

# A PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO DEBATE SOBRE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO

Marcela Veloso Xavier Amado<sup>1</sup>

Sumário:

; 1. Introdução; 2. Hermenêutica Constitucional; 3. Os Princípios Constitucionais e os Direitos Fundamentais aplicados Ao abortamento; 3.1 - A Dignidade Humana e o Direito à Liberdade; 3.2 – O Direito à Saúde; 3.3 - O Direito ao Planejamento Familiar; 3.4 – A Vedação à Discriminação; 3.5 – O Direito à Vida; 4. A Discussão sobre o Aborto na Constituinte; 5. Conclusão; Referências Bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

A temática do abortamento é uma das maiores polêmicas que a sociedade brasileira enfrenta na atualidade. Seu estudo e compreensão representam, assim, um grande desafio a ser enfrentado pelos legisladores e operadores do Direito, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo.

Fato é que os recentes avanços técnicos conquistados nas áreas da genética e da reprodução humana colocam o homem diante de suas próprias convicções sobre o valor da vida, propondo questionamentos inexistentes em tempos não muito distantes.

No que concerne ao aborto, essa nova realidade suscita profundos conflitos entre interesses juridicamente tutelados, demandando uma análise bem mais profunda da teleologia dos sistemas jurídicos existentes, para a compreensão de seus princípios mais caros, de sua sistemática, de sua hermenêutica e da forma como o Direito se efetiva na sociedade.

O tema eleito para o presente estudo costuma, em virtude de sua natureza, ser impregnado por convicções morais, religiosas e transcendentais. Isso, por vezes, dificulta um debate consciente acerca do aborto, impedindo a análise racional deste que é, primeiramente, um fato social.

O que se pretende, neste estudo, é ultrapassar, na medida do possível, essas barreiras, que tornam turvos os argumentos apresentados sobre a temática, a fim de sustentar posições embasadas por entendimentos cientificamente construídos e, portanto, racionalmente refutáveis, para que reste sempre preservada a possibilidade de debate e de construção dialética de novas idéias.

Para tanto, o presente trabalho inicia-se discorrendo sobre os ensinamentos doutrinários sobre a interpretação das normas constitucionais, sobretudo no que se refere aos conflitos de princípios fundamentais.

Em seguida, apresentar-se-ão os argumentos empregados pelas correntes favoráveis e contrárias à legalização do aborto no Brasil, explicitando os fundamentos constitucionais invocados.

Por fim, apresentar-se-á um posicionamento frente à temática, construído por meio da hermenêutica, que possibilita o enfrentamento e a resolução dos aparentes conflitos entre os direitos fundamentais que permeiam o estudo sobre o aborto.

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, especialista em Direito Público pela PUC-MG e especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Mendes Pimentel.

## 2. HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL

O debate referente à legalização do aborto é comumente travado sob a perspectiva constitucional. Muitos são os princípios e direitos constitucionais evocados para dar embasamento jurídico às posições divergentes; sobretudo os chamados “direitos fundamentais”, listados, principalmente, no art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CR/88 - são utilizados como pilares de argumentação.

Em vista disso, inúmeros são os conflitos suscitados entre esses direitos fundamentais constitucionalmente garantidos. Encontram-se, em princípio, na CR/88, argumentos capazes de dar suporte a qualquer dos entendimentos que se pretenda sustentar. No entanto, o que se buscará demonstrar aqui é que, examinados mais detidamente, tais conflitos se revelam apenas aparentes. Podem, portanto, ser solucionados com o emprego dos métodos fornecidas pela hermenêutica constitucional.

A respeito dos direitos fundamentais, ensinam Araújo e Nunes Júnior (2005, p. 109-110):

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e solidariedade). Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se, assim, uma classe de direitos. Nessa medida possuem peculiaridades individualizadoras, que forjam traços diferenciais das demais categorias jurídicas.

Mais adiante, os mesmos autores traçam as características dos princípios fundamentais. Inicialmente, eles citam a **historicidade**, arguindo que a categoria jurídica em comento é resultado de uma cadeia evolutiva. Em seguida, afirmam sua **universalidade**, pois tais princípios são destinados a todos os homens, constituindo uma preocupação generalizada da raça humana. A característica de **irrenunciabilidade** enuncia que os indivíduos não podem dispor de seus direitos fundamentais. Podem, temporariamente, deixar de exercê-los, mas não dispor deles. O predicado da **concorrência** indica que esses direitos podem ser “acumulados”. Isso quer dizer que, em um mesmo titular, podem acumular-se diversos direitos, de forma que uma única situação seja regulamentada por mais de um preceito constitucional.

Tratam ainda do que chamam de **limitabilidade** dos direitos fundamentais, no sentido de não serem eles absolutos. Com isso, querem significar que, por vezes, dois direitos fundamentais podem chocar-se, hipótese em que o exercício de um implicará na invasão do âmbito de proteção do outro. Explicam, então, que, nesses casos, a convivência dos direitos em colisão exige um regime de cedência recíproca.

