155</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da Saúde. Área técnica de Saúde da Mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. p.147.

I - não há outro meio de salvar a vida ou preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante;

II - a gravidez resulta da prática de crime contra a liberdade sexual;

III - há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável;

§ 1º. Nos casos dos incisos II e III e da segunda parte do inciso I, o aborto deve ser precedido de consentimento da gestante ou, se menor, incapaz ou impossibilitada de consentir, de seu representante legal, do cônjuge ou companheiro.<sup>156</sup>

O anteprojeto prevê a inserção de um terceiro inciso que aumentaria as possibilidades de se realizar o aborto legal, após diagnóstico apresentado por um médico (atestado por mais outros dois médicos), confirmando um prognóstico de má-formação fetal que tornasse a vida do feto inviável após o nascimento, e, sendo o abortamento vontade da gestante.

Todavia, o inciso que possibilita a interrupção da gravidez ao mesmo tempo coloca vários obstáculos para sua efetiva realização, pois requer, em primeiro lugar, um diagnóstico firmado por três médicos. Somente após esse relatório é que, em havendo o consentimento da mãe, ou no caso de ela estar impossibilitada de consentir, a anuência de seu cônjuge ou companheiro, poderá ser realizado o aborto.

O que se pretende é a possibilidade que a mãe, sabedora que seu filho está sendo gerado com malformação genética grave, irreversível, inevitável e incompatível com a vida pratique o ato de paralisar uma gravidez sem lógica, onde o futuro se resume a uma gestação desprovida de sua finalidade: gerar uma vida. O que tem isso de nazista?

Debelar a ermo a vida de um feto, pretender o melhoramento genético de uma raça é uma coisa. Possibilitar à mulher gestante a paralisção de uma gravidez onde já se sabe que o feto possui doenças incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina é outra coisa e bem diferente.<sup>157</sup>

Interessante é o que dispõe a cartilha do Ministério de Saúde sobre o anteprojeto do Código Penal, na parte referente ao aborto, artigo 127:

Quando uma gestante demanda interrupção de gravidez ao ser diagnosticada uma patologia fetal grave ou que caracteriza incompatibilidade com a vida, para que o pedido seja atendido, é necessária a autorização judicial. A assistente social ou outro membro da equipe deverá orientar a gestante, seu companheiro e/ou familiares a procurarem o Ministério Público no município, solicitando autorização para realização do procedimento. É necessário ainda

---

<sup>156</sup> REVISTA UNIARA: Revista do Centro Universitário de Araraquara. p. 33.

<sup>157</sup> BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. p. 80-81.

que a equipe forneça um laudo médico, explicando as condições da gravidez que justifiquem sua interrupção, assim como possíveis danos para a saúde física e mental da mulher em caso de evolução até o final da gestação.

Os procedimentos para interrupção serão determinados pelo tempo de gestação.<sup>158</sup>

Em relação ao aborto eugênico, ainda a posição de Aline Mignon de Almeida apresenta-se favorável a que a decisão seja concedida aos pais, uma vez que são eles que irão cuidar e conviver, com a criança, se ela sobreviver, e é sobre eles que recai toda a responsabilidade pelo desenvolvimento desse novo ser.

Este é um assunto delicado e, no meu entender, o aborto eugenésico deve ser legalizado porque cabe aos pais, principalmente à mulher, decidir sobre o nascimento ou não de criança com anomalia, já que quem cuida, dá amor, carinho e educa são os pais, cabe a estes a decisão. O Estado não deve interferir em assuntos que fazem parte da intimidade, privacidade das pessoas; os pais devem ter liberdade para optar, mas é necessário que eles estejam bem informados sobre a anomalia, as possibilidades de cura e a forma de vida da criança, se possível fazer os pais conversarem com outros pais de crianças com a mesma anomalia e visitarem instituições especializadas para que eles tomem uma decisão consciente.<sup>159</sup>

Antes mesmo de ser promulgado, esse inciso já está gerando muita controvérsia reavivando argumentos já bastante conhecidos, como: *a vida é um bem que pertence a Deus, só a este cabe o direito de dispor sobre ela*. O conservadorismo religioso da sociedade brasileira ainda não admite que a qualidade de vida seja um dos aspectos relevantes para a opção por realizar, ou não, o aborto, pois não se pode afirmar com certeza o que cada pessoa considera como uma vida com qualidade.

Quando Nelson Hungria, em seus 'Comentários ao Código Penal', afirma que, para que exista o crime de aborto, é necessária a possibilidade de vida do feto, pois, a *contrario sensu* é caso de crime impossível, está definindo o crime conforme sua realidade. Claro está que, ao tempo desse penalista, não existiam formas seguras de diagnóstico – a avaliação das possíveis condições físicas do feto era realizada com base na saúde dos demais membros da família, o que não permitia nenhum tipo de previsão acerca das possibilidades de vida do novo ser. Assim, até o parto, nada poderia ser dito com certeza quanto à saúde do feto ou à probabilidade de ele ter alguma anomalia.

---

<sup>158</sup> BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas da Saúde. Área técnica de Saúde da Mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. p. 155.

<sup>159</sup> ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. p. 144-145.

Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica, nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado.<sup>160</sup>

O advento de novas tecnologias não foi suficiente para retificar a legislação sobre o aborto. O aborto eugênico continua a não ser permitido pelo ordenamento jurídico brasileiro. A palavra “eugenia” significa aperfeiçoamento e melhoramento genético da espécie humana e apresenta um sentido controvertido, devido ao fato de Hitler tê-la utilizado para dar forma ao seu delírio de criação de uma raça ariana pura. Devido a esse tipo de significação, quando o feto apresenta má-formação ou sofre de problemas físicos ou mentais que impossibilitam a sua vida e que, portanto, podem ensejar o abortamento, esse é desconsiderado para não caracterizar uma forma de eugenia. O principal argumento contra esse tipo de abortamento está na preocupação de que seja propiciado o início de um novo processo semelhante àquele realizado por Hitler. Essa comparação é tão ou mais esdrúxula quando se considera que Hitler tinha um objetivo e não se importou com os meios; para ele o fim era a criação de uma raça pura. No caso de má-formação fetal irreversível, o abortamento terá um objetivo completamente diverso, qual seja, o de minimizar o prejuízo para a vida ou a saúde da mulher que está gerando um feto que não apresentará condições de vida após o nascimento, ou que não conseguirá manter-se vivo durante a gestação. Aqui, o cuidado é deslocado para a mulher grávida de um feto com grave anomalia, pois essa mulher pode não ter condições físicas, psíquicas e materiais para atender devidamente à criança.

Esta situação, contudo, está se modificando, com o aumento do número de alvarás concedidos pelo Poder Judiciário e que se apresentam como uma forma legal de realizar o abortamento, quando o feto apresenta má-formação ou deformidade que inviabiliza sua vida após o nascimento.<sup>161</sup>

---

<sup>160</sup> HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*. p. 305.

<sup>161</sup> “A primeira e mais convincente delas é o número de alvarás judiciais existentes no país sobre a questão (Gollop estima que existam cerca de 350 alvarás autorizando a ISG [interrupção seletiva da gravidez], sendo que o primeiro data de 1991, da cidade de Rio Verde, Mato Grosso). Usa-se, assim, o argumento da jurisprudência acumulada, como prova da necessidade de legitimação da prática através de sua discriminação.” DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. In: COSTA, Sérgio Ibiapiana F. *Bioética: ensaios*. Brasília: S.I.F, D. Diniz, 2001. p. 145.

No Direito Penal pátrio, contudo, o aborto eugênico está à margem da lei, não encontrando amparo legal de legitimidade. [...]

Não existiam, à época da promulgação do nosso Estatuto Repressivo, as técnicas modernas para que se detectassem eventuais anormalidades. [...]

Nessa conjuntura, desde que comprovado pelas técnicas científicas atuais que o *infans conceptus* foi ou pode ter sido seriamente afetado em sua normalidade, pelo uso de drogas (talidomida, por exemplo) ou transmissão de moléstia estigmatizada e incurável (AIDS), é nosso pensar que, embora não exista qualquer causa de justificação para cobrir de licitude o aborto, terão os agentes em seu benefício a dirimente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tais sejam as circunstâncias.<sup>162</sup>

Nesse parágrafo, é preciso destacar que atualmente, com o avanço da Medicina, existem tratamentos que permitem ao portador do vírus HIV uma vida com qualidade. Infelizmente, o tratamento médico não cura a doença, e quem é portador do vírus não tem como se livrar dele e do preconceito que o acompanha. Todavia, quando o HIV é detectado no início da gravidez e a gestante passa a fazer uso do coquetel contra a Aids, o feto pode nascer sem o vírus. Assim, desde que a mulher seja acompanhada durante a gestação, o bebê apresenta grandes chances de nascer sem ser portador de HIV. Nesse caso, como é possível que a criança possa levar uma vida saudável desde que a mulher tome todos os cuidados necessários durante a gestação, cabe a ela decidir por levar a gestação a termo, ou não, não sendo o vírus um empecilho para desejar esse bebê, uma vez que é possível livrá-lo

---

“Os alvarás são, então, fruto de um processo dialógico que tem início na relação médico-paciente (ou médico-casal). De posse da decisão familiar pela ISG, o médico recorre ao juiz em busca do veredicto oficial, que na maior parte dos casos é consoante à solicitação clínica (pouquíssimos são os casos de quadro clínico fetal extremo em que há recusa judicial da ISG). Neste sentido, os alvarás são a materialização de um processo argumentativo, onde se consideram vários pontos de vista concernentes à questão.” DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. p. 147.

Outro aspecto interessante dos alvarás é que “A construção da categoria ‘vida humana’ ou mesmo ‘vida biológica’ perpassa todos os alvarás.” DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. p.150.

Warley Rodrigues Belo entende que pode ser elencado como motivo para o abortamento o fator econômico: “O aborto social (ou econômico) é aquele permitido às famílias que passam por difícil situação econômica, no intuito de não agravar a situação social. Porém, esta situação não ocorre no Brasil, uma vez que o aborto não é permitido neste caso, aliás, os alvarás que autorizam o aborto quando há comprovação de grave anomalia fetal já podem ser considerados um avanço”. BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. p. 20.

Dissertação defendida por Scheila Luft, com o título de: Aborto eugênico: uma discussão, sob a orientação da prof. Dra Vera Regina Pereira de Andrade, no dia 10 de dezembro de 2001, na Universidade Federal de Santa Catarina.

<sup>162</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. p. 297-298.

de toda a carga de conseqüências para a vida de um soropositivo<sup>163</sup>. Não deverá ser esse o motivo para o abortamento, no caso de se desejar ter esse filho. Porém, se não é esse o desejo, se não existe um significado para esse bebê, então é melhor abortar, porque o que o bebê significa para a mulher é o principal motivo para que ela leve a termo uma gestação, independentemente das condições do feto, se portador de anomalia ou não. O desejo de gerar um bebê é o principal motivo para que uma gestação chegue ao seu fim.

Apesar de existir muita controvérsia sobre o aborto, já estão em vigor (ou sempre estiveram) formas de propiciar às mulheres que não querem ter um bebê, meios que possibilitam o abortamento. As alternativas são muitas e, geralmente, quando uma mulher não se sente em condições físicas ou psíquicas de gerar uma criança, ela se submete a abortamentos perigosos para sua saúde, tal é o descontentamento com a gravidez absolutamente indesejada. Talvez para um homem tudo isso pareça um tanto difícil de ser entendido, mas não poderia ser diferente, uma vez que os homens são responsáveis cinqüenta por cento pela fecundação. Mas todo o restante da gestação não se pode comparar aos dois minutos em que eles estiveram envolvidos nesse processo de concepção.

A vontade de uma mulher, ao se sujeitar a um abortamento, deve ser, portanto, considerada como um forte indício de sua falta de desejo de gerar aquele feto. Isso é de tal forma evidente que ela se submete a procedimentos que, por vezes, podem acarretar sua morte para não levar a termo uma gestação.

No jornal "Folha de São Paulo", de 04 de novembro de 2001<sup>164</sup> a manchete "SAÚDE - em SP, rede pública distribuirá a todas as mulheres interessadas o comprimido que, tomado após a relação sexual, evita gravidez. Acesso à 'pílula do dia seguinte' é facilitado", revela que o aborto, considerado um assunto tabu, nunca deixou de fazer parte do dia-a-dia dos postos de saúde e hospitais do país, porque é o recurso utilizado quando existe uma gravidez indesejada. Muitas vezes adotado de forma imprópria, em função da sua ilegalidade, o aborto configura-se como um recurso que se torna ainda mais violento para mulheres e adolescentes que, ao

---

<sup>163</sup> "No entanto, constatou-se recentemente que esse risco diminui de 8% a 10% quando se recorre ao chamado tratamento triplo ou coquetel da mulher durante a gestação. O quadro assume tons realmente dramáticos com a inclusão de bebês gerados por mulheres dependentes de drogas, que nascem com a mesma dependência que afeta suas mães." GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *10 palavras-chave em bioética*. p. 46.

<sup>164</sup> LEITE, Fabiane; BIANCARELLI, Aureliano. Acesso à 'pílula do dia seguinte' é facilitado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Domingo 4, de novembro de 2001 Caderno Cotidiano. p. 3.



saber da gravidez, procuram abortar da forma que conhecem, o que resulta em problemas sérios para sua saúde, podendo levá-las até mesmo à morte.

Um programa das secretarias de Estado da Segurança Pública e da Saúde dobrou os atendimentos a mulheres vítimas da violência sexual e reduziu pela metade o número de abortos legais.

Esse feito aparentemente contraditório se deve a alguns fatores fundamentais quando se trata de violência e abuso sexual: rapidez no atendimento, menos burocracia, respeito à vítima e o emprego da pílula do dia seguinte.

O programa Bem-Me-Quer, como é chamado, foi iniciado no dia 20 de janeiro deste ano. Um posto do IML (Instituto Médico Legal) foi instalado no Hospital Pérola Byington, que é o Centro de Referência da Saúde da Mulher, do Estado. Três carros especiais foram colocados à disposição.

As vítimas são deslocadas até esse centro e, depois de serem atendidas, são levadas para casa. No Centro são atendidas por um médico, um psicólogo e um assistente social e recebem, quando há necessidade, a pílula do dia seguinte e também um kit para a prevenção de doenças sexualmente transmissíveis, contendo o coquetel contra o vírus da Aids e um antibiótico capaz de prevenir grande parte das infecções resultantes de um estupro.

Essa discussão está ainda iniciando, pois uma das questões levantadas é o número de crimes computados como sexuais. Sabe-se que esse tipo de crime raramente chega às delegacias. Nessa reportagem, uma das preocupações destacadas se refere ao fato de que muitos profissionais não se sentem à vontade para ministrar a pílula do dia seguinte, devido a sua orientação religiosa. Por isso, estão sendo promovidos cursos para melhor preparar as pessoas envolvidas nesse processo. Afinal, para atender uma mulher vítima de violência sexual, totalmente fragilizada e com a possibilidade de gravidez, de contaminação com o vírus da Aids e ainda com outras infecções, é preciso que os profissionais envolvidos estejam preparados para não aumentar o seu desconforto com essa situação.

A preocupação presente no Código Civil está dividida entre o nascituro e a mulher: essa já adquiriu personalidade, é sujeito de direito, e o feto tem proteção desde a concepção, mas somente adquire a personalidade com o nascimento. Assim, até esse evento, o feto não é pessoa. Tal fato evidencia que o crime de aborto está mal localizado no Código Penal, pois colocado no título pessoa, está em contradição com o Código Civil, para o qual a personalidade inicia com o nascimento com vida e o nascituro ainda não possui tal atributo. Há, portanto, uma contradição

entre as legislações que tratam sobre o mesmo assunto, o que exige uma adequação das normas que orientam a questão do aborto no sistema jurídico nacional.

### 2.3.1. O aborto em outras legislações

A legislação italiana promoveu a liberalização do aborto em 1978, lei n. 194 de 22 maio<sup>165</sup>, de forma a contemplar o direito à vida do nascituro e tutelar os interesses da mãe, considerando seu estado físico, psíquico e social.<sup>166</sup>

A solução adotada segue o sistema da predeterminação dos casos nos quais o aborto é consentido até 90 dias da concepção: a lei estabelece que a mulher que acuse circunstâncias pelas quais a continuação da gravidez, o parto ou a maternidade comportaria um sério risco para a saúde física ou psíquica, em relação ou ao seu estado de saúde, ou às suas condições econômicas ou sociais ou familiares, ou às circunstâncias em que se deu a concepção ou em previsão de anomalias ou mal-formação do concebido.<sup>167</sup>

A mulher, sabendo de seu estado gravídico, terá que procurar um centro médico ou um médico de sua confiança para falar do seu desejo de interromper a gestação e o médico tentará ajudá-la a resolver os obstáculos que a fizeram decidir pelo abortamento, a fim de que, se possível, possa a mulher levar a gestação a termo. Após sete dias desse encontro, “a mulher decide livremente se procede ou

---

<sup>165</sup> Norme per la tutela sociale della maternità e sull' interruzione volontaria della gravidanza.

<sup>166</sup> 4. Per l'interruzione volontaria della gravidanza entro i primi novanta giorni, la donna che accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbe un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche, o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsione di anomalie o malformazioni del concepito, si rivolge ad un consultorio pubblico istituito ai sensi dell'art. 2, lettera a), della L. 29 lug. 1975, n. 405, o a una struttura socio-sanitaria a ciò abilitata dalla regione, o a un medico di sua fiducia.

6. L'interruzione volontaria della gravidanza, dopo i primi novanta giorni, può essere praticata:

quando la gravidanza o il parto comportino un grave pericolo per la vita della donna;

quando siano accertati processi patologici, tra cui quelli relativi a rilevanti anomalie o malformazioni del nascituro, che determinino un grave pericolo per la salute fisica o psichica della donna.

FRANCHI, L., FEROCI, V., FERRARI, S. *Codici e leggi d'Italia*. Milano: Ulrico Hoepli, 1997. p. 141-146

<sup>167</sup> La soluzione adottata segue il sistema della predeterminazione dei casi in cui l'aborto è consentito entro 90 giorni dal concepimento: la legge stabilisce che la donna che “accusi circostanze per le quali la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o in previsione di anomalie o malformazione del concepito” ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopedia Garzanti del diritto*. p. 03.

não à interrupção da gravidez, apresentando-se em caso positivo a um centro clínico autorizado para realizar a intervenção.”<sup>168</sup>

A lei espanhola consentia o aborto voluntário e foi sendo modificada até se igualar à lei italiana.<sup>169</sup> Na Itália e na Espanha<sup>170</sup> a legislação sobre o aborto é liberal, apesar da influência da Igreja Católica.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> “la donna decide liberamente se procedere o meno all'interruzione della gravidanza, presentandosi in caso positivo a un centro clinico autorizzato a seguire l'intervento.” ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore, MODONA; Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 03.

<sup>169</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>170</sup> Código penal espanhol

Libro II - delitos y sus penas

Título II - del aborto

Artículo 144.

El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

Las mismas penas se impondrán al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño.

Artículo 145.

1. El que produzca el aborto de una mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de uno a seis años.

2. La mujer que produjere su aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la ley, será castigada con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

Artículo 146.

El que por imprudencia grave ocasionare un aborto será castigado con pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana.

Cuando el aborto fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

(Código penal espanhol:

Livro II – delitos e suas penas

Título II – do aborto

Artigo 144.

Aquele que produzir o aborto em uma mulher, sem seu consentimento, será castigado com a pena de prisão de quatro a oito anos e inabilitação especial para exercer qualquer profissão sanitária, ou para prestar serviços de toda espécie em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos, públicos ou privados, pelo tempo de três a dez anos.

As mesmas penas se imporão àquele que praticar o aborto tendo obtido a anuência da mulher mediante violência, ameaça ou engano.

Artigo 145.

O Código Penal espanhol prevê expressamente a possibilidade de ser o feto lesado em manobras abortivas, ou até mesmo em casos de intoxicação da mulher durante o período de gravidez que possam gerar enfermidades ou lesões futuras, nos artigos seguintes aos que tratam do abortamento.<sup>172</sup>

Em Portugal o aborto não será passível de punição quando for o único meio que evite o perigo de vida para a gestante ou grave lesão para o corpo ou saúde física ou psíquica desta, desde que realizado dentro das doze primeiras semanas; nos casos em que houver diagnóstico de que o nascituro apresentará doença grave ou malformação, incuráveis, desde que realizado nas dezesseis primeiras semanas; quando houver indícios de que a gravidez foi resultado de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, desde que realizado nas primeiras doze semanas de gestação. Para estes casos é necessário o atestado de outro médico que concorde com a interrupção da gestação.

Código Penal de Portugal  
Art. 140º Aborto

---

1. Aquele que produzir o aborto em uma mulher, com seu consentimento, fora dos casos permitidos pela lei, será castigado com a pena de prisão de um a três anos e inabilitação especial para exercer qualquer profissão sanitária, ou para prestar serviços de toda espécie em clínicas, estabelecimentos ou consultórios ginecológicos, públicos ou privados, pelo tempo de um a seis anos.

2. A mulher que produzir seu aborto ou consentir que outra pessoa o cause, fora dos casos permitidos pela lei, será castigada com a pena de prisão de seis meses a um ano ou multa de seis a vinte e quatro meses.

Artigo 146.

Aquele que por imprudência grave ocasionar um aborto será castigado com pena de prisão de doze a vinte e quatro fins de semana.

Quando o aborto for cometido por imprudência profissional se imporá também a pena de inabilitação especial para o exercício da profissão, ofício ou cargo por um período de um a três anos.

A mulher grávida não será apenada com base neste preceito.)

<sup>171</sup> DWORNIK, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998. p. 11.

<sup>172</sup> TÍTULO IV. De las lesiones al feto

Artículo 157.

El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria, o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

Artículo 158.

El que, por imprudencia grave, cometiere los hechos descritos en el artículo anterior, será castigado con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

Quando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

1 Quem, por qualquer meio e sem consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão de 2 a 8 anos.

2 Quem, por qualquer meio e com consentimento da mulher grávida, a fizer abortar, é punido com pena de prisão até 3 anos.

3 A mulher grávida que der consentimento ao aborto praticado por terceiro, ou que, por facto próprio ou alheio, se fizer abortar, é punida com pena de prisão até 3 anos.

#### Art. 141º Aborto agravado

1 Quando do aborto ou dos meios empregados resultar a morte ou uma ofensa à integridade física grave da mulher grávida, os limites da pena aplicável àquele que a fizer abortar são aumentados de um terço.

2 A agravação é igualmente aplicável ao agente que se dedicar habitualmente à prática de aborto punível nos termos dos nºs 1 ou 2 do artigo anterior ou o realizar com intenção lucrativa.

#### Art. 142º Interrupção da gravidez não punível

1 Não é punível a interrupção da gravidez efectuada por médico, ou sob a sua direcção, em estabelecimento de saúde oficial ou oficialmente reconhecido e com o consentimento da mulher grávida, quando, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina:

a) Constituir o único meio de remover perigo de morte ou de grave e irreversível lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida;

b) Se mostrar indicada para evitar perigo de morte ou de grave e duradoura lesão para o corpo ou para a saúde física ou psíquica da mulher grávida, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez;

c) Houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação, e for realizada nas primeiras 16 semanas de gravidez; ou

d) Houver sérios indícios de que a gravidez resultou de crime contra a liberdade e autodeterminação sexual, e for realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez.

2 A verificação das circunstâncias que tornam não punível a interrupção da gravidez é certificada em atestado médico, escrito e assinado antes da intervenção por médico diferente daquele por quem, ou sob cuja direcção, a interrupção é realizada.

3 O consentimento é prestado:

a) Em documento assinado pela mulher grávida ou a seu rogo e, sempre que possível, com a antecedência mínima de 3 dias relativamente à data da intervenção; ou

b) No caso de a mulher grávida ser menor de 16 anos ou psiquicamente incapaz, respectiva e sucessivamente, conforme os casos, pelo representante legal, por ascendente ou descendente ou, na sua falta, por quaisquer parentes da linha colateral.

4 Se não for possível obter o consentimento nos termos do número anterior e a efectivação da interrupção da gravidez se revestir de urgência, o médico decide em consciência face à situação, socorrendo-se, sempre que possível, do parecer de outro ou outros

médicos.

Segundo o Código Penal suíço, o aborto somente será considerado lícito nos casos de perigo de vida para a gestante, e o juiz poderá deixar de aplicar a pena quando entender que a mulher apresentava estado alterado, pois estava angustiada.

