



Protestantismo em Revista é licenciada
sob uma Licença Creative Commons.

O aborto e o direito à vida: uma análise ética e jurídica de um direito fundamental

Abortion and the right to live: an ethical and legal analysis of a fundamental right

Maria do Rosário Pessoa Nascimento*

Doutoranda em Teologia (EST)

Resumo

Este artigo aborda a questão do aborto sob a perspectiva da ética e da legalidade. A partir das leituras de vários teóricos e da análise da legislação nacional, a pesquisa estuda a temática verificando que a prática abortiva independe das exigências da lei e do olhar crítico da moralidade. O estudo questiona as descobertas da bioética sobre a fecundação fora dos parâmetros da procriação natural. Por meio de uma exploração bibliográfica, o estudo analisa os aspectos centrais do pensamento dos segmentos conservadores e dos liberais sobre a descriminalização ou a proibição do aborto, apresentando algumas decisões dos nossos tribunais sobre os pedidos de Habeas Corpus em favor do nascituro. A partir dessa abordagem, elabora algumas considerações sobre o aborto, analisando a vida como um direito fundamental. O artigo conclui que, independentemente da exigência da lei e da recomendação ética, as mulheres abortam. Contudo, o trabalho propõe contribuir para a reflexão sobre o ato abortivo, merecendo uma atenção cuidadosa, em cada caso, antes de a gestante tomar qualquer decisão sobre a interrupção da gestação. Recomenda-se buscar orientações junto aos profissionais da área da saúde, e quando necessário, encaminhar sua pretensão à apreciação do Poder Judiciário.

Palavras-chave

Direito à vida. Aborto. Direito fundamental. Aspecto ético-legal.

Abstract

This paper addresses the issue of abortion from the perspective of ethics and legality. From the readings of many theoretical and analysis of national legislation, the research examines the issue of abortion verifying that the abortion happens regardless the requirements of the law and the criticism of morality. The paper questions the findings on bioethics about the fertilization outside the parameters of natural procreation. Through a literature exploration, the study analyzes the key aspects of the thinking of liberals and conservative segments on decriminalization or prohibition of abortion, with some decisions of our courts on applications for habeas corpus favorable of the unborn. From this approach, prepares some

* Doutoranda em Teologia da Faculdades EST, de São Leopoldo, RS, Brasil. Contato: rosariopessoa.adv@gmail.com

considerations on abortion, analyzing life as a fundamental right. The article concludes that, regardless of the requirement of the law and ethics recommendation, women miscarry. However, the study proposes to contribute to the reflection on the abortive act, deserving careful consideration in each case, before a pregnant woman takes any decision on the termination of pregnancy. It is recommended to seek guidance from professionals in the area of health, and when necessary, forward his claim to the appreciation of the Judiciary Power.

Keywords

Right to life. Abortion. Fundamental right. Ethical-legal aspect .

Considerações Iniciais

Toda pessoa possui determinados bens, que são protegidos pela Constituição Federal, enquanto direitos fundamentais, como a liberdade, igualdade, segurança, a propriedade e a vida. Neste trabalho elegemos a vida como esse bem supremo, juridicamente protegido. A vida, aqui estudada, independe da fase da existência humana, contudo a pesquisa foca a vida intrauterina.

Nesta perspectiva, este trabalho tem como objetivo trazer à discussão alguns questionamentos que giram em torno do aborto, como uma questão polêmica que tem mobilizado vários setores da sociedade contemporânea, sob o aspecto da ética e da legalidade. Os casos do *Habeas Corpus* em favor do nascituro têm chegado aos nossos Tribunais provocando inúmeras decisões, umas a favor, outras contra a interrupção da gravidez.

O tema “vida”, explorado como um direito fundamental, considera os elementos que a caracterizam, na fase intrauterina ou na vida adulta. O aborto, sob o aspecto legal, é analisado conforme preceitua o texto constitucional, bem como, a legislação ordinária – civil e penal. Além disso, as descobertas biológicas, médicas e cirúrgicas têm avançado na exploração do corpo humano, pondo em xeque o aspecto ético com relação à vida.

As argumentações que envolvem as células-tronco serão analisadas sob a ponderação de princípios constitucionais que pressupõem o valor da vida humana. A questão dos fetos anencéfalos, discutida como anomalia irreversível, será analisada, considerando algumas alegações de que o cordão umbilical poderia ser armazenado em bancos de órgãos humanos para possível utilização em tratamento de doenças degenerativas.

Subsídios como esses conduzem ao seguinte questionamento: em que medida o aparente descaso por parte de autoridades médicas e governamentais, em relação à questão da prática do aborto, não está, de certa forma, contribuindo para o agravamento do problema? E, ainda: se a vida é um direito fundamental, como deve ser preservada?