Nesse sentido, ensinam Canotilho e Moreira (1991, p 134):

No fundo, a problemática da restrição dos direitos fundamentais supõe sempre um conflito positivo de normas constitucionais, a saber, entre uma norma consagrada de certo direito fundamental e outra norma consagrada de outro direito ou de diferente interesse constitucional. A regra de solução do conflito é da máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental ou outro interesse constitucional em causa.

Por conseguinte, a restrição de direitos fundamentais implica necessariamente em uma relação de conciliação com outros direitos ou interesses constitucionais e exige necessariamente uma tarefa de ponderação ou de concordância prática dos direitos ou interesses em conflito. Não se pode falar em restrição de um determinado direito

fundamental em abstrato, fora da sua relação com um concreto direito fundamental ou interesse fundamental diverso.”(grifo nosso).

Esclarece ainda Moraes (1999, p.58):

Os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição Federal, portanto, não são ilimitados, uma vez que encontram seus limites nos demais direitos igualmente consagrados pela Carta Magna (princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas).

Desta forma, quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.(grifo nosso).

Em face do exposto, percebe-se que, por vezes, o conflito entre direitos fundamentais constitucionalmente garantidos será inevitável no caso concreto. Assim, deve-se sempre buscar compatibilizá-los, por meio dos métodos hermenêuticos disponíveis. Será necessário, a essa altura, restringir o âmbito de aplicação de um ou ambos os direitos conflitantes, promovendo uma ponderação entre eles, para assegurar sua coexistência recíproca, e observando sempre a teleologia da Constituição.

Se, ainda assim, for impossível a harmonização entre os direitos em choque, deverá ser reconhecido peso maior a um deles, cuja solução melhor se conforme à sistemática constitucional. É o que afirma Carvalho (2005, p. 252-253):

Destaca-se, no domínio da interpretação da Constituição, o mecanismo denominado de ponderação dos bens e valores, utilizados para a solução de tensões ou conflitos entre normas. Busca-se com isso identificar, na hipótese de colisão entre pelo menos dois princípios constitucionais, qual bem jurídico deverá ser tutelado. Delimita-se, com isso, o âmbito de proteção de uma norma constitucional estabelecendo uma linha de demarcação entre o que ingressa nesse âmbito e o que fica fora. Haverá assim o reconhecimento de um peso maior a determinado princípio constitucional em confronto com outro, se não for possível antes harmonizá-los, considerando o princípio da unidade da Constituição, que constitui um sistema orgânico, em virtude do qual cada parte tem de ser compreendida à luz das demais.” (Grifo nosso)

Tendo em vista os ensinamentos esposados sobre a interpretação constitucional, torna-se importante analisar agora os princípios e direitos empregados para balizar os diferentes posicionamentos acerca da possibilidade jurídica de legalização do aborto no sistema brasileiro, o que se fará a seguir.

### **3. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS APLICADOS AO ABORTAMENTO**

#### **3.1 - A Dignidade Humana e o Direito à Liberdade**

A dignidade humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, traz em seu bojo, vários direitos da personalidade que são a ele inerentes, como o direito ao próprio corpo, à integridade física, à liberdade, à autodeterminação, à privacidade, à imagem, à honra e mesmo à própria vida. Dessa forma, é impossível compreender sua evocação nas discussões sobre o aborto sem adentrar o âmbito de atuação desses direitos fundamentais a ele associados.

Em vista disso, Rodrigues (1999, p.114) argumenta que a gravidez, quando indesejada, atenta contra a dignidade da mulher na medida em que esta submete toda a sua vida a uma situação que não foi fruto de sua vontade, limitando o domínio que exerce sobre seu próprio corpo e sua capacidade de autodeterminação. Ele defende, portanto, que a incriminação das práticas abortivas constitui uma afronta ao direito fundamental da liberdade, previsto na CR/88 como cláusula pétrea.

Soares (2004) sustenta que o aborto deve ser sempre uma opção da mulher, visto que a gravidez lhe traz, como consequência, uma série de modificações físicas e psicológicas, às quais não se deve submeter, a não ser por sua própria escolha. Nessa esteira, o mencionado autor critica a incriminação do aborto, que deixa às mulheres, como único recurso, a clandestinidade, limitando sua capacidade de autodeterminação.

A tutela constitucional à liberdade religiosa, constante no art. 5º, inciso VI da CR/88, é outro direito frequentemente invocado. Jarschel (2004) argumenta que, apesar de as democracias ocidentais terem por característica a separação entre o Estado e a religião, suas leis continuam submetidas ao controle religioso, em que a sexualidade e a reprodução, aspectos da vida privada, são mantidas na esfera pública, sob o domínio das leis.

Utiliza-se ainda o argumento da liberdade sexual, no sentido de que a descriminalização das práticas abortivas é fundamental para promover a “desvinculação da reprodução à sexualidade e, conseqüentemente, o direito ao prazer” (SOARES, 2004). Já quanto ao princípio da igualdade, Rodrigues (1999, p. 112) afirma que reconhecer às mulheres o direito ao aborto é fundamental para a verdadeira igualdade entre os sexos.