Código Penal suíço<sup>173</sup>

Art. 118

2. Aborto.

Aborto procurado pela mãe

1 A pessoa grávida, que procura o aborto por iniciativa própria ou de um terceiro, é punida com a detenção.

---

<sup>173</sup> Art. 118

2. Aborto.

Aborto procurato dalla madre

1 La persona incinta, che si procura l'aborto col fatto proprio o di un terzo, è punita con la detenzione.

2 L'azione penale si prescrive in due anni.

Art. 119

Aborto procurato da terze persone

1. Chiunque procura l'aborto ad una persona incinta, col di lei consenso, chi le presta aiuto nel procurarsi l'aborto, è punito con la reclusione sino a cinque anni o con la detenzione. L'azione penale si prescrive in due anni.

2. Chiunque procura l'aborto ad una persona incinta, senza il consenso di lei, è punito con la reclusione sino a dieci anni.

3.<sup>1</sup> La pena è della reclusione non inferiore a tre anni se il colpevole fa mestiere delle pratiche abortive.

<sup>1</sup> Nuovo testo giusta il n. I della LF del 23 giu. 1989, in vigore dal 1° gen. 1990 (RU **1989** 2449 2456; FF **1985** II 901).

Art. 120

Interruzione non punibile della gravidanza

1. Non vi è aborto nel senso del presente Codice quando la gravidanza sia interrotta in seguito ad atti praticati da un medico patentato con il consenso scritto della donna incinta e su parere conforme d'un secondo medico patentato, allo scopo di preservarla da un pericolo, non altrimenti evitabile, che minacci la vita stessa della madre oppure minacci seriamente la salute di lei d'una menomazione grave e permanente. Il parere conforme richiesto nel capoverso 1 sarà dato da un medico qualificato come specialista in relazione alle condizioni di salute della persona incinta ed a ciò autorizzato, in modo generale o caso per caso, dall'autorità competente del Cantone in cui la donna incinta ha il suo domicilio o nel quale l'operazione avrà luogo. Se la donna incinta è incapace di discernimento, dev'essere richiesto il consenso scritto del suo rappresentante legale.

2. Rimangono riservate le disposizioni dell'articolo 34 numero 2, in quanto la gravidanza sia interrotta da un medico patentato e si tratti di preservare da un pericolo imminente, non altrimenti evitabile, che minacci la vita stessa della madre oppure minacci seriamente la salute di lei d'una menomazione grave e permanente. In casi siffatti, il medico curante deve, entro ventiquattro ore dall'intervento operatorio, avvertire l'autorità competente del Cantone in cui l'intervento ha avuto luogo.

3. Se la gravidanza fu interrotta perché la donna incinta si è trovata in altro stato di grave angustia, il giudice può attenuare la pena secondo il suo libero apprezzamento (art. 66).

4. Le disposizioni dell'articolo 32 non sono applicabili.

Art. 121

Omissione dell'avviso in caso di interruzione della gravidanza

Il medico che, avendo interrotta una gravidanza secondo l'articolo 120 numero 2, omette di avvertirne l'autorità competente è punito con l'arresto o con la multa.

2 A ação penal prescreve em dois anos.

Art. 119

Aborto procurado por terceira pessoa

1. Aquele que realiza o aborto em um pessoa grávida, com o consentimento desta, que lhe presta ajuda na realização do aborto, é punido com a reclusão de até cinco anos ou com detenção. A ação penal prescreve em dois anos.

2. Aquele que realiza o aborto de uma pessoa grávida, sem o consentimento dela, é punido com a reclusão de até dez anos.

3.<sup>1</sup> A pena da reclusão não é inferior a três anos se o culpado exerce serviços de práticas abortivas.

<sup>1</sup> Nuovo testo giusta il n. I della LF del 23 giu. 1989, in vigore dal 1º gen. 1990 (RU 1989 2449 2456; FF 1985 II 901).

Art. 120

Interrupção não punível da gravidez

1. não é considerado aborto conforme o presente Código quando a gravidez seja interrompida em seguida aos atos praticados por um médico diplomado competente com o consentimento escrito da mulher grávida e seu companheiro e conformidade em parecer de um segundo médico diplomado, com o escopo de preservá-la de um perigo, não evitável de outro modo, que ameace a própria vida da mãe, ou ameace seriamente a saúde dela de uma enfermidade grave e permanente. O parecer conforme requerido no parágrafo 1 será dado por um médico qualificado como especialista em relação às condições de saúde da pessoa grávida e isto autorizado, de modo geral ou caso por caso, pela autoridade competente do Cantone no qual a mulher grávida tem seu domicílio ou no qual a operação terá lugar. Se a mulher grávida é incapaz de discernimento, deve ser requerido o consentimento escrito de seu representante legal.

2. Ficam reservadas as disposições do artigo 34 número 2, enquanto a gravidez seja interrompida por um médico diplomado e se tratar de preservar de um perigo iminente, de outro modo não evitável, que ameace a própria vida da mãe ou ameace seriamente a saúde dela de uma enfermidade grave e permanente. Em casos semelhantes, o médico assistente deve, no prazo de vinte e quatro horas após a intervenção cirúrgica, avisar a autoridade competente do Cantone no qual a intervenção foi realizada.

3. Se a gravidez foi interrompida porque a mulher grávida se encontrava em outro estado de grave angústia, o juiz pode atenuar a pena segundo sua livre apreciação (art. 66).

4. As disposições do artigo 32 não são aplicáveis.

Art. 121

Omissão do aviso em caso de interrupção da gravidez

O médico que, interrompe uma gravidez segundo o artigo 120 número 2 e omite-se de avisar a autoridade competente é punido com prisão ou com multa.

Na França, uma lei de 1975 estipulou a permissão para o aborto realizado nos primeiros dois meses e meio de gestação, por um médico, em clínica autorizada

ou hospital público, desde que a gestante, devidamente informada sobre os riscos e desvantagens dessa intervenção, apresente razões para realizá-lo. Acima de dez semanas de gravidez, o abortamento só é permitido por motivos terapêuticos e o código prevê a objeção de consciência do pessoal envolvido com essa tarefa.<sup>174</sup> A Bélgica, em 1990, passou a tratar do aborto nos moldes apresentados pela lei francesa.<sup>175</sup> Na Alemanha, antes da reunificação, existiam duas leis, uma restritiva na Alemanha Ocidental, e outra permissiva na Alemanha Oriental. Após a reunificação, vigorou a lei permissiva e, a partir de 1992, depois de acirrados debates, a lei permitiu “às mulheres grávidas decidir por si mesmas se queriam abortar dentro dos três primeiros meses de gravidez”<sup>176</sup>. Essa lei foi entendida como inconstitucional e os antiabortistas apelaram ao Tribunal Constitucional alemão, que até o momento em que o autor escreve não havia se manifestado sobre o assunto.<sup>177</sup> Na Alemanha, a permissão é concedida quando for verificada a má-formação do feto e em sendo intolerável o prosseguimento da gestação devido às condições sócio-econômicas da mulher. “Uma sentença da corte constitucional de 1993, embora confirmando a não punibilidade do aborto, excluiu, que o estado possa encarregar-se das relativas atividades sanitárias.”<sup>178</sup> Na Áustria é amplamente consentido o abortamento, desde o Código Penal de 1974.<sup>179</sup> Na Grã Bretanha o aborto foi liberalizado a partir de 1967, mas os grupos pró-vida têm realizado movimentos, a fim de que a lei se torne mais restritiva.<sup>180</sup> Atualmente, para que o aborto se realize – sempre com o consentimento da mulher - é preciso um atestado de três médicos afirmando que a gestação apresenta risco à saúde física ou mental da gestante ou,

---

<sup>174</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>175</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>176</sup> “[...] a las mujeres embarazadas decidir por sí mismas si querían abortar durante los tres primeros meses de embarazo”. DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 11.

<sup>177</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 11.

<sup>178</sup> “Una sentenza della corte costituzionale del 1993, pur ribadendo la non punibilità dell' aborto, ha escluso che lo stato possa farsi carico delle relative attività sanitarie.” ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>179</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>180</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 11.



ainda, o diagnóstico de deformidade física ou mental do conceito.<sup>181</sup> Na Irlanda, em 1983, a reforma constitucional garantiu o direito à vida do feto não nascido, proibindo o aborto. Dessa forma, as mulheres que queriam abortar e que podiam suportar esse custo, se deslocavam até a Grã Bretanha e lá realizavam o aborto. Uma emenda constitucional irlandesa permitiu, no entanto, que as mulheres que queiram abortar possam se deslocar até o país onde é liberado o aborto e que a informação sobre esses serviços sejam veiculadas livremente no país.<sup>182</sup> O fim do comunismo não modificou a orientação da maioria das legislações sobre o aborto nos ex-países socialistas, com exceção da Polônia que, em 1993, aprovou uma lei extremamente restritiva – mais rigorosa do que a legislação da Irlanda, país europeu que apresenta maiores restrições ao aborto.<sup>183,184</sup> Na República Popular da China, o aborto é considerado como um dos instrumentos de controle populacional, devido à política extremamente rígida existente nesse país em relação ao número de nascimentos por casal e, também, ao sexo dos filhos.<sup>185</sup> Já nos “países de origem muçulmana o aborto voluntário é objeto de repressão penal.”<sup>186,187</sup>

O país com o menor índice de abortos no mundo é a Holanda, porque, além de legalização, o tema é objeto de campanha de educação sexual e os métodos contraceptivos são amplamente aplicados com apoio estatal.<sup>188</sup>

Para Ronald Dworkin, os Estados Unidos concentram as batalhas mais intensas e violentas sobre o aborto. Nesse país, a Corte Suprema é o órgão

---

<sup>181</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>182</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 11.

<sup>183</sup> Negli *ex paesi socialisti* la liberalizzazione dell' aborto era regola pressochè generalizzata, e in larga misura conservata anche dopo la caduta del comunismo (a eccezione della *Polonia*, dove nel 1993 è stata approvata una legge fortemente limitatrice). “Nos ex países socialistas a liberalização do aborto é regra quase generalizada, e em larga medida conservada também depois da queda do comunismo (com exceção da Polónia, onde em 1993 foi aprovada uma lei extremamente restritiva).” ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>184</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 11.

<sup>185</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>186</sup> [...] nei *paesi di tradizione mussulmana* l' aborto volontario resta oggetto di repressione penale. ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05.

<sup>187</sup> Este parágrafo contem informações retiradas da Enciclopédia italiana e do livro de Ronald Dworkin, *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*, pois é um tanto complicado obter informações sobre a legislação de alguns desses países.

<sup>188</sup> SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*. p. 145.

responsável por declarar a inconstitucionalidade das leis, e a regra sobre o aborto está expressamente definida na Constituição. Para o autor, o povo pode modificar uma decisão da Suprema Corte, porém isso seria extremamente difícil, pois depende de uma reforma constitucional.<sup>189</sup>

O famoso caso *Roe vs. Wade* de 1973, no qual a Suprema Corte, além de declarar a inconstitucionalidade da lei que permitia o aborto no estado do Texas somente para salvar a vida da gestante, ainda considerou “qualquer lei estatal que com o fim de proteger o feto proibisse o aborto durante os dois primeiros trimestres de gravidez, isto é, antes do sétimo mês, seria inconstitucional”<sup>190</sup>. Desta forma, um tribunal formado por nove juízes, com uma decisão que não foi unânime, conseguiu modificar radicalmente as leis de cinquenta estados norte-americanos. Ainda hoje, o precedente continua sendo válido, mas entende o referido autor que tal precedente está ameaçado devido à existência de grupos pró-vida que pretendem seja tal decisão apenas um dado histórico.

Essa é a decisão mais conhecida desse país, que estabeleceu três itens cruciais para a discussão do aborto: (1) a autonomia procriativa da mulher grávida e a não competência dos estados para proibir o aborto em qualquer sentido; (2) os estados podem regulamentar sobre o aborto e (3) a fim de conciliar os itens 1 e 2 (direito e interesse) decidiu que, até o terceiro mês, não cabe aos estados proibirem o aborto; a partir do segundo trimestre é permitido em alguns casos, porque essa fase implica risco para a vida da mulher e, no terceiro trimestre, podem proibir completamente o aborto, por ser o feto considerado um indivíduo viável.<sup>191</sup>

Dworkin afirma que as discussões sobre o aborto, divididas em dois pólos opostos, não contemplam uma possibilidade de aceitação ou de diálogo entre as duas partes, porque seus argumentos são extremamente diferentes, o que não

---

<sup>189</sup> “De acuerdo con la Constitución, la Corte tiene el poder de declarar inconstitucionales las leyes adoptadas por el Congreso federal o por cualquiera de los estados, esto es, que pueden invalidarse por contradecir las limitaciones que la Constitución impone a los poderes públicos. Una vez que la Corte Suprema ha fallado, ningún outro poder del Estado puede contravenir su decisión, sin importar cuán grande sea la mayoría popular que se oponga a la misma.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p.13.

<sup>190</sup> “[...]cualquier ley estatal que con el fin de proteger al feto prohibiera el aborto durante los dos primeros trimestres de embarazo – es decir, antes del séptimo mes – sería inconstitucional.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 14.

<sup>191</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 219.

faculta, sequer, o respeito pela opinião de cada uma das partes. Para ele, o debate sobre o aborto está embasado em um erro e em confusão intelectual, e por isso, a necessidade, de “uma resolução jurídica da controvérsia que é responsável, que não insulta nem degrada a nenhum grupo e que todos podem aceitar sem menosprezar o respeito a si mesmos.”<sup>192</sup>

A discussão pública sobre o aborto não tem sabido reconhecer uma distinção absolutamente crítica. Uma parte na controvérsia insiste em que a vida humana inicia com a concepção, que o feto é uma pessoa desde esse momento, que o aborto é um assassinato, um homicídio ou um ataque à santidade da vida humana. Porém cada uma destas frases pode ser utilizada para descrever duas idéias muito distintas.<sup>193</sup>

Quanto à primeira afirmação, Dworkin denomina de objeção de caráter derivado, porque tem como pressuposto que os direitos e interesses pertencem igualmente a todos os seres humanos, incluindo os fetos. Para quem aceita essa objeção – como o governo que proíbe o aborto – fica a responsabilidade de caráter derivado de proteger o feto.

A segunda afirmação é a que concede valor intrínseco à vida e, a partir do início biológico, confere a ela um caráter sagrado. Essa objeção será denominada de objeção de caráter autônomo, porque não pressupõe nenhum direito ou interesse particular.

A crença de que a vida humana em qualquer forma tem um valor intrínseco e sagrado pode, portanto, fornecer uma razão pela qual as pessoas possam opor-se violentamente ao aborto e considerá-lo imoral em qualquer circunstância, sem crer de modo algum que um reduzido conjunto de células recém implantadas no útero, carente de órgãos, cérebro ou sistema nervoso, já é algo que tem interesses e direitos.<sup>194</sup>

---

<sup>192</sup> “[...] una resolución jurídica de la controversia que es responsable, que no insulta ni degrada a ningún grupo y que todos pueden aceptar sin menoscabar el respeto a sí mismos.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 19.

<sup>193</sup> “La discusión pública acerca del aborto no ha sabido reconocer una distinción absolutamente crítica. Una parte en la controversia insiste en que la vida humana empieza con la concepción, que el feto es una persona desde ese momento, que el aborto es un asesinato, un homicidio o un ataque a la santidad de la vida humana. Pero cada una de estas frases puede ser utilizada para describir dos ideas muy distintas.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 19.

<sup>194</sup> “La creencia de que la vida humana en cualquier forma tiene un valor intrínseco y sagrado puede, por lo tanto, suministrar una razón por la que la gente pueda oponerse violentamente al aborto y considerarlo inmoral en cualquier circunstancia, sin creer en modo alguno que un reducido conjunto de células recién implantadas en el útero, carente todavía de órganos, cerebro o sistema nervioso, es ya algo que tiene intereses y derechos.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 21.

O caráter sagrado da vida, que é entendido como se o feto já fosse uma pessoa com direitos e interesses a serem protegidos, está embasado na crença de que o feto possui os mesmos atributos de uma pessoa adulta, e sendo assim, sua morte seria condenável. Para as pessoas que crêem que a vida humana, a partir da concepção, apresenta valor intrínseco e um conteúdo sagrado, o feto é considerado uma “criatura humana vivente e em crescimento e que é intrinsecamente mau, uma espécie de vergonha cósmica, o fato de que a vida humana em qualquer estágio se extinga deliberadamente”<sup>195</sup>; por esse motivo, elas são contrárias a qualquer tipo de abortamento.

Nos Estados Unidos, na época do governo Clinton, houve uma decisão que garantiu financiamento público para que fosse realizado o abortamento.<sup>196</sup>

Há que se reconhecer, todavia, que a legislação americana sobre o aborto está tomando rumos bastante questionáveis. Nesse país, por exemplo, existe, uma legislação que permite aos filhos processarem seus pais. Por exemplo, se uma mulher tiver um filho e esse apresentar uma doença congênita proveniente dos pais, quando adulto, ele poderá processá-los, pois foi em razão da combinação dos genes dos pais que ele adquiriu a enfermidade. Os pais poderão ser responsabilizados por algum defeito ou doença que o feto irá desenvolver após o seu nascimento. Assim, quando o assunto é o feto, H. Tristram Engelhardt Jr. adverte para que sejam estabelecidos limites ao que se pode fazer com ele, uma vez que a lei norte-americana protege, com direito de ação contra a mãe, ou contra os pais, os frutos de abortamento não exitoso que apresentam seqüelas decorrentes da operação mal sucedida.<sup>197</sup>

A legislação norte-americana está traçando uma possibilidade de eugenia que beira o absurdo; não existe motivo plausível para que uma situação como a descrita possa ser considerada como uma ação possível em um sistema judiciário

---

<sup>195</sup> “[...] criatura humana viviente y en crecimiento y que es intrinsecamente malo, una especie de vergüenza cósmica, el hecho de que la vida humana en cualquier estadio se extinga deliberadamente.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 22.

<sup>196</sup> ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. p. 05. Não consegui acessar a legislação, somente encontrei no texto essa informação.

<sup>197</sup> Existe uma limitação importante em moralidade secular geral com respeito ao que se pode fazer com os fetos. Se ficar decidido não abortar um feto, se ficar decidido não lhe tirar a vida, é preciso tomar cuidado para não ferir a futura pessoa em que ele vai se transformar. Ferir o feto, ao contrário de matá-lo, pode causar prejuízo ou dano à pessoa que o feto vai se tornar. A obrigação moral de evitar ações que possam ferir um feto que tem possibilidade de tornar-se uma pessoa no futuro foi explicada na lei sob a rubrica de dano de morte por erro. Os processos de dano de vida por erro contrastam com os processos de dano de concepção por erro e de dano de nascimento por erro, nos quais os indivíduos entram com o processo porque foram prejudicados pela falha da contracepção ou da esterilização, e agora precisam criar uma criança normal ou defeituosa. Nos processos de dano de vida por erro, é a própria criança quem processa, por ter nascido em circunstâncias prejudiciais. ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. p.313-314.

que apresenta o mínimo de bom senso, ou mesmo de senso prático. A única explicação para tal aberração legislativa é o poder econômico ou a possibilidade apresentada aos filhos de serem indenizados por seus pais, em razão de eles apresentarem uma combinação de genes que contribui para um defeito congênito. Essa situação é absurda por ser um processo de filhos contra seus pais por motivos que não poderiam ser imaginados anteriormente, logo, não se justifica uma ação desse tipo. E há que se ter cuidado para que no Brasil não comecem a acontecer defesas dessa verdadeira aberração em termos legislativos, porém, começam a existir verdadeiros absurdos legais para que se possa pleitear indenização sob, por exemplo, o fundamento da certeza da vida do feto, assim explicitada “A morte prematura do feto, em consequência de um ato ilícito, frustra a possibilidade **certa** [grifei] de que a vida humana intra-uterina já existente desenvolva-se em vida individual, exterior.”<sup>198</sup> Essa autora entende que é plausível e inovador o cabimento da indenização pela morte do nascituro, como algo bastante concreto, com base na “possibilidade” de vida, ou conforme a sua descrição a possibilidade certa. Sendo que considerado “certo” excluída está a “possibilidade” e no caso de nascimento sempre existe uma possibilidade e não uma certeza.

A maioria das decisões conhecidas nega a indenização, mas é relevante anotar que as mais atuais, à luz de novas ponderações, têm reconhecido o direito à indenização pela morte do nascituro.<sup>199</sup>

É preciso então encontrar novas formas de compreensão do tema do aborto, e uma das possibilidades é conceber tal tema como possibilidade de discussão a partir de uma perspectiva ética. A partir de dois paradigmas ocidentais, pode ser realizado um debate, a fim de se compreender melhor as questões referentes ao aborto e os diversos aspectos que estão envolvidos nesse assunto.

---

<sup>198</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 305

<sup>199</sup> ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. p. 301.

Ainda, esta mesma autora evidencia que os absurdos podem começar a ocorrer no Brasil também, “Porque o direito à vida, à integridade física e à saúde são do *nascituro* e não da mãe, não é lícito que ela se oponha a tal direito. Assim sendo, não pode a mãe recusar-se a ingerir medicamento destinado a preservar a saúde do filho nem a submeter-se a intervenção médica que vise a dissolver medicamento no líquido amniótico, que o feto engole instintivamente. [...] não cabe à mãe dispor de seu direito à vida e à saúde que não é seu, mas sim do filho nascituro. Pela omissão poderá ser civilmente responsabilizada. p. 315.

E, mais adiante, equipara o nascituro ao consumidor: [...] e o Código de Defesa do Consumidor, que expressamente protege a vida e a saúde do consumidor, em cujo conceito incluímos o nascituro. p. 319.

### **3. O ABORTO: UMA DISCUSSÃO ÉTICA**

Para que se possa tratar do aborto de uma forma mais adequada, considerando as inovações ocorridas no campo da biomedicina e as próprias situações sociais que demandam um olhar mais atento e necessitam de tratamento porque fazem parte do cotidiano, é preciso que as análises sejam cuidadosas em relação a essa questão. É imperioso enfrentar uma perspectiva ética, que se apresente com fundamentos suficientemente estruturados para que se verifiquem os casos concretos de maneira a oferecer soluções que estejam em conformidade com o que acontece com a vida de milhares de mulheres que procuram o abortamento.

Devem-se considerar os princípios norteadores da ética ocidental, a liberdade, a autonomia, a responsabilidade, a dignidade – elevada a princípio constitucional – para que, a partir deles, se possa enfrentar o tema referente ao aborto de uma forma a conceder possíveis soluções para os casos concretos.

É preciso verificar o que está acontecendo nos hospitais e quais são as mulheres que estão dispostas, até mesmo a perder sua vida, porque não desejam a gravidez, pelos motivos mais variados. Somente elas são capazes de determinar se estão em condições de levar a termo a gestação, ou, em caso contrário, de que forma seria possível a concessão de um serviço médico competente e estruturado para realizar essa intervenção, quando a mulher não apresenta suficiência econômica para que o aborto aconteça em uma clínica - ‘clandestina’, por ser ilegal este tipo de intervenção no país - que apresente condições sanitárias condizentes com a humanidade da mulher.

#### **3.1. Os princípios que norteiam a ética moderna**

A ética moderna ocidental apresenta entre seus princípios a liberdade, a igualdade, a autonomia, a razão, a responsabilidade. Os marcos do pensamento ético moderno são Kant e Bentham, Kant com a teoria do dever e Bentham como o teórico do utilitarismo. Ainda, temos Peter Singer, um bioético australiano contemporâneo, neo-utilitarista, que apresenta os impasses da teoria benthamiana. Esse autor se ocupa, antes de tudo, com questões éticas práticas e procura resolvê-las a partir da sua compreensão da igual consideração dos interesses – um princípio que diverge do princípio da utilidade de Bentham.

Para Kant, não existe lei natural que *a priori* nos indique o caminho a seguir. Vive-se sob a representação de leis, os homens se dão as suas leis e a elas obedecem, por identificá-las com mandatos da razão. Os imperativos são as leis decorrentes da razão. O imperativo tem como verbo 'dever', e é dividido entre hipotético e categórico. O imperativo categórico representa um fim em si mesmo; é uma lei universal, não está fixado no tempo nem no espaço. Para Kant, a moralidade é o imperativo categórico, é o conhecimento *a priori* de como devem ser realizadas as ações, para que elas sejam ações boas, que são as únicas que os homens devem realizar, independentemente das inclinações.