Será ética e legal a aprovação do aborto visando o aproveitamento do cordão umbilical, para tratamentos terapêuticos?

A pesquisa tem caráter qualitativo, embasando-se em argumentações teóricas, matérias de leis, decisões dos tribunais e textos veiculados na Internet. O universo pesquisado detém-se, em geral, no campo bibliográfico nacional e, ocasionalmente, no Direito Comparado. As discussões apresentadas sobre o direito à vida se pautarão nos Direitos e Garantias Fundamentais, conforme previstos na Constituição Federal.

A vida - um direito fundamental

O que é a vida? Se alguém indagar dos cientistas - o que é a vida? -, provavelmente dirão que, de modo geral, preferem lidar com perguntas que obtenham respostas por experimentos, de uma forma impessoal. E, para eles, "o que é a vida?" é uma pergunta que envolve conhecimentos específicos, em que os biólogos, por exemplo, podem chegar a conclusões sobre a estrutura e a função de um vírus, mas que discordam quanto a serem seres vivos.¹

Para melhor compreensão sobre o que é vida, precisa-se defini-la, o que não é uma missão fácil e, para tanto, recorre-se à doutrina jurídica, sob a orientação de José Afonso da Silva, onde o constitucionalista, de início, afirmando a dificuldade de encontrar uma definição, termina por reconhecer que "sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade".²

O Título II da Constituição Federal, quando trata - Dos Direitos e Garantias Fundamentais, preconiza a proteção à vida, preceituando que "todos são iguais perante a lei" (art. 5º). Assim, a Lei Maior garante a todos a inviolabilidade do direito à vida. Pela exegese constitucional, constata-se a maneira uniforme de tratar os seres humanos iguais. Determina, assim, que os direitos fundamentais, ali estatuídos, são extensivos a todos os brasileiros, inclusive aos estrangeiros residentes no País. Ambos, pois, são titulares de direitos indisponíveis.

Vale ressaltar que ao referir-se aos estrangeiros residentes no país, não se excluem os que se encontram em trânsito, pois, como os nacionais, os estrangeiros merecem a proteção dentro do território nacional. Trata-se de uma igualdade meramente formal, ou seja, por exigência da lei não pode haver discriminação quando se tratar de direitos fundamentais do ser humano.

¹ ORGEL, Leslie E. *As Origens da Vida. Moléculas e Seleção natural*. Brasília: UNB, 1973. p. 17.

² DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. Malheiros, São Paulo: 2004. p. 39;

Mas o que seria um direito fundamental? Para Albuquerque Rocha, conceituar direitos fundamentais é analisar a proteção que o ordenamento jurídico outorga à vida a partir da Constituição. Contudo, o constitucionalista esboça que os direitos fundamentais são assim denominados por serem conferidos pela Constituição e conterem as funções - fundamentadora e legitimadora - do sistema jurídico-político do chamado Estado de Direito.³

Vários humanistas apresentam suas colaborações para a construção histórica dos direitos fundamentais. Segundo Bonavides⁴, verifica-se que os direitos fundamentais almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana. Nesse contexto, encontra-se a caracterização formal dos direitos fundamentais, analisados sob dois critérios: a) direitos fundamentais são os que designam todos os direitos e garantias nomeados e específicos no instrumento constitucional; b) direitos fundamentais são os que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança. Nesse contexto, sendo intangíveis, os direitos fundamentais são passíveis de mudanças somente por Emendas Constitucionais. Nessa perspectiva, o estudo abordará o direito à vida, como um direito fundamental, independentemente da fase da existência humana.

O fundamento ou a causa de toda a proteção jurídico-positiva da vida humana inicia, necessariamente, do seu reconhecimento como princípio básico da ordem constitucional. Nesse contexto, o Direito deve proteger a vida desde o início até o fim da existência humana, tendo em vista que a vida do ser humano é a manifestação mais genuína do reconhecimento da sua dignidade como pessoa. Este reconhecimento não pode depender de cada conjuntura sociopolítica, que produz um determinado conteúdo versátil de direito, oscilando de acordo com uma variável moral social. A dignidade humana, em se tratando do direito à vida, que o Direito deve reconhecer, emana da própria e invariável natureza humana, daí o seu valor juridicamente protegido por se tratar do bem denominado "vida".

Com efeito, o direito à vida, por ser-lhe atribuído o *status* de fonte de todos os demais direitos, e, em razão da sua primazia, merece uma consideração superior ou especial no rol de direitos da pessoa humana. Esta prioridade hierárquica não se traduz somente pela colação, por primeiro, no vigente texto constitucional, mas por ser ele um direito fundamental, assim definido e reconhecido por seu elevado caráter transcendental.