Esse autor argumenta, em sua obra, que, quando não existe uma família estruturada e condições econômico-financeiras para receber uma criança ou quando se trata de gravidez indesejada ou de feto portador de grave anomalia, o princípio da dignidade humana pode autorizar a prática do aborto, visto que as condições de vida daquele que foi concebido em semelhantes condições dificilmente poderiam ser consideradas dignas. Desse raciocínio, Rodrigues conclui que, “quando elas crescem, estas crianças têm uma série de desvantagens e, muitas vezes, são inclinadas a ter um comportamento brutal contra outras pessoas”, relacionando, assim, crianças originadas de gestações indesejadas a uma maior propensão à criminalidade.

De outro lado, Silveira (2004), cujo posicionamento é contrário à legalização do aborto, sustenta que a manutenção da gravidez não tem o condão de diminuir a dignidade da mulher, mas, antes, contribui para sua valorização social, na medida em que ela estará demonstrando respeito por valores constitucionais extremamente caros, como são a vida e a maternidade.

Complementando esse raciocínio, o mencionado autor argumenta que o nascituro também é um ser humano, revestido dos mesmos direitos inerentes ao fundamento constitucional da dignidade humana, razão pela qual seus direitos não podem ser inteiramente suprimidos, com a eliminação de sua vida, em favor dos direitos da mulher.

Ele considera, assim, inadmissíveis os argumentos concernentes à liberdade, ao domínio da mulher sobre seu próprio corpo e à autodeterminação feminina, visto que “o ser humano, no ventre materno, possui vida própria protegida pela ordem jurídica, diferente da de sua mãe, que dele não pode dispor conforme lhe aprouver ou a ela for mais conveniente, principalmente no extremo gesto de eliminá-lo” (SILVEIRA, 2004).

Quanto ao direito à liberdade sexual, defende Diniz (2001, p. 135-136) que, “como todo direito impõe obrigações, que constituem seus limites no exercício dos direitos reprodutivos, os casais e os indivíduos devem considerar as necessidades de seus filhos nascidos e por nascer, bem como seus deveres para com a comunidade.”

### **3.2 - O Direito à Saúde**

O direito à saúde, por sua vez, também permeia os debates sobre a legalização do aborto, sendo conceituado pela Organização Mundial da Saúde - OMS - como o bem-estar físico, mental e psicológico.

Quanto ao bem-estar físico, a corrente favorável à permissão das práticas abortivas sustenta que sua incriminação, além de ser ineficaz para proteger a vida do feto, termina por obrigar as mulheres a amparar-se em métodos clandestinos de abortamento. Nesse sentido, Neto (2004) afirma que tais abortos, realizados em condições precárias de técnica e higiene, terminam por prejudicar a saúde das mulheres, que são, muitas vezes, levadas às pressas para os hospitais públicos em decorrência das complicações advindas de meios abortivos inadequados.

Quanto ao bem-estar mental e psicológico, os que adotam a postura pró-aborto salientam que a obrigação de levar a termo uma gravidez indesejada, sendo frequentemente abandonada pelo parceiro e condenada pela família e pela sociedade, gera graves consequências para o equilíbrio psicológico da mulher. Eles denunciam os danos causados pela transformação involuntária do corpo feminino à autoimagem e à autoestima da mulher. Alegam ainda, conforme escreve Soares (2004), que a clandestinidade em que são realizadas as práticas abortivas é a grande responsável pelos traumas psicológicos enfrentados por algumas mulheres que optam pela interrupção da gravidez.

Aqueles que são contrários ao aborto, a seu turno, atestam que as consequências desse procedimento para a saúde da mulher são, tanto do ponto de vista físico quanto do psíquico, frequentemente, mais severas do que aquelas decorrentes do transcurso normal da gestação. Nesse sentido, registra Bettencourt (2004) que “o aborto fere não somente a criança, mas também a genitora, pois a mulher tem o senso de maternidade congênito e sofre por longos anos o trauma de ter matado o seu filho”.

### **3.3 - O Direito ao Planejamento Familiar**

O direito ao planejamento familiar é arguido pelos defensores da liberação do aborto no sentido de que os casais têm direito de decidir o número de filhos que vão ter e qual o melhor momento para gerá-los. O exercício pleno desse direito, segundo esses, só é possível com o fim da proibição do aborto, que permitirá o controle efetivo dos casais sobre sua prole. Ainda de acordo com esse entendimento, o aborto está intimamente ligado à idéia de paternidade responsável, visto que permite que nasçam apenas os filhos que os pais julgarem ter condições de bem criar e educar.

Almeida (2000, p. 248) posiciona-se contrariamente a esse entendimento, afirmando que o direito previsto no art. 226 da CR/88 não engloba a adoção de práticas abortivas, visto que estas não são medidas de planejamento, pois a vida do feto já é existente. Na mesma esteira, defende Diniz (2001, p.135-36) que “há liberdade para criar a vida, mas não para destruí-la, harmonizando o direito à vida e o direito à liberdade do casal de planejar a família.”