Por último, há um imperativo que, sem pôr como condição nenhum propósito a obter por meio de certa conduta, determina essa conduta imediatamente. Tal imperativo é *categórico*. Não se refere à matéria da ação e ao que desta possa resultar, mas à forma e ao princípio onde ela resulta, consistindo o essencialmente bom da ação no ânimo que se nutre por ela, seja qual for o êxito. Esse imperativo pode denominar-se: o da *moralidade*.<sup>200</sup>

Já os imperativos hipotéticos são meios que visam atingir a um fim, e são condicionados ao interesse ou supressão de uma necessidade. “[...] todos os *imperativos* mandam, já *hipotéticos*, já *categóricamente*. Aqueles representam a necessidade prática de uma ação possível, como meio de conseguir outra coisa que se quer (o que é possível que se queira).”<sup>201</sup>

Kant estabelece uma ética dos deveres, que pressupõe a existência de um só fim: uma ação boa em si mesma, decorrente do respeito à lei, ou seja, a ação deve ser conforme o dever:

Uma ação realizada por dever, entretanto, tem que excluir por completo um influxo da inclinação, e com esta todo objeto da vontade; não resta pois outra coisa que possa determinar a vontade, a não ser, objetivamente, a *lei* e, subjetivamente, o *respeito puro* em relação a essa lei prática, e, portanto, a máxima (1) de obedecer sempre essa lei, ainda que com prejuízo de todas as minhas inclinações.<sup>202</sup>

Conforme Kant, o meu agir deve considerar que o outro não me deve nada e que não passará a dever depois da minha ação, pois o outro deve ser considerado sempre como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Para esse autor, a humanidade é a recepção do outro como fim em si mesmo. “No âmbito de uma

---

<sup>200</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro. [] p. 65.

<sup>201</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 63.

<sup>202</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 45-46.

deontologia as ações são corretas quando se conformam a determinadas normas ou princípios, os quais definem os limites do que nós podemos fazer aos outros.”<sup>203</sup> Essa forma de agir pode ser relacionada com a geração de uma nova vida, porque não posso utilizar o outro, neste caso em sentido amplo, como um meio, é preciso o desejo, a vontade de gerar um filho. A mulher não pode ser um meio para gerar uma nova vida, simplesmente porque houve a união do óvulo com o espermatozóide. É fundamental que essa fecundação tenha um significado na vida dessa mulher ou desse casal que desejou um bebê. Assim, quando não existe o desejo de gerar um novo ser, deve a mulher ter a possibilidade de tratar-se como fim e poder então realizar o abortamento.<sup>204</sup>

A teoria do dever é fundamentada em princípios que expressam fórmulas do que deve acontecer, mas não há a necessidade de acontecimento para confirmar essa lei, os princípios existem para o ‘deve ser’ e não para o ‘ser’. Assim, a estrutura da teoria do dever é ‘conforme as ações devem acontecer, mesmo que nunca aconteçam’.

A filosofia natural e a filosofia moral têm, pelo contrário, cada uma sua parte empírica, porque aquela deve determinar as leis da natureza como objeto da experiência, e esta, as da vontade do homem, enquanto o homem for afetado pela natureza; as primeiras, considerando-as como leis pelas quais tudo sucede, e as segundas, como leis segundo as quais tudo deve suceder, se bem que, do mesmo modo, se examine as condições pelas quais muitas vezes nada sucede.<sup>205</sup>

Kant interliga o conceito de dever com as noções de vontade e liberdade. A vontade é inerente aos seres vivos e deverá ser direcionada para o cumprimento do dever, ou seja, para entender que o outro é um fim em si mesmo e, portanto, jamais utilizá-lo como meio. A liberdade dos seres racionais é o diferencial, porque a racionalidade nos torna responsáveis por agir conforme os ditames do imperativo categórico.

---

<sup>203</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 105.

<sup>204</sup> Cabe também lembrar que muitas mulheres ou casais querem ter descendentes para poder ter com quem compartilhar a velhice, por temer a solidão, ou não ter quem deles possa cuidar. Quando se quer ter um filho por esses motivos, há o tratamento do outro como meio, porque ele será o meio possível para ‘garantir’ uma companhia futura, alguém que possa ser responsável pela vida dos pais no futuro. O filho serve como meio para dissimular a solidão e como garantia de um futuro com cuidados.

<sup>205</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 26.



Vontade é uma espécie de causalidade dos seres vivos, enquanto racionais, e *liberdade* seria a propriedade desta causalidade, pela qual pode ser eficiente, independentemente de causas estranhas que a *determinem*; assim como *necessidade natural* é a propriedade da causalidade de todos os seres irracionais passíveis de serem determinados para a atividade pelo influxo de causas estranhas.<sup>206</sup>

Para Kant, a liberdade, como os demais conceitos estão sempre condicionados ao imperativo categórico. É a possibilidade de agir e tornar esse agir uma lei universal, à qual o ser racional não somente obedece, mas também determina. Assim, pode-se dizer que a liberdade é a condição *sine qua non* da legislação da vontade, porque, sem liberdade, não há como dar a si mesmo a sua própria lei, o que representa a autonomia de cada ser que legisla e vive sob a representação dessa lei.

[...] A liberdade e a própria legislação da vontade são ambas autônias, portanto, conceitos transmutáveis, e um deles não pode, pela mesma razão, ser usado para explicar o outro e estabelecer o seu fundamento, apenas no máximo para reduzir a um conceito único, em sentido lógico, representações que se julgam diferentes do próprio objeto (como se reduzem diferentes frações de igual conteúdo à sua expressão mínima).<sup>207</sup>

Segundo Kant, a conexão dos conceitos estabelecidos logicamente coloca o ser racional sempre como fim em si mesmo, apresentando liberdade – derivada da racionalidade – dignidade e autonomia, pois, sendo legislador e estando submetido à sua lei, trata-se como fim e também concede esse mesmo tratamento aos demais seres racionais. Esse é o âmbito da moralidade; é sempre tratar dignamente o outro e entendê-lo como fim em si mesmo, pois é um ser racional dotado de autonomia e liberdade:

A autonomia e a dignidade, que distinguem as condições mediante as quais o ser racional é considerado um fim em si mesmo, delimitam, a partir da proposta kantiana, o âmbito da moralidade, ou seja, um plano de normatização das condutas humanas, no qual a dignidade do homem é o preceito imprescindível de uma vontade distinguida com a força de uma lei, que o torna um membro legislador do reino dos fins e não um ser submetido apenas aos ditames naturais de suas necessidades ou à norma estabelecida pelo outro.<sup>208</sup>

Em relação à liberdade, para que ela seja configurada como verdadeira forma de liberdade, há a necessidade da existência de limites, que derivam da

---

<sup>206</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 101.

<sup>207</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 106.

<sup>208</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 296-297.

própria racionalidade humana. São os ditames da consciência, a lei moral. Segundo Jeanine Nicolazzi Philippi:

Essa ausência de limite – uma característica marcante da espécie humana – força, portanto, os indivíduos a submeterem sua liberdade não apenas às leis morais que os obrigam em consciência, mas também a uma legislação exterior, cuja finalidade consiste em viabilizar a coexistência dos arbítrios; pois apenas onde a liberdade é limitada o ser humano pode ser realmente livre.<sup>209</sup>

Pode-se estabelecer que uma lei que orientaria o aborto, segundo Kant, hipoteticamente, seria assim definida: não se pode usar o outro como meio, em nenhum momento, sob circunstância alguma que possa amenizar esse tipo de situação; a mulher, enquanto ser racional e dotada de autonomia, conseqüentemente capaz de ser legisladora e agir em conformidade com os ditames de sua consciência, estando também submetida a essa legislação, deve tratar-se como fim. Como ser que deve resguardar sua dignidade - aquilo que não tem preço e nem é passível de substituição<sup>210</sup> de viver. Logo, considerando esses conceitos, a mulher precisa evidentemente ser responsável ao saber-se grávida e, partindo desses pressupostos, em entendendo que é uma escolha sua, conforme os ditames morais de sua consciência, que este vir-a-ser não tem lugar, nem é uma escolha livre em sua vida, deve, portanto, ter a possibilidade de realizar o abortamento, desde que o feto se encontre no início do desenvolvimento. Estando dentro das primeiras dezoito semanas, o embrião não é um ser passível de sentir dor e prazer.

Assim, quando a mulher entendesse que não poderia tratar seu bebê como fim em si mesmo, deveria, então, consideradas as questões inerentes a essa situação, abdicar dessa gestação, no prazo de até dezoito semanas, considerando assim que o feto ainda não sente dor nem prazer e, também, por ser um prazo bastante razoável para que a mulher possa decidir sobre o lugar desse ser em sua vida, se será bem-vindo ou se ela não se encontra em condições de conceder uma vida digna a esse ser.

---

<sup>209</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. p. 299.

<sup>210</sup> “No reino dos fins tudo possui ou um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo *equivalente*; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade.” KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85.

Outro marco do pensamento ocidental é Jeremy Bentham – teórico do utilitarismo<sup>211</sup> – que apresenta como principal fundamento da sua ética a busca do prazer em detrimento da dor.

Para Bentham, a ética é a arte de dirigir as ações do homem para a produção da maior quantidade possível de felicidade, em benefício daqueles cujos interesses estão em jogo. A ética privada é definida como a arte de dirigir as próprias ações ou as de outros agentes<sup>212</sup>, denominada como a arte do autogoverno. Bentham não diferencia a ética privada da ética pública, pois, em razão de seu princípio da utilidade, não há diferença entre o agir do indivíduo e as ações provenientes do governo. O destino dos atos independe de atingir o âmbito privado ou público, a finalidade está em promover a maior felicidade da maioria.

Por princípio de utilidade entende-se aquele princípio que aprova ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo, ou, o que é a mesma coisa em outros termos, segundo a tendência a promover ou a comprometer a referida felicidade. Digo qualquer ação, com o que tenciono dizer que isto vale não somente para qualquer ação de um indivíduo particular, mas também de qualquer ato ou medida de governo.<sup>213</sup>

As ações serão consideradas conforme o grau de felicidade que disponibilizarem e serão mais corretas as que concederem maior felicidade a um número maior de indivíduos. A correção da ação está centrada nas conseqüências que dela decorrerem, uma vez que serão as conseqüências que poderão aferir o

---

<sup>211</sup> “O utilitarismo é um tipo de teoria teleológica ou conseqüencialista porque sustenta que a qualidade moral de um ato/regra de ação é função das conseqüências produzidas pelo ato/regra em questão.” CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 101.

<sup>212</sup> Bentham considera como outros agentes outros seres humanos e os animais, porque estes são passíveis de sofrimento. “O problema não consiste em saber se os animais podem *raciocinar*; tampouco interessa se *falam* ou não; o verdadeiro problema é este: podem eles *sofrer*?” BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 63. (Os pensadores).

“Não surpreende portanto que utilitaristas contemporâneos tenham contribuído para sensibilizar as pessoas no que diz respeito às crueldades que são impostas a animais não-humanos, mostrando o quanto esse tratamento se distancia do ideal preconizado por uma ética utilitarista.” CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 111.

<sup>213</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 04.

grau prazer<sup>214</sup> ou não sofrimento<sup>215</sup> advindos para todos aqueles envolvidos em uma determinação situação.

[...] a ética, na medida em que consiste na arte de governar as ações de uma pessoa sob este aspecto, pode ser denominada a arte de cumprir os deveres em relação a si mesmo, sendo que a qualidade que uma pessoa manifesta no cumprimento deste tipo de deveres - se tais se puderem chamar - se denomina *prudência*.<sup>216</sup>

O autor defende que tanto a ética privada, como a legislação, apresentam a mesma meta, que é conduzir à felicidade o que enseja o cuidado com as ações de cada membro da comunidade; portanto, cabe ao legislador impor que sejam praticadas determinadas ações em detrimento de outras, por serem mais benéficas à coletividade.

Todo ato que promete ser benéfico, em seu conjunto, para a coletividade, todo indivíduo deve praticá-lo por si mesmo; todavia o legislador não tem o direito de impor à pessoa individual a prática de cada um desses atos. Analogamente, todo ato que promete ser prejudicial, em seu conjunto, à coletividade, todo indivíduo deve abster-se dele por si mesmo; entretanto, daqui não segue que o legislador tenha o direito de proibir à pessoa individual a prática de cada um desses atos.<sup>217</sup>

O único fundamento correto da ação é a consideração da utilidade, pois essa constitui a razão que explica por que esse ou aquele ato pode (moralmente) ou deve ser praticado.

---

<sup>214</sup> “Decorre do utilitarismo que devemos optar por aquela alternativa de ação/regra, cujas conseqüências presumivelmente acarretem o maior saldo líquido de felicidade/prazer/bem-estar do que qualquer outra ação/regra disponível ao agente. [...] Entretanto, a noção de maximizar a felicidade ou utilidade não é unívoca. Discute-se, por exemplo, acerca do que se deve maximizar, se a utilidade total ou a utilidade média.” CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 100.

“As teorias utilitaristas clássicas de Bentham e de H. Sidgwick defendem que devemos maximizar a utilidade total, isto é, temos que optar por aquele curso de ação que produz o maior saldo líquido de utilidade coletiva ou de bem-estar coletivo, definindo como a soma do bem-estar (utilidade) dos indivíduos que compõem a coletividade em questão. [...] [o problema desta maximização da utilidade total é que o aumento da população não estaria sendo considerado, para tanto deveria ser adotado outro princípio, isto é,] Somente um princípio de maximização da utilidade média se mostra sensível a tal problema. Ele prescreve a maximização da utilidade média per capita, a qual se obtém dividindo-se a soma de utilidade pelo número de indivíduos. Tal princípio parece ter sido defendido por J. S. Mill e é apoiado contemporaneamente por R. Brandt.” CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 108.

<sup>215</sup> “Existe todavia uma outra vertente do utilitarismo que requer não tanto a maximização da felicidade, mas a minimização do sofrimento. É conhecida na literatura com o nome de “utilitarismo negativo”. CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 109.

<sup>216</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 64.

<sup>217</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 65.

A tendência geral do ato é dada conforme a soma total das conseqüências. E as conseqüências que serão consideradas são aquelas que exercem influência na produção da dor ou do prazer.

As conseqüências são aquelas que derivam do ato, independentemente da intenção, mas também aquelas que dependem da intenção. “A intenção ou a vontade pode referir-se a um dos dois fatores: (1) o próprio ato; ou (2) as conseqüências do ato.”<sup>218</sup> No curso ordinário das ações, as conseqüências se desenrolam, via de regra, conforme as intenções. E a disposição<sup>219</sup> se dará pelo resultado das intenções.

Bentham, ao formular sua teoria sobre o utilitarismo, tece considerações sobre os motivos que devem considerar as conseqüências de cada ação. Porém coloca uma regra clara que é a da utilidade, ou seja, os motivos adequados e as conseqüências desejáveis serão aqueles que concederem maior felicidade ao maior número de pessoas. A ética utilitarista apresenta um pequeno problema, pois considera o maior número de pessoas. Nesse sentido, pode-se pensar que a minoria não estaria representada ou que sua felicidade possa ser sacrificada em prol do aumento da felicidade de um número maior de pessoas.

Seus seguidores consideram louvável o fato de uma ética colocar em linha de frente a promoção da felicidade ou do bem-estar dos seres humanos, bem como a diminuição de sua miséria e sofrimento. [...] Os que o condenam vêem-no como uma ameaça à dignidade humana, dado que pouco ou quase nada se poderia esperar de uma filosofia que – no entender de seus críticos – não leva os direitos suficientemente a sério, instrumentaliza as pessoas, sacrificando-as em nome de um suposto bem coletivo, sujeitando-as às perversas leis do mercado. Tratar-se-ia, em suma, de uma filosofia disposta a imolar nossos mais sagrados princípios no altar da utilidade.<sup>220</sup>

O utilitarismo proposto por Jeremy Bentham não entende que a minoria será sacrificada em prol de um interesse comunitário, porque a base de sua teoria é otimizar o grau de felicidade em cada comunidade, ou grupo social, a partir de ações individuais. Assim, se o indivíduo agir contrariando o princípio da utilidade, ou seja,

---

<sup>218</sup> BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 23.

<sup>219</sup> “A disposição é uma espécie de ente fictício criado para a conveniência do discurso com o objetivo de exprimir o que se supõe ser permanente na estrutura ou inteligência de uma pessoa, onde nesta ou naquela ocasião ela foi influenciada por este ou por aquele motivo a praticar um ato que se apresentava a ela com esta ou aquela tendência.” BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 50.

<sup>220</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p.99.

maximizando o sofrimento no lugar de minimizá-lo, ele estará prejudicando não só o seu interesse, mas também o interesse comunitário, uma vez que o simples sofrimento de um não tem o condão de aumentar a felicidade de muitos. É claro que a ética utilitarista prevê punições aos crimes praticados contra particulares e contra a coletividade, mas isso serve apenas para a manutenção da ordem e Bentham (seguindo a perspectiva de Cesare Beccaria) explicita como deve ser o sistema penal, ao adotar-se a teoria utilitarista: não há um sofrimento desnecessário, a pena serve como prevenção.<sup>221</sup>

Para os críticos do utilitarismo, essa teoria, por ter como base a felicidade, não consegue abarcar determinados conceitos considerados “sagrados”, principalmente entre os ocidentais, como, por exemplo, o direito à vida, que é o bem maior que todos defendem mesmo nas situações mais contraditórias. Esse direito à vida, que se torna frágil quando analisado pela teoria da utilidade, simplesmente é considerado como uma parte da dignidade da pessoa. O direito à vida está contido no sofrimento diário de um corpo sem condições de viver autonomamente e submetido a uma série de restrições e com intervalos de consciência (quando esses existem), devido à medicação extremamente forte? A vida para os utilitaristas é tão importante quanto o bem-viver. A vida é um bem quando se apresenta com dignidade possível de ser realizada, e essa escolha é de cada indivíduo. Somente a pessoa pode considerar que sua vida lhe concede felicidade em detrimento de um sofrimento. Assim, quando se declara que o utilitarismo não defende a vida, o contrário é o que se verifica, defende uma vida digna, com qualidade, e não um simples estado vegetativo, um sopro de vida. Essa teoria visa ao não sofrimento ou ao mínimo de sofrimento e não à valoração cega de determinado direito.

[...] seus críticos têm procurado mostrar que a ética utilitarista tem implicações bizarras, dado que ela não teria como assegurar suficientemente os direitos individuais quando estes se contrapõem aos interesses do maior número. [...] Não somente a liberdade e a dignidade humanas estariam ameaçadas no âmbito do utilitarismo, mas também o direito à vida ver-se-ia igualmente fragilizado no marco de uma ética que considera direitos e deveres como subordinados ao bem-estar da coletividade.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> “Acontece, porém, que toda punição constitui um ato pernicioso; toda punição constitui, em si mesma um mal. Por conseguinte, com base no princípio da utilidade – se tal princípio tiver que ser admitido –, uma punição só pode ser admitida na medida em que abre chances de evitar um mal maior.” BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 59.

<sup>222</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 111.

Em síntese, pode-se dizer que as principais preocupações do utilitarismo são as seguintes:

[...] a idéia de que a ética não é indiferente ao bem-estar das pessoas, que a qualidade moral de nossas ações/regras é função de suas conseqüências, que o bem dos indivíduos afetáveis por um curso de ação deve ser maximizado e seu sofrimento minimizado, e que a ética deve se importar não apenas com o bem-estar ou o sofrimento do agente moral, mas com a qualidade de vida de todos os seres capazes de sentir e de sofrer, potencialmente atingidos por um curso de ação.<sup>223</sup>

Maria Cecília Maringoni de Carvalho faz uma defesa do utilitarismo e coloca muito bem que a dificuldade das teorias de princípios está na impossibilidade das exceções sem o comprometimento de todo o conjunto teórico. Isso o utilitarismo se propõe a resolver, uma vez que, por lidar com o princípio da utilidade, se mostra capaz de adaptar-se a cada caso, ou seja, consegue analisar, individualmente, os casos que esperam uma solução.

Outra dificuldade em que se enredam as éticas deontológicas deriva da pretensão de validez irrestrita ou incondicional associada a princípio morais. Há princípios ou normas que, em dada circunstância, podem entrar em conflito entre si [...]. Alguns deontologistas sentem-se tentados a admitir exceções em casos de catástrofe ou de guerra; ou quando o sacrifício de alguns for o preço a ser pago para se evitar a morte de inúmeros outros. O que, todavia, parece duvidoso, é que tais exceções possam ser justificadas no marco de uma ética deontológica. A justificação apresentada é de natureza utilitarista.<sup>224</sup>

Ao tratar do paradoxo da deontologia, Maria Cecília Maringoni de Carvalho explicita um dos temores da aceitação dessa teoria, ao tratar do aborto, pois que se considera a morte de muitas mulheres em prol de um interesse que não está bem definido, ou pior, um direito irrestrito à vida, com base na sacralidade que esta deveria apresentar, mas sabendo-se que esse é um interesse 'estatal' (porque atinge norma de direito penal) termina com o nascimento. A sacralidade da vida tem um prazo para vigorar, aproximadamente sete a nove meses, pois o nascimento já inicia outra categoria, criança abandonada, desnutrida, órfã. A sacralidade da vida deixou de ser uma presença importante, agora cada um deve cuidar de si mesmo e nem o Estado, defensor desse direito sagrado, precisa mais auxiliar àquelas que, em

---

<sup>223</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p.100.

<sup>224</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 113.

prol dessa sacralidade, geraram filhos que não podiam sustentar ou que simplesmente não desejavam.

Tal estado de coisas leva ao chamado *paradoxo da deontologia*, que consiste em impor ao agente moral a obrigação de se abster de determinados tipos de ação, ainda que sua realização seja condição para minimizar a ocorrência desse mesmo tipo de ação; assim, proíbe-se o homicídio, ainda quando este seja necessário para impedir outros homicídios e não apenas para evitar outras mortes.<sup>225</sup>

Uma questão realmente importante para os deontologistas está na definição de uma boa ação, desconsideradas as conseqüências dela advindas. Essa talvez seja a questão crucial para um teórico que tem como base de sua teoria princípios, regras, que valem, mas ele não tem uma preocupação com as conseqüências. São porque devem ser. Em uma sociedade ideal, tal acontecimento até poderia ser possível, porém se está muito longe de uma sociedade desse tipo e, portanto, é imperioso que a preocupação com as conseqüências de nossas ações seja uma constante em nossas vidas.

O que quer dizer que uma ação é boa prescindindo-se por completo de uma avaliação de suas conseqüências? [...] O utilitarismo reconhece *direitos prima facie*, que valem em circunstâncias normais, podendo eventualmente e, em casos muito excepcionais, ser suplantados por considerações de bem-estar. Ele não só não é incompatível com a defesa de direitos morais e legais das pessoas, mas ainda lhes dá uma sustentação mais plausível - [...] - na medida em que os remete ao bem-estar e à felicidade. Assim, se viver é um direito, é porque a vida é um bem universalmente desejado, ou viver é preferível ao não-viver.<sup>226</sup>

Para Bentham, a qualidade mais rara que encontramos no ser humano é a ausência de contradição no modo de agir e pensar<sup>227</sup>. Quanto à coerência entre ação e pensamento, em diversos casos é de hipocrisia que se trata. Muitas vezes, ao proclamar como sagrado o direito à vida, colocando-se, portanto, em posição contrária ao abortamento, cuida-se de especificar que tal posicionamento é relativo a todas as outras mulheres. Porém, sendo essa 'outra', uma pessoa conhecida ou mais próxima, nesse caso, por se saber dos motivos, entende-se que deva ser considerada como uma exceção a esse direito inviolável que é a vida. Ou seja, a coerência existe quando o assunto não nos afeta, mas, quando temos que enfrentá-

---

<sup>225</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 113.

<sup>226</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 113-114.

<sup>227</sup> "Com efeito, esta é a matéria de que é feito o homem: em princípio e na prática, na senda reta ou na errada, a qualidade humana mais rara é a coerência e a constância no modo de agir e pensar." BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. p. 05



lo, muda a perspectiva. Essa falta de sensibilidade em relação aos problemas que atingem esferas que não nos pertencem faz com que o discurso e a práxis sejam diferenciados, porque, quando a esfera é minha, tudo pode ser modificado ou excetuado, porque conheço minha realidade e sei que meu caso é diferente. Não é o que se pode esperar de uma pessoa que queira agir eticamente. É claro que as decisões éticas são duras e geralmente o seu âmbito é bastante delimitado; dizem respeito, no caso do aborto, a uma mulher, uma família, um casal, portanto, a coerência entre o discurso e os atos deve colocar-se em defesa de pessoas que não puderam ter escolhas em suas vidas. Agir eticamente é colocar-se em determinada situação e pesar prós e contras, mas realizando esse exercício de forma verdadeira, com sensibilidade, fazendo uma análise das condições em que está posto aquele problema que merece uma solução, por mais difícil que seja a escolha.

Para Kant, como foi visto, as ações, ao contrário, devem ser realizadas pelo dever, porque somos ao mesmo tempo submetidos à legislação e também legisladores. Essa é a teoria deontológica, que especifica que os deveres estão contidos no imperativo categórico que é o mandamento da razão na moralidade kantiana. Nossas ações serão sempre direcionadas à obediência a esse imperativo, porque, ao mesmo tempo em que nossa ação pode se tornar lei universal, também estamos nós submetidos a essa mesma legislação. O limite está no outro, que é visto sempre como fim em si mesmo, e nunca como meio, e que, portanto, encerra uma dignidade que é definida como tudo que não é passível de substituição.

