

O ABORTO PRECOCE PROVOCADO: UM RECORTE JUSFILOSÓFICO SOB O ENFOQUE DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS

PROVOKED EARLY ABORTION: A JURIS-PHILOSOPHICAL APPROACH FROM THE PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL HUMAN RIGHTS

Antônio José Franco Pêcego¹

<https://doi.org/10.55839/2318-8650RevParRPv33n2pa214-245>

RESUMO

O aborto tem sido ao longo do tempo objeto de intensos debates sociais, religiosos, médicos, filosóficos, judiciais e na bioética. A OMS já se pronunciou favorável ao aborto seguro em detrimento do inseguro que causa milhares de mortes anualmente no mundo, razão pela qual há sempre espaço para debate sobre, no caso, o aborto precoce provocado que suscita problemas tratados pelo direito e pela filosofia considerando a sua sacralidade e o direito à vida, como nos aponta os filósofos Jeff MacMahan e Ronald Dworkin. O Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 442/DF, pendente de julgamento, terá que enfrentar a questão da descriminalização do aborto até a 12^a semana de gestação. Objetivamos buscar melhor compreensão de quando se pode ter a existência de uma vida humana dentro da gestação para que, como resultado, se possa ter alguém que não pode, em regra, ter o direito a existência violado pela conduta humana. Definido esse marco temporal, por meio de uma abordagem da identidade de que trata Jeff MacMahan, por meio de um método hipotético-dedutivo de Kall Popper, procuramos desenvolver uma pesquisa dialética com atitude fenomenológica-hermenêutica visando a melhor compreensão do problema. Para tanto, tratamos também a questão da criminalização do

¹ Pós-Doutorando em Direito Público (Linha de pesquisa Hermenêutica, Constituição e Concretização de Direitos) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pelo Ius Gentium Conimbrige/Centro de Direitos Humanos (IGC/CDH) - Universidade de Coimbra/UC. Doutor em Direito (área de concentração: Sistema Constitucional de Garantias de Direitos) - Instituição Toledo de Ensino/Centro Universitário de Bauru - ITE/CEUB, com indicação, à unanimidade, de publicação da tese. Mestre em Filosofia (linha de pesquisa: metafísica e epistemologia) - Universidade Federal de Uberlândia - UFU. Mestre em Direito (área de concentração: Direitos Coletivos e Cidadania) - Universidade de Ribeirão Preto - UNAERP, obtendo nota máxima na defesa da dissertação. Pós-graduado em Ciências Penais - UNIDERP/REDE LFG e em Direito Público - PUC MINAS. Graduando em Filosofia pela UFU. Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA/RJ. Licenciatura em Educação Física pela Universidade Gama Filho - UGF/RJ. Foi Delegado de Polícia em Minas Gerais e Assessor Judiciário no Tribunal de Justiça de Minas Gerais - TJMG. Juiz de Direito, aposentado, do TJMG. Pesquisador junto ao CNPq. Advogado e Consultor Jurídico. Atualmente, Professor Convidado da Pós-Graduação em Direito da IEC-PUC MINAS. Professor de Penal e Criminologia da UEMG. Diretor de Prerrogativas da 13a Subseção da OAB/MG (Gestão 2025-2027). Membro do DASEIN (Núcleo de Estudos Hermenêuticos). Membro do Instituto Eduardo Correia - IEDC. Membro do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - IBCCRIM (desde 1999); do Instituto de Ciências Penais - ICP (desde 2000) e da Associação Brasileira de Filosofia do Direito e Sociologia do Direito - ABRAFI. Autor de livros, capítulos e organizador de obras coletivas. Desenvolve pesquisa com ênfase em penal, processo penal, tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, filosofia do direito, bioética e biodireito. **E-mail: antoniopecego2013@gmail.com**

aborto precoce provocado quando, na gestação, ainda não há uma mente corporificada como sustenta o filósofo Jeff MacMahan. Concluimos que é possível se defender a descriminalização do aborto precoce provocado quando se estiver diante de um organismo vivo não senciente, ou seja, da inexistência de alguém.

Palavras-chave: Aborto precoce provocado. Abordagem da identidade. Filosofia do direito. Bioética.

ABSTRACT

Over time, abortion has been the subject of intense social, religious, medical, philosophical, judicial and bioethics debates. The WHO has already spoken out in favor of safe abortion to the detriment of unsafe abortion, which causes thousands of deaths annually around the world, which is why there is always room for debate about, in this case, induced early abortion, which raises problems addressed by law and philosophy, considering the its sacredness and the right to life, as philosophers Jeff MacMahan and Ronald Dworkin point out. The Federal Supreme Court, through ADPF 442/DF, pending judgment, will have to face the issue of decriminalizing abortion up to the 12th week of pregnancy. We aim to seek a better understanding of when human life can exist within pregnancy so that, as a result, there can be someone who cannot, as a rule, have their right to existence violated by human conduct. Having defined this time frame, through an approach to identity discussed by Jeff MacMahan, through a hypothetical-deductive method by Kall Popper, we sought to develop dialectical research with a phenomenological-hermeneutic attitude aiming at a better understanding of the problem. To this end, we also address the issue of criminalization of early abortion caused when, during pregnancy, there is not yet an embodied mind as philosopher Jeff MacMahan maintains. We conclude that it is possible to defend the decriminalization of early abortion induced when faced with a non-sentient living organism, that is, the non-existence of someone.

Keywords: Early induced abortion. Identity approach. Philosophy of law. Bioethics.

1 INTRODUÇÃO

O tema do aborto é multidisciplinar por envolver a filosofia, sociologia, religião, direito, bioética e a saúde, sendo por isso mesmo polêmico e milenar, envolvendo discussões a favor e contra o aborto, seja o provocado prematuro ou tardio em face do lugar de fala dos debatedores conservadores e liberais.