### **3.4 - A Vedação à Discriminação**

Diante do art. 3º, inciso IV, da CR/88, que veda todo tipo de discriminação, a corrente pró-aborto entende ser discriminatória a tipificação penal do aborto, sob dois fundamentos. O primeiro deles, defendido por Rodrigues (1999), sustenta que tal norma penal afeta somente as mulheres pobres, pois somente elas não têm o devido acesso aos meios contraceptivos e não têm condições de arcar com os custos de realização do aborto em clínicas clandestinas especializadas, ficando injustamente condenadas a optar por saídas indesejáveis.

Sob a outra perspectiva, Martin Júnior (2004) afirma que o caráter discriminatório advém do fato de que somente as mulheres pobres, geralmente negras e mal informadas, são denunciadas pela prática desse crime.

A corrente contrária ao aborto reage arguindo que a injustiça social existente em nosso país não se limita à questão do aborto, mas atinge, irrestritamente, as mais diferentes temáticas.

Tendo em vista a fragilidade das normas penais brasileiras, afirmam ainda os defensores da legalização do aborto que, diante dos muitos abortos realizados clandestinamente no Brasil, melhor seria descriminalizar a conduta, a fim de sanar o constante desrespeito ao Direito posto. Além disso, alega-se que a impossibilidade de fiscalização do Estado retira a eficácia da norma, impedindo-a de cumprir os objetivos para os quais foi criada.

### 3.5 - O Direito à Vida

Mas é a proteção constitucional à vida, por ser pressuposto fundamental de todos os demais direitos e interesses tutelados pelo ordenamento jurídico, que constitui o ápice de toda a discussão.

Aqueles que são favoráveis ao aborto afirmam que se, por um lado, a tipificação do aborto com crime visa a proteger a vida do embrião, esse instituto penal termina por condenar a vida das mulheres. Isso, segundo eles, dá-se de diferentes formas. Primeiro porque, não raro, as mulheres são forçadas a renunciar completamente às suas vidas em favor de um filho que não desejavam ter. Ademais, alegam, nas palavras de Jarschel (2004), que ocorrem “inúmeras mortes de mulheres que provocam o aborto clandestinamente”.

Os que são contrários à realização do aborto afirmam, como Amadei (1997), que “nosso ordenamento jurídico constitucional reconhece o ‘direito à vida’ de modo incondicional, sem meios termos, sem distinções (vida intra-uterina ou vida extrauterina; vida nova ou vida velha; vida doente ou vida sadia ; vida curta ou vida longa)”.

LLUSIA (1979, p. 17) argúi ainda a independência entre a vida do feto e a da gestante:

“Esta es una independencia genética. (...) pero ya desde el momento mismo em lãs dos células sexuales se reúnen para formar uma célula hija, (...) está estabelecida uma línea de herencia, que hará que aquel individuo sea um ser nuevo, distinto del padre e la madre(...) Ningún biólogo duda hoy día de que em el momento mismo de la reunión de los gametos se há engendrado ya uma vida nueva e independiente.”

## 4. A DISCUSSÃO SOBRE O ABORTO NA CONSTITUINTE

ALMEIDA (2000, p. 246) ressalta que “a Constituição atual deu mais ênfase a esse direito (a vida), pois a de 1967/69 apenas assegurava a inviolabilidade *dos direitos concernentes à vida* e não ao próprio direito à vida”. Pouco mais adiante, ele afirma que a CR/88 “parece não admitir o aborto, o que decorre de sua análise sistemática”.

Silva (1989, p.181), identifica três tendências na Assembléia Constituinte formada para dar origem à atual ordem constitucional brasileira:

“Uma queria assegurar o direito à vida desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou recebesse, responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vetando, nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento. Tudo vai depender da decisão sobre quando começa a vida. A nós nos parece que no feto já existe vida humana.”

Revela-se, portanto, decisiva a investigação sobre o momento em que se inicia a vida humana para o melhor entendimento da questão aqui proposta.

Nesse sentido, já se pronunciava um relatório patrocinado pela Faculdade de Harvard Divinity e pela Fundação Kennedy, publicado pela Conferência Internacional sobre o Aborto ainda no ano de 1967, em cuja página 39 consta que: “*o potencial para o futuro desenvolvimento da pessoa humana é tão grande no óvulo fecundado quanto no embrião, no feto, no prematuro, no infante e na criança.*”

Gilbert (1963, p. 20) expressa a presença de vida humana no óvulo fecundado nestes termos: “*(...) para cada um de nós, a vida começa em um instante despercebido, obscuro e sem nobreza, quando o espermatozóide mergulha dentro de um óvulo maduro.*”

É nesse sentido também a conclusão de Almeida (2000, p 112):

A fecundação é, portanto, o marco inicial do desenvolvimento humano, que só estará completo na idade adulta. Esse desenvolvimento se faz de maneira contínua, mas é passível de ser dividido em etapas marcantes, como a implantação, o período embrionário, o período fetal, o nascimento, a primeira infância, a segunda infância e a puberdade.