A fim de melhor esclarecer a diferença entre o dever e a utilidade, pode-se dizer, ainda, que

[...] um utilitarista poderá atribuir relevância às intensas dores de um paciente terminal, que ademais, expressou vontade de morrer. Em contrapartida, um deontologista poderá fazer valer o princípio da santidade da vida e considerar inadmissível qualquer medida tendente a abreviar a vida de um agonizante com o fito de atenuar-lhe os sofrimentos.<sup>228</sup>

As duas vertentes principais da ética ocidental estão entre a deontologia kantiana e o utilitarismo benthamiano. E a diferença entre elas pode ser assim definida:

O termo consequencialismo foi criado para permitir a distinção entre as éticas que fazem a qualidade moral de ações depender das

---

<sup>228</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 106.

conseqüências produzidas e as éticas que entendem serem as ações em si mesmas moralmente boas ou más, independentemente das conseqüências que acarretam. Essas últimas são denominadas éticas deontológicas [...] porque sustentam que algumas coisas devem ser feitas ou postas de lado, quaisquer que sejam os resultados esperados.<sup>229</sup>

Outra maneira de explicitar a diferença entre as teorias é a de Peter Singer, que, em sua obra *Ética prática*, trata de questões polêmicas (como o aborto) e procura uma forma de superação dos impasses gerados pelo conseqüencialismo clássico, centrando suas preocupações na contemplação dos interesses de todos os afetados por uma determinada situação.<sup>230</sup>

Os que pensam que a ética é um sistema de normas - os deontologistas - podem salvar seu ponto de vista encontrando normas mais complexas e específicas que não sejam conflitantes, ou classificando as normas em alguma estrutura hierárquica que resolva os conflitos entre elas. [...] O utilitarismo é a mais conhecida das teorias conseqüencialistas, ainda que não seja a única. O utilitarismo clássico considera uma ação correta desde que, comparada a uma ação alternativa, ela produza um aumento igual, ou maior, da felicidade de todos os que são por ela atingidos, e errada desde que não consiga fazê-lo.<sup>231</sup>

Peter Singer coloca vários questionamentos para que seja possível uma verdadeira decisão ética, lembrando que o “fato de nos dizerem o que é que a sociedade acha que devemos fazer não ajuda ninguém a se resolver por essa ou aquela solução. Precisamos tomar a nossa própria decisão.”<sup>232</sup> As nossas decisões são reflexos do que entendemos ser o melhor para nós, porém, para que se tenha uma atitude ética, devemos pensar não somente em nossos próprios interesses, mas igualmente nos interesses dos demais envolvidos naquela mesma situação que está presente para nós.

Para serem eticamente defensáveis, é preciso demonstrar que os atos com base no interesse pessoal são compatíveis com princípios éticos de bases mais amplas, pois a noção de ética traz consigo a idéia de alguma coisa maior que o individual. Se vou defender a

---

<sup>229</sup> CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. *Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo*. p. 105.

<sup>230</sup> “Ao admitir que os juízos éticos devem ser formados a partir de um ponto de vista universal, estou aceitando que os meus próprios interesses, simplesmente por serem meus interesses, não podem contar mais que os interesses de uma outra pessoa. Assim, minha preocupação natural de que meus interesses sejam levados em conta deve - quando penso eticamente - ser estendida aos interesses dos outros.” SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 20.

<sup>231</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 11.

<sup>232</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 14.

minha conduta em bases éticas, não posso mostrar apenas os benefícios que ela me traz. Devo reportar-me a um público maior.<sup>233</sup>

Ou ainda, de forma mais explícita, mais clara, a definição do que é pensar eticamente, o que é a ética, envolve tratar de interesses próprios também, mas não deixar de lembrar a existência de outros que podem estar vivenciando a mesma situação: “A ética exige que extrapolemos o “eu” e o “você” e cheguemos à lei universal, ao juízo universalizável.”<sup>234</sup> Assim, continua Peter Singer,

Portanto, pelo menos em algum nível de meu raciocínio moral devo escolher o curso de ação que tem as melhores conseqüências para todos os afetados, e fazê-lo depois de examinar todas as alternativas possíveis.<sup>235</sup>

Jeremy Bentham e, atualmente Peter Singer, ensinam que as ações devem considerar o outro e que esses atos tenham como objetivo a maior felicidade concedida ao maior número possível de pessoas. É a preocupação com as conseqüências que são decorrência das ações. A ética é a maneira de pensar e agir conforme o que se pode prever de conseqüências, saber que elas têm um papel importante quando se está a tratar de questões práticas, como o aborto, entender que o pensamento formulado tem que se apresentar voltado para as conseqüências, e não somente para as que afetem minha esfera pessoal, mas também para as que possam atingir um número considerável de pessoas que podem se encontrar na mesma situação. O juízo ético, portanto, deve considerar a universalidade, e não somente a individualidade.

Para finalizar este ponto, a lição de Peter Singer sobre os juízos éticos encerra questionamentos que deveríamos considerar em todas as nossas ações, e não somente julgando os outros ou ‘entendendo’ como deveriam ou não agir.

O que significa emitir um juízo moral, discutir uma questão ética, ou viver de acordo com padrões éticos? De que modo os juízos morais diferem de outros juízos práticos? Por que achamos que, ao resolver abortar, uma mulher está tomando uma decisão que coloca uma questão ética, mas não pensamos o mesmo quando ela resolve mudar de emprego? Qual é a diferença entre uma pessoa que vive segundo padrões éticos, e outra que não pauta a sua existência pelos mesmos padrões?<sup>236</sup>

Peter Singer considera que o aborto pode ser realizado a qualquer tempo, sendo somente uma decisão que cabe à mulher; ela pode optar por esperar o

---

<sup>233</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 18.

<sup>234</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 19-20.

<sup>235</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 21.

<sup>236</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 17.

desenvolvimento de toda a gestação, ou optar pelo abortamento. Esse autor utiliza o princípio da igual consideração dos interesses que é definido da seguinte maneira: “A essência do princípio da igual consideração [dos interesses] significa que, em nossas deliberações morais, atribuímos o mesmo peso aos interesses semelhantes de todos os que são atingidos por nossos atos”<sup>237</sup> e, coloca como principal interesse o ‘alívio da dor’, desta forma:

O princípio, diz, então, que a razão moral fundamental para o alívio da dor é simplesmente a indesejabilidade da dor enquanto tal, e não a indesejabilidade da dor de X, que pode ser diferente da indesejabilidade da dor de Y. [...] O princípio da igual consideração dos interesses atua como uma balança, pesando imparcialmente os interesses.<sup>238</sup>

Não deve haver sofrimento inútil, devem ser considerados os interesses que estão sendo objeto de análise quando do caso concreto. É um princípio que ele vai testando, nos mais diversos fatos, para mostrar que é um princípio capaz de solucionar eticamente os conflitos práticos que ocorrem na sociedade.

Em relação ao tema, sendo considerado que até a décima oitava semana de gestação o “aborto é, em si, moralmente neutro”<sup>239</sup>, por considerar que até esse momento o feto ainda não se tornou consciente, pois “o córtex cerebral não está ainda suficientemente desenvolvido para que as conexões sinápticas ocorram em seu interior”<sup>240</sup>, esse autor confirma a possibilidade de, em existindo uma razão para a mulher abortar, ela possa se submeter ao abortamento. Conforme o que está previsto no princípio de igual consideração dos interesses, o prazo em que deverá ser realizado o abortamento, para que não se cause ao feto sofrimento inútil, será em momento anterior à décima oitava semana de gestação.

A ética (ocidental) deve ser tema de constante debate, reflexão. Vive-se sob o império do consumo, o que importa é a ostentação, o ter, não existe mais uma preocupação com os meios necessários para obter um fim desejado, nem em relação ao próprio sujeito, nem em relação aos outros. O ser, o que cada um pode oferecer aos outros, enquanto ser social, está ocupando um segundo plano. Mas (in)felizmente o que resta a cada um é somente um corpo, marcado por várias experiências de vida e uma história. O ser humano é, e por isso a valorização da

---

<sup>237</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 30.

<sup>238</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 30-31.

<sup>239</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 175.

<sup>240</sup> SINGER, Peter. *Ética prática*. p. 174.

ética como a reflexão pautada em princípios e valores de cada indivíduo, desde que suas ações não afetem diretamente a liberdade do outro e o respeitem em sua integridade física e moral.

### 3.1.2. Autonomia: a possibilidade de legislar

Para Kant, a autonomia da vontade é a capacidade de dar a si mesmo a sua própria lei de acordo com princípios universais da razão:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. - O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.<sup>241</sup>

A relação intrincada entre autonomia e dignidade, ou seja, com “aquilo que não tem preço... e que não admite equivalente”<sup>242</sup> consiste exatamente no fato de que cada um é legislador universal e está submetido a sua própria legislação. Assim, a autonomia abrange outros conceitos, como o respeito e a dignidade humana, que é o que não tem preço nem é passível de substituição.

Nossa própria vontade, se agisse somente debaixo da condição de uma legislação universal possível por suas máximas, essa vontade possível para nós na idéia, é o objeto próprio do respeito, e toda dignidade humana consiste precisamente nessa capacidade de ser legislador universal, ainda quando sob a condição de estar, ao mesmo tempo, submetido justamente a essa legislação.<sup>243</sup>

Porém pode-se inferir da leitura de Kant que a autonomia está relacionada com o dever de respeito que existe em relação ao outro, que não é um meio, e sim um fim em si mesmo.

Pois nada tem valor diverso do que o que a lei lhe determina. Contudo a própria legislação, que determina todo valor, deve, por isso mesmo, ter uma dignidade, digamos, um valor incondicionado, incomparável, para o qual só a palavra *respeito* dá a expressão conveniente da estima que um ser racional deve tributar-lhe. A *autonomia* é, pois, o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda natureza racional.<sup>244</sup>

---

<sup>241</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 92.

<sup>242</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85

<sup>243</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 91-92.

<sup>244</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 87.

Na mesma linha de pensamento: “Mas o homem não é uma coisa; não é, pois, algo que se possa usar como *simples meio*; deve ser considerado, em todas as ações, como fim em si mesmo. Não posso, pois, dispor do homem, em minha pessoa, para mutilá-lo, estropiá-lo, matá-lo.” KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 79-80.

Para Kant, o ser humano deve agir em conformidade com a legislação universal e considerar o outro como fim, mas sempre e ao mesmo tempo, considerar-se como fim, porque o respeito ao outro, por ele encerrar um fim em si mesmo, é o mesmo respeito que cabe a mim, pois, como legislador universal e submetido a essa legislação, para que eu respeite o outro, devo igualmente respeitar-me.

O princípio: “age com respeito a todo ser racional - a ti mesmo e aos demais - de tal modo que em tua máxima valha ao mesmo tempo como fim em si”, é, portanto, no fundo, idêntico ao princípio: “age segundo uma máxima que contenha em si ao mesmo tempo, seu valor universal para todo ser racional”. Pois se no uso dos meios para todo fim devo eu limitar minha máxima à condição de seu valor universal como lei para todo sujeito, isto equivale a que o sujeito dos fins, isto é, o próprio ser racional, não deva nunca pôr-se como fundamento das razões qual simples meio, mas sim como suprema condição limitativa no uso de todos os meios, isto é, sempre ao mesmo tempo como fim.<sup>245</sup>

A idéia de liberdade entrelaçada com o conceito de autonomia é o alicerce para o agir humano. A partir dessas definições, tem-se a compreensão da ação humana para Kant como algo livre e autônomo, lembrando que o outro não pode jamais ser utilizado como meio, mas unicamente como fim.

Como ser racional e, portanto, pertencente ao mundo inteligível, não pode o homem intuir senão debaixo da idéia de liberdade, pois a independência das causas determinantes do mundo sensível (independência que a razão deve sempre atribuir-se a si mesma) é a liberdade. Com a idéia da liberdade se acha, contudo, inseparavelmente unido o conceito de *autonomia*, e com este o princípio universal da moralidade, que serve de fundamento à idéia de todas as ações de seres *racionais*, do mesmo modo que a lei natural serve de fundamento a todos os fenômenos.<sup>246</sup>

O princípio do dever kantiano tem sua expressão mais clara neste enunciado – uma bela forma de mencionar como se deve agir para respeitar o outro: “*Age de tal modo que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre como um fim ao mesmo tempo e nunca somente como um meio.*”<sup>247</sup>

Ronald Dworkin, ao explicar o papel da autonomia na vida do ser humano, considera que autônoma é somente a pessoa que tem condições de decidir por sua própria conta e risco. São os seres que podem decidir sobre qualquer aspecto de

---

<sup>245</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 89.

<sup>246</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 109.

<sup>247</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 79.

sua vida, mesmo que pareça aos outros não ser essa a decisão mais acertada. A autonomia não pode compreender como fato que as escolhas da pessoa serão sempre em prol de seu bem-estar, pois ela tem desejos e interesses dissonantes daquilo que se idealiza como um bem universal e, sendo assim, nem sempre age em conformidade com a manutenção de um nível saudável de vida (por exemplo, todos sabem que o cigarro é prejudicial à saúde, mas, mesmo assim, muitos fumam). Logo, a autonomia não está diretamente relacionada com o bem estar da pessoa, e seu pressuposto é de que ela conheça melhor do que qualquer um o seu interesse, mesmo que sua ação pareça, aos outros, imprudente. Assim, “a autonomia encoraja e protege a capacidade geral das pessoas para guiar suas vidas conforme seu critério, o critério do que é mais importante para elas.”<sup>248</sup>

### **3.1.3. Escolha: a capacidade da razão, decorrente do hábito**

Com Aristóteles, tem-se uma teoria da escolha, ou arbítrio. Para os gregos, os homens e os deuses faziam parte do mesmo *cosmos*, organizados pela *physis* (ordem harmônica, expressão do Bem). A partir desse Bem é que existe a organização do mundo. Os sujeitos têm acesso a Ele por meio da razão, do *logos* que conecta o homem ao *cosmos* para que ele possa fazer da terra um espelho do céu (onde se pensava existir a perfeita harmonia).

Aristóteles considera a escolha, ou o ato de deliberar, uma ação complexa, pois, para bem deliberar é preciso o hábito, uma vez que os seres humanos não são dotados de capacidade plena quando do momento do nascimento. Por isso, a necessidade do hábito para que sejam adquiridas as várias formas de excelência moral, que irão conduzir o sujeito para a realização de boas escolhas.

É evidente, portanto, que nenhuma das várias formas de excelência moral se constitui em nós por natureza, pois nada que existe por natureza pode ser alterado pelo hábito. [...] Portanto, nem por natureza nem contrariamente à natureza a excelência moral é engendrada em nós, mas a natureza nos dá a capacidade de recebê-la, e esta capacidade se aperfeiçoa com o hábito.<sup>249</sup>

Ao explicitar a teoria da conduta, Aristóteles deixa claro que todo estudo sistemático deve ser definido genericamente, pois somente dessa forma poderá ser

---

<sup>248</sup> “La autonomía alienta y protege la capacidad general de las personas para orientar sus vidas según su criterio, el criterio de lo que es importante por y para ellas.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 293.

<sup>249</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário de Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, c1985, 1999. p. 35.

utilizado quando da análise ou investigação de casos particulares, e é importante que o relativo seja considerado no momento da explicitação da teoria, uma vez que, somente depois de bem instruído o geral, poderão ser melhor analisados os casos específicos. Esse autor trabalha, aqui, com princípios gerais que, por apresentar flexibilidade, poderão ser utilizados em diversas situações, em razão de a regra geral ter sido bem elaborada.

Mas deve haver um consenso prévio quanto a isto, para que toda a teoria da conduta possa ser explicada em linhas gerais, e não de maneira precisa, de acordo com a regra estabelecida desde o princípio desta investigação, ou seja, a elaboração das teorias deve apenas corresponder ao seu conteúdo; as matérias relativas à conduta e ao que nos convém, nada tem de fixo, como nada tem de fixo as relativas à saúde.<sup>250</sup>

Aristóteles coloca três condições para a ação do indivíduo: (1) ela deve ser realizada de forma consciente; (2) tem que haver deliberação; e, (3) a disposição moral deve ser firme e imutável. Logo, as escolhas realizadas pelo ser humano não são desprovidas de reflexão, e sim cercadas de condições para que sejam um reflexo dessas condições; agindo desse modo, ele poderá, então, ser responsabilizado pelas escolhas que fizer durante a vida e por suas conseqüências, quando essas atingirem diretamente outros seres humanos.

[...] o agente também deve estar em certas condições quando os pratica; em primeiro lugar ele deve agir conscientemente; em segundo lugar ele deve agir deliberadamente, e ele deve deliberar em função dos próprios atos; em terceiro lugar sua ação deve provir de uma disposição moral firme e imutável.<sup>251</sup>

Inicialmente será considerada a diferença entre as ações voluntárias, involuntárias e não voluntárias. Pois, conforme o autor, quando as ações forem voluntárias, tanto serão passíveis de louvor como de censura; por outro lado, as involuntárias poderão contar somente com o perdão ou a impiedade.<sup>252</sup>

Para definir o que é uma ação involuntária, Aristóteles divide as ações em dois tipos: as que são praticadas sob coação e as executadas sob o véu da ignorância:

Consideram-se involuntárias as ações praticadas sob compulsão ou por ignorância; um ato é forçado quando sua origem é externa ao agente, sendo tal a sua natureza que o agente não contribui de forma alguma para o ato, mas, ao contrário, é influenciado por ele – por

---

<sup>250</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 36.

<sup>251</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 39.

<sup>252</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 49.



exemplo, quando uma pessoa é arrastada a alguma parte pelo vento, ou por outra pessoa que a tem em seu poder.<sup>253</sup>

Depois desse conceito, relata alguns exemplos em que a ação voluntária se equipara à involuntária devido à existência de uma necessidade extrema – o que a diferenciaria, nesse caso, seria a impossibilidade de escolha diversa (como o que ocorre no estado de necessidade no Código Penal)<sup>254</sup>. Segundo o autor: “estas ações, portanto, são voluntárias, embora talvez involuntárias se consideradas de maneira global, pois ninguém escolheria qualquer destes atos por si mesmos.”<sup>255</sup>

Esse mesmo autor distingue, ainda, as ações involuntárias das não voluntárias, pois que a diferença está no efeito que a ação causa no sujeito, ou seja, ele tem que ter conhecimento da ação que está praticando e do tipo de efeito que o seu ato lhe causa. Assim, as não-voluntárias são aquelas praticadas por ignorância ou desconhecimento, pois que não causam nenhum efeito no sujeito que as praticou, nas palavras de Aristóteles: eles não sentem pesar por suas ações.

Tudo que é feito por ignorância é não-voluntário; somente aquilo que produz sofrimento e pesar é involuntário. Com efeito, quem fez alguma coisa por ignorância e não sente o menor pesar pelo que fez, não agiu voluntariamente – pois não sabia o que estava fazendo -, nem involuntariamente – pois não sentiu pesar. Então, das pessoas que agem por ignorância àquelas que demonstram pesar são consideradas agentes involuntários, e as que não demonstram pesar podem ser chamadas de agentes não-voluntários, por serem indiferentes, pois já que elas se distinguem das outras, é melhor que tenham um nome específico.<sup>256</sup>

Aristóteles diferencia as ações voluntárias em relação à escolha e, como exemplo, utiliza as crianças e os animais inferiores, uma vez que todos os seres humanos serão, assim, capazes de agir de modo voluntário, porém nem todos terão a capacidade de escolher, ou seja, de conscientemente deliberar sobre uma finalidade e a forma pela qual podem conseguir o seu objetivo.

---

<sup>253</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 49.

<sup>254</sup> Art. 24 Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

§1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§2º Embora razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços.

BRASIL. *Código Penal*. Organização dos textos, nota remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

<sup>255</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 50.

<sup>256</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 51.

A escolha, então, parece voluntária, mas não é a mesma coisa que o voluntário, pois o âmbito deste é mais amplo. De fato, tanto as crianças quanto os animais inferiores são capazes de ações voluntárias, mas não de escolhas. Também definimos os atos repentinos como voluntários, mas não como resultado de uma escolha.<sup>257</sup>

Para melhor definir sua teoria da escolha, Aristóteles explicita a diferença que existe entre escolha e deliberação. A escolha é o arbítrio, isto é, dentre várias ações se opta em praticar uma delas - aquela necessária ou a melhor opção para atingir o objetivo. A deliberação é a maturação da idéia, ou seja, após refletir sobre o que se quer, isto é, após deliberar sobre determinado assunto, o resultado da deliberação será mais tarde o objeto desejado. A deliberação é lenta, porque envolve uma análise aprofundada tanto do fim como dos meios, e a escolha se torna assim facilitada, porque toda a estratégia foi montada a partir da deliberação. Após deliberar sobre o objeto, definir qual é a finalidade da ação, então o próximo passo é a escolha, ou seja, o arbítrio, a maneira de conduzir a ação para alcançar o fim. A deliberação é que determina a escolha.

[...] o objeto da escolha é algo ao nosso alcance, que desejamos após deliberar, a escolha será um desejo deliberado de coisas ao nosso alcance, pois quando, após a deliberação, chegamos a um juízo de valor, passamos a desejar de conformidade com nossa deliberação.<sup>258</sup>

As ações praticadas pelo indivíduo têm sua origem no próprio homem, conforme Aristóteles e, dessa forma, ele passa a responsabilizar cada ser humano por suas escolhas e, conseqüentemente, pelas ações decorrentes dessas.

Mas, se é evidente que o homem é a origem de suas próprias ações e se não somos capazes de relacionar nossa conduta a quaisquer outras origens que não sejam as que estão dentro de nós mesmos, então as ações cujas origens estão em nós devem também depender de nós e ser voluntárias.<sup>259</sup>

A partir do conceito de escolha, Aristóteles insere outros dois conceitos quais sejam: o raciocínio e a razão. Para o autor, é necessária a racionalidade, porque, se a escolha é um “desejo deliberado”<sup>260</sup>, ela é realizada por um homem dotado de razão que deliberou para chegar até sua escolha. Assim, a razão deverá ser verdadeira, tanto quanto o desejo deve ser correto, para que a finalidade buscada seja alcançada de forma reta.

---

<sup>257</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 52.

<sup>258</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 56.

<sup>259</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 57.

<sup>260</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p.114.

A origem da ação (sua causa eficiente, e não final) é a escolha, e a origem da escolha está no desejo e no raciocínio dirigido a algum fim. É por isto que a escolha não pode existir sem a razão e o pensamento ou sem uma disposição moral, pois as boas e as más ações não podem existir sem uma combinação de pensamento e caráter.<sup>261</sup>

Dessa forma, “[...] a escolha é razão desiderativa ou desejo racionativo, e o homem é uma origem da ação deste tipo”.<sup>262</sup>

A escolha, assim como outros conceitos definidos na *Ética a Nicômacos*, é um conceito complexo que apresenta diversos enfoques, ou diversos itens, que devem ser integralmente cumpridos para que se chegue a uma escolha boa, ou seja, para que aconteça a deliberação que só é possível para os seres dotados de razão e raciocínio.

Fica evidente que não são todos os seres humanos que podem deliberar e escolher, e que as ações voluntárias, mesmo que sejam praticadas por todos, inclusive pelos animais, não serão consideradas escolhas. Para que exista uma escolha, os conteúdos são outros, não é simples escolher ou deliberar, porque o complexo de ações que serão necessárias para que seja realizada uma boa escolha são vários e, para o autor, é importante que a finalidade de todas as ações do homem seja a busca pelo bem supremo, ou seja, a felicidade, que é definida como o bem viver. Ou seja, viver consoante o meio termo, que não é aritmético, mas representado pela equidade entre dois extremos. O meio termo aristotélico sempre se refere ao sujeito, e não ao objeto.<sup>263</sup>

Em relação à natureza da deliberação, Aristóteles considera que ela deve envolver a investigação, o cálculo e o raciocínio, como também declara que somente é possível deliberar sobre as coisas variáveis – que podem ser investigadas e calculadas –, porque as coisas invariáveis não são passíveis de cálculo.

[...] a excelência na deliberação é uma das espécies de deliberação, e quem delibera investiga e calcula. [...] a deliberação consome muito tempo, tanto que se diz que devemos tirar rapidamente as conclusões a partir de nossas deliberações, mas devemos deliberar

---

<sup>261</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 114.

<sup>262</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 114.