Com o recente encerramento em 06/08/2018 de audiência pública promovida pelo Supremo Tribunal Federal - decorrente da ADPF 442/DF - em que se discutiu a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, considerando o que dispõe os artigos 124 e 126 do Código Penal, se reascendeu a discussão sobre o tema no Brasil que até pouco

tempo atrás se restringiu ao já superado aborto do anencéfalo, para, agora, tratar do tema de forma ampla de forma a envolver a descriminalização.

O aborto provocado cria problemas que são debatidos na filosofia moral e reflexões sobre as suas soluções dadas pelo Estado por intermédio da sua intervenção mais violenta, a do Direito Penal.

A questão do aborto está interligada à vida, morte, dignidade da pessoa humana, liberdade, autonomia da vontade reprodutiva e à cidadania, sendo palco de preocupação da Organização Mundial da Saúde – OMS em face da disseminação alarmante da sua prática insegura em países que proíbem a sua realização.

Contudo, ao fim e ao cabo, no caso da presente pesquisa indaga-se: O que vem a ser o aborto provocado? De que espécie estamos a tratar neste escrito? Em que medida o aborto provocado pela mulher é uma violência que deve ser combatida com a violência estatal maior da sanção penal? No aborto provocado e auto consentido, há dano à terceiro ou autolesão? O embrião humano, em sendo um estágio inicial de um organismo não senciente, em que medida podemos afirmar que fazer cessar a sua vida é matar um ser humano? Quando se pode ter a existência de alguém?

Neste ensaio acadêmico, por meio de um método hipotético-dedutivo de Kall Popper (1975), procuramos desenvolver uma pesquisa dialética com atitude fenomenológica-hermenêutica visando se chegar a melhor compreensão do problema, sendo que para tanto também tratamos a questão da (des) criminalização do aborto precoce provocado quando, na gestação, ainda não há uma mente corporificada na esteira do entendimento do filósofo Jeff MacMahan.

2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E CIDADANIA NO ABORTO

2.1 DA DIGNIDADE HUMANA

No âmbito internacional se encontra a palavra dignidade humana, conceito novo na teoria do direito, nos seguintes textos: 1) Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948; 2) Convenção Relativa aos Direitos da Criança de 1959; 3) Pacto Internacional Relativo aos

Direitos Civis e Políticos de 1966, e, 4) Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1977.²

A Declaração Universal de 1948 embora não seja um tratado, mas uma resolução emanada da Assembleia Geral das Nações Unidas, se tem tido com força vinculante em autorizada hermenêutica da expressão direitos humanos³, sendo que Flávia Piovesan⁴ consigna sobre esse registro histórico:

A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco à condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade humana é algo que não se adquire por ser inerente ao ser humano na sua dimensão ontológica, ou seja é algo inato à sua própria existência, por isso mesmo embora essa questão já se encontrasse nas obras de Aristóteles, Santo Agostinho, Boécio, Alcuíno e Santo Tomás de Aquino⁵, não podemos deixar de citar Giovanni Pico Della Mirandola que em seu **Discurso Sobre a Dignidade do Homem** (1486) - grande clássico da Filosofia do Renascimento que tem o homem como centro do mundo - foi pioneiro na utilização da expressão dignidade humana.⁶

Giovanni Pico Della Mirandola, Conde de Concórdia, socorrendo-se de fontes históricas, filosóficas e religiosas, estabelece, para si, como verdadeira natureza e dignidade humana, o fato de que:

O homem como um ser que livremente pode determinar e escolher o seu próprio destino, porque a sua marca distintiva é o facto de estar privado de propriedades fixas, sendo que, ao mesmo tempo, tem a capacidade de partilhar de todas as propriedades dos outros seres em consonância com a sua própria livre escolha.⁷

² BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 64.

³ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 142 e 148.

⁴ *Ibid.*, p. 142.

⁵ *Ibid.*, p. 64.

⁶ PIOVESAN, 2010, p. 69.

⁷ **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução: Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Portugal/Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. XLIV.

Vicente de Paulo Barreto, sob esse aspecto, afirma que a “dignidade humana aparece como o sustentáculo sobre o qual os indivíduos poderão realizar-se como pessoas, agentes morais dotados de autonomia da vontade e arbítrio”⁸.

Sustenta o referido autor que para poder conceituar juridicamente a dignidade humana, antes se deve separar os conceitos de direitos humanos e de dignidade humana por meio de uma análise da filosofia dos direitos humanos e da filosofia da dignidade humana. Isso propicia uma compreensão de que a dignidade humana se encontra num plano epistemológico distinto dos direitos humanos, evitando-se assim uma identificação simplória dos dois conceitos.⁹

Dessa forma, a dignidade humana se encontra fora do conceito de direitos humanos, porque aquela “na sua acepção jurídica, não pode ficar restrita a campos definidos pelo direito positivo, mas pressupõe para a sua materialização jurídica perspectivas mais amplas do que permite o espaço jurídico positivado”¹⁰, ou seja, enquanto a dignidade humana é inerente à essência da existência humana, os direitos humanos são adquiridos em decorrência dessa existência para a própria defesa humana.

Em outras palavras, enquanto os direitos humanos encontram sua razão de existir na defesa do indivíduo contra o poder, sobretudo estatal, visando assegurar a sua liberdade com igualdade por meio do sistema jurídico positivado, a dignidade humana diz respeito à humanidade “como um qualificativo do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero”¹¹, sendo, portanto, a sua essência.

Das três acepções que a genealogia do conceito de dignidade humana nos apresenta (social, honorífica e moral), nos interessa nesta pesquisa a moral que “representa, ou encontra-se vinculada, ao respeito a si mesmo, à autoestima”, já que as demais dizem respeito àquela atribuída ao indivíduo pela sociedade.¹²

A acepção moral da dignidade humana se identifica com a teoria kantiana de que o homem é um fim em si mesmo, e não um objeto ou coisa.