Por todo o exposto, resta demonstrado que ***a vida humana tem início com a fecundação.*** Atualmente, a genética e a embriologia oferecem um relato bastante detalhado sobre o desenvolvimento da vida humana, que começa com a união do óvulo e do espermatozóide e continua a crescer até o nascimento do bebê. O desenvolvimento do ser concebido, que continua ininterruptamente na criança recém-nascida, revela que a vida humana está presente desde a concepção.

## 5. CONCLUSÃO

Diante de todo o estudo dialético realizado até aqui, forçoso agora é apresentar as conclusões alcançadas por meio da contraposição das diferentes idéias que permeiam o cenário em que se desenvolve a discussão sobre a possibilidade ou a impossibilidade de legalização do aborto no sistema jurídico brasileiro.

Há de se perceber, a esse ponto, que o exercício da liberdade e das escolhas individuais esbarra e sempre encontra limites em outras liberdades e outros direitos, visto que vivemos todos em uma sociedade livre, na qual convivem e coexistem liberdades distintas, que interagem. Eis aí o princípio da relatividade ou convivência das liberdades públicas. Assim, importante para a solução jurídica da questão é a existência de outra vida humana, inteiramente distinta da vida da gestante. O feto, embora necessite da gestante para manter-se vivo, não é parte integrante desta, mas, desde então, uma nova vida.

Esclarecido esse ponto, resta ainda consignar que, a todo direito corresponde um dever, e a toda escolha, uma responsabilidade. Os direitos à liberdade e à autodeterminação, bem como os direitos sexuais, constitucionalmente garantidos a todos, não fogem a essas regras. Em sendo assim, e retomando o ponto central deste trabalho, claro é que tais direitos são exercidos pela mulher em momento anterior à concepção, a cada vez que ela opta por ter relações sexuais, das quais pode resultar uma gravidez. A mulher deve ser livre para escolher quando, como e com quem deseja ter relações sexuais e, dessa forma, determinar-se conforme sua opção. É aí que se concretiza o domínio que ela exerce sobre seu próprio corpo, considerando-se, inclusive, que, dessa relação sexual, pode advir uma gravidez - mesmo se utilizados métodos anticoncepcionais, que jamais são totalmente seguros - que modificará profundamente o corpo feminino. Todas as vezes que tem relações sexuais, a mulher -

juntamente com seu parceiro, por óbvio - assume o risco de produzir o resultado fecundação, dando início a uma nova vida, diferente da sua própria, da qual não poderá dispor livremente.

Da mesma forma, não seduz a idéia de que a tipificação penal do aborto constitui limitação inconstitucional à liberdade religiosa. A incriminação do aborto, se corretamente compreendida, vincula-se, antes, à proteção e ao respeito devidos à vida humana intrauterina, e não a qualquer fundamento de ordem religiosa ou transcendental. O que está em pauta são conflitos de direitos, que, como tais, devem ser solucionados racionalmente, sem menção a concepções religiosas, sempre pessoais.

Ainda quanto ao direito à liberdade, resta uma última observação, relativa à intenção de se “desvincular” a sexualidade da reprodução, a fim de possibilitar o que denominam “direito ao prazer”. À ponderação que se segue cabe a advertência, pois ela escapa um pouco do campo estritamente jurídico.

Esquecem-se os defensores dessa tese de que nem tudo pode ser modificado pela simples inserção ou exclusão de normas do ordenamento jurídico. A relação existente entre o sexo e a reprodução é um fato da natureza, uma característica inerente à condição humana. Os avanços científicos, principalmente no que concerne à contracepção, permitiram ao homem exercer considerável controle sobre o sexo e a reprodução, o que não significa que seja possível, por meio da legalização do aborto, “dissociar” esses dois acontecimentos. É inadmissível e reveladora de profundo egoísmo a evocação do direito ao aborto - que resulta no extermínio de uma vida - com o único escopo de viabilizar o exercício despreocupado da atividade sexual exclusivamente em favor do prazer individual. Conforme já salientado, os direitos individuais não são ilimitados. Ao contrário, é lícito que sua abrangência seja determinada pela existência de outros direitos, que devem ser observados.

A arguição referente à realização de verdadeira igualdade entre os sexos parece, por sua vez, desconsiderar a existência de reais e profundas diferenças entre homens e mulheres. São distinções físicas e biológicas inafastáveis, também decorrentes da própria natureza humana, escapando ao comando do Direito. Exterminar vidas inocentes não pode ser aceito como um caminho para promover, artificialmente, uma suposta “igualdade” que a natureza não prestigiou.

No que diz respeito ao planejamento familiar, colocamo-nos ao lado do entendimento de Almeida (2000). No art. 226, § 7º, a CR/88 ampara a anticoncepção, categoria em que não se enquadra o aborto. Isso porque a idéia de planejamento familiar implica providências anteriores à geração de filhos, ou seja, não se aplica às hipóteses em que uma nova vida já foi gerada, pois, nesse caso, a expansão da família já é um fato concreto.