Dalmo Dallari menciona que a vida é necessária para que uma pessoa exista, pois "todos os bens de uma pessoa - o dinheiro, as coisas acumuladas, seu prestígio político, seu poder militar, o cargo ocupado, sua importância na sociedade, até mesmo seus direitos - tudo isso deixa de ser importante quando acaba a vida". Enfatiza o jurista que não são os

³ ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 34.

⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros. 2008. p. 54.

homens que criam a vida; “os cientistas podem até juntar num vidrinho, numa proveta, os elementos que geram a vida, mas não conseguem criar esses elementos. Na verdade, nenhum homem conseguiu inventar ou criar uma vida, dominar o começo da vida”.⁵

Nesses esclarecimentos, Dallari propõe alguns questionamentos: quando se fala de direitos humanos, como se identificam os direitos do feto? Afinal, o que é o feto? É um objeto ou um sujeito? É uma coisa ou alguém? É portador de direitos ou propriedade de alguém? Quem decide seu futuro? Nesse sentido, quando se fala da (i)legalidade do aborto, a temática coincide com esses questionamentos.⁶

Com efeito, entre os polêmicos elementos no debate sobre o aborto, a questão da personalidade é a mais crítica. Se considerado o feto como pessoa, é necessário refletir sobre quais direitos se está falando: se se trata de seres humanos com direitos próprios, ou de um conglomerado de células que pode estar à disposição da vontade ou conveniência das pessoas diretamente envolvidas.

À luz do Código Civil - Lei nº 10.406 - de 10 de janeiro de 2002, o produto da concepção - feto ou embrião - ainda não é pessoa, mas recebe a consideração do diploma legal para determinados efeitos jurídicos, quando leciona que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro” (art. 2º). Aqui, poder-se-ia questionar se o nascituro é uma coisa ou uma pessoa, cujos direitos, a lei tenta proteger.

E, pelo questionamento do Professor Dallari, a ideia transmitida é a de que o feto, sendo considerado sujeito, é também titular de direitos. Para o autor, o feto não pode ser coisa porque a sua natureza material e biológica o coloca entre os seres superiores, ou seja, aqueles pertencentes à espécie humana. Questiona, ainda, que, pelas teorias funcionalistas, em geral, o valor da vida humana, e, em especial, o da vida pré-natal, depende da capacidade de suas funções.⁷

Sendo a questão analisada por este prisma, a vida intrauterina não teria valor por não realizar nenhuma função. Mas conclui que, ainda assim, é impossível negar que o feto seja um de nós, porque cada um de nós foi um dia um feto; e porque, do ponto de vista genético, não há nenhum intervalo entre o que éramos logo após a concepção, quando já se encontra totalmente determinado o nosso genoma, e aquilo que geneticamente somos - indivíduo geneticamente pré-definido.⁸

É inquestionável que o princípio constitucional, que dispõe sobre a não discriminação, deve ser reconhecido no âmbito das diversas etapas e condições de uma

⁵ DALLARI, Dalmo de ABREU. 2003. *Viver em Sociedade: direito à vida*. (Palestra). Disponível em: <file:///A:Viver em sociedade direito à vida. htm>. Acesso: 27 jul. 2004.

⁶ DALLARI, 2003.

⁷ DALLARI, 2003.

⁸ DALLARI, 2003.

mesma existência humana. Nesse entendimento não há, pois, outra compreensão, no que tange à fase da vida ainda não nascida. Assim, restaria reconhecer, também no âmbito jurídico, que feto, recém-nascido, criança, adolescente, jovem, adulto, idoso são distintas denominações que identificam o mesmo ser como pessoa humana.

Se analisados, por outro ângulo, os direitos humanos previstos na Constituição, passarão a ser inexistentes. E, a Constituição não pode se pautar no inexistente. Não havendo respeito aos direitos humanos, não há Constituição, e esta passa a ser uma ficção jurídica, e não um produto histórico e social protetor dos direitos individuais, incluindo-se aí o direito à vida.

A vida, quando analisada sob o aspecto jurídico, encontra respaldo nas inúmeras decisões dos nossos tribunais. Entretanto, essas decisões não implicam em posicionamentos unânimes. Muitas vezes divergem, ainda que em detalhes, mas o ordenamento jurídico prima pela uniformização da jurisprudência; e, pelo princípio da unicidade constitucional, nenhuma norma pode ser contrária à Lei Magna do país.

No *Habeas Corpus* 93.250-MS (DJe, 27.06.2008), a Ministra do Supremo Tribunal Federal – STF, Ellen Gracie afirmou não se reconhecer a presença de direitos absolutos, mesmo da estatura de direitos fundamentais. “Os critérios e métodos da razoabilidade e da proporcionalidade se afiguram fundamentais neste contexto, de modo a não permitir que haja prevalência de determinado direito ou interesse sobre outro de igual ou maior estatura jurídica valorativa”.