⁸ BARRETO, 2013, p. 70.

⁹ *Ibid.*, p. 64.

¹⁰ BARRETO, 2013, p. 64-65.

¹¹ MIRANDOLA, 2010, p. 66.

¹² BARRETO, *op. cit.*, p. 68.

Dignidade (*dignitas*, palavra de origem latina), significa ‘o que tem valor’, no caso, a pessoa humana, qualidade intrínseca do ser, ou seja, que com ele existe naturalmente, sendo inalienável e irrenunciável “na medida em que constitui elemento que qualifica o ser humano como tal e dele 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”¹³, devendo ser reconhecida, protegida e respeitada por ser inerente ao ser humano.

Para Immanuel Kant, o homem tem na sua existência um fim em si mesmo, “*não só como meio* para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”¹⁴, não se podendo por isso se tratar a dignidade humana como mero argumento da autoridade ou figura retórica sem qualquer justificativa por causa de que ou de como se aplica a determinado caso concreto, já que:

O conteúdo do princípio da dignidade humana pode desdobrar-se em duas máximas: *não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como bases para justificar a natureza jurídica da dignidade humana.¹⁵

Portanto, o discurso deve ser o da autoridade do argumento já que a dignidade humana impede que o homem seja utilizado como coisa ou objeto, ou seja, como meio de um fim que não seja ele mesmo, assim como exige para a sua própria preservação que tenha acesso à cultura, saúde pública, educação, moradia, segurança pública, ao trabalho etc., com liberdade e autonomia da vontade sem que tenha maculada a sua integridade física e/ou mental.¹⁶

2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

No pós-guerra de 1945 a dignidade da pessoa humana, espécie do gênero dignidade humana, tornou-se palco de inúmeros documentos internacionais, como Constituições e Leis,

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2012, p. 101.

¹⁴ KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: EDIÇÕES 70, LDA, 2011, p. 72 (grifo do autor).

¹⁵ BARRETO, 2013, p. 74.

¹⁶ Cf. Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel: “A vida de qualquer ser humano tem uma valia intrínseca, objetiva. Ninguém existe no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo. Outra expressão da dignidade humana é a responsabilidade de cada um por sua própria vida, pela determinação de seus valores e objetivos. Como regra geral, as decisões cruciais na vida de uma pessoa não devem ser impostas por uma vontade externa a ela. No mundo contemporâneo, a dignidade humana tornou-se o centro axiológico dos sistemas jurídicos, a fonte dos direitos materialmente fundamentais, o núcleo essencial de cada um deles” (*In*: GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37).

bem como de citações na doutrina e jurisprudência, “sendo um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais ao homem, desde o direito à vida”¹⁷.

Luís Roberto Barroso assinala que:

A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental. Ela é mencionada em incontáveis documentos internacionais, em Constituições, leis e decisões judiciais. No plano abstrato, poucas ideias se equiparam a ela na capacidade de seduzir o espírito e ganhar adesão unânime. Tal fato, todavia, não minimiza – antes agrava – as dificuldades na sua utilização como um instrumento relevante na interpretação jurídica. Com frequência, ela funciona como um mero espelho, no qual cada um projeta sua própria imagem de dignidade. Não por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, hate speech, negação do Holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões sequestrados, proteção contra a autoincriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.¹⁸

Princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito constante do art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988, é para Ingo Wolfgang Sarlet “o valor unificador de todos os direitos fundamentais, que, na verdade, são uma concretização daquele princípio, também cumpre função legitimatória do reconhecimento de direitos fundamentais implícitos”¹⁹, estes decorrentes de tratados e convenções internacionais de que o país seja signatário.

A dignidade da pessoa humana precede à previsão constitucional como um dos princípios fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito, demonstrando esta que o Estado existe em função **da** pessoa humana, **pela** pessoa humana e **para** a pessoa humana, indiferente de sua nacionalidade ou origem, ou seja, o legislador constituinte “reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal”²⁰. O governo, conglomerado de representantes eleitos direta ou indiretamente pelo povo, tem na servidão aos

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109.

¹⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010, p. 3. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf. Acesso em: 24 dez. 2014.

¹⁹ SARLET, 2012, p. 95. No mesmo sentido, *mutatis mutandis*, Flávia Piovesan para quem “o valor da dignidade da pessoa humana impõe-se como núcleo básico e informador de todo o ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional” (2010, p. 27).

²⁰ *Ibid.*, p. 98.

governados a sua razão de existir, devendo atuar sempre na busca do bem-estar da sociedade, com respeito aos direitos humanos e sociais previstos na Constituição.

Dessa forma, a dignidade como de “importância intrínseca da vida humana”²¹ é:

Um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. O direito à vida privada, à intimidade, à honra, à imagem, entre outros, aparece como consequência imediata da consagração da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.²²

JJ. Gomes Canotilho ao se perguntar qual o sentido de uma República baseada na dignidade da pessoa humana, responde que se:

Deve tomar em consideração o princípio material subjacente à ideia de dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a ideia pré-moderna e moderna de *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plastes et fctor*).²³

Falar de dignidade da pessoa humana é necessariamente reconhecer estarem presentes a liberdade, igualdade e autonomia da vontade, uma vez que não há o direito à liberdade sem os demais direitos assegurados que expressam a noção de dignidade, o que o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, em 1948, já previa como marco da **reconstrução dos direitos humanos** no Pós-Guerra de 1945.²⁴

Sem embargo, podemos afirmar que a dignidade da pessoa humana engloba os direitos à personalidade que diz respeito, dentre outros, à vida, liberdade e igualdade²⁵; vale dizer, “é princípio que unifica e centraliza todo o sistema normativo, assumindo especial

²¹ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 337.

²² MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128-129.

²³ **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1998, p. 221.

²⁴ Expressão cunhada por Flávia Piovesan (2010, p. 28).

²⁵ A personalidade é um atributo inerente ao ser humano, sendo adquirida ao nascimento com vida e deve ser tutelada nas esferas pública e privada, por isso mesmo os direitos da personalidade estão ligados de forma perpétua e permanente à pessoa humana, “não se podendo mesmo conceder um indivíduo que não tenha direito à vida, à liberdade física ou intelectual, ao seu nome, ao seu corpo, a sua imagem e àquilo que ele crê ser sua honra” (RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1), por isso mesmo há de reconhecer juridicamente que os direitos da personalidade “destinam-se a resguardar a dignidade humana” (DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed., atual. de acordo com o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002, p. 28).

prioridade. A dignidade humana simboliza, desse modo, verdadeiro superprincípio constitucional, a norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo”²⁶, para nós um verdadeiro postulado.

A dignidade da pessoa humana se apresenta, portanto, como elemento axiológico exponencial do direito, em torno do qual gravitam os demais valores e direitos humanos fundamentais, dentre os quais incluímos a **autodeterminação reprodutiva da mulher**.

A dignidade como autonomia envolve, em **primeiro** lugar, a *capacidade de autodeterminação*, o direito de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a própria personalidade. Significa o poder de realizar as escolhas morais relevantes, assumindo a responsabilidade pelas decisões tomadas. [...]. O **segundo** aspecto destacado diz respeito às *condições para o exercício da autodeterminação*. Não basta garantir a possibilidade de escolhas livres, mas é indispensável prover meios adequados para que a liberdade seja real, e não apenas retórica. Para tanto, integra a ideia de dignidade o denominado *mínimo existencial*, a dimensão material da dignidade, instrumental ao desempenho da autonomia. Para que um ser humano possa traçar e concretizar seus planos de vida, por eles assumindo responsabilidades, é necessário que estejam asseguradas mínimas condições econômicas, educacionais e psicofísicas. O **terceiro** e **quarto** aspectos da dignidade como autonomia – universalidade e inerência – costumam andar lado a lado. O cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal.²⁷

Ao abordar a concepção moderna de dignidade humana, Vicente de Paulo Barreto, depois de afirmar, na esteira de Ingo Wolfgang Sarlet, que o conceito tem suas raízes nas duas obras de Immanuel Kant²⁸, sustenta que na **Doutrina da Virtude** ele atribui um cunho valorativo à pessoa humana semelhante ao dado por Giovanni Pico Della Mirandola na sua acepção moral, de forma que ambos “atribuem à pessoa a possibilidade de criar, aperfeiçoar-se ou então degradar-se, sujeitando-se à lei da heteronomia, externa à consciência da pessoa”²⁹.

Dessa forma, o ser humano como protagonista de sua vida tem o poder de autodeterminar o que quer com dignidade para o seu próprio bem-estar, não cabendo a ninguém determinar como deve pautar a sua existência, condução de vida ou mesmo se determinar na seara reprodutiva. O ser humano tem liberdade para definir seus valores, suas próprias metas

²⁶ PIOVESAN, 2010, p. 31.

²⁷ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 39-40 (grifo no original).

²⁸ KANT, 2011.

²⁹ MIRANDOLA, 2010, p. 71.

ou objetivos, o que para Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel se trata de dignidade humana como autonomia.³⁰

Lado outro, a dignidade humana como heteronomia se “traduz uma visão da dignidade ligada a valores compartilhados pela comunidade, antes que a escolhas individuais. Nela se abrigam conceitos jurídicos indeterminados como bem comum, interesse público, moralidade, ou a busca do bem do próprio indivíduo”³¹, assim como eventual e necessário controle de natalidade, ou seja, nela há interferência do meio em que o ser humano vive, o que interage com a liberdade sob o aspecto da coexistência e limita a sua liberdade como autonomia.

A concepção da dignidade como autonomia valoriza o indivíduo, sua liberdade e seus direitos fundamentais. A dignidade como heteronomia, por sua vez, funciona como uma limitação à liberdade individual, pela imposição de valores sociais e pelo cerceamento de condutas próprias que possam comprometer a dignidade do indivíduo.³²

Dessa forma, partindo da premissa básica de que a **autonomia reprodutiva da mulher** integra a dignidade humana como autonomia, se pode ter nesse campo como indevida a interferência da dignidade humana como heteronomia quando visa predeterminar, no caso, a proibição do aborto precoce provocado.

Luís Roberto Barroso e Letícia de Campos Velho Martel, depois de consignarem que tanto a dignidade como autonomia, como a dignidade como heteronomia possuem inconsistências teóricas e práticas, registram que competem entre si sem se excluírem³³ e concluem que:

À luz do sistema jurídico brasileiro, é possível afirmar uma certa predominância da dignidade como autonomia, sem que se deslegitime o conceito de dignidade como heteronomia. O que significa dizer que, como regra geral, devem prevalecer as escolhas individuais. Mas não invariavelmente.³⁴

Portanto, se o princípio da dignidade da pessoa humana³⁵ se apresenta sobre os aspectos de direito individual protetivo com relação aos semelhantes e ao próprio Estado, bem

³⁰ BARROSO; MARTEL, *op. cit.*, p. 34-37.

³¹ *Ibid.*, p. 38-39.

³² *Ibid.*, p. 59.

³³ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 43-44.

³⁴ BARROSO; MARTEL, 2012, p. 50-51.