Os direitos fundamentais têm por característica a universalidade e a limitabilidade, conforme explica Araújo (2005). Pelo princípio da universalidade, são os direitos fundamentais reconhecidos a todos os seres humanos, sem qualquer espécie de restrição. O princípio da limitabilidade, por sua vez, preceitua não serem absolutos, na medida em que diminuem seu âmbito de aplicação sempre que necessário, para possibilitar a convivência com os demais direitos constitucionais. Dessa forma, sendo certo que o nascituro, ser humano vivo, goza dos mesmos direitos fundamentais titularizados pela gestante; somente procedendo-se à devida ponderação entre eles é que será possível “identificar (...) qual bem jurídico deverá ser tutelado” (CARVALHO, 2005, p. 252-253), de modo que se solucione o conflito por meio da “máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos e da mínima restrição compatível com a salvaguarda adequada de outro direito fundamental” (CANOTILHO, 1991, p.134).

O conflito aqui desenhado dá-se, supostamente, entre o direito à liberdade da mulher e o direito à vida do nascituro. Reconhecer à gestante, com base em sua liberdade, o direito de realizar o aborto resultaria em condenar à morte o ser humano em gestação, o que, em última análise, seria a supressão total de todos os direitos a ele garantidos pela Constituição.



Ora, a doutrina ensina que devemos buscar sempre a “harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros” (CANOTILHO, 1991, p.134). Assim, mesmo aos que entendem que a proibição do aborto fere o direito feminino à liberdade e à autodeterminação, recomenda a boa hermenêutica que se tolere a restrição desses direitos pelo período gestacional, a fim de evitar-se o sacrifício total e irremediável do direito fundamental do feto à vida, o que, por decorrência lógica, esvaziaria também todos os demais direitos a ele garantidos pela ordem jurídica.

Na tentativa de sustentar o direito ao aborto, seus defensores alegam também faltar dignidade à vida de algumas crianças, em razão das situações desfavoráveis - do ponto de vista físico, econômico-financeiro ou afetivo - em que foram concebidas ou nascidas.

Assevera-se, entretanto, não ser possível avaliar aprioristicamente a dignidade ou a indignidade de uma vida. Negar a esses seres humanos, em razão do infortúnio já aparente em suas vidas, o direito de vivê-las, é aumentar-lhes a lamúria e esvaziar ainda mais sua dignidade humana. Estaríamos, com tal atitude, julgando que tais seres humanos não são, em razão de sua situação desprivilegiada, suficientemente humanos para gozar do direito à vida. Em outras palavras, a permissão para abortá-los decorreria de um processo de “desumanização” de sua existência, despiando-lhes da dignidade humana inerente a toda pessoa. Essa idéia é repugnante e não merece ser admitida.

As limitações que acometem um ser humano, seja qual for sua natureza, não têm o condão de diminuir-lhe a humanidade, nem tampouco de condená-lo, irremediavelmente, à infelicidade, como parecem sugerir os defensores do aborto. O inciso I do art. 3º da CR/88 revela ser um dos objetivos fundamentais da República a construção de “uma sociedade livre, justa e solidária”. Os artigos 227, § 1º, II, e 203, IV, por sua vez, garantem proteção constitucional especial aos deficientes físicos. Diante disso, só se pode concluir que a solução constitucionalmente legítima para evitar as condições indignas a que muitas vidas são submetidas não corresponde a sua eliminação ainda no ventre materno, mas, ao contrário, à aceitação e inclusão social dessas pessoas e à efetivação das normas constitucionais supramencionadas. Essa, embora não seja a mais fácil - como, aliás, é típico das boas escolhas -, parece ser a verdadeira saída para a solução do problema. É dever da sociedade e do Estado garantir a todos condições mínimas de trabalho, sobrevivência e dignidade humana. Igual dever constitui a inclusão social dos deficientes físicos.

O argumento segundo o qual crianças advindas de gestações indesejadas, acabam, frequentemente, tornando-se jovens delinquentes e fontes dos mais variados problemas sociais também não merece acolhida. Apesar de ser esse um problema sério, com graves implicações, permitir o aborto equivaleria, em última análise, à eliminação de pessoas consideradas “socialmente indesejáveis”. Diante de uma Constituição que proíbe a pena de morte até mesmo no caso de crimes hediondos, seria ilícito condenar à morte os nascituros, que não cometeram crime algum. Julgar aquele que ainda nem deixou o ventre materno, tomando-o por criminoso antes mesmo que venha a nascer, desrespeitaria os princípios mais básicos do Estado de Direito, a começar pela presunção de inocência, constante no art. 5º, LVII, da CR/88.

Outra infeliz questão que se apresenta é o fato de muitas gestantes submeterem-se a métodos inseguros para praticar o aborto na clandestinidade, causando, além da morte do feto, prejuízos à sua própria saúde.