<sup>263</sup> “De tudo que é contínuo e divisível é possível tirar uma parte maior, menor ou igual, e isto tanto em termos da coisa em si quanto em relação a nós; e o igual é um meio termo entre o excesso e a falta. Por ‘meio termo’ quero significar aquilo que é equidistante em relação a cada um dos extremos, e que é único e o mesmo em relação a todos os homens; por ‘meio termo em relação a nós’ quero significar aquilo que não é nem demais nem muito pouco, e isto não é único nem o mesmo para todos.” ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 41.

devagar. [...] a excelência na deliberação envolve raciocínio. A alternativa restante, então, é que a excelência na deliberação é pensar corretamente. De fato, o pensamento ainda não é uma afirmação, porquanto, embora a própria opinião não seja investigação, mas já tenha chegado ao nível de afirmação, a pessoa que está deliberando, quer delibere bem, quer delibere mal, está investigando e calculando algo.<sup>264</sup>

Podem-se inferir da teoria da escolha de Aristóteles as qualidades que devem estar presentes no ser humano quais sejam: a capacidade de raciocínio, a de cálculo, a de investigação e a de deliberação – que envolvem todas as demais e que levam à possibilidade de atingir o objetivo, isto é, o desejo de toda deliberação.

Portanto, se a mulher é um ser racional, capaz de deliberar, de escolher um objetivo, e refletir sobre o fim e os meios que poderá utilizar para atingir tal objetivo, a mulher tem a possibilidade de, após deliberar sobre as condições que estão presentes no momento em que se sabe grávida, escolher entre continuar ou não nesse estado gravídico e se responsabilizar por essa ação. Ela também pode escolher interromper a gestação, porque, após deliberar, a escolha final foi pela impossibilidade de gerar uma nova vida e, então, ela também deve se responsabilizar por essa ação (que até pode aparentemente ser mais fácil, pois a decisão de levar a gestação a termo tem que ser precedida da análise das condições que a mulher pode oferecer a essa nova vida e também do conhecimento da responsabilidade por tal “escolha” durante grande parte do restante de sua vida).

Essa escolha, que será o resultado da deliberação da gestante, é uma decisão considerada ética, porque foi resultado da reflexão de uma mulher responsável. A decisão pelo abortamento não tende a ser uma decisão facilitada para a mulher, e isso não por ser essa conduta criminalizada, pois este crime não apresenta atualmente relevância social.

Porém, quando se fala de seleção de embriões, no caso de reprodução assistida, essa é uma possibilidade. A opção pela não seleção dos embriões mais aptos acarreta risco para a mulher, porque não é suportável gerar mais de três bebês por gestação. Essa seleção é realizada para que os fetos não apresentem problemas graves após o nascimento ou ainda morram durante a gestação. Se neste caso é permitido que sejam ‘selecionados’ os futuros bebês, qual a diferença quando da existência de um diagnóstico de anomalia fetal? Nesse caso, o abortamento não

---

<sup>264</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 121.

pode ser realizado em um hospital ou clínica que trate com dignidade a mulher que está sendo submetida a esse tipo de intervenção. No caso da reprodução assistida, porém, existe uma equipe que acompanha a gestante e confere à mulher a possibilidade de a seleção ser realizada de forma a manter sua dignidade.<sup>265</sup>

Assim, quando a mulher delibera e entende que as condições que se apresentam não são condizentes com uma gestação, ela deve receber a atenção e o cuidado que é devido a todo o ser humano que decide de forma ética, pois refletiu sobre a sua situação de gerar um novo ser durante nove meses; de se responsabilizar pelas condições que essa criança terá para se desenvolver até que se torne um sujeito capaz de realizar suas próprias escolhas. Portanto, o caso de cada mulher deve ser analisado de acordo com as particularidades que cercam a vida de cada uma, sua história, e como essa gestação está afetando ou afetará a sua vida. Assim, utilizando Aristóteles a fim de bem caracterizar a especificidade de cada caso, e lembrando que cada situação deve ser deliberada conforme as particularidades presentes, pode-se dizer que: “[...] excelência na deliberação em geral, então, é aquilo que leva a resultados corretos com referência à finalidade em geral, e excelência na deliberação em particular é aquilo que leva a resultados corretos com referência a uma finalidade particular.”<sup>266</sup>

Para refletir sobre o abortamento e fundamentar o argumento pela descriminalização desse tipo de conduta, são necessários, no entanto, outros conceitos além daqueles de escolha e de deliberação. É preciso que o sujeito presente nessa situação, isto é, a mulher, seja livre para poder refletir e assumir a responsabilidade por sua escolha.

### **3.1.4. A liberdade como norte das nossas ações**

John Stuart Mill, na obra *Sobre a liberdade*<sup>267</sup>, escrita em 1858, oferece uma das mais amplas definições de liberdade em um dos mais belos ensaios sobre o assunto.

---

<sup>265</sup> Outro aspecto que merece ser evidenciado é que, quando a mulher ou o casal submete-se à reprodução assistida, pertence a um nível econômico social elevado, portanto, nesses casos, não há interesse em discutir a ‘sacralidade da vida’.

<sup>266</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 122.

<sup>267</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

Para esse autor, a liberdade do indivíduo se traduz pela liberdade absoluta sobre seu corpo e espírito. Ela é definida como forma de autoproteção, o indivíduo tem liberdade até o limite em que não ultrapasse a liberdade do outro. O homem é livre enquanto não causa dano a nenhum outro ser humano.<sup>268</sup>

A liberdade do ser humano o autoriza a escolher o que deve fazer ou deixar de fazer, mesmo que aparentemente contrarie a opinião de terceiros que não entendam ser essa a melhor opção. Ninguém pode ser coagido, obrigado a agir de determinada maneira, porque cada um sabe o que é o melhor para si naquele momento. A discricionariedade é do indivíduo, pois cabe apenas a ele a responsabilidade por entender que determinada ação é a melhor, a que mais convém a ele. Para Mill, não é dado a ninguém o poder de decidir sobre a liberdade de qualquer outro indivíduo. Assim, não cabe ao Estado definir o que é melhor ou pior para cada um, somente ao indivíduo é possível tal compreensão e a única exceção permitida se justifica pela autoproteção.

Consiste este princípio em que a única finalidade justificativa da interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem, é a autoproteção. [...] O próprio bem do indivíduo, seja material seja moral, não constitui justificção suficiente. O indivíduo não pode legitimamente ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, porque tal seja melhor para ele, porque tal o faça mais feliz, porque na opinião dos outros tal seja sábio ou reto.<sup>269</sup>

Mill estabelece uma complementaridade entre liberdade de conduta e responsabilidade, pois a liberdade terá seu limite cerceado pela liberdade do outro. O que importa, quando o indivíduo age, é o respeito que deve preservar em relação à liberdade do outro. O ser humano só será responsável quando a sua conduta afetar a liberdade dos outros, portanto, a liberdade é ampla quando diz respeito ao indivíduo e na medida em que as suas ações não implicarem a perda de liberdade de qualquer outro indivíduo.

A única parte da conduta por que alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> “A única parte da conduta porque alguém responde perante a sociedade é a que concerne aos outros. Na parte que diz respeito unicamente a ele próprio, a sua independência é, de direito, absoluta. Sobre si mesmo, sobre o seu próprio corpo e espírito, o indivíduo é soberano.” MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 53.

<sup>269</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 53.

<sup>270</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 53.

Para esse autor, a liberdade pode ser dividida em três tipos: 1 - a liberdade de consciência que abrange o pensamento, a ação, a opinião sobre os mais variados assuntos; 2 - a liberdade de gostos e de ocupações; e, 3 - a liberdade de associação.<sup>271</sup>

A liberdade de expressão e de opinião deve ser considerada como sendo parte da primeira categoria porque diz respeito ao indivíduo mesmo, que afete o âmbito de outras pessoas. Ainda assim, ela deve ser considerada como sendo liberdade individual, pois o indivíduo é responsabilizado por sua conduta na sociedade, no caso de essa conduta afetar a vida de outros.

A respeito da liberdade de gostos e ocupações, esclarece o autor que ela está associada à capacidade

[...] de dispor o plano de nossa vida para seguirmos nosso próprio caráter; de agir como preferirmos, sujeitos às conseqüências que possam resultar; sem impedimento da parte dos nossos semelhantes enquanto o que fazemos não os prejudica ainda que considerem a nossa conduta louca, perversa ou errada.<sup>272</sup>

Quanto à última categoria, o autor somente afirma que as pessoas devam ser emancipadas e que a associação represente uma escolha livre na vida do indivíduo.<sup>273</sup>

Ressalte-se que o autor faz referência à responsabilidade por todas as ações, o que gera uma certa dependência entre os conceitos de liberdade e responsabilidade. Talvez a responsabilidade seja o verdadeiro limite da liberdade, pois desde que o sujeito aja conscientemente, é provável que os seus limites sejam estabelecidos pelo conhecimento da responsabilidade que decorrerá de suas ações.

O autor evidencia que as ações do indivíduo devem ser limitadas pela responsabilidade decorrente delas, mas que a liberdade deve ser assumida pelo indivíduo e todos os seus atos devem correr por sua conta e risco, pois essa é uma

---

<sup>271</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 55-56.

<sup>272</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p.56.

<sup>273</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p.56.

liberdade indispensável ao ser humano.<sup>274</sup> Tal consideração é importante quando o reconhecimento dessa liberdade pode significar um desejo de interrupção de gravidez.

A mulher, nesse caso, além de se responsabilizar por esse ato, assume uma possibilidade impensável, qual seja: o risco de morrer, uma vez que em nosso país, por exemplo, o abortamento é conduta criminalizada e, sendo assim, esse tipo de intervenção é realizado em clínicas clandestinas. Para aquelas mulheres que possuem um poder econômico relativo, essas 'clínicas' são equipadas e conferem certa segurança à sua saúde. Porém, na maioria dos casos, a forma como se dá o abortamento gera graves danos à saúde e por vezes a morte. A possibilidade de aceitar a morte, em oposição a aceitar um feto, evidencia que muitas mulheres não estão em condições de levar uma gestação a termo. Assim, a possibilidade de decidir sobre a continuidade ou interrupção de uma gestação é uma liberdade que deveria ser melhor considerada, pois quem se submete, em tese, até à morte, deveria ter condições de realizar a intervenção cirúrgica em locais bem equipados nos quais não tivesse que correr tantos riscos em razão dessa escolha, ou seja, a opção por não ser mãe.

Ainda Mill, nesse mesmo ensaio, coloca de maneira clara qual é o dever que os pais têm para com seus filhos, pois a liberdade para gerar uma criança vem acompanhada de uma preocupação com o futuro desse bebê, sua alimentação, sua educação, seu lar, e todo um conjunto complexo de situações que acompanham uma criança ao longo de sua vida. A responsabilidade pela escolha de gerar uma nova vida, não deve ser da sociedade, e sim dos pais – os primeiros responsáveis pela manutenção dessa criança. A sociedade, quando tiver que colaborar com essa manutenção, deve cobrá-la dos responsáveis que optaram por gerar uma nova vida. Stuart Mill é enfático ao afirmar que os pais devem manter o filho e que cabe ao Estado obrigá-los a cumprir seus deveres.

---

<sup>274</sup> “Sendo essas as razões que tornam imperativo que tenham os homens liberdade de formar opiniões e de exprimi-las sem reservas; e essas as funestas conseqüências para a natureza intelectual humana e, através desta, para a natureza moral, se essa liberdade não for concedida ou, a despeito de proibição, afirmada; examinemos, em seguida, se as mesmas razões não requerem a liberdade dos homens para agir segundo as suas opiniões - para levá-las à prática, na sua vida, sem o obstáculo, físico ou moral, da parte dos seus semelhantes, enquanto o façam por sua própria conta e risco. Esta última cláusula é, sem dúvida, indispensável.” MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 97.



[...] Quase ninguém, sem dúvida, negará ser dos mais sagrados deveres dos pais (ou, como a lei e o uso agora estabelecem, do pai), depois de terem trazido um ser humano ao mundo, darem-lhe uma educação que o adapte a bem desempenhar, na vida, o seu papel para com os outros e para consigo. Mas, enquanto unanimemente se declara isso dever paterno, raramente alguém, neste país, suportará que se fale em obrigar o pai a cumprir esse dever. Ao invés de se lhe reclamar algum esforço ou sacrifício para assegurar educação ao filho deixa-se à sua escolha aceitar, ou não, que ela seja gratuitamente atendida! Não se reconhece, ainda que trazer à existência um filho sem uma justa perspectiva de poder dar-lhe não só alimento ao corpo, como também instrução e treino ao espírito, é um crime moral, tanto contra o infeliz rebento como contra a sociedade; e que, se o progenitor não satisfaz a essa obrigação, o Estado deve velar pelo seu cumprimento, à custa daquele, tanto quanto possível.<sup>275</sup>

Nesse momento o autor utiliza os dois conceitos acima mencionados: a liberdade de gerar um filho com a responsabilidade por essa nova vida. Para tanto, os pais devem ter as condições necessárias para conceder uma vida digna à criança. Por isso, Stuart Mill defende a idéia de que, em países nos quais a população é muito numerosa, é lícito ao governo somente permitir a procriação, se demonstrada a capacidade dos pais de manter uma criança, pois esse tipo de escolha é dos pais e não cabe ao Estado mais tarde ter de arcar com a irresponsabilidade dos genitores. Essa posição é adotada pela China, país onde o aborto é considerado forma de controle populacional ou método contraceptivo<sup>276</sup>. Se os pais foram livres para gerar uma nova vida, após o nascimento da criança eles têm que ser responsáveis por todo o suporte a que essa nova vida tem direito.

O fato, em si, de dar existência a um ser humano, é uma das ações de maior responsabilidade na seqüência da vida. Assumir essa responsabilidade - conceder uma vida que pode ser uma maldição ou uma benção - sem que o ser vindo à luz conte, ao menos, com as probabilidades ordinárias de uma existência desejável, é um crime contra esse ser. [...] Contudo, as idéias correntes de liberdade, que se curvam tão facilmente ante reais infrações da liberdade do indivíduo em coisas que só a ele concernem, repeliriam a tentativa de pôr freio às inclinações dele, quando a conseqüência de tal

---

<sup>275</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 148.

<sup>276</sup> "One thinks of China, where the societal need for restraint in population growth in the light of scarce resources has led to a social policy that practically forces a woman to resort to abortion if more than one child is born to a family. Although it would require a great deal of argumentation to establish a moral justification for the state instituting such a social policy, it is not inconceivable that this could be done under just abortion theory if social circumstances were sufficiently dire. I don't endorse such an argument, but I reiterate that the state is not the appropriate legitimate authority to determine whether a particular pregnancy is wanted or unwanted, even though the state obviously has an interest in broader social policy issues related to population growth (e.g., Russia) and control (e.g., China)." STEFFEN, Lloyd. *Life choice: the theory of just abortion*. -----:Wipf and Stock Publishers, 1999. p. 151-152.

indulgência é uma vida (ou vidas) de miséria e de depravação para a prole, com inúmeras más conseqüências para aqueles que estiverem suficientemente ao alcance para serem, de alguma maneira, afetados pelas ações dos novos seres. Quando comparamos o estranho respeito dos homens pela liberdade com a sua estranha falta de respeito pela mesma liberdade, poderíamos imaginar que uma pessoa tem um direito imprescindível a fazer mal aos outros, e absolutamente nenhum direito a se conceder um prazer sem causar sofrimento a alguém.<sup>277</sup>

É claro que, por ser o autor um teórico liberal, para Mill a responsabilidade pela criação de um novo ser cabe exclusivamente aos pais. O Estado não é responsável pelo provimento de condições para possibilitar o crescimento físico e/ou intelectual da criança. O Estado não se responsabiliza pelas crianças, mas permite aos pais decidir sobre a oportunidade de uma gestação.

No Estado brasileiro – herdeiro de uma tradição liberal duvidosa e porta-voz de uma ideologia social-democrata meramente retórica – é preciso lembrar que atualmente nem os pressupostos mínimos de dignidade, quais sejam, a alimentação, saúde, educação, são garantidos pelo governo brasileiro. Assim, apesar de o Brasil se apresentar como um modelo de social-democracia, o social é que mais sofre retaliações do governo, e hoje, educação e saúde não estão sendo suficientes para aqueles que delas necessitam neste país. Mas, a despeito da irresponsabilidade do Estado em relação ao desenvolvimento adequado dos seus cidadãos, o aborto continua sendo criminalizado, o que descaracteriza seu legado liberal.

O ensaio de Stuart Mill traz conceitos abrangentes que revelam os mais variados aspectos da liberdade: a liberdade de que o indivíduo goza sobre seu próprio corpo, a liberdade entre indivíduos, ou seja, o limite imposto pelo outro, a liberdade do Estado, legalmente estabelecida e limitada, em detrimento de alguns valores considerados além-indivíduo, a liberdade apreciada como forma positiva da ação, do agir, do pensar, ou seja, sua expressão mais ampla, tendo como o único limite o respeito à liberdade que está presente no outro.

Liberdade é um conceito complexo que não pode ser simplesmente reduzido a uma fórmula geral ou ser estudado em um determinado contexto. Em outros termos, pode-se dizer que ele deve ser considerado, antes de tudo, como um valor relativo. O relativismo é próprio da liberdade, pois não existiu uma liberdade absoluta em qualquer tempo, distinguindo a vida em sociedade. O convívio dos seres

---

<sup>277</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 152.

humanos sempre foi pautado por interditos indispensáveis para a manutenção de uma vida comum, como, por exemplo, o canibalismo, o incesto e o assassinato. Essas três *privações negativas* limitam *ab origine* as pretensões de liberdade absoluta dos indivíduos em sociedade.<sup>278</sup> Deve ficar claro que esse limite de liberdade tem que existir para que possa ser possível a convivência social, porém existe também a liberdade individual, restrita ao seu titular, e somente em caso de autoproteção é admitida a “interferência dos homens, individual e coletivamente, na liberdade de ação de outrem”<sup>279</sup>.

Da mesma forma, pode-se considerar a mulher em relação ao aborto. O feto é gerado no seu corpo e, sendo assim, cabe a esse sujeito decidir sobre o futuro do feto, ou seja, sobre a continuação da gravidez, se entender que possui as condições mínimas necessárias para tal empreitada. Caso contrário, percebendo que não está estruturada convenientemente para levar sua gestação a termo, a mulher pode optar por interrompê-la. Ela é livre para dispor sobre seu próprio corpo, é um ser dotado de autonomia que lhe dá condições de refletir e decidir sobre suas condições de vida. É responsável por suas ações, pois, especificamente, esse ato não afetará a liberdade de outros. Aqui pode ser levantada a questão sobre o genitor, e sobre seus direitos enquanto partícipe de 50% (cinquenta por cento) do material genético. A decisão por manter ou não uma gestação pode até contar com uma escolha conjunta dos genitores, mas quem poderá saber se está ou não em uma condição saudável, em sentido amplo, é a mulher, portanto, cabe a ela o maior peso de decisão quando houver o genitor envolvido, ou seja, no caso de divisão de responsabilidade por essa nova vida.

O limite é uma necessidade do ser humano. Para que seja possível a coexistência, é necessária a existência de respeito entre os seres, como o reconhecimento à liberdade do outro.

---

<sup>278</sup> Atualmente, nem a liberdade sobre o próprio corpo é garantida, uma vez que a tentativa de suicídio é conduta criminalizada, isto é, não se pode decidir sobre a própria vida, logo, mesmo o ato livre que não interfere na liberdade dos outros, em sua tentativa, será punido. Que direito ou prerrogativa o Estado pode se conceder para exercer ingerência sobre a vida do sujeito, pois se alguém pode ou tem condições de avaliar como está sua vida e se deve morrer ou não é o próprio sujeito? É improvável que a partir da tentativa de suicídio, o aparato estatal se responsabilize por essa vida, para que o sujeito não atente novamente contra esse bem protegido pelo Estado. Essa discussão é referente à eutanásia, ou suicídio assistido.

<sup>279</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 53.

O conceito de liberdade, conforme a opinião do civilista Eroulths Cortiano Jr. – que o situa em um espaço no qual o Estado não possa exercer ingerência –, pertence ao âmbito das constituições e se apresenta como o poder do indivíduo de alcançar a efetivação de seus direitos garantidos pelo direito objetivo. Nessa perspectiva, o direito subjetivo passa para o ordenamento ordinário:

A expressão liberdade passa a vincular-se à idéia de um espaço não violável pelo Estado: esfera de proteção (prevista na ordem jurídica) do indivíduo contra os poderes do soberano. A expressão direito subjetivo acabou por ser utilizada no regramento das relações entre os indivíduos, mais especificamente como um espaço regulado pelo direito para reger as situações de apropriação de bens. Em outras palavras: a noção de direito subjetivo prende-se à idéia de poder do indivíduo para fazer valer, nos relacionamentos interpessoais, os direitos que lhe são assegurados pelo direito objetivo. Seu campo de aplicação passa a ser o campo das relações patrimoniais. Assim, a expressão liberdade acaba por tomar assento nas constituições, ao passo que o direito subjetivo migra ao ordenamento ordinário (então nitidamente patrimonialista).<sup>280</sup>

Os conceitos de liberdade, responsabilidade, autonomia e sujeito têm que ser levados em consideração, quando o assunto é o aborto. A maior parte dos autores, após o conhecimento da gravidez, passa somente a cuidar, respeitar, proteger o nascituro. A mulher grávida se torna um apêndice, um compartimento que guarda o futuro bebê. Os direitos da mulher passam a ser desprezados em relação aos do nascituro. Os direitos que foram sendo construídos ao longo do tempo ficam reduzidos e chegam a desaparecer por completo, quando se trata de uma decisão ética, no caso do aborto, na medida em que não se cogita o fato de se tratar de um sujeito – a mulher – que apresenta possibilidade de escolha, é livre e responsável por seus atos.

### **3.1.5. A responsabilidade que deriva da liberdade**

Esse estudo tem como objetivo contribuir para o debate sobre o aborto e retomar outras questões a ele inerentes, quais sejam, a responsabilidade, a escolha, a liberdade, a autonomia, seu entrelaçamento e qual é o lugar ocupado pela mulher, como sujeito, dentro desse contexto.

---

<sup>280</sup> CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. p.48-49.

O termo responsabilidade é originado do latim *responsus*, derivado do francês *responsable* e indica aquele sujeito que responde por seus próprios atos ou por atos de terceiro.<sup>281</sup>

Mediante um breve histórico sobre a responsabilidade, reconhece-se que inicialmente deveria existir uma equivalência entre o dano e a pena. Conforme Antonio L. C. Nascimento, “Nos primórdios da humanidade, o mal sofrido pelo indivíduo, em sua pessoa ou bens, ensejava como reação natural a vingança privada, afinal, reconhecida pela coletividade, ao instituir-se a pena de Talião: olho por olho, dente por dente.”<sup>282</sup>

No direito romano, o conceito de responsabilidade foi sendo construído a partir de casos, de decisões dos juízes e de pretores, como também das constituições imperiais.<sup>283</sup> Nesse sistema jurídico, inicialmente, a idéia de responsabilidade equivale à de vingança privada. “A esta fase segue-se a da composição voluntária, a das composições legais, a da reparação pelo Estado. [...] Nesta fase, nenhuma diferença existe entre responsabilidade civil e responsabilidade penal.”<sup>284</sup>

Entre os romanos, não havia nenhuma distinção entre responsabilidade civil e responsabilidade penal. Tudo, inclusive a compensação pecuniária, não passava de uma pena imposta ao causador do dano. A *Lex Aquilia* começou a fazer uma leve distinção: embora a responsabilidade continuasse sendo penal, a indenização pecuniária passou a ser a única forma de sanção nos casos de atos lesivos não criminosos.<sup>285</sup>

Segundo Caio Mário da Silva Pereira, a *Lex Aquilia* representou um grande avanço ao tratar da responsabilidade civil, pois propiciou a alteração das multas fixas e tornou-as proporcionais ao dano causado, isto é, passou a individualizar o *quantum* devido, considerando-o em relação ao dano.<sup>286</sup>

---

<sup>281</sup> CUNHA, Antônio Gerado da. *Responsável*. Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p.679.

<sup>282</sup> NASCIMENTO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996. “vem do ordenamento mesopotâmico, como do Código de Hamurábi, a idéia de punir o dano, instituindo contra o causador sofrimento igual.” (p. 03); PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p. 01.

<sup>283</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 03; GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 16; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense: 1995. p. 02.

<sup>284</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 02.

<sup>285</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. p. 15.

<sup>286</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 03.

Em relação à definição do espectro da responsabilidade, ainda não foi formulado um conceito que seja considerado suficientemente adequado para apresentar todos os atributos desse instituto. Conforme José de Aguiar Dias, “Toda manifestação da atividade humana traz em si o problema da responsabilidade. Isso talvez dificulte o problema de fixar o seu conceito, que varia tanto como os aspectos que pode abranger, conforme as teorias filosófico-jurídicas.”<sup>287</sup>

Caio Mário da Silva Pereira utiliza a explicação dos irmãos Mazeud (especialistas em responsabilidade civil) que definem a responsabilidade como um instituto de caráter complexo. Desse modo, a despeito da especificação conceitual, é possível aproximar-se da noção de responsabilidade, compreendendo que, quando há dano provocado por ação ou omissão, seja esse dano material ou moral, existe a obrigatoriedade da reparação, a fim de que seja, dentro do possível, restituído ao lesado o seu *status quo*.