³⁵ Sobre a liberdade e dignidade, Ronald Dworkin pontua: “Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. É por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia, e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. Qualquer que seja nosso ponto de vista sobre o aborto e a eutanásia, queremos ter o direito de decidir por nós mesmos, razão pela qual deveríamos estar

como “dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes” que se expressa pela “exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria”, forçoso reconhecer que essa concepção de dever fundamental se resume “a três princípios do Direito Romano: *honestere vivere* (viver honestamente), *alterum non laedere* (não prejudique ninguém) e *suum cuique tribuere* (dê a cada um o que lhe é devido)”.³⁶

2.3 DA CIDADANIA

Como salientado alhures, a dignidade da pessoa humana e a cidadania, dentre outros, são princípios fundamentais do nosso Estado Democrático e Social de Direito (CF; art. 1º, II e III), fazendo assim com que o ente público sirva ao povo e não ao contrário, afinal é o povo, que detém o poder, que por meio de seus representantes cria e estrutura o funcionamento do Estado a cada nova Constituição Democrática, com direitos e garantias fundamentais, individuais e coletivos, que impõem uma ação e/ou abstenção estatal.

Em uma democracia lastreada nesses princípios fundamentais não há espaço para uma cidadania liberal, mas sim para uma cidadania moderna ou plena em que se concretizem, por meio de instrumentos ou mecanismos próprios, os direitos civis do século XVIII, os políticos do século XIX e os sociais do século XX³⁷, sob pena de não passar da denominada cidadania institucionalizada que não deixa de ser um viés acentuado da cidadania tutelada que inibe o controle social do poder político.³⁸

Não mais se admite a omissão estatal ou sua intervenção indevida na tutela do direito à vida, à dignidade da pessoa humana, à liberdade, ao respeito à autonomia da vontade humana e a de que ninguém será submetido à tortura, a tratamento degradante ou desumano.

A abstenção estatal perante os direitos fundamentais de primeira dimensão tem o condão de fazer com que os mesmos não sejam violados, no que para isso, precisam ser tutelados por quem tem o objetivo fundamental de construir uma sociedade livre, justa e

sempre dispostos a insistir em que qualquer Constituição honorável, qualquer Constituição verdadeiramente centrada em princípios, possa garantir esse direito a todos” (2009, p. 342-343).

³⁶ MORAES, 2002, p. 129.

³⁷ MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: _____. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Cadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967. Cap. 3, p. 66.

³⁸ PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luis Alexandre (Org.). **Hermenêutica, Cidadania e Direito**. Campinas: Millennium, 2005, p. 40-41.

solidária, bem como promover o bem de todos sem preconceitos (CF; art. 3º), sob pena do manto do totalitarismo fazer sombra à democracia de forma a negar o direito à liberdade com autonomia e o exercício pleno da cidadania que se expressa no **direito a ter direitos**, primeiro direito humano.³⁹

Em sendo assim, concretizar a cidadania plena é permitir a igualdade substancial num exercício pleno de liberdade nas dimensões política (participação), civil (autodeterminação) e social (prestações públicas positivas), sob pena de não se passar de uma cidadania tutelada que se expressa por aquela concedida formalmente, mas sem os mecanismos ou instrumentos que permitam a sua materialização.

Negar o reconhecimento de que a mulher é protagonista da sua própria vida da qual é titular e que, assim sendo, com consciência possa exercer a sua liberdade com **autonomia da vontade reprodutiva**, é negar de que deve ser tratada com dignidade por todos seus semelhantes e por quem a governa, não a reconhecendo como um fim em si mesmo, com sua moral interna e poder de se autodeterminar como deseja dignamente reproduzir, ou seja, em síntese, é negar a cidadania, **o direito a ter direitos**, como se faz nos regimes totalitários.

Uma atuação nesse sentido obsta o exercício de uma cidadania moderna que dá sustentação às democracias, macula a dignidade da pessoa humana, direito inato ao ser humano e “valor unificador de todos os direitos fundamentais”⁴⁰, não se podendo negar que todo aquele que tem negado o direito de autodeterminar a sua própria vida e como deseja conscientemente viver, tem negado o seu sagrado direito à liberdade com autonomia em detrimento da coexistência, bem como ao livre desenvolvimento de sua personalidade, portanto o direito a ter uma existência digna, o que não se coaduna com qualquer democracia.

Maria de Fátima Freire de Sá pontua:

A evolução tecnológica fez com que a cidadania moderna se deparasse com duas exigências igualmente legítimas, mas logicamente em conflito: de um lado, o particularismo das liberdades, preferência e interesses pessoais, pertencente ao campo dos direitos de cada indivíduo e, de outro, o universalismo das necessidades e interesses coletivos, pertencente ao campo dos direitos de todos os indivíduos.⁴¹

³⁹ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 154.

⁴⁰ SARLET, 2012, p. 95.

⁴¹ **Direito de Morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 94-95.

Se de um lado há a necessidade de se garantir a autonomia da vontade a todos os indivíduos, de outro se faz necessário leis que se imponham indistintamente a todos, ou seja, de um lado há autonomia, de outro há heteronomia.

Obrigar a mulher a ter um filho contra a sua vontade, privando-a do exercício da cidadania e de sua liberdade como autonomia, é forçá-la a ter que suportar sofrimentos físicos e psicológicos imensuráveis, torturando-a veladamente, em total desrespeito à dignidade da pessoa humana que é reconhecida “como inerente a todos os membros da família humana e como fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”⁴² pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, constituindo “o valor unificador de todos os direitos fundamentais”⁴³.

O **direito a ter direitos** que é a expressão da cidadania para Hanna Arendt como o primeiro direito humano, não se resume à prerrogativa de exercer os direitos vigentes, mas de lutar por direitos que ainda não existem.