Neste ponto, vale consignar uma importante observação quanto às informações referentes aos dados estatísticos e números absolutos que pretendem mensurar a quantidade de abortos realizados, bem como de internações e mortes maternas em razão de procedimentos abortivos efetuados sem condições de segurança e higiene.

Ocorre que, como é sabido, que o abortamento é, muitas vezes, realizado às escondidas ou clandestinamente. Mesmo nos países em que a prática abortiva é lícita, muitas mulheres preferem realizá-la ocultamente, a fim de resguardar sua intimidade. Disso resulta imensa dificuldade de apuração quantitativa no que se refere ao aborto. Se, por um lado, as internações hospitalares em decorrência do aborto expressam um número bastante inferior ao número real de abortos provocados, por outro, os órgãos especializados não possuem informações suficientemente claras e bases seguras para estimar satisfatoriamente a quantidade de ocorrências.

Sobretudo no Brasil, país de dimensões continentais, em que o abortamento é conduta ilícita e onde os órgãos governamentais são mal estruturados e mal aparelhados, é extremamente complicado, senão impossível, chegar-se a uma estimativa numérica que se aproxime da realidade.

Além das dificuldades já mencionadas, ressalta-se ainda que, tanto entre os que defendem a legalização do aborto quanto entre os que lhes são contrários, existem instituições e entidades detentoras de poder suficiente para influenciar e desvirtuar os dados das pesquisas que, porventura, sejam realizadas. A falsificação de dados e até mesmo a invenção de pesquisas nunca realizadas representam mais um grande empecilho na obtenção de informações verdadeiramente científicas.

Nesse sentido se pronunciou NATHANSON (1982), um dos fundadores, no final da década de 60, da Liga Nacional para os Direitos do Aborto, nos Estados Unidos, e diretor, a partir de 1971, da maior clínica de abortos do mundo - o Centro de Saúde Sexual -, em Nova Iorque. Em uma conferência sobre o problema da falsificação de dados no que se refere ao aborto, esse médico afirmou:

É uma tática importante. Dizíamos, em 1968, que na América se praticavam um milhão de abortos clandestinos, quando sabíamos que estes não ultrapassavam de cem mil, mas esse número não nos servia e multiplicamos por dez para chamar a atenção. Também repetíamos constantemente que as mortes maternas por aborto clandestino se aproximavam de dez mil, quando sabíamos que eram apenas duzentas, mas esse número era muito pequeno para a propaganda. Esta tática do engano e da grande mentira se repete constantemente acaba sendo aceita como verdade.

Nós nos lançamos para a conquista dos meios de comunicações sociais, dos grupos universitários, sobretudo das feministas. Eles escutavam tudo o que dizíamos, inclusive as mentiras, e logo divulgavam pelos meios de comunicações sociais, base da propaganda.

Diante desse relato, forçoso concluir que devem ser sempre analisadas com reservas as informações veiculadas nos meios de comunicação a respeito dos números relacionados ao abortamento.

Ainda assim, é certo que muitos são os casos em que as mulheres sofrem graves problemas de saúde em virtude de abortos inseguros. Entretanto, ressalta-se o fato de que o risco a que se submete a vida da mulher não é decorrência direta da existência do feto, mas sim de uma escolha feita por ela mesma, consistente na tentativa de praticar um crime, qual seja, o aborto. O risco à vida da gestante, portanto, não decorre da gravidez, mas, justamente, da tentativa ilícita de interrompê-la, o que não se deve perder de vista.

Ademais, as conseqüências negativas suportadas pela mulher em virtude da prática do aborto não são suficientes para subtrair o caráter ilícito de sua conduta e não justifica que seja abandonada sem proteção legal a vida humana que se desenvolve no ventre materno. Sob uma perspectiva mais salutar para todos os envolvidos, devem-se combater os fatores que conduzem inúmeras mulheres a buscar auxílio na realização do aborto, em razão de situações

extremas, como, por exemplo, a miséria e a fome. Ausentes tais “circunstâncias propulsoras” da conduta criminosa, é provável que a maior parte dessas práticas abortivas seja evitada.

Quanto ao bem-estar psíquico da mulher, acredita-se que a realização do aborto não é meio adequado para oferecer-lhe, principalmente a longo prazo, o equilíbrio e serenidade que procura. A experiência do aborto revela-se, não raro, mais dolorosa e traumática do que uma gravidez indesejada. E essa dor não se deve simplesmente ao fato de ser o aborto recriminado socialmente e realizado na clandestinidade, como questionam alguns. O sentimento da mãe que aborta é muito mais complexo e profundo.