Contudo, o Ministro do STF, Ayres de Britto, decidindo sobre células-tronco, afirmou:

[...] não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e o ser em gestação. [...] O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro reconhecer que, apesar de nenhuma forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger: “a vida humana já revestida do atributo da personalidade civil, é o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte. (ADI nº. 3.510-DF (DJe 05.06.2008).

No mesmo julgamento, a Ministra do STF, Carmen Lúcia votou no sentido de que “mesmo no direito à vida haverá de ser interpretado e aplicado com observação de sua ponderação em relação a outros que igualmente se põem para perfeita sincronia e dinâmica do sistema constitucional”. Sobre o princípio da ponderação, **Alexi** afirma que a

ponderação de valores, pela carga axiológica inserta nessa atividade, faz com que a decisão no caso concreto dependa da postura ideológica do hermeneuta.⁹

Com efeito, juridicamente, não se concebe a existência de hierarquia entre as normas constitucionais, mesmo porque a Constituição confere unidade ao ordenamento jurídico. Existem princípios que são normas valorativas, por isso, recebem a priorização por parte do julgador, quando no caso concreto, para evitar que dois princípios venham a colidir. Em se tratando do direito à vida e o aborto, determinar o valor axiológico de um princípio, em detrimento do outro, não é tarefa fácil. Para os conservadores, que são contra o aborto, o princípio com maior carga valorativa será o do direito à vida; enquanto, para os defensores da liberação do aborto, será o princípio da liberdade que o casal tem de planejar sua família.

Dessa forma, não paira dúvida de que a vida é um direito fundamental, a princípio, absoluto, irrenunciável. Contudo, há que se ponderar e observar a proporcionalidade que cada caso concreto requer. Com efeito, a proteção à vida é uma tradição constitucional, como se constata no teor das diversas constituições, embora, explicitamente só veio a se concretizar com o texto constitucional de 1946.

Nesse contexto, a inviolabilidade do direito à vida não é uma inovação da Constituição Federal de 1988, cuja elaboração, deu-se fundamentalmente, em circunstâncias diferentes das Cartas anteriores. Construída, de forma democrática, pode contar com a participação de vários segmentos sociais, inclusive as comunidades de bases eclesiais. Contudo, a questão do aborto foi um assunto sobre o qual os constituintes da atual Carta Política não quiseram, ou não puderam se manifestar.

O aborto sob o aspecto ético-legal

Não há fundamentação legal que permita negar que a vida é o maior bem jurídico. Vida é Direito Fundamental. “É indiscutível, uma certeza científica à qual não há oposições: a vida humana inicia a partir da concepção. Não existem dúvidas nas ciências. Da Biologia à Medicina, é sabido que a vida humana inicia com a fecundação do óvulo”. Esse é o entendimento de Cristiane Rozicki, ao confirmar resultados de sua pesquisa em julho de 2009: “*casi 85.000 seres humanos murieron em Espana em 2004, victimas de um aborto provocado*”.¹⁰

As discussões que envolvem o direito à vida, em suas diversas espécies - infanticídio, aborto, planejamento familiar, controle de natalidade, etc - não se limitam à relação médico e paciente, convertem-se em polêmicas públicas. Dia-a-dia, setores

⁹ ALEXY, Robert. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 97.

¹⁰ ROZICKI, Cristiane. Disponível: <<http://objetodignidade.wordpress.com/2009/07/05>>. Acesso: 14 nov. 2013.

estranhos advogam o direito de intervir nas questões que colocam, à prova, o futuro da nação, dentre as quais, não se pode ignorar, o controle da natalidade. Nesse contexto, encontram-se os argumentos que oscilam entre a legalidade e a moralidade do aborto.

Em vários países, a difusão de campanhas sistemáticas contra a natalidade, por iniciativas dos próprios governos, em contraste não só com a sua identidade cultural e religiosa, mas também com a natureza do verdadeiro desenvolvimento. Em 1973, o Dr. Bernard Nathanson, obstetra americano, depois de ter praticado 5.000 abortos, tornou-se Diretor de Obstetrícia de um grande hospital em Nova York. Ainda assim, não deixa de considerar o aborto um inadmissível ato de violência, como se verifica no seu próprio testemunho:

Nós sistematicamente difamamos a Igreja Católica e suas “ideias socialmente retrógradas” e colocamos a hierarquia católica como o vilão que se opunha ao aborto. Esta música foi tocada incessantemente. Nós divulgávamos na mídia mentiras tais como: “todos sabemos que a oposição ao aborto vem da hierarquia e não da maioria dos Católicos” e “pesquisas comprovam que a maioria dos Católicos quer uma reforma na lei contra o aborto”. E a mídia martelava tudo isto sobre os americanos, persuadindo-os que qualquer um que se opusesse ao aborto permissivo deveria estar sobre a influência da hierarquia Católica. Os favoráveis ao aborto são esclarecidos e progressistas.¹¹