Essa concepção não se limita, portanto a conquistas legais ou ao acesso a direitos previamente definidos, ou à implementação efetiva de direitos abstratos e formais, e inclui fortemente a invenção/criação de novos direitos, que emergem de lutas específicas e da sua prática concreta.⁴⁴

No caso, podemos sustentar que o aborto precoce se circunscreve a esta concepção de cidadania, pois se faz mister lutar, conquistar o direito a ter uma vida digna em que se respeite a autonomia feminina da vontade reprodutiva.

É nesse modelo de cidadania que se concretizam as democracias num mundo globalizado, fazendo-se necessário, mais do que nunca, o respeito às diferenças, ao princípio da igualdade social, à liberdade e à autonomia da vontade para que possamos ter uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, o que, na sua falta de observância, tem como efeito grave a opressão por se negar o exercício de direitos humanos fundamentais e deixar de materializar os princípios e objetivos que informam um Estado Democrático de Direito.

Ao tratar da cidadania e direitos fundamentais, Luigi Ferrajoli fala da internacionalização desses direitos, sustentando que depois da criação da ONU e aprovação de

⁴² MORAES, 2002, p. 144.

⁴³ SARLET, *op. cit.*, p. 95.

⁴⁴ DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. In: DAGNINO, Evelina (Org.). **Anos 90**. Política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994, p. 108.

cartas e convenções internacionais, esses direitos passaram do caráter nacional ou estatal que tinham quando previstos nas constituições, para supraestatais ou internacionais, em que todos os Estados ficam vinculados em nível de direito internacional, não sendo, numa concepção ampla e universal, “*derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de sus diversas ciudadanía*”⁴⁵.

3 POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE SOBRE O ABORTO

A Organização Mundial da Saúde - OMS, preocupada com a questão do aborto no mundo, é enfática ao afirmar que a “proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros”⁴⁶. Tal afirmação vai ao encontro da bandeira levantada por especialistas em direitos humanos da própria Organização da Nações Unidas - ONU, quando convocaram “os Estados de todo o mundo a revogar que criminalizam e restringem indevidamente o aborto e as políticas baseadas em estereótipos desatualizados”⁴⁷, uma vez que reconhecem o direito de toda mulher ao aborto seguro.

Há de se registrar que a OMS nos apresenta dados estatísticos relevantes sobre o tema:

O abortamento inseguro representa 13% das mortes maternas e 20% do total de casos de mortalidade e deficiências por gravidez e parto. Quase todas as mortes e a morbidade decorrentes de abortamentos inseguros ocorrem em países nos quais o abortamento é rigorosamente proibido pela lei e na prática. A cada ano, morrem em torno de 47 000 mulheres por causa de complicações de abortamento inseguro e em torno de 5 milhões de mulheres sofrem disfunções temporárias ou permanentes, incluindo a esterilidade. Nos locais com poucas restrições ao acesso a abortamento seguro, a taxa de mortes e doenças cai drasticamente.⁴⁸

Consigna ainda que:

A maioria dos governos tem ratificado tratados e convênios internacionais que os comprometem legalmente a proteger os direitos humanos, incluindo os direitos ao melhor padrão de saúde possível, à não-discriminação, à vida, à liberdade e à

⁴⁵ “direitos de cidadania, mas direitos das pessoas com independência de suas diversas cidadanias” (FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 40, tradução nossa).

⁴⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. 28 set 2017b. Acesso em 16 ago 2018.

⁴⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Aborto seguro é direito de todas as mulheres, dizem especialistas da ONU**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/77729-aborto-seguro-e-direito-de-todas-mulheres-dizem-especialistas-da-onu/>. 27 set 2017a. Acesso em 16 ago 2018.

⁴⁸ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. Tradução: de Silvia Piñeyro Trias. 2. ed. OMS, 2013. ISBN 978.92.4.854843.7, p. 87.

segurança da pessoa, a não sofrer qualquer tratamento desumano e degradante, à educação e à informação.⁴⁹

Dessa forma, podemos extrair que a questão do aborto provocado seguro se alicerça na busca de um melhor padrão mundial de saúde que gere um maior bem-estar social e a proteção total dos direitos humanos da mulher.

Esse ponto foge à tese absolutista da vida para repousar nas condições e formas com que o Estado deve atuar eticamente diante dessa questão que envolve direitos humanos fundamentais, em especial, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental do nosso Estado Democrático de Direito que se destina a assegurar “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”⁵⁰.

Nesse sentido, qual a razão ética para que o embrião⁵¹, que ainda sequer é um organismo humano, ter toda essa proteção estatal que veda à mulher o direito de abortar o que não deseja carregar em seu ventre e sentir crescer dentro de seu corpo?

Resposta eticamente difícil de se encontrar se considerarmos que o mesmo embrião, quando de laboratório - utilizado para a reprodução humana assistida - é descartado dolosamente do corpo que habitava e não precisa do mesmo tipo de proteção por não ser, igualmente, um organismo e senciente. Tratamento assimétrico a semelhantes que não encontra qualquer justificativa e coerência ética.

Os estudos científicos nos apontam que a fase embrionária vai até a 8ª semana de vida, sendo que no período seguinte, o fetal, é quando o ser humano é reconhecível com o

⁴⁹ *Id. Ibid.*

⁵⁰ Preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

⁵¹ “Os embriões humanos que costumam ser o assunto desse tipo de discussão são aqueles que têm menos de 14 dias, pois depois desse prazo eles não são de grande utilidade nem para a derivação de células-tronco nem para a fertilização *in vitro*. Esse embrião é um conjunto de apenas algumas dezenas de células, as quais são todas iguais. Ele não só ainda não tem órgãos, como não é possível nem mesmo saber quais células formarão o feto e quais formarão a placenta. Ele ainda pode se dividir em dois ou mais embriões (é assim que se formam os gêmeos univitelinos) e também pode ser que ele se funda naturalmente com outro embrião que esteja sendo gestado com ele. E mais incrivelmente, usando técnicas laboratoriais sofisticadas, pode ser possível criar um novo embrião a partir de cada uma das suas células” (FRIAS, Lincoln. **Embriões humanos têm direito à vida?** Disponível em <https://noticias.ufsc.br/2012/03/embrioes-humanos-tem-direito-a-vida/>. Acesso em 26 abr 2024).

crescimento do corpo e diferenciação de órgãos e tecidos⁵²; vale dizer que o embrião corresponde a um estágio inicial do desenvolvimento de um organismo desprovido de direitos, mas não de expectativas subjetivas do seu crescimento.