Levando, pois, em consideração as ponderações dos Mazeud, que, por serem especialistas, maior autoridade revelam, é difícil conter em uma frase concisa a amplitude da responsabilidade civil. Sem se ater ao problema da responsabilidade moral, que iria desaguar na teoria subjetiva, e sem procurar isolar a responsabilidade civil, dentro do universo da responsabilidade como conceito geral, o jurista verifica que a tendência da doutrina é aliar a noção técnica da responsabilidade civil à obrigação de reparar o prejuízo sofrido por uma pessoa, independentemente de identificar a causalidade. Na ocorrência de um dano, seja material seja moral, a ordem jurídica procura determinar a quem compete a obrigação de reparar, e em torno desse dever enunciam-se os princípios que no seu conjunto formam a noção genérica da obrigação ressarcitória. Mas a indagação central - em que consiste a responsabilidade civil - resta irrespondida.<sup>288</sup>

No artigo 159 do Código Civil, referente à responsabilidade, está expresso que: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano.”<sup>289</sup>

A partir da análise desse artigo, percebe-se que a responsabilidade está adstrita a quatro elementos: ação ou omissão, culpa ou dolo do agente, relação de causalidade, e o dano experimentado pela vítima.<sup>290</sup>

---

<sup>287</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 01.

<sup>288</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 09.

<sup>289</sup> BRASIL. *Código civil e código de processo civil*: contém legislação complementar. 3.ed. Valdemar P. da Luz (org.). Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996.

<sup>290</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil*: doutrina, jurisprudência. p. 26.

A responsabilidade é condicionada à existência de um dano que tem que ser provocado por um sujeito passível de ser individualizado. Não existe responsabilidade em caso fortuito ou força maior. Assim, além do dano, é preciso que esse sujeito seja o causador, mesmo que por ação ou omissão, ainda que independentemente de ter agido dolosamente (pois a culpa também acarreta a responsabilização); sendo provado o nexo causal entre o fato e o ato ilícito, haverá a possibilidade de exigir a reparação pelo dano.

*A responsabilidade civil* consiste na efetivação da reparabilidade abstrata do dano em relação a um sujeito passivo da relação jurídica que se forma. Reparação e sujeito passivo compõem o binômio da *responsabilidade civil*, que então se enuncia como o *princípio que subordina a reparação à sua incidência na pessoa do causador do dano*.

Não importa se o fundamento é a culpa, ou se é independente desta. Em qualquer circunstância, onde houver a subordinação de um sujeito passivo à determinação de um dever de ressarcimento, aí estará a responsabilidade civil.<sup>291</sup>

Uma das características do dano é a sua atualidade. Em sendo futuro, portanto, não é passível de punição, pois o dano ainda não existe, logo, a existência do dano é um dos requisitos para a responsabilização. “Normalmente, a apuração da *certeza* vem ligada à *atualidade*. O que se exclui de reparação é o dano meramente *hipotético, eventual ou conjuntural*, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se.”<sup>292</sup>

Caio Mário da Silva Pereira define o dano “como *toda ofensa a um bem jurídico*”<sup>293</sup>, pois dessa forma entende que está afastando a limitação ao patrimônio, quando do prejuízo. Essa observação é bastante interessante, porque amplia o que pode ser objeto de responsabilidade. Na responsabilidade por dano moral, há o ressarcimento pecuniário para que o mal sofrido possa ser amenizado. Nesses casos, há a dificuldade de estabelecer um *quantum*, porém não é por isso que o dano deixa de ser reparado.

[...] Savatier oferece uma definição de *dano moral* como “qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária”, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, ao seu

---

<sup>291</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 11.

<sup>292</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 41.

<sup>293</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 53.

amor-próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições, etc.<sup>294</sup>

Todo aquele que violar direito alheio, ou lhe causar dano, tanto por agir como por se omitir voluntariamente, será obrigado a reparar o dano causado, dentro dos limites requeridos pelo lesado (se este assim o desejar), sob a forma de ressarcimento ou de composição da lide.

Entre nós, a caracterização privatística do art. 159 do Código Civil deve prevalecer. Estatuindo que está sujeito a reparar o dano todo aquele que por ação ou omissão voluntária violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar, deixa contudo ao arbítrio do lesado postular ressarcimento ou deixar de fazê-lo, bem como realizar composição com o ofensor, na pendência da lide que instaurar.<sup>295</sup>

A teoria da responsabilidade subjetiva apresenta a culpa como a noção genérica que deve estar presente para que ocorra a responsabilização, uma vez que a culpa é o elemento distintivo e diferenciador entre as teorias subjetiva e objetiva da responsabilidade<sup>296</sup>.

A realidade, entretanto, é que se tem procurado fundamentar a responsabilidade na idéia de culpa mas, sendo esta insuficiente para atender às imposições do progresso, tem o legislador fixado os casos especiais em que deve ocorrer a obrigação de reparar, independentemente daquela noção. É o que acontece no direito brasileiro, que se manteve fiel à teoria subjetiva no art. 159 do Código Civil. Para que haja responsabilidade, é preciso que haja culpa. A reparação do dano tem como pressuposto a prática de um ato ilícito. Sem prova de culpa, inexistente a obrigação de reparar o dano.<sup>297</sup>

Ainda, o ato ilícito é um dos requisitos da responsabilidade. Além da necessidade da presença dos demais elementos, o ato ilícito é uma das figuras principais, pois se alguém agir voluntariamente ou se omitir, mesmo que culposa ou dolosamente, em sendo lícito o ato, não haverá o porquê da responsabilização. Logo, apesar de os elementos serem necessários juntos, sem a ilicitude, não ocorre a responsabilidade.

Na teoria da responsabilidade subjetiva, o que sobressai no foco das considerações e dos conceitos é a figura do *ato ilícito*, como ente dotado de características próprias, e identificado na estrutura, nos seus requisitos, nos seus efeitos e nos seus elementos.[...]

A essência da responsabilidade subjetiva vai assentar, fundamentalmente, na pesquisa ou indagação de como o

---

<sup>294</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 54.

<sup>295</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 12.

<sup>296</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. p. 63.

<sup>297</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência* p. 07.



comportamento contribui para o prejuízo sofrido pela vítima. Assim procedendo, não considera apto a gerar o efeito ressarcitório um fato humano qualquer. Somente será gerador daquele efeito uma determinada conduta, que a ordem jurídica reveste de certos requisitos ou de certas características.<sup>298</sup>

A responsabilidade, para os civilistas, é um fenômeno que abrange todos os domínios da vida social. Segundo Rui Stoco: “A responsabilidade é, portanto, resultado da ação pela qual o homem expressa o seu comportamento, em face desse dever ou obrigação. Se atua na forma indicada pelos cânones, não há vantagem, porque supérfluo em indagar da responsabilidade daí decorrente”<sup>299</sup>.

Podem-se enumerar as principais características da responsabilidade civil: (1) repercussão do dano no âmbito privado/particular, o interesse lesado é o privado e, portanto, cabe ao lesado requerer ou não a reparação; “Na responsabilidade civil, o interesse diretamente lesado é o privado. O prejudicado poderá pleitear ou não a reparação.”<sup>300</sup>

(2) reparação em dinheiro, pecuniária; “[...] da responsabilidade civil, que é repercussão do dano privado. Distinguem-se também uma da outra [responsabilidade civil e penal], em que a vítima do dano não pode, *ex proprio Marte*, ferir o autor do prejuízo. Só lhe cabe pedir a reparação, traduzida em uma importância em dinheiro.”<sup>301</sup>

(3) reintegração da situação patrimonial anterior (dentro dos limites existentes para a avaliação de um bem que não pode ser quantificado); “A reparação civil reintegra, realmente, o prejudicado na situação patrimonial anterior (pelo menos tanto quanto possível, dada a falibilidade da avaliação).”<sup>302</sup>

As principais características da responsabilidade penal podem ser assim definidas: (1) manutenção da ordem social - aqui a finalidade é a restituição da ordem social anteriormente deturpada;

Esta ação repressora não se preocupa, porém, com o dano aos particulares (embora, em concreto, ele ocorra), mas tem em vista o

---

<sup>298</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.p. 29.

<sup>299</sup> STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: jurisprudência e doutrina*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. p.12-13; DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 02.

<sup>300</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. p. 16.

<sup>301</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 06.

<sup>302</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 09.

dano social, contra o qual reage, ferindo, isolando, acautelando, em uma palavra, restabelecendo e conservando o equilíbrio desfeito.<sup>303</sup>

O âmbito dessa responsabilização é amplo e normalmente o *status quo* não é possível de ser restaurado, não pode ser restituído ao ofendido; “a sanção penal não oferece nenhuma possibilidade de recuperação ao prejudicado; sua finalidade é restituir a ordem social ao estado anterior à turbação.”<sup>304</sup>

(2) o agente infringe norma de direito público; o ‘lesado’ é o interesse social; a responsabilização penal está presente no âmbito público e visa (como uma das funções da pena) a prevenir genericamente a ação delituosa; “No caso da responsabilidade penal, o agente infringe uma norma de direito público. O interesse lesado é o da sociedade”<sup>305</sup>.

Sob outros aspectos distinguem-se, ainda, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal. Esta é pessoal, intransferível. Responde o réu com a privação de sua liberdade. Por isso, deve estar cercado de todas as garantias contra o Estado. A este incumbe reprimir o crime e deve arcar sempre com o ônus da prova.<sup>306</sup>

Uma definição de responsabilidade penal encerra o fato de que o autor de determinada ação, considerada conduta ilícita, será responsabilizado por deturpar a ordem social:

Em definição rigorosa, a responsabilidade penal consiste na declaração, pronunciada pelo órgão jurisdicional estatal, de que em determinado indivíduo se verificam, em concreto, as condições de imputabilidade pela lei genericamente requeridos, e de que ele, se é imputável, é obrigado a efetivamente a sofrer as conseqüências de um fato, como seu autor.<sup>307</sup>

A definição de imputabilidade no direito penal se equipara à de responsabilidade, pois, ao praticar uma ação, o autor de tal agir se torna responsável pelos efeitos dela decorrentes, esteja ela prevista como fato típico passível de punição ou não.

O conceito da imputabilidade, assimilado, no direito penal constituído, ao de responsabilidade, é, na essência, o de complexo de condições em face das quais se pode atribuir determinado fato a alguém, para que este responda pelas suas conseqüências. [...] A imputabilidade, uma vez afirmada em forma de acusação concreta, é

---

<sup>303</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 06.

<sup>304</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 09.

<sup>305</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. p. 16.

<sup>306</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. p. 16.

<sup>307</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 07.

a imputação; declarada como efetiva e real, constitui a responsabilidade.<sup>308</sup>

José de Aguiar Dias estabelece a responsabilidade pelos atos. Em não ocorrendo dano, ainda assim existe a responsabilidade decorrente do agir, porém não existirá dever de indenização. O dever de indenizar somente acontece quando há a ocorrência do dano, ou seja, a regra do direito civil é a irresponsabilidade (decorrente da não causação de dano) e a exceção é a responsabilidade (o dever de indenizar).

Sem dúvida, continua o agente *responsável* pelo procedimento mas a verificação desse fato não lhe acarreta obrigação nenhuma, isto é, nenhum dever, traduzido em sanção ou reposição, como substitutivo do dever de obrigação prévia, precisamente porque a cumpriu.<sup>309</sup>

O direito está em constante construção, porque, para que possa um fato ser passível de normatização, ele deve ter existência anterior à norma legal, ou seja, a realidade preexistente exige que determinada conduta seja passível de punição. O direito regula as situações, os fatos cotidianos, refletindo assim, recorrentemente, a moralidade de cada Estado, porque geralmente essa é a responsável pelo entendimento de que determinado fato deve ser considerado uma conduta típica, um delito, ou não. Os fatos regulamentados pelo direito são, por vezes, exigências sociais de mudanças, porém o direito é apenas reflexo dessas mudanças, não é o centro que irradia as modificações, mas sim o que recebe e tem que adaptá-las ao seu sistema vigente.

Os mesmos autores salientam a estreita afinidade entre as duas disciplinas. A regra de direito careceria de fundamento, se não se ativesse à ordem moral. O domínio desta é, sem dúvida, mais extenso que o do direito, e isto porque desembaraçado de qualquer fim utilitário, o que acontece com o direito, cuja função é fazer prevalecer a ordem e assegurar a liberdade individual e harmonia de relações entre os homens. Mas, restrito a essas finalidades, nem por isso o direito, como finalmente nenhuma outra matéria, pode deixar de ser expressão dos princípios definidos pela moral.<sup>310</sup>

A responsabilidade é, então, a atribuição de certa ação ou ações a uma determinada pessoa e, também, as conseqüências daí decorrentes. Logo, a mulher é o sujeito responsável, pois as ações por ela praticadas e as conseqüências que delas advierem serão de sua responsabilidade. Assim, no caso de uma mulher decidir por gerar um bebê, ela será a responsável por essa nova vida durante muitos

---

<sup>308</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 07.

<sup>309</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 02.

<sup>310</sup> DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. p. 04.

anos de sua existência, quando não por toda a vida. Aceitar um novo ser não é somente escolher não abortar, mas sim cuidar dessa vida da maneira que for mais apropriada ao bem-estar desse feto que precisará de cuidados para crescer e se desenvolver com dignidade. Da mesma forma, quando uma mulher decide pelo abortamento, está sendo responsável por não deixar uma criança sem os cuidados e condições necessárias para um desenvolvimento digno.

Infelizmente, por ser uma conduta criminalizada no Brasil, o aborto ainda se apresenta como causa de morte de muitas mulheres, porque essas, em razão da responsabilidade que advém de uma gravidez, decidem que não estão preparadas para oferecer a essa nova vida o de que ela necessita para um desenvolvimento saudável. Portanto, muitas mulheres, ao saberem da gravidez, sendo esta absolutamente indesejável e sem a menor possibilidade de ser levada a termo, submetem-se a intervenções em ambientes que não apresentam as mínimas condições de higiene e, desse modo, muitas delas morrem por não ter acesso a um serviço público de saúde que poderia oferecer atendimento digno para que fosse realizado o abortamento.

Para estudar o aborto, o conceito de responsabilidade deve compreender o sujeito que realiza a escolha. Isso implica voluntariedade e consciência para praticar a ação. Assim, o conceito de responsabilidade abrange a capacidade de escolha do sujeito, sua capacidade de refletir sobre o porquê da interrupção da gestação e, após essa deliberação, realizar a ação, a fim de agir conforme as condições atuais em sua vida, ou seja, contemplando a possibilidade de não continuar a gestação ou levá-la até seu termo. Para tanto, a mulher tem que ser responsável por sua escolha, pois é um ser dotado de autonomia, é livre e, portanto, pode optar pela melhor atitude após análise da sua situação econômica, física, emocional.

Agora serão lembrados os outros conceitos que se apresentam conectados com a responsabilidade, na medida em que não se pode relegar esse conceito a um patamar isolado, pois ele tem relação com todos os outros termos já referidos.

Para Kant, a autonomia é uma lei em si mesma, porque só se pode querer conforme a legislação universal e a ação deve sempre considerar o outro como um fim em si mesmo, e nunca como um meio. Dessa forma, em Kant, a responsabilidade pelas ações deriva da autonomia que está vinculada à liberdade.

Assim, ao agir pensando que o outro é um fim em si mesmo, e não um meio, deve-se estar consciente, por exemplo, quando o tema é o aborto, de que condições se podem conceder a esse vir-a-ser que está se desenvolvendo.<sup>311</sup> Ao considerá-lo como fim, é preciso ponderar sobre a qualidade de vida que será a ele concedida após seu nascimento e mesmo durante a gestação. Ao tratá-lo como fim, é possível justificar o abortamento, pois a mulher não pode ser o meio para que se realize esse fim e, também, não cabe a ela se desresponsabilizar após o nascimento. Portanto, a mulher tem autonomia e liberdade para se responsabilizar pela gravidez, por conceder ao novo ser as condições para seu desenvolvimento, como também pelo abortamento, quando considerar que não poderá adequadamente manter essa nova vida.

Concebe-se a vontade como uma faculdade que alguém possui de determinar-se a si mesmo, agindo de acordo com a *representação de certas leis*. Semelhante faculdade só pode ser encontrada nos seres racionais. Pois bem; *fim* é o que serve para a vontade como fundamento objetivo de sua autodeterminação, e tal fim, quando posto pela mera razão, deve valer igualmente para todos os seres racionais. Por outra forma, o que constitui ocasionalmente o fundamento da possibilidade da ação, cujo efeito é o fim, denomina-se *meio*. O fundamento subjetivo do desejo é *impulso*; o fundamento objetivo do querer é o *motivo*.<sup>312</sup>

Aristóteles define as ações praticadas pelo homem, e revela que a origem desses atos encontra-se no próprio indivíduo. Por isso, afirma que cada ser humano é responsável por suas escolhas e, conseqüentemente, pelas ações decorrentes delas.

Mas, se é evidente que o homem é a origem de suas próprias ações e se não somos capazes de relacionar nossa conduta a quaisquer outras origens que não sejam as que estão dentro de nós mesmos, então as ações cujas origens estão em nós devem também depender de nós e ser voluntárias.<sup>313</sup>

Ao adotar a posição de que os homens são livres para agir desde que o façam 'por sua própria conta e risco', John Stuart Mill realiza a ligação entre os conceitos de liberdade e responsabilidade, pois, se o homem é livre para agir, da mesma forma ele é responsável por aquela ação e suas conseqüências.

---

<sup>311</sup> É importante evidenciar que as diferenças entre um feto, um bebê e um adulto são consideráveis, uma vez que inicialmente é apenas um agrupamento de células que tem a possibilidade de, em ocorrendo um desenvolvimento normal, tornar-se um bebê ao final da gestação, e, continuando seu desenvolvimento extra-uterino, transformar-se, em alguns anos, em um adulto.

<sup>312</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 77.

<sup>313</sup> ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. p. 57.

Sendo essas as razões que tornam imperativo que tenham os homens liberdade de formar opiniões e de exprimi-las sem reservas; e essas as funestas conseqüências para a natureza intelectual humana e, através desta, para a natureza moral, se essa liberdade não for concedida ou, a despeito de proibição, afirmada; examinemos, em seguida, se as mesmas razões não requerem a liberdade dos homens para agir segundo as suas opiniões - para levá-las à prática, na sua vida, sem o obstáculo, físico ou moral, da parte dos seus semelhantes, enquanto o façam por sua própria conta e risco. Esta última cláusula é, sem dúvida, indispensável.<sup>314</sup>

Stuart Mill enfatiza, ainda, que a existência de uma nova vida se apresenta como uma grande responsabilidade para o sujeito, pois é um encargo que deveria ser cumprido por aquela (ou aqueles) que optou (optaram) por esse novo ser e pressupõe que ela (es) possa (m) oferecer àquele condições de sobrevivência dignas de um ser humano.

O fato, em si, de dar existência a um ser humano, é uma das ações de maior responsabilidade na seqüência da vida. Assumir essa responsabilidade - conceder uma vida que pode ser uma maldição ou uma bênção - sem que o ser vindo à luz conte, ao menos, com as probabilidades ordinárias de uma existência desejável, é um crime contra esse ser.<sup>315</sup>

Ronald Dworkin, em seu livro *El dominio de la vida*<sup>316</sup>, fala sobre um estudo com vinte e oito mulheres, realizado por Carol Gilligan, que apresentou como conclusões a necessidade de a mulher, por vezes, conversar com um estranho para decidir, ou seja, para conseguir a legitimação para um ato que entendeu ser o mais adequado às circunstâncias. A busca por um aconselhamento prévio denotou, nesses casos, a preocupação com a responsabilidade, tanto em relação ao feto, como em relação às pessoas que com elas conviviam.

Quanto à possibilidade de mudar de idéia, principalmente nos casos em que a situação econômica constitui a principal causa para o abortamento, é improvável que isto ocorra, pois nenhum governo se torna responsável por um bebê, em razão de sua mãe tê-lo abandonado por não ter condições de prover a sua subsistência.

A conclusão a que chegou Carol Gilligan é de que a mulher se sente responsável não só pelo sustento do futuro bebê, mas, também, em relação ao seu contexto de vida, o que denota uma preocupação não somente em relação a si

---

<sup>314</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 97.

<sup>315</sup> MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. p. 152.

<sup>316</sup> DWORIKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 80.

mesma e ao feto, mas por aqueles que serão afetados com a decisão, independentemente de qual seja.<sup>317</sup>

Portanto, quando a mulher resolve buscar o atendimento, ou a clínica em que será realizado o abortamento, ela já passou por todos os passos que fizeram com que optasse pela interrupção da gestação, e pode ser que em alguns casos ela necessite de que outra pessoa legitime essa decisão que para ela, certamente, está sendo difícil.

Talvez um dos principais problemas presentes na discussão sobre o aborto seja a relativa facilidade imaginada para a decisão por aqueles que são contra esse tipo de intervenção e entendem que a mulher que opta pelo abortamento não é responsável por seus atos e, portanto, acaba por matar um ser inocente devido à sua irresponsabilidade. Esse argumento, além de frívolo, é bastante egoísta, pois ninguém se sentirá responsável por um bebê, mesmo que a mulher expressamente declare não apresentar as condições necessárias para cuidar dessa nova vida após o nascimento. Antes de exprimir opiniões sem reflexão alguma sobre, pelo menos, alguns dos aspectos que têm que ser considerados quando se está a tratar do aborto, deve-se levar em consideração a situação da mulher e, a partir dessa análise, tentar colocar-se no seu lugar e refletir sobre a dificuldade de decidir sobre essa questão.

### **3.2. Sujeito e a necessária construção da subjetividade**

Alain Touraine, ao tratar do sujeito, demonstra a intrínseca relação entre a modernidade e a racionalização, que necessitam da “formação de um sujeito-no mundo que se sente responsável perante si mesmo e perante a sociedade.”<sup>318</sup> Esse autor retrata o lugar do sujeito, sua relação consigo mesmo e com o seu meio, ou seja, como um ser inserido em um contexto social e um ser que interage com outros sujeitos.

A passagem do teocentrismo para o antropocentrismo revela uma nova versão dos papéis que o indivíduo representa. Ao passar a ser o centro de todo o universo, o ser humano recebe toda uma carga de subjetivação que não existia

---

<sup>317</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 80-81.

<sup>318</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 215.

enquanto tal em outros tempos. Essa passagem é de grande importância, quando se verifica que o homem, ao se considerar centro, passa a refletir sobre certos aspectos de sua vida que eram deixados à margem de indagações mais aprofundadas por terem sido compreendidos como manifestações divinas ou transcendentais.

A subjetivação é o contrário da submissão do indivíduo a valores transcendentais: o homem se projetava em Deus; doravante, no mundo moderno, é ele que se torna o fundamento dos valores, já que o princípio central da moralidade se torna liberdade, uma criatividade que é seu próprio fim e se opõe a todas as formas de dependência.<sup>319</sup>

O autor realiza uma revisão sobre a idéia de sujeito e, em um parágrafo, sintetiza as várias fases por que passou essa noção. Inicia com Platão, em que a razão controla as paixões, contraposta ao cumprimento dos deveres sociais. Diferencia três etapas: a primeira está em Aristóteles e nos filósofos da natureza, que buscavam encontrar na terra a harmonia presente no céu. Depois, passa para o utilitarismo, onde o bem comum é a finalidade<sup>320</sup>. Após esclarece que, com Marx e Nietzsche, houve a afirmação do indivíduo como sujeito.

A idéia de sujeito como princípio moral opõe-se tanto à idéia do controle das paixões pela razão, presente desde Platão até os ideólogos da *rational choice*, quanto à concepção do bem como cumprimento de deveres sociais. Poderíamos mesmo definir estas três concepções opostas como etapas sucessivas da história das idéias morais. Primeiro viria a idéia de que existe uma ordem do mundo e sua variante principal segundo a qual esta ordem é racional. A conduta mais elevada é então aquela que coloca o indivíduo em harmonia com a ordem do mundo. A secularização enfraquece esta concepção, já que ela reduz a razão objetiva a não ser mais que a razão subjetiva. É então a utilidade social das condutas que mede seu valor, a contribuição de cada um ao bem comum. E é somente quando este moralismo social foi denunciado pelos pensadores críticos, principalmente a partir de Marx e de Nietzsche, que a afirmação do indivíduo como sujeito pode ocupar um lugar central, mas este tem mais chances de ser dado ao individualismo segundo o qual não existe princípio de moralidade fora do direito de cada um viver livremente seus desejos individuais, posição naturalista que leva a suprimir toda norma e, portanto, toda sanção e que, se fosse aplicada - se os assassinatos e os estupros não fossem mais condenados -, produziria reações violentas, mostrando como é artificial apelar aqui para a natureza.<sup>321</sup>

Mas, apesar dessas constatações, o sujeito foi recorrentemente suprimido das formas de produção do saber, uma vez que passou a ser considerado um

---

<sup>319</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 222.