A gravidez altera não só o corpo, mas também a mente e a psicologia da mulher, pois ela é biologicamente preparada para receber o filho que gera, não apenas no útero, mas em vários aspectos de sua vida. Ocorrem alterações de sentidos e sentimentos que não se explicam por teses espirituais, mas pela própria natureza feminina. Tudo isso é um processo natural (ALMEIDA 2000, p.111).<sup>1</sup>

O aborto é, assim, uma experiência dolorosa para a mulher, talvez não apenas, mas principalmente porque atenta contra sua própria natureza. O aborto interrompe bruscamente o processo de transformação iniciado pelo estado gravídico, interferindo no corpo, na mente e no comportamento psicológico da mulher. E isso não se opera naturalmente. A mulher, cujo instinto materno fora despertado pela gravidez, é, de uma forma muito profunda e, às vezes, quase imperceptível, violentada em sua própria humanidade quando interrompe a gestação.

O argumento do caráter discriminatório, por sua vez, resta enfraquecido por seus próprios fundamentos, uma vez que semelhante raciocínio poderia muito bem aplicar-se a um sem número de crimes, sobretudo os patrimoniais. A injustiça na aplicação da norma não é motivo para excluí-la do ordenamento, mas sim para a adoção de medidas capazes de atenuar tais discrepâncias.

Por esse mesmo raciocínio, também não procede a alegação de que as práticas abortivas deveriam ser descriminalizadas em virtude do grande número de abortos praticados clandestinamente em todo o país. Além da pouca confiabilidade das pesquisas destinadas à essa mensuração, é inegável que outros dispositivos penais são também diariamente infringidos. A corrupção e o tráfico de drogas, apenas para exemplificar, são realidades cotidianas. Não obstante, isso não autoriza a adoção de uma postura permissiva frente a essas condutas repudiadas, mas, por outro lado, a promoção de medidas voltadas à valorização da norma jurídica.

Por todos os fundamentos expostos, conclui-se que, conforme entendimento mais acertado, **a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é incompatível com uma legislação permissiva do abortamento.** Isso resulta da interpretação sistemática da Constituição, a qual, consagrando genericamente e sem qualquer restrição - à exceção da hipótese prevista no art. 5º, XLVII -, o direito inviolável à vida, garante proteção incondicional a toda e qualquer vida humana.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Tutela Civil do Nascituro. 2000.

AMADEI, Vicente de Abreu. A Ilusão do Necrodireito Fetal e Aborto na Rede Hospitalar Pública. Osasco: Fev/1997. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br). Acesso em: 20 nov. 2006.

<sup>1</sup> No sexto dia após a fecundação, ocorre a implantação do óvulo na parede uterina. É nesse momento que têm início as transformações hormonais no organismo feminino que dão origem ao estado gravídico.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de Direito Constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BETTENCOURT, Estevão. Brechas da Lei Ameaçam a Vida. IN Jornal do Brasil, 27/07/2004. Disponível em: [http://cedoc.ensp.fiocruz.br/visa/opiniao\\_integra.cfm?opiniao=106](http://cedoc.ensp.fiocruz.br/visa/opiniao_integra.cfm?opiniao=106). Acesso em: 18 fev.2006.

CANOTILHO, José Gomes. MOREIRA, Vital. Fundamentos da Constituição. Coimbra. 1991.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. 11. ed. 2005. p. 252-253.

DINIZ, Maria Helena. O Estado Atual do Biodireito. 2001. p. 135-36.

GILBERT, M.S. Biography of de Newborn. 1963. p. 20.

JARSCHER, Haidi. . Aborto e fé religiosa: Abrindo Caminhos para um Debate Possível. 2004. Disponível em: [www.soscorpo.org.br](http://www.soscorpo.org.br). Acesso em: 10 mar. 2006.

LLUSIA, José Botella. Prólogo do livro Derecho a la Vida y Institución Familiar, de Gabriel del Estal. 1979. p. 17-20.

MARTIN JÚNIOR, Westei Conde y. Crimes e castigos do aborto: uma leitura crítica da norma penal e de sua aplicação. Revista Triálogos Feministas, n. 4, 04 de Agosto de 2004. Disponível em: [www.soscorpo.org.br](http://www.soscorpo.org.br). Acesso em: 15 abr.2006.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 6 Ed. 1999.

NETO, Ranieri Mazzili. Punição não inibe a prática da intervenção. IN Jornal do Brasil, 27/07/2004. Disponível em: [http://cedoc.ensp.fiocruz.br/visa/opiniao\\_integra.cfm?opiniao=106](http://cedoc.ensp.fiocruz.br/visa/opiniao_integra.cfm?opiniao=106). Acesso em: 18 fev. 2006.

RODRIGUES, Paulo Daher. Aborto. 1999. p. 112.

SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional Positivo. 5. ed. 1989. p. 181.

SILVEIRA, José Néri da. IN Consulta à União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro sobre a ADPF 54, em 11/08/2004. Disponível em: [www.providaanapolis.org.br](http://www.providaanapolis.org.br) . Acesso em: 22 fev. 2006.

SOARES, Gilberta. Mulheres na Luta pela Descriminalização do Aborto. 2004. Disponível em:  
m  
:

HYPERLINK "<http://www.soscorpo.org.br/>"[www.soscorpo.org.br](http://www.soscorpo.org.br/). Acesso em: 10 mar. 2006