Segundo Nathanson, frequentemente tais campanhas se devem a pressões financiadas por capitais provenientes de outros Estados economicamente mais poderosos. Afirma tratar-se de uma falta de respeito pela liberdade de decisão das pessoas interessadas, não raro submetidas às pressões intoleráveis, principalmente as econômicas, quando as populações mais pobres tornam-se as principais vítimas de uma falta de assistência governamental.

Não se pode negar que o aborto é sempre visto como um tema controvertido. Poucas questões éticas são, hoje, objeto de uma discussão tão acirrada, quanto a do aborto. No entanto, verifica-se que enquanto os interesses oscilam, uns “a favor”, e outros “contra”, nenhum discurso tem sido suficientemente bem sucedido e capaz de modificar as opiniões das diversas correntes.

Conforme Ronald Dworkin, até 1967, o aborto era ilegal em quase todas as democracias ocidentais, com exceção da Suécia e da Dinamarca. Em seguida a Inglaterra passou a permitir que o aborto fosse legalmente praticado. Uma veemente mudança, operada com base em premissas sociais abrangentes ocorreu, sobretudo, quando a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu que as mulheres tivessem o direito

¹¹ NATHANSON, Bernard. Disponível em: <<http://www.opaodavida.hpg.ig.com.br/aborto.htm>>, - Acesso: 07/07/2009.

constitucional de abortar nos primeiros seis meses de gravidez, como no caso *Roe versus Wade*, em 1973.¹²

O caso Roe contra Wade, é sem dúvida, o mais famoso dos que já foram decididos pelo Supremo Tribunal dos Estados Unidos. (...) Os críticos mais implacáveis da sentença Roe dizem que o Tribunal autorizou o homicídio. Para eles, o feto é uma pessoa a partir do momento da concepção, e seu direito à vida é mais importante do que qualquer razão que uma mulher possa ter para matá-lo. Contudo, muitos dos críticos mais sofisticados adotam outro ponto de vista. Não argumentam que a opinião do tribunal sobre essas grandes questões filosóficas tenha sido um erro, mas que não lhe cabia, em absoluto, decidi-las em julgamento, pois a Constituição atribui às assembleias legislativas estaduais, democraticamente eleitas, e não aos juízes, que não são eleitos, o poder de decidir se e quando o aborto pode ser legítimo.¹³

Vários questionamentos são analisados por Dworkin, a partir do porquê de o aborto provocar tanta controvérsia. Indaga o autor se é porque o aborto envolve atos que violam algum direito à vida que se considera fundamental. Nessa turbulência, verifica-se que o aborto se encontra entre esses assuntos que se prendem não somente à lei, mas envolvem, sobretudo, o caráter ético da conduta humana que contraria a prudência, a moral e os costumes.¹⁴

Em 1978, o mundo se deparou com um fato que perpassou a lei e a ética: o nascimento do primeiro bebê de proveta, que colocou um novo problema com relação ao status da vida humana em seus primórdios. Louise Brown foi o primeiro ser humano a nascer de um embrião fertilizado fora de um corpo humano. O sucesso, atribuído a Roberts Edwards e Patrick Steptoe, demonstrou que a fertilização *in vitro* - FIV era possível. Afinal, uma pesquisa inédita, uma vez que, após vários anos de experiência com embriões, nenhum havia sobrevivido.¹⁵

Para o filósofo australiano, Peter Singer, essas argumentações confirmavam que muitas vidas foram destruídas nesses processos de fertilização. A certeza de que os embriões poderiam ser congelados e armazenados por muitos anos à espera do momento e do útero para sua implantação, deixava perplexos leigos e curiosos quanto à relação familiar futura. Tudo isso sem falar nos possíveis direitos sucessórios no caso do falecimento dos doadores. O que se constata, atualmente, é que a FIV, por diversas razões, é uma prática rotineira.¹⁶

¹² DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 141.

¹³ DWORKIN, 2003, p. 141-142.

¹⁴ DWORKIN, 2003, p. 143.

¹⁵ SINGER, Peter. *Tirar a vida: o embrião e o feto*. In: *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 146.

¹⁶ SINGER, 1998, p. 146.