<sup>320</sup> Jeremy Bentham, teórico do utilitarismo, que apresenta a utilidade como medida de felicidade coletiva.

<sup>321</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 224.



empecilho ao estudo científico, pois impedia a imparcialidade do conhecimento, ou seja, a presença do sujeito acabava por deturpar a possibilidade de fazer ciência neutra. Tal recusa gerou a ilusão de que, isolando o sujeito, a ciência poderia ser pura, ser essência de conhecimento e verdade.

Não existe modernidade a não ser pela interação crescente entre o sujeito e a razão, entre a consciência e a ciência, por isso quiseram nos impor a idéia de que era preciso renunciar à idéia de sujeito para que a ciência triunfasse, que era preciso sufocar o sentimento e a imaginação para libertar a razão, e que era necessário esmagar as categorias sociais identificadas com as paixões, mulheres, crianças, trabalhadores e colonizados, sob o jugo da elite capitalista identificada com a racionalidade.<sup>322</sup>

Há algum tempo, portanto, vem sendo retomada a idéia de sujeito como centro do conhecimento, ou seja, a necessidade de criatividade sem que seja suprimida a razão. O sujeito é o principal, aquele que interage no processo de conhecimento. É o sujeito que está realizando novos projetos, participando com sua história, com sua percepção na construção de teorias e de novas perspectivas para solucionar situações prementes e promover debates. O sujeito é atuação, ação e participação.

O mundo moderno é, ao contrário, cada vez mais ocupado pela referência a um Sujeito que está libertado, isto é, que coloca como princípio do bem o controle que o indivíduo exerce sobre suas ações e sua situação e que lhe permite conceber e sentir seus comportamentos como componentes da sua história pessoal de vida, conceber a si mesmo como ator. *O Sujeito é a vontade de um indivíduo de agir e de ser reconhecido como ator.*<sup>323</sup>

Quando o autor distingue indivíduo, sujeito e ator, identifica como uma forma de rito de passagem. Primeiro o indivíduo, isto é, a particularidade, o isolamento; depois, a emergência do sujeito, do ator/autor das relações sociais. O sujeito é o principal foco de mudanças no âmbito social, porque pode ocupar espaços – já existentes ou os vazios - na organização social, gerando modificações em diversos setores sociais.

O indivíduo não é senão a unidade particular onde se misturam a vida e o pensamento, a experiência e a consciência. O Sujeito é a passagem do Id ao Eu, o controle exercido sobre o vivido para que tenha um sentido pessoal, para que o indivíduo se transforme em ator que se insere nas relações sociais transformando-as, mas sem jamais identificar-se completamente com nenhum grupo, com nenhuma coletividade. Por que o ator não é aquele que age em conformidade com o lugar que ocupa na organização social, mas

---

<sup>322</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 219.

<sup>323</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 219-220.

aquele que modifica o meio ambiente material e sobretudo social no qual está colocado, modificando a divisão do trabalho, as formas de decisão, as relações de dominação ou as orientações culturais.<sup>324</sup>

Touraine considera, no entanto, que o triunfo do sujeito é a sua própria ruína, ou seja, quando ele triunfa, a subjetividade se anula e passa a ser lei, marcada pela exterioridade e impessoalidade.

O Sujeito não é mais a presença em nós do universal, quer lhe demos o nome de leis da natureza, sentido da história ou criação divina. Ele é o apelo à transformação do Si-mesmo em ator. Ele é Eu, esforço para dizer Eu, sem jamais esquecer que a vida pessoal está repleta, de um lado, de id, de libido, e, de outro, de papéis sociais. O sujeito jamais triunfa. Se ele tem a ilusão de triunfar, é porque suprimiu o indivíduo bem como a sexualidade ou os papéis sociais, e que ele voltou a ser o Superego, isto é, o Sujeito projetado fora do indivíduo. Ele anula a si mesmo tornando-se a Lei, identificando-se ao que é mais exterior, mais impessoal.<sup>325</sup>

Um dos aspectos problemáticos da modernidade é que o sujeito se apresenta fragmentado e talvez a face mais controversa dessa questão seja a sua identificação com o mercado. Nesse caso, o sujeito torna-se não mais sujeito (ou cidadão), mas fundamentalmente consumidor. Essa fragmentação é uma idéia contraditória, pois a complexidade do sujeito não enseja essa separação, mas sim requer uma análise do todo que é formado pelos diversos aspectos que o compõem e o definem.

Esse é o motivo pelo qual a idéia de sujeito resiste à sua identificação a cada um dos fragmentos despedaçados da modernidade. Nada de sujeito que se confunde com a comunidade, a nação ou a etnia; nada de empresa-sujeito, nada de redução do sujeito à sexualidade, e, acima de tudo, nada de confusão do sujeito com a liberdade do consumidor sobre o mercado da abundância.<sup>326</sup>

O sujeito tem que ser entendido como produtor de subjetividade, aquele que está em constante movimento, em constante construção de si mesmo, que tem que se adequar aos novos acontecimentos, libertando-se de velhos dogmas, colaborando na discussão de novas idéias. A subjetividade é a luta contínua para não propiciar a transformação de um sujeito em instrumento ou objeto. Bentham, ao analisar a falta de coerência humana, demonstra que, entre o agir e o pensar, existe uma grande distância. A subjetividade é então a possibilidade de eliminar essa considerável distância e transformá-la em uma linha tênue. É preciso que a coerência faça parte de nossas obras e de nosso agir cotidiano. A construção do

---

<sup>324</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p.220-221.

<sup>325</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 221-222.

<sup>326</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 233.

sujeito passa por essa coerência – em relação à qual todos são responsáveis – entre o que é dito e o que é efetivamente realizado.

A modernidade é a criação permanente do mundo por um ser humano que desfruta do seu poder e da sua aptidão para criar informações e linguagens, ao mesmo tempo que se defende contra suas criações desde o momento em que elas se voltam contra ele.<sup>327</sup>

Por fim, a imaginação e a criatividade são considerados os pontos-chave do sujeito que se apresenta no social como parte central, pois é reflexividade e, por isso, influência que interfere na modificação de si mesmo e de seu meio ambiente. O sujeito não se adapta ao isolamento; é movimento, ação, comunicação com outros.

Nada pode portanto preencher a distância que separa o Sujeito de um Ego que é, segundo a expressão de Cornelius Castoriadis, *Para-Si*. A sociedade, o indivíduo, o organismo, enquanto são *Para-Si*, são capazes de finalidade, de cálculo, de preservação de si e de criação de um mundo próprio. Mas esse encerramento no *Para-Si* é o contrário da subjetividade, que é capaz de modificar-se e comunicar-se com outros. O Sujeito se define pela reflexividade e pela vontade, pela transformação refletida de si mesmo e do seu meio ambiente. O que confere um papel central, diz Castoriadis, à imaginação como capacidade de criação simbólica.<sup>328</sup>

Um dos principais diferenciais que podem ser de importância nesse contexto de revalorização e de construção do sujeito é o reconhecimento do outro: “Para sair da consciência e de suas armadilhas, é preciso que o sujeito se afirme reconhecendo o outro como sujeito.”<sup>329</sup>

Em relação à mulher, que é o sujeito presente neste trabalho, segundo Alain Touraine, o marco na luta feminista foi a invenção da pílula anticoncepcional que separou a reprodução sexual e o prazer, garantindo a escolha pela não-concepção. Foi a época da liberação sexual da mulher e, certamente ela, como a maior beneficiada com esse ‘avanço da medicina’, pode optar por ter uma vida sexual ativa e não precisar arcar com uma gravidez não desejada. Esse fato existe na teoria, pois os anticoncepcionais não são 100% seguros e o episódio ‘das pílulas de farinha’ ainda é o evento mais recente que ilustra essa afirmação. Logo, as pílulas contraceptivas representam um grande avanço, mas ainda não o suficiente.

A ação das mulheres que levou a reconhecer oficialmente a separação entre a reprodução e o prazer sexual desempenhou um papel decisivo nesta descoberta do sujeito, com a condição de

---

<sup>327</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 243.

<sup>328</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 286.

<sup>329</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 236.

acrescentar que esta não se constitui a não ser reunindo o desejo e a relação intersubjetiva.<sup>330</sup>

Assim, a luta pela escolha entre gerar ou não novas vidas ainda é atual e necessária, face ao recrudescimento dos movimentos contra o aborto, como também em razão de a mulher estar ocupando espaços anteriormente destinados aos homens, o que está provocando um movimento misógino, neste início de século XXI.

Uma transformação importante é o novo papel das mulheres nesses novos movimentos sociais dos quais elas constituem a maioria dos participantes ativos, levando temas culturais e sociais, um apelo à defesa do sujeito que havia encontrado nas ações coletivas em prol da contracepção e da liberdade de abortar sua expressão mais consciente e organizada.<sup>331</sup>

Outro aspecto abordado pelo autor são os movimentos, tanto pelo direito à contracepção e ao aborto, como pela liberação das mulheres. O primeiro movimento tem alcançado mais sucesso que o segundo, pois uma ação positiva tende a ser vista como uma forma autoritária de entendimento ou de mudança de situação. Por outro lado, as campanhas negativas apresentam-se como meios de efetivar, melhorar, desenvolver formas de, por exemplo, no caso do aborto, descriminalizar essa conduta ou oferecer melhor atendimento àquelas mulheres vítimas de crime sexual ou que possuem alvará judicial que permite o abortamento.

A liberdade de cada um não conhece outro limite que a liberdade dos outros, o que impõe a aceitação de regras da vida em sociedade que são puras obrigações, mas necessárias ao exercício da liberdade, a qual seria destruída pelo caos e pela violência. [...] Daí o sucesso das campanhas negativas empreendidas pelo movimento feminista em prol do direito à contracepção e ao aborto, que contrasta com a fraqueza e o fracasso do movimento positivo de “liberação das mulheres”; daí também a rejeição das discriminações e do *apartheid*, tão forte como a rejeição dos regimes autoritários e totalitários.<sup>332</sup>

Conforme o autor, é nos programas de educação que os homens são ‘domesticados’ a fim de, a partir da racionalidade, conseguirem resistir aos hábitos e desejos. É a racionalidade que os define como sujeitos ?

O que entendemos por Sujeito? Antes de tudo a criação de um mundo regido por leis racionais e inteligíveis para o pensamento do homem. De modo que a formação do homem como sujeito foi identificada, como se vê melhor nos programas de educação, com a aprendizagem do pensamento racional e a capacidade de resistir a

---

<sup>330</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 237.

<sup>331</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 261.

<sup>332</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p.273.

pressões do hábito e do desejo, para submeter-se somente ao governo da razão.<sup>333</sup>

A importância que o sujeito apresenta está em diversos níveis de atuação que não se podem reduzir. Existe atuação individual e social, que envolve sexualidade, consciência, vontade, autonomia, responsabilidade. O direito enquanto forma de organização na qual devem ser pautadas as ações do indivíduo perante outros indivíduos e o Estado, não pode em momento nenhum desprezar o sujeito, ou seja, atacá-lo em seu corpo e espírito. Isso não deve ser permitido ao Estado, ou àqueles responsáveis pelo seu funcionamento e organização. Na verdade o Estado deveria ser (e isso se assemelha à moralidade kantiana, na qual as ações devem ser por dever) o responsável por auxiliar na construção do sujeito, concedendo as condições mínimas para o desenvolvimento de uma vida com dignidade.

[...] reconhecer que o direito de ser sujeito é superior à ordem da lei, que a convicção não é uma racionalização da responsabilidade, que a organização da vida social deve combinar dois princípios que jamais se podem reduzir um ao outro, ou seja, a organização racional da produção e a emancipação do Sujeito. Este não é apenas consciência e vontade, mas esforço para associar sexualidade e programação, vida individual e participação na divisão de trabalho. Isso supõe que cada indivíduo tenha o maior espaço possível de autonomia, e que sejam estabelecidos limites à dominação da lei e do Estado sobre os corpos e os espíritos.<sup>334</sup>

### 3.3. 'O que se acha acima de todo preço'<sup>335</sup>, a dignidade

Provavelmente Kant foi o autor que melhor definiu a dignidade, conceituando-a como o 'que se acha acima de todo preço'. "No reino dos fins tudo possui ou um *preço* ou uma *dignidade*. Aquilo que tem preço pode ser substituído por algo *equivalente*; por outro lado, o que se acha acima de todo preço e, portanto, não admite nada equivalente, encerra uma dignidade."<sup>336</sup>

Kant entende que a dignidade não admite preço, nem é passível de substituição, portanto, ela se apresenta como um valor absoluto para cada pessoa. Assim, a dignidade contida em cada ser humano não pode ser substituída por qualquer outra coisa, porque não é passível de troca.<sup>337</sup>

---

<sup>333</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 218.

<sup>334</sup> TOURAINE, Alain. *Crítica da modernidade*. p. 226.

<sup>335</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85.

<sup>336</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85.

<sup>337</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 85

Para Kant, a dignidade está na capacidade de dar a si mesmo as suas próprias normas. Por isso, ela não tem preço, não pode ser trocada. Pois qual seria o ser que, podendo obedecer às suas próprias leis, às leis da razão, se submeteria à lei de outro?

Ingo Sarlet aponta como um dos conceitos de dignidade de maior utilização o de Kant, “cuja concepção da dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta [a autonomia] como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto.”<sup>338</sup> A teoria kantiana, reconhecidamente uma teoria de princípios, está servindo aos doutrinadores para fundamentar o que deve ser entendido como princípio da dignidade da pessoa humana, expresso constitucionalmente no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988.<sup>339</sup>

Vive-se em um Estado democrático de direito que apresenta, como um de seus fundamentos máximos, a preservação ou a efetiva guarda da dignidade da pessoa humana.

[...] a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.<sup>340</sup>

A teoria de Kant expressa um respeito pelo ser racional (como se lê nesse autor), pois não concebe o ser humano como meio para que se possam atingir objetivos. Nesse sentido, deve-se considerar cada ser humano encerrando uma dignidade insubstituível e respeitando o outro como um fim. “[...] é a permanência da concepção kantiana no sentido de que a dignidade da pessoa humana, esta

---

<sup>338</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 32.

<sup>339</sup> 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: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 5-10-1988: acompanhada de disposições anteriores, emendas constitucionais, emendas constitucionais de revisão, índices sistemático e alfabético-remissivo. Juarez de Oliveira (org.). São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

<sup>340</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 27-28.

(pessoa) considerada como fim e não como meio, repudia toda e qualquer espécie de coisificação e instrumentalização do ser humano.”<sup>341</sup>

Ingo Sarlet, ao tratar da dignidade, é bastante kantiano, porque apresenta muitas vezes o dever ser que, em nosso país, está realmente longe do ser. Se a dignidade é irrenunciável, inalienável e está colocada como um dos princípios fundamentais do Estado brasileiro, logo a dignidade de conteúdo mínimo deveria ser presença constante entre cidadãos deste país. Porém, sabe-se que não é assim que as coisas se passam realmente. No Brasil, basta um exemplo – o da saúde pública que deveria ser acessível a todos – para que se evidencie que a dignidade é apenas mais um belo princípio expresso na Carta Magna. Na mídia em geral, diariamente estão presentes as filas intermináveis e os doentes pelos corredores dos hospitais, esperando atendimento. A dignidade pode até ser de difícil conceituação, porém mais difícil, ainda, é modificar a situação atual no sentido de efetivar uma forma digna de vida. Assim, muitos brasileiros atualmente são titulares dessa pretensão, qual seja, a concessão de dignidade.

Inicialmente, cumpre salientar – retomando a idéia nuclear que já se fazia presente até mesmo no pensamento clássico – que a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dela não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade.<sup>342</sup>

O que propõe Ingo Sarlet parece um pouco ingênuo, uma vez que introduz um ‘elemento mutável’ na dignidade, que seria a impossibilidade de cada um suprir suas necessidades sem auxílio, tanto da comunidade como do governo, afinal, “A falta de instintos inerentes à espécie humana faz com que os homens não possam prescindir uns dos outros para sobreviver. Nessa carência, pode-se dizer, tem origem o próprio laço social.”<sup>343</sup> Porém, no Brasil, a dignidade de grande parte da população já é relativa, e o ‘ponto mutável’ não tem se mostrado muito sensível com as carências de quem não tem a menor condição de vida, e para quem a dignidade não representa nada além de uma simples palavra.

---

<sup>341</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 35.

<sup>342</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 40-41.

<sup>343</sup> PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. p. 221.

[...] já que é de se perquirir até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita, para tanto, do concurso do Estado ou da comunidade (este seria, portanto, o elemento mutável da dignidade).<sup>344</sup>

O conceito de dignidade de Ingo Sarlet alia o respeito devido a cada ser humano à consideração estatal e comunitária, para garantir uma vida saudável e, decorrente desses atributos, à co-responsabilidade pela vida social. É um conceito bem abrangente, mas que encerra o que deveria ser efetivamente a implementação da dignidade proposta pelo sistema jurídico nacional.

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>345</sup>

Ronald Dworkin explica que a dignidade é usada em diversas acepções, sendo usualmente considerada em relação ao momento e ao lugar ocupado pela pessoa. Para o autor, o direito à dignidade está em que os outros reconheçam e respeitem os interesses que são importantes para cada um. Assim, o que vale intrínseca e objetivamente na vida de cada pessoa vai depender de seus valores e princípios, e, da mesma forma, o que é considerado uma vida digna para uma pessoa em particular.<sup>346</sup>

Ainda, ao definir a dignidade, segue o pensamento kantiano, ao estabelecer o ser humano como fim em si mesmo, e jamais como um meio, ou nas palavras de Kant: “o homem, e em geral todo ser racional, *existe como fim em si mesmo, não só como meio* para qualquer uso desta ou daquela vontade; em todas as suas ações, deve, não só nas dirigidas a si mesmo, como também nas dirigidas aos demais seres racionais, ser considerado sempre *ao mesmo tempo como fim*.”<sup>347</sup>

---

<sup>344</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 47.

<sup>345</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 60.

<sup>346</sup> DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 308-9.

<sup>347</sup> KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. p. 78.



Conforme Ronald Dworkin, “este princípio assim entendido não exige que nunca se coloque em desvantagem alguém para conceder vantagens a outros, mas sim que não se trate nunca às pessoas de uma maneira que negue a importância distintiva de suas próprias vidas.”<sup>348</sup>

Ingo Sarlet, bem explicita que a ausência de autodeterminação, de autonomia, não pode gerar um tratamento indigno a qualquer pessoa.

[...] a dignidade, na sua perspectiva assistencial (protetiva) da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autônômica, de tal sorte que, todo aquele a quem faltarem as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder – pela nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ou internação – o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, restando-lhe, contudo, o direito de ser tratado com dignidade (protegido e assistido).<sup>349</sup>

Ronald Dworkin alia dignidade, liberdade e o respeito pela vida. Afirma o exercício da liberdade de consciência, que deve ser resguardado pela Constituição de cada governo, pois, se não existe espaço para esse tipo de liberdade, vive-se sob uma forma totalitária de governo. Portanto, na democracia, deve prevalecer o princípio da liberdade de consciência, porque esta é a verdadeira manifestação de uma democracia. As constituições expressam os princípios que instruem como deverão agir aqueles que estão sob sua guarda e, sendo assim, deveriam dar a cada um o poder de decidir conforme seus valores e princípios pessoais (desde que estes não sejam conflitantes com os direitos de outros indivíduos, ou seja, respeitando o limite que está em cada um), concedendo com isso, liberdade de consciência e responsabilidade para que cada pessoa possa decidir e agir conforme suas escolhas de vida.

Qualquer que seja a opinião que adotemos em relação ao aborto e à eutanásia reivindicamos o direito de decidir por nós mesmos e, por conseguinte, deveríamos estar dispostos a insistir em que qualquer

---

<sup>348</sup> “Este principio así entendido no exige que nunca se coloque en desventaja a alguien para conceder ventajas a otros, sino más bien que no se trate nunca a las personas de una manera que niegue la importancia distintiva de sus propias vidas.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 309-310.

<sup>349</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 49-50.

constituição honorável, qualquer constituição genuína que se sustente em princípios, garantirá esse direito para todos.<sup>350</sup>

Ronald Dworkin demonstra uma séria preocupação com a liberdade e explicita sua intrínseca ligação com a responsabilidade. Para ele, a responsabilidade pressupõe a reflexão, e esta é uma opção ética, é uma decisão, uma escolha que é submetida à análise e que, a partir do que for decidido, coloca em ato a responsabilidade por essa reflexão e pelas atitudes que possam decorrer dela. A liberdade de consciência, para ser exercitada, necessita ser acrescida de responsabilidade.

É tão importante viver de acordo com nossa liberdade como o fato de dispor dela. A liberdade de consciência pressupõe a responsabilidade pessoal de reflexão, e perde grande parte de seu significado quando se ignora esta responsabilidade. Uma vida boa não precisa ser especialmente reflexiva; a maioria das melhores vidas são, justamente, as que foram vividas e não as que somente foram planejadas.<sup>351</sup>

Da mesma forma, Ingo Sarlet entende que a liberdade é noção fundamental da dignidade da pessoa, “[...] a liberdade e, por conseguinte, também o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (senão a principal) exigência da dignidade da pessoa humana.”<sup>352</sup>

Ingo Sarlet evidencia a autonomia e a responsabilidade, quando trata da dignidade. Nesse ponto, pode-se fazer uma ponte com a situação da mulher grávida. Essa, por ser autônoma, livre e responsável, tem direito a uma vida digna e, portanto, tem o poder de decidir por levar a gestação a termo e, então, aceitar as responsabilidades advindas de uma nova vida, ou, se entender que esse não é o momento adequado para receber uma nova vida, realizar o abortamento.

Da mesma forma, não restam dúvidas de que a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente respeito e proteção da integridade

---

<sup>350</sup> “Cualquiera que sea la opinión que adoptemos en relación al aborto y la eutanasia reivindicamos el derecho de decidir por nosotros mismos y, por consiguiente, deberíamos estar dispuestos a insistir en que cualquier constitución honorable, cualquier constitución genuina que se sustente en principios, garantizará ese derecho para todos.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 313.

<sup>351</sup> “Es tan importante vivir de acuerdo con nuestra libertad como el hecho de disponer de ella. La libertad de conciencia presupone la responsabilidad personal de reflexión, y pierde gran parte de su significado cuando se ignora esta responsabilidad. Una vida buena no precisa ser especialmente reflexiva; la mayoría de las mejores vidas son, justamente, las que han sido vividas y no las que sólo han sido planeadas.” DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. p. 313-314.

<sup>352</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 45.

física e emocional (psíquica) em geral da pessoa, do que decorrem, por exemplo, a proibição da pena de morte, da tortura e da aplicação de penas corporais e até mesmo a utilização da pessoa para experiências científicas. Neste sentido, diz-se que para a preservação da dignidade da pessoa humana, torna-se indispensável não tratar as pessoas de tal modo que se lhes torne impossível representar a contingência de seu próprio corpo como momento de sua própria, autônoma, responsável individualidade.<sup>353</sup>

A discussão sobre a dignidade humana, em voga atualmente, envolve, como foi visto, uma definição complexa. Ela pode ser considerada como um conceito absoluto, inerente a todo ser humano, ou em relação ao mínimo necessário para que uma vida se desenvolva adequadamente, por exemplo, o simples fato de um doente ter acesso ao sistema de saúde em sua cidade, quando esta estiver situada em um país em desenvolvimento. Já em um país europeu, a dignidade mínima abrangerá outros aspectos, nem sequer considerados nos países em desenvolvimento.

A fim de concluir este capítulo, resta lembrar que o sujeito envolvido no processo de gestação é a mulher, e a ela cabe, enquanto ser dotado de autonomia e capacidade de escolha, a opção pela maternidade ou pelo abortamento. Tem a liberdade para decidir conforme as condições presentes nesse momento de sua vida, e saber-se responsável por essa decisão, que é uma reflexão ética e irá demandar uma série de eventos que devem ser analisados de forma a não fazer sofrer esse vir-a-ser, no início de seu desenvolvimento.

Ainda é preciso que todo este debate referente ao aborto seja deslocado para a reflexão ética, na qual a responsabilidade pelas decisões encontre, em contrapartida, a certeza de atendimento digno das necessidades do indivíduo, tanto pela mulher que opta pela gestação, que deverá ser atendida em um hospital em condições de recebê-la e também a seu filho, como também das mulheres que entenderem que a sua opção é o abortamento, por motivos que não devem ser considerados por nenhum outro ser que não esteja vivendo aquela situação.