De qualquer maneira, há de se registrar, para os fins da presente pesquisa, que se sustenta cientificamente ser só a partir da 13ª semana de gestação o início da percepção gustativa do feto, um dos sintomas de que o processo de formação da consciência humana se desencadeou.

4 A SACRALIDADE DA VIDA E O ABORTO EM DWORKIN

Ao ser falar em vida humana não se pode fechar os olhos à sua sacralidade. Inicialmente, pontua Ronald Dworkin que o “aborto é a perda de uma vida humana que se inicia. A morte ocorre antes que a vida tenha de fato começado”⁵³, o que pode parecer um paradoxo, afinal, com o aborto, é a perda de uma vida que se inicia ou de uma vida que sequer tenha de fato se iniciado? A hermenêutica mais indicada dessa sentença de Dworkin, nos parece, é a de que com o aborto há a perda de uma expectativa jurídica de início de vida humana.

Dworkin ao tratar da sacralidade da vida aborda as concepções conservadoras moderadas e ortodoxas, assim como as liberais sobre o aborto, acreditando “ser intrinsecamente lamentável que a vida humana, uma vez iniciada, tenha um fim prematuro”⁵⁴. Sustenta, ainda que intuitivamente, que tanto liberais como conservadores acreditam que a vida de um organismo humano tem valor intrínseco, independente da forma que assuma, ou seja, até mesmo de um embrião recém-implantado.⁵⁵

O citado filósofo do direito nos apresenta algumas perguntas importantes: “Um aborto em um estágio avançado da gravidez será um insulto pior ao valor intrínseco da vida do que um aborto praticado em uma etapa inicial? Se assim for, por quê? Que critério de avaliação ou comparação usamos e deveríamos usar ao fazer esse tipo de julgamento?”⁵⁶. Lamenta-se a

⁵² SPADELLA, Maria Angélica. Introdução ao estudo da embriologia e ao desenvolvimento embrionário humano. In: **Disciplina Embriologia Humana** – FAMEMA. Disponível em: <http://www2.famema.br/disc/material/introducaodesenvembrionario.pdf>.

⁵³ DWORKIN, 2009, p. 250.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 96.

⁵⁵ *Id. Ibid.*

⁵⁶ DWORKIN, 2009, p. 98.

morte de qualquer vida humana, mas mais de uma criança de que a de um bebê, a de um bebê de que a de um feto, por quê?

Se a sacralidade da vida humana é o que norteia a razão de sua existência, como explicar essas diferenças? Como justificar a pena de morte adotada em caso de guerra declarada em nosso país e em alguns Estados norte-americanos? Afinal, a sacralidade da vida, como valor intrínseco, não seria a razão para se prestigiar a vida em detrimento da morte? Há algum mal que justifique moralmente a morte de uma vida humana?

Sobre o significado de ser a vida humana intrinsecamente importante, ao tratar da ideia do sagrado, Dworkin⁵⁷ divide essa importância em três aspectos: (i) diz respeito a uma coisa ser instrumentalmente importante, que depende de sua utilidade e da capacidade de ajudar as pessoas a desejarem terem mais, como remédios, dinheiro etc.; (ii) se refere à quando uma coisa é subjetivamente valiosa somente para as pessoas que a desejam, como assistir partidas de futebol aos domingos na TV, fumar um charuto após o almoço etc; (iii) uma coisa intrinsecamente valiosa, que independe da utilidade, da apreciação das pessoas que necessitem ou desejem.

Dworkin questiona quanto à vida humana, se seria instrumental, subjetiva ou intrinsecamente valiosa para responder que ela é valiosa nesses três sentidos ou aspectos.

Esclarece que tratamos esse valor como instrumental “quando a avaliamos em termos do quanto o fato de ela estar viva serve aos interesses dos outros: do quanto aquilo que ela produz torna melhor a vida das outras pessoas”⁵⁸, no que aqui, dentre outros, podemos ter como exemplos o valor instrumental que a vida do soldado tem para o comando; do policial para a comunidade; do médico para o paciente e seus familiares.

Como subjetivamente valiosa a vida, ou seja, pessoal, “quando avaliamos seu valor para ela própria, isto é, em termos de quanto *ela* quer estar viva, ou de quanto o fato de estar viva é bom para ela”⁵⁹. Aqui podemos extrair o exemplo de um paciente terminal de uma doença incurável que por meio de tratamentos paliativos continua vivo, sofrendo de forma física e/ou psicológica, para questionar o quanto para ele seria importante permanecer vivo.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 99.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 101.

⁵⁹ *Id. Ibid.*

De qualquer forma, em se tratando de aborto prematuro ou não, há de se saber se afinal o feto tem direitos e interesses próprios. Dworkin salienta que, “na fase inicial da concepção, um feto não tem interesses e direitos, e que quase ninguém acredita que os tenha”⁶⁰, todavia essa não é a posição da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Sem embargo, se pensarmos que a vida de qualquer organismo humano tem valor intrínseco, a despeito de também ter ou não valor instrumental ou pessoal, e termos a vida humana como algo que deveríamos respeitar, preservar, reverenciar por ser maravilhosa por si só, então estaremos numa situação em que o aborto é moralmente problemático⁶¹. Sobre esse ponto, sustentamos a necessária e importante abordagem de quando se pode ter como iniciada a vida humana, de alguém, ou seja, a passagem do estágio inicial de embrião para organismo senciente.