Sobre a questão ética da Fecundação In Vitro, Antônio Carvalho, professor de fisiologia e biofísica da Universidade Federal do Rio de Janeiro e um dos responsáveis pelo Instituto de Bioengenharia Tecidual do Instituto do Milênio, tratando sobre as inovações da Bioengenharia, onde se comprova a morte de embriões, por um processo seletivo:

Novas tecnologias são constantemente desenvolvidas. Os embriões podem passar por um exame radiológico que denuncie a presença de anormalidades genéticas, sendo rejeitados sempre que essas anormalidades forem descobertas, e como predisse Edwards: 'vai ser cientificamente possível desenvolver embriões *in vitro* a tal ponto que, cerca de 17 dias depois da fertilização, eles desenvolvam células sanguíneas indiferenciadas que possam ser usadas para o tratamento de várias doenças sanguíneas não letais.¹⁷

Além disso, outras questões vêm sendo propostas, com a evolução da biotecnologia sobre reprodução humana fora dos parâmetros naturais. No campo da Bioética, a utilização das células-tronco traz também uma preocupação sobre a possibilidade de gerar um organismo adulto completo a partir de apenas uma célula. "No início do século XX vários embriologistas, entre eles os alemães Hans Spermann e Jacques Loeb começaram a decifrar os segredos das células-tronco por meio de experimentos com células de embriões", como lembra Singer.¹⁸

Neste entendimento, apesar dos diferentes discursos, a favor ou contra a utilização das células troncos, o que existe é apenas uma expectativa da utilização do cordão umbilical para fins terapêuticos de doenças degenerativas, como o mal de Alzheimer. "O potencial terapêutico das células-tronco não pode e nem deve ser desprezado. O não benefício da utilização das células-tronco sempre existe, mas é preciso distingui-lo do malefício. Este sim seria um problema".¹⁹

No Brasil, tratando-se da (i)legalidade do aborto, segundo Afonso da Silva, a temática foi um assunto que a Constituinte de 1987 não quis enfrentar, ante a tríplice divergência das correntes: a primeira queria assegurar o direito à vida desde a concepção; a segunda previa que a condição de sujeito de direito era adquirida com o nascimento com vida; a terceira entendia que a Constituição não devia tomar partido, deixando para a legislação ordinária a competência de permiti-lo ou proibi-lo.²⁰

Em se tratando da Legislação Penal brasileira, o aborto é presumidamente legal quando não há outro meio de salvar a vida da gestante ou, ainda, se a gravidez resulta de estupro: Código Penal – Decreto-Lei 2.848/1940. Art. 128. "Não se pune o aborto praticado

¹⁷ CARVALHO, Antônio Carlos C. Revista *Ciência Hoje* (SBPC), vol. 29, n. 172, junho de 2001. Disponível: <<http://www.comciencia.br/>> Acesso: em 10 fev 2013.

¹⁸ SINGER, 1998. p. 147.

¹⁹ CARVALHO, 2004.

²⁰ DA SILVA, 2004, p. 151.

por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Como se pode observar, a lei não diz que o aborto não é considerado crime nessas circunstâncias, apenas preceitua a isenção da pena e, ainda, se realizado por médico. As questões éticas encontram-se nessa linha divisória que se interpõe entre a ética e a lei. Inobstante a previsão legal, novas tecnologias são constantemente desenvolvidas.

Do ponto de vista de Singer, outros pesquisadores, especulando sobre os avanços do futuro, já se perguntaram “se algum dia chegaremos a ter bancos de embriões ou fetos que possam fornecer órgãos aos que deles necessitem”. Assim, verifica-se que o aborto e as experiências com embriões colocam questões éticas difíceis, pois o desenvolvimento do ser humano é um processo gradual.²¹

Durante o processo vital, aos 14 dias, é provável que o embrião não seja consciente, nem sinta dor. No outro extremo situa-se o ser humano adulto. Nesse sentido, matar um ser humano adulto equivale a um homicídio e, a não ser em circunstâncias especiais, trata-se de um ato resoluto e universalmente condenado. Contudo, na visão de Singer, “não existe uma linha divisória absolutamente nítida que separe o óvulo fertilizado do adulto. Daí o problema”. Assim, a questão ética do aborto se instala no momento da lacuna da lei.²²

Em contraste com a opinião de que a questão moral do aborto é um dilema sem solução, Singer tenta mostrar que, pelo menos dentro dos limites da ética não religiosa, existe uma resposta inequívoca: matar um feto humano é um erro. E aqueles que assumem um ponto de vista diferente estão simplesmente equivocados. De início, o autor apresenta uma forma de estudar a discussão do *status* do feto, que, para ele, terá implicações em duas questões correlatas: as experiências feitas com embriões e o uso do tecido fetal para fins medicinais.²³

Os testes clínicos realizados no mundo até o momento tiveram como objetivo principal afastar a possibilidade de malefícios. Até por este motivo não se realizaram ainda testes clínicos com as células-tronco embrionárias, pois ainda não há segurança de que se injetadas em pacientes no seu estado indiferenciado elas não possam levar ao surgimento de tumores.²⁴

Poder-se-ia dizer que uma resposta nesse sentido compreende mal a questão do potencial do feto humano e que esse potencial é importante não por criar no feto um direito ou uma reivindicação à vida, mas porque quem quer que mate um feto humano

²¹ SINGER, 1998, p. 147.