---

<sup>353</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. p. 89-90.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a pesquisa realizada sobre o aborto e suas diversas acepções, pois esse tema está imbricado no Direito, na Religião, na Medicina, na Filosofia, na Sociologia, na Criminologia, na Antropologia, etc., torna-se difícil, devido à abrangência do assunto, delimitar alguns de seus aspectos. Os escolhidos para esta pesquisa talvez não tenham sido os mais importantes, porém foram eles os eleitos entre os demais.

Este assunto conta com uma peculiaridade: independentemente da área em que atue o profissional, ele certamente terá formado um juízo sobre o aborto. Muitas vezes existem argumentos bem estruturados, outros, no entanto, fundamentam-se exclusivamente na asserção: 'eu entendo assim'. Essa diversidade de compreensão pode ser considerada um ponto forte, pois as diferentes maneiras de entendimento são conhecidas por todos e se tornam mais fáceis de ser confrontadas, mas também, a partir dessas opiniões 'abalizadas', há a caracterização dos dogmas, verdades incontestáveis, que conferem segurança às pessoas para determinarem – o que muitas vezes é necessário - o certo e o errado.

Durante a pesquisa, em muitos momentos se percebe que a 'discussão' sobre um assunto polêmico pode acontecer quando todos pensam da mesma forma e, desse modo, a possibilidade de entender uma outra posição ou tentar se colocar na posição de uma mulher que procura o aborto é imediatamente desconsiderada. Logo, a discussão normalmente ocorre quando já existe um consenso prévio sobre a aceitação ou não do aborto.

Ainda, a maioria das pessoas que são contra o aborto, em verdade entendem que ele pode ser realizado excepcionalmente nos casos que envolvem violência contra a mulher, ou, também, em caso de risco de vida para a gestante. São favoráveis, em alguns casos e contrários nos demais. Infelizmente não houve a realização de pesquisa de campo, mas foi verificado que casos de pessoas próximas são passíveis de entendimento e de compreensão dos motivos por que foi realizado o abortamento. Por outro lado, não existe a aceitação dessa intervenção quando não se conhece a futura mãe, ou suas condições de vida. A tolerância é restrita àqueles que fazem parte do convívio familiar e aos amigos íntimos.

No contexto brasileiro, é preciso evidenciar que a falta de educação da maioria da população somente faz piorar a situação das mulheres que procuram um abortamento, muitas vezes realizado em lugares que não contam com as mínimas condições de higiene. Aqui, faz-se necessário destacar, também, que a desinformação sobre métodos preventivos acarreta não só gravidezes indesejadas, mas também as doenças sexualmente transmissíveis.

Todas as discussões que são realizadas atualmente no campo da bioética, tendo como base seus princípios de justiça, beneficência, não maleficência e autonomia do paciente, são necessárias para não somente possibilitar a construção de um biodireito que possa dar conta das diversas inovações propiciadas pela biotecnologia, mas também para análise das questões que, mesmo não sendo novas, necessitam de respostas adequadas à nossa realidade social. Em países mais desenvolvidos que o Brasil, como exemplo, os europeus, a legislação sobre o aborto possibilita que esse seja realizado dentro dos primeiros três meses de gestação, em sua maioria, pois entre as razões para realizar o abortamento é considerado o entendimento da própria mulher de que não está em condições de levar uma gestação a termo, sem apresentar problemas de ordem econômica, social, física ou psíquica.

Um dos autores que tenta elevar a discussão para um patamar desvinculado de crenças é Peter Singer que, ao tratar do aborto, utilizando o princípio da igual consideração de interesses, possibilita o debate em um lugar em que a questão ética referente ao aborto deixa de ser uma simples questão teórica e sua análise é avaliada na prática. Esse autor propõe que a gravidez deve ser decidida pela mãe ou pelos pais do futuro bebê, e ainda entende que o abortamento pode ser efetivado a qualquer tempo. Em razão do princípio da igual consideração dos interesses, o prazo para a realização do abortamento pode ter como limite a sensibilidade do feto, ou seja, o momento de formação do córtex cerebral, que irá propiciar as sensações de dor e prazer (aproximadamente na décima oitava semana de gestação), o que é um prazo considerável para que os pais, ou a mulher, possam decidir tanto pela interrupção como pela continuação da gravidez.

Quando se analisam os aspectos que são considerados como intrínsecos à condição humana, como autonomia, liberdade, responsabilidade e dignidade, a situação da mulher e, principalmente da mulher grávida, vislumbra-se uma hipocrisia

no tratamento dos interesses, pois o feto passa a ter supremacia absoluta em alguns casos, nos quais se pretende a morte da mulher para que se salve o feto, verdadeira aberração, na medida em que nesse caso, então, uma possibilidade de vida valeria mais do que uma vida já desenvolvida. E, além dessa consideração, quem seria o responsável por essa nova vida, uma vez que aquela a quem caberia tal encargo não mais existirá, pois foi preterida por já ter vivido por mais tempo que o seu bebê?

O corpo da mulher, quando está grávida, passa por diversas modificações: físicas, psíquicas, hormonais. As alterações hormonais que iniciarem durante a gestação se tornam mais agudas no final desse período. Assim, principalmente nos casos em que o feto apresenta anomalias que impossibilitem sua vida, o abortamento deve ser realizado no início da gestação. Ou melhor, nos casos em que a mulher optar por um abortamento, a realização desse deverá se realizar nos primeiros tempos, para que o corpo possa se recuperar mais facilmente do que quando a intervenção é realizada em período mais tardio.

A 'frustração de vida', é critério para qualificar o aborto, sendo entendido que, a partir do momento em que é iniciado o processo de vida, a morte prematura pode ser considerada um acontecimento frustrante para todos os que conviviam com a mulher grávida e que com ela mantinham laços. Porém, para que exista essa frustração, é necessário que haja uma vida já em desenvolvimento. Não é somente o não-nascimento que pode remeter à frustração de uma vida; outros motivos que não podem ser previstos, mas se apresentam como possíveis, também levam a isso, como, por exemplo, a pobreza, deficiências físicas e psíquicas, projetos mal concebidos, falta de preparação ou simplesmente má sorte. Ou seja, o acaso já está presente na vida humana, assim, é melhor que os sujeitos aceitem uma nova vida e todas as responsabilidades dela provenientes em prol de uma sacralidade de vida que somente é apreciada quando essa ainda se encontra no início de seu desenvolvimento?

Nos países que permitem o aborto, em geral, o tempo de gestação em que pode ser realizada a intervenção não deve, ou não pode, ultrapassar os três primeiros meses, porque no feto ainda não está formado o sistema nervoso central e, sendo assim, ele ainda não sente dor nem prazer e, portanto, desde que o aborto seja realizado dentro desse período, não se estaria prejudicando o feto e, para a mulher se apresentariam menores os riscos para a saúde.

O que deve ser levado em consideração é não somente a viabilidade do feto, mas igualmente o período de formação em que esse se encontra, ou seja, quando o feto já estiver com o sistema nervoso central em desenvolvimento – a partir da 18<sup>a</sup> semana de gestação –, o aborto não poderia mais ser realizado, porque, por ter-se passado um tempo razoável para a mulher decidir, já é preciso considerar que o feto apresenta sensações de dor e prazer. Portanto, desde que seja realizado em período anterior, e quanto mais cedo melhor – porque o corpo da mulher ainda não sofreu grandes transformações e, sendo assim, a recuperação será mais rapidamente assimilada por seu organismo e o feto ainda não experimenta sensações de dor nem de prazer – o abortamento se torna menos traumático.

Uma das possibilidades de dissuadir as mulheres que decidiram pelo aborto, a não realizá-lo, seria uma ajuda do governo para prover o sustento desse futuro cidadão, possibilidade que ainda não existe no Brasil. As políticas públicas não apresentam interesse em tratar do assunto. Simplesmente é melhor que seja considerada como conduta criminalizada, do que como um problema de saúde pública que atinge milhares de mulheres em um país como o Brasil. Assim, o Estado, ao punir o aborto e não destinar verbas para que esse tipo de intervenção seja realizado em hospitais da rede pública de saúde, ao mesmo tempo não concede às mulheres que geram seus filhos sem condições para sustentá-los, uma alternativa para tal situação.

Pode-se considerar que o aborto é discutido no lugar errado, porque, se é responsabilidade da mulher, ou dos pais, o cuidado próprio da primeira idade, e conseqüentemente o restante da vida, cabe à mulher ou ao casal decidir por gerar ou não uma nova vida. Caberia ao Estado, em tese, propiciar um atendimento para as mulheres que decidem abortar, porque estariam amparadas pelo serviço público, o que acarretaria a diminuição na taxa de mortalidade em razão de abortamentos mal sucedidos.

O que se evidencia no Brasil é que, tanto a mulher que não pode se responsabilizar por outra vida além da dela, quanto o bebê que não tem alguém que por ele se responsabilize, são deixados à margem de uma discussão em que se considera sagrada a união de duas células humanas que, a partir desse momento até o parto, é considerada o maior dos bens. Porém, com o nascimento, a vida antes

sagrada, perde esse atributo e, de um momento para outro, passa a ser mais uma vida cuja responsabilidade pertence somente àquela que a gerou.

Quando a questão é o aborto, fala-se somente em proteger a vida do feto, mas que tipo de vida se quer proteger? Como será essa vida após o nascimento ou em que condições se dará o seu desenvolvimento? A discussão referente ao futuro do feto interessa à comunidade, mas geralmente ela se preocupa com o novo ser até o nascimento, depois desse fato, cabe ao(s) que foi(ram) o(s) responsável(is) por unir um óvulo e um espermatozóide cuidar(em), independentemente de suas condições (sendo essas consideradas em sentido amplo), afinal foi (foram) ela(es) que optaram por ter um filho.

Sobre a criminalização do aborto ainda é preciso lembrar a existência de clínicas clandestinas que não apresentam interesse algum na descriminalização dessa conduta, uma vez que se sabe que esse procedimento gera rendimentos consideráveis para aqueles que o realizam, mesmo em condições absolutamente desfavoráveis, acarretando problemas sanitários graves que, em muitas ocasiões, principalmente nas classes mais baixas, têm como resultado a morte da mulher que não é atendida em um local propício para esse tipo de intervenção e, desse modo, não recebe os cuidados necessários para uma recuperação pós-operatória.

O debate acerca do aborto pode ser retirado do campo jurídico, e apresentar uma nova característica, a comercial. O que poderá gerar essa mudança na discussão é a pílula do dia seguinte, sendo a primeira a RU-486, da companhia francesa Roussel Uclaf. Assim, esse é um ponto que pode influenciar para que o aborto deixe de ser uma conduta criminalizada. Atualmente, a pílula do dia seguinte é comum entre as mulheres que, mesmo não tendo certeza da gravidez, optam por utilizá-la. Essa pílula já está sendo concedida a mulheres que procuram o centro especializado em saúde da mulher no município de São Paulo, e está sendo ofertada, inclusive, às adolescentes que procuram o serviço. Além da pílula, é previsto um acompanhamento que pretende explicar quais são os seus efeitos, como ela age no corpo, o cuidado que a mulher deve ter consigo mesma e como deve utilizar tal medicamento. O importante dessa ação é que, além de dar a pílula, é realizada uma mini-campanha que leva mais informação às mulheres e meninas que buscam esse tipo de atendimento. Muitas delas podem nem estar grávidas, porém é muito importante que seja concedida a elas a informação que



provavelmente será repassada às pessoas que fazem parte do seu convívio. A questão da educação sobre as formas de contracepção talvez seja uma das mais importantes características que estão relacionadas com essa abertura concedida à mulher. Como resultado dessa ação, houve a diminuição drástica do número de adolescentes grávidas e, para aquelas que puderam contar com esse serviço, talvez essa tenha sido a primeira vez que lhes foi possibilitado acesso a informações precisas sobre as doenças sexualmente transmissíveis e sobre os métodos contraceptivos.

Infelizmente as respostas não estão prontas e continuam, muitas vezes, no plano das idéias. Talvez seja realmente muito mais fácil condenar simplesmente as mulheres que buscam interromper uma gestação que não é desejada – que representa um problema em sua vida –, pois não se pode saber qual, entre os mais diversificados motivos, pode levar uma mulher a procurar a realização de um aborto. Essa é uma situação bastante especial, pois, em decidindo manter a gestação, ela deverá arcar com a responsabilidade em relação a esse novo ser – porque, via de regra, durante alguns anos a mãe será a responsável pelo sustento de seu filho, não somente pela alimentação e vestuário, mas, também, pelo suporte emocional –, uma vez que essa criança não pediu para nascer, ela foi uma escolha e, como tal, não pode ser considerada como uma obrigação, um fardo a ser carregado. A responsabilidade da mulher se estende, de fato, além dos nove meses de gestação.

Conceber uma nova vida pode ser verdadeiramente algo maravilhoso, se incluída nessa concepção está a vontade da mãe, ou dos pais, de receber esse novo ser e passar por todos os estágios do seu desenvolvimento. Porém, quando acontecem gravidezes sem esse desejo, por que deveria ser imposto a uma mulher, que provavelmente não tenha o menor talento para a maternidade, tornar-se uma mãe, em razão de ter engravidado, por motivos que não cabem ser explicitados, pois todos conhecem, por exemplo, a probabilidade de falha dos métodos anticoncepcionais existentes no mercado? É, portanto, inconcebível que não exista a possibilidade de que uma mulher consciente e responsável possa realizar o abortamento.

Em muitos momentos, essa discussão pode se apresentar inócua, porque parece tão lógico que somente a mulher que está gestando tem a melhor opinião sobre a continuidade ou não da gestação, que todo o debate fica colocado dessa

maneira: aqueles que se posicionam contra o aborto *versus* os favoráveis ao abortamento, ambos tentando uma mudança radical de opinião. Ao concluir esta dissertação, de alguma forma, não apresento resposta a nenhuma questão e o que foi realizado é somente uma tentativa de convencer aqueles que condenam o aborto a sair de suas redomas e se colocar na situação de vida de milhares de mulheres que se submetem a abortamentos indignos, sabendo que podem ficar com diversas seqüelas e que podem, inclusive, perder a própria vida. Muitas pessoas, contudo, têm coragem para imaginar que seja uma decisão fácil jogar com a própria vida... Esse preconceito subsiste na medida em que a escolha pelo abortamento não é respeitada e, desse modo, aquelas que optam por tal procedimento devem ser execradas e suportar as conseqüências dos seus atos. O que falta, portanto, é um pouco mais de informação, espírito crítico e respeito pelas diferenças. As crenças devem ceder lugar a um exercício racional apropriado que contemple a possibilidade de melhoria das condições de vida, tanto para as mulheres que optam pelo aborto quanto para aquelas que, escolhendo dar continuidade à gestação, possam gestar, parir e criar os seus filhos com dignidade.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABBAGNANO, Nicola. Pessoa. In: *Dicionário de filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 761-763.
- ALMEIDA, Aline Mignon de. *Bioética e biodireito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000. p. 139.-147.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 301-320.
- ALVES, Ivanildo Ferreira. Crimes contra a vida. Belém: UNAMA, 1999.
- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*. Trad. Mário de Gama Kury. 3. ed. Brasília: UnB, c1985, 1999. 238p.
- ARMANI, Giuseppe; GLIOZZI, Ettore; MODONA, Guido Neppi. Aborto. In: *Enciclopédia Garzanti del diritto*. Italy: Garzanti, 1995. p. 02-05.
- BADIOU, Alain. *Ética: um ensaio sobre a consciência do mal*. Trad. Antonio Transito e Ari Roitman. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1995. 100p.
- BARBOZA, Heloisa Helena. Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 01-39.
- BARRETTO, Vicente. Problemas e perspectivas da bioética. In: RIOS, André Rangel et alli. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 53-76.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. As relações da bioética com o biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 41-62.
- BARSTED, Leila de Andrade Linhares. Legalização e descriminalização do aborto no Brasil. *Revista estudos feministas*, Rio de Janeiro, v. 0, n. 0, 1992. p. 104-130.
- BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 77-132.
- BENTHAM, Jeremy. *Uma introdução aos princípios da moral e da legislação*. Trad. Luiz João Baraúna. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 3-68. (Os pensadores).
- BERNARD, Jean. *Da biologia à ética*. Campinas: Workshopsy, 1994. 256 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p.73-83.

BOUZON, Emanuel. *O Código de Hammurabi*. 4.ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 186-187.

BRASIL. *Código civil e código de processo civil: contém legislação complementar*. 3. ed. Valdemar P. da Luz (org.). Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1996.

BRASIL. *Código Penal*. Organização dos textos, nota remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 31. ed. São Paeul: Saraiva, 1993.

BRASIL. *Constituição Federal*. Promulgada em 5-10-1988: acompanhada de disposições anteriores, emendas constitucionais, emendas constitucionais de revisão, índices sistemático e alfabético-remissivo. Juarez de Oliveira (org.). São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

BRASIL. Decreto n. 847 - de 11 de outubro de 1890.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 1.004, de 21 de outubro de 1969.

BRASIL. Lei nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973. Altera dispositivos do Decreto-lei número 1004, de 21 de outubro de 1969, que instituiu o Código Penal.

BRASIL. *Ministério da Saúde*. Secretaria de Políticas de Saúde. Área técnica de saúde da mulher. Parto, aborto e puerpério: assistência humanizada à mulher. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. p.145-157.

CALLAHAN, Daniel. The roman catholic position. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 82-93.

CARVALHO, Maria Cecília Maringoni de. Por uma ética ilustrada e progressista: uma defesa do utilitarismo. In: OLIVEIRA, Manfredo A. de (org.). *Correntes fundamentais da ética contemporânea*. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 99-118.

COAN, Emerson Ike. Biomedicina e biodireito. Desafios bioéticos. Traços semióticos para uma hermenêutica constitucional fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 246-266.

CORTIANO JR., Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson; RAMOS, Carmen Lucia Silveira *et. alli*. *Repensando os fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-55.

- COSTA, Judith Martins. Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Síntese, v.18, 2000. p.153-170.
- CUNHA, Antônio Gerado da. *Responsável*. Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. 2.ed. rev. ampl. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 679.
- DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil*. Rio de Janeiro: RIO, 1979. p.145-201.
- D' ASSUMPÇÃO, Evaldo Alves. *Comportar-se fazendo bioética*. Petrópolis: Vozes, 1998. 300 p.
- DE SANCTIS, Frei Antônio, O. F. M. Cap. (org.). *Encíclicas e documentos sociais: Da "Rerum Novarum" à "Octogesima Adveniens"*. Leão XIII, Pio IX, Pio XII, João XXIII, concílio Vaticano II e Paulo VI. São Paulo: LTr, 1972. (coletânea).
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Rio de Janeiro: Forense: 1995.
- DINIZ, Débora. O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais. In: COSTA, Sérgio Ibiapiana F. *Bioética: ensaios*. Brasília: S.I.F, D. Diniz, 2001. p. 145-154.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 19-153.
- DOS REIS, Dagma Paulino. Aborto: a polemica interrupção voluntária ou necessária da gravidez. Uma questão criminal ou de saúde pública? In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: RT, ano 83, vol 709, nov. 94. p. 277-284.
- DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual*. Barcelona: Ariel, 1998. 314 p.
- ENGELHARDT JR., H. Tristram. *Fundamentos da bioética*. Trad. José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 01-344.
- ETHICS and the search for christian unity: statement by the roman catholic/presbyterian-reformed consultation. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 177-181.
- FAGUNDES JR., José Cabral Pereira. Limites da ciência e o respeito à dignidade humana. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 267-282.
- FRANCHI, L., FEROCI, V., FERRARI, S. *Codici e leggi d'Italia*. Milano: Ulrico Hoepli, 1997. p. 141-146
- GAFO FERNÁNDEZ, Javier. *10 palavras-chave em bioética*. Trad. Maria Luisa Garcia Prada. São Paulo: Paulinas, 2000. p. 39-82.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade civil: doutrina, jurisprudência*. 6. ed. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GREEK orthodox archdiocese of North and South America. A statement on abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 162-163.

<http://www.cfemea.org.br>. Disponível na internet. 29/01/2002.

<http://www.redesaude.org.br/jornal/html/dossieaborto.html>. disponível na internet. 29/01/2002.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. *Comentários ao Código Penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.5v. p. 267-317.

JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 1999. 322p.

KANT, Emmanuel. *Fundamentos da metafísica dos costumes*. Trad. Lourival de Queiroz Henkel. Rio de Janeiro: Ediouro. [] 130p.

KLEIN, Rabbi Isaac. Abortion – a jewish view. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 182-189.

LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. 337p.

LEAL DE MEIRELLES, Jussara Maria. Bioética e biodireito. In: BARBOZA, Heloisa Helena e BARRETTO, Vicente de Paulo (orgs.). *Temas de Biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 85-97.

LECSO, Phillip A. A buddhist view of abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 212-217.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O direito do embrião humano: mito ou realidade? *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, Curitiba, a.29, n. 29, 1996, p.121-146.

LEITE, Fabiane; BIANCARELLI, Aureliano. Acesso à ‘pílula do dia seguinte’ é facilitado. *Folha de São Paulo*, São Paulo, Domingo 4, de novembro de 2001 Caderno Cotidiano. p. 3.

MAMMANA, Caetano Zamitti. *O aborto*. São Paulo: Ltda, 1969,.vol.1.

MATEO, Ramon Martín. *Bioética y derecho*. Barcelona: Ariel, 1987. 187p.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. Trad. Alberto da Rocha Barros. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1991. 153p.

MONTEIRO DE BARROS, Flávio Augusto. *Crimes contra a pessoa*. São Paulo: Saraiva, 1997.

- MURARO, Rose Marie. El aborto y la fe religiosa en America latina. In: PORTUGAL, Ana Maria (org.). *Mujeres e iglesia: sexualidad y aborto en América Latina*. Catholics for a free choice, USA: México: Fontamara, 1989. p. 81-94.
- NASCIMENTO, Antonio Lindbergh C. *Responsabilidade civil*. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1996. p. 1-12.
- NELSON, James B. Protestan attitudes toward abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 138-146.
- OLIVEIRA, Fátima. *Bioética: uma face da cidadania*. São Paulo: Moderna, 1997. p. 78-85.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto*. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 255-301.
- PEREIRA E SILVA, Reinaldo. Análise bioética das técnicas de procriação assistida. In: CARLIN, Volnei Ivo (org.e coord). *Ética & bioética*. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998. p. 117-136.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 153-179.
- PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Problemas atuais de bioética*. 4. ed. rev. ampl. São Paulo: Loyola, 1997. p. 01-280.
- PHILIPPI, Jeanine Nicolazzi. *A lei: uma abordagem a partir da leitura cruzada entre direito e psicanálise*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 217-310.
- PIAZZETA, Naele Ochoa. *O princípio da igualdade no direito penal brasileiro: uma abordagem de gênero*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 95-181.
- PLATÃO. *A República*. Introd. e trad. Maria Helena Rocha Pereira. 8.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 500p.
- PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. tomo 1. p.157-191.
- PRUDENTE, Mauro Godoy. *Bioética: conceitos fundamentais*. Porto Alegre: Ed. do Autor, 2000. 194p.
- RAHMAN, Fazlur. Birth and abortion in Islam. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 202-209.
- REVISTA UNIARA: Revista do Centro Universitário de Araraquara. Araraquara: São Paulo, 1999. n.5. 125p. Edição especial. Anteprojeto de Código Penal - 1999.

RIO GRANDE DO SUL. Comissão de cidadania e direitos humanos da Assembléia Legislativa do estado do Rio Grande do Sul. Relatório Azul. Garantias e violações dos d.h. no RS – 1994.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Campinas: Bookseller, 1999. p. 435-445.

SANTOS, J. M. de Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado*. 15.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1992. p. 229-251.

SAPUCAIA, Madalena Ramirez. 'Pater semper incertus est', enquanto a mãe é certíssima: o fim de uma era. In: RIOS, André Rangel *et alli*. *Bioética no Brasil*. Rio de Janeiro: Espaço e Tempo, 1999. p. 77-98.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 152p.

SCHLESINGER, Hugo, PORTO, Humberto. *As religiões ontem e hoje*. São Paulo: Paulinas, 1982. p. 08-243.

SEMIAO, Sérgio Abdala. *Os direitos do nascituro*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 144-150.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 01-228.

STEFFEN, Lloyd. *Life choice: the theory of just abortion*. -----:Wipf and Stock Publishers, 1999. p. 151-152.

STOCO, Rui. *Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial: jurisprudência e doutrina*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: RT, 1995. p.12-13.

THE VATICAN: 1974 declaration on procured abortion. In: STEFFEN, Lloyd (edited). *Abortion: a reader*. Cleveland, Ohio: Pilgrim library of ethics, 1996. p. 107-119.

TOURAINÉ, Alain. *Crítica da modernidade*. Trad. Elia Ferreira Edel. 2.ed. Petrópolis: Vozes, 1995. p. 213-369.

VARGA, Andrew C. *Problemas de bioética*. Trad. Pe. Guido Edgar Wenzel. São Leopoldo: Unisinos, 1998. p. 01-77.