²² SINGER, 1998, p. 147.

²³ SINGER, 1998, p. 163.

²⁴ SINGER, 1998, p. 163.

está privando o mundo de um futuro ser racional e autoconsciente. Se os seres racionais e autoconscientes são intrinsecamente valiosos, matar um feto humano significa privar o mundo de um ser humanamente valioso, portanto, configura um erro.

Não é de hoje que muito se questiona acerca do aborto, como tema que se encontra em uma zona de transição entre o lícito e o ilícito, entre o que é legal e o que é regido pela moral. A prática abortiva, mesmo contrária à lei, no Brasil, reflete o número de abortos clandestinos que varia anualmente de dois a três milhões. Isso significa que, independentemente de a lei preceituar o aborto como crime, as mulheres abortam. Esse fenômeno é sempre muito preocupante, pois, em 1988, a Organização Mundial da Saúde – OMS chegou a declarar o Brasil como campeão mundial na realização do aborto clandestino, superando o número de nascimentos (2,77 milhões), o que corresponde a 10% do número de abortos no mundo inteiro²⁵.

Em matéria de autoria de Genival França (2004, p. 29-36), o professor Jroéme Lejeune, pesquisador da Universidade René Descartes, de Paris, especialista em Genética Fundamental e descobridor da causa genética da Síndrome de *Down*, aborda uma questão, que, há menos de uma década tem sido manchete nos meios de comunicação: a questão dos fetos anencéfalos, que poderia ensejar o aborto eugênico (denominação doutrinária, equivalente ao aborto necessário).²⁶

Os fetos que apresentam problemas, as crianças que nascem doentes, com síndrome de *Down*, por exemplo, têm todo direito de viver, o mesmo direito dos seres humanos considerados 100% saudáveis. Os defensores do aborto dizem que o feto na barriga da mãe, especialmente nas primeiras semanas da gravidez, ainda não é pessoa, ainda não vive. Isso é uma distorção da **verdade científica**. (grifo do autor)

Este mesmo cientista, após lhe ser perguntado se o aborto eugênico não seria uma prática em favor da criança, sentenciou:

O aborto resolve o problema dos pais, não o dos filhos. É ingênuo acreditar que os pais defendem o aborto porque o feto tem um problema irreversível. Na verdade, essas pessoas se servem das doenças detectadas pelos modernos exames pré-natais, para que tenham o direito de se verem livres de uma criança com malformação, para não terem problema.²⁷

De fato, não se pode negar que o diagnóstico de deficiência física ou mental do filho que está para nascer consiste num abalo difícil de ser superado por qualquer casal. Mas nada é mais importante do que comentário de quem lida diariamente com o "problema". Assim, com muita propriedade, arremata:

²⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. Aborto: Breves reflexões sobre o direito de viver. *Bioética*. Brasília, v. 2, n 1, p. 29-36, 1994. (Semestral)

²⁶ FRANÇA, 1994, p. 30.

²⁷ FRANÇA, 1994. p. 32.

O nascimento de uma criança, com problemas mentais ou físicos, é uma revelação terrível. Os pais sofrem profundamente e este sofrimento pode levar a duas situações: uma é a reaproximação do casal, que se une como nunca. Outra possibilidade é os pais não suportarem o golpe e aí a família se quebra. Mas a experiência mostra que há menos divórcios nas famílias cujos filhos têm deficiência do que nas famílias com filhos normais.²⁸

No Brasil, há dez anos, deu-se início a uma série de decisões sobre alguns Habeas Corpus em favor do nascituro, no caso de fetos anencéfalos. Aos 17 dias do mês de fevereiro do ano de 2004, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça aprovou por unanimidade o parecer da Ministra Relatora, Laurita Vaz, pelo deferimento do HC 32159. Foi a primeira vez que o STJ se pronunciou sobre o aborto eugênico.²⁹ Nesse caso, a Ministra fundamentou sua decisão no princípio da razoabilidade, comprovando, assim, que a vida intrauterina existe. A Ministra daquela Corte decidiu favoravelmente à vida ainda não nascida, como se verifica na ementa:

HCNº 32.159 - (2003/0219840-5) EMENTA
HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

Contudo, na data de 4 de março do ano de 2004, o Supremo Tribunal Federal, por decisão unânime, julgou o *Habeas Corpus* prejudicado em razão de um fato que já havia ocorrido: o nascimento do feto encefálico, embora tenha vivido apenas poucos dias. Em consequência, a ação tinha perdido seu objeto. Outros *Habeas Corpus* se seguiram em defesa de fetos anencéfalos, mas a Jurisprudência começou a se formar a partir do HC 32.159/2004.

Considerações Finais

O trabalho discorreu sobre o direito à vida, destacando-o como um direito insculpido no próprio texto constitucional; e como um direito fundamental, pois é inerente a todo o ser humano. É redundante dizer que a vida é protegida pela Constituição Federal, pois, como um bem mais fundamental dentre os direitos fundamentais, ela transcende e excede todo o corpo normativo da Lei Magna do país.

No caso do aborto, quando excepcionalmente a lei o permite, não o descaracteriza como crime, apenas deixa de punir o(a) médico(a) que o realiza, quando em razão do

²⁸ FRANÇA, 1994, p. 35.

²⁹ Convém esclarecer que aborto eugênico é uma expressão utilizada pela Doutrina. Considera-se que em razão da anomalia irreversível, a interrupção da gravidez poderá ser determinada pelo Poder Judiciário, casos em que seria autorizado o aborto a ser realizado por médico, obedecendo aos procedimentos legais.

estupro ou em defesa da saúde da mãe, considerando sempre o valor irrefutável da própria vida, conforme o artigo 128, do Código Penal. Ou seja, na legítima defesa, ou no estado de necessidade, quando o bem vida (do filho) se perde em troca de outro bem de igual valor – a própria vida da mãe.

Quando se fala sobre o aborto, a primeira pergunta que se ouve é sobre o posicionamento: se a favor, ou contra. Não é nestes termos que se trata de questão tão polêmica. O ato abortivo é quase sempre acompanhado por muito sofrimento. As mulheres que o praticam afirmam que existe sempre a experiência de vazio, tristeza, ainda que, conscientemente, tenham encontrado no aborto uma solução imediata e uma espécie de alívio, nas circunstâncias em que se encontravam.

No entanto, verifica-se que, em sentido contrário, a proibição do aborto não tem contribuído em nada para minimizar sua prática, nem tampouco o sofrimento de inúmeras mulheres que passam por essa experiência em condições de extrema insegurança e abandono. E, apesar do amparo da lei, ou contra esta, nas mais diversas partes do mundo e em qualquer época da história da humanidade, as mulheres abortaram e ainda abortam.

A questão do aborto, sob o aspecto ético, deverá ser tratada a partir da conscientização do problema. A sociedade contemporânea é desafiada pelas novas tecnologias, resta usar sensatez: procurar procedimentos médicos e, quando necessário, buscar a tutela jurisdicional. Lembrar, ainda, a título de aconselhamento pastoral, no grande evento religioso de 2013 – Jornada da Juventude - o Papa Francisco clamou por “misericórdia” para as mulheres que praticam o aborto.

Por fim, é importante lembrar que é preciso coerência em defesa da vida, pois quem é contra o extermínio da vida, seja pela pena de morte, o suicídio assistido ou a pena de morte não pode ser favorável ao aborto. Com relação ao segmento que deseja a liberação do aborto, alerta-se sobre o risco de excluir da proteção legal o direito à vida de seres humanos frágeis e indefesos, o que contraria os princípios aplaudidos e consagrados nos direitos fundamentais do homem.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria Dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23 ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

CARVALHO, Antônio Carlos C. *Revista Ciência Hoje (SBPC)*, v. 29, n. 172, junho de 2001. Disponível: <<http://www.comciencia.Br/>> Acesso: em 10 fev. 2013.

DA SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DALLARI, Dalmo de ABREU. 2003. *Viver em Sociedade: direito à vida*. (Palestra). Disponível em: <file:///A:Viver em sociedade direito à vida. htm>. Acesso: 27.07.2004.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da Vida*. Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FRANÇA, Genival Veloso de. Aborto: Breves reflexões sobre o direito de viver. *Bioética*. Brasília, v. 2, n 1, p. 29-36, 1994. (Semestral).

NATHANSON, Bernard. Disponível em: <<http://www.opaodavida.hpg.ig.com.br/aborto.htm>>, (Acesso: 07.07.2009)

ORGEL, Leslie E. *As Origens da Vida*. Moléculas e Seleção natural. Brasília: UNB, 1973.

ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria Geral do Processo*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

ROZICKI, Cristiane. Disponível: <http://objetodignidade.wordpress.com/2009/07/05>. Acesso: 14/11/2013.

SINGER, Peter. *Tirar a vida: o embrião e o feto*. In: *Ética Prática*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

[Recebido em: novembro de 2013

Aceito em: abril de 2014]