De uma maneira ou de outra há de se reconhecer ser moralmente problemático qualquer das hipóteses que envolva a perda de uma vida humana, com maior ou menor intensidade diante da diversidade cultural do ocidente e oriente. A questão é polêmica e interdisciplinar que para ser melhor compreendida reclama o diálogo entre os campos em que tramita a sua existência.

5 O ABORTO NA AMÉRICA DO SUL

Na América do Sul, em especial, no Brasil, Venezuela, Peru, Bolívia e Paraguai proíbe-se com exceções, enquanto Chile e Colômbia descriminalizaram o aborto. Chile, desde setembro de 2021, até 14 semanas de gestação em casos de risco de vida da gestante, estupro e má formação fetal. Colômbia até 24 semanas de gestação não necessita de justificativa, após somente nos casos de incesto, estupro e má formação do feto, sendo que Argentina, Uruguai, Guiana e Guiana Francesa “orientam e asseguram o acesso ao procedimento”⁶².

No Brasil o nosso Código Penal de 1940 ainda em vigor, criminaliza o autoaborto (art. 124, 1ª figura, do Código Penal); o aborto consentido (art. 124, 2ª figura, do Código Penal);

⁶⁰ *Op. cit.*, p. 101.

⁶¹ *Ibid.*, p. 102.

⁶² **Aborto é legal ou descriminalizado em 6 países da América do Sul.** Disponível: <https://www.poder360.com.br/internacional/aborto-e-legal-ou-descriminalizado-em-6-paises-da-america-do-sul/#:~:text=Dos%206%20pa%C3%ADses%20sul%20americanos,classificam%20o%20aborto%20como%20crime. Acesso em 18 jan 2023.>

aborto provocado por terceiro, sem ou com consentimento da gestante (arts. 125 e 126 do Código Penal), mas nem sempre foi assim no direito pátrio.

Antes tivemos o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal de 1890.

O primeiro – 1830 - não criminalizava o autoaborto, mas apenas o praticado por terceiro, com ou sem consentimento da gestante, ou seja, criminalizava apenas o aborto consentido e o denominado sofrido⁶³. O segundo – 1890 – já criminalizava o autoaborto, mas autorizava o aborto para salvar a vida da parturiente.⁶⁴

O Direito deve acompanhar a evolução da sociedade que na sua dinâmica sofre influências culturais, educacionais e morais, não nos parecendo coerente o aparente retrocesso a partir de 1890 com a criminalização do autoaborto. O que justificaria, por outro lado, o surgimento no Código Penal de 1940 da autorização legal para os denominados abortos necessário (art. 128, I) e humanitário (art. 128, II)? Nessas duas hipóteses legais de aborto, qual o bem jurídico-penal mais valorado?

Na vida há o investimento biológico natural ou divino e o investimento humano pessoal⁶⁵, podendo-se afirmar, dentro de uma concepção liberal, que no aborto necessário há que se sobrepor a vida da gestante por todo o investimento humano pessoal já realizado em detrimento do feto ou embrião que nenhum investimento dessa natureza ainda foi feito. Isso relativiza o direito à vida e afasta, fora do plano metafísico, qualquer refutação conservadora ao mesmo tempo que se permite questionar qual direito teria o feto ou embrião perante o direito à vida da gestante.

No aborto humanitário se dá prioridade à dignidade da mulher, à sua integridade física e psicológica em detrimento da vida do embrião ou feto, o que mais uma vez comprova a relativização legal da vida em determinadas e extremas situações, todavia, como na situação anterior, há forte resistência a essas práticas na concepção conservadora ortodoxa.

Sobre essa prática legal abortiva já se decidiu judicialmente:

O Código Penal declara impune o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no

⁶³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2**. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 164.

⁶⁴ *Id. Ibid.*

⁶⁵ DWORKIN, 2009, p. 124.

exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada.⁶⁶

Contudo, pode acontecer que a vítima de estupro possa querer a interrupção da gravidez em estado adiantado da gestação. Tal hipótese reclama perícia médica que autorize o abortamento, sob pena de se colocar em risco de vida a própria gestante. Neste caso, não se trata mais de tutelar a integridade física, psicológica e moral da gestante, mas sim a sua própria vida que em virtude do investimento humano já realizado se sobrepõe à expectativa de investimento biológico no nascimento com vida do feto. Assim, não se deve interromper a concepção pelo abortamento. Muda o bem jurídico a ser tutelado, mas permanece, em qualquer caso, a sobreposição daquele inerente à gestante.

6 O ABORTO NA JURISPRUDÊNCIA NACIONAL

Tratar do aborto na jurisprudência nos leva a pesquisar o que o Supremo Tribunal Federal, como última instância do Poder Judiciário, tem decidido sobre a questão que diz respeito ao direito fundamental à vida.

Em 06/08/2018 foi promovida audiência pública pelo Supremo Tribunal Federal⁶⁷, em decorrência da ADPF 442/DF⁶⁸ em que se discute a descriminalização do aborto até a 12ª semana de gestação, considerando o que dispõe os artigos 124 e 126 do Código Penal, contudo até o momento não entrou em pauta o seu julgamento.

Anteriormente, em 09/08/2016, temos como extremamente relevante e atual a decisão proferida no HC 124.306/RJ pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal que,

⁶⁶ BRASIL. TJRS - **Agravo de Instrumento**, 70018163246, Câmara Medidas Urgentes Criminal, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, julg. 03/01/2007, publ. 08/01/2007. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 20 mar. 2021.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatora encerra audiência pública sobre descriminalização do aborto**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386005>. Acesso em 15 ago. 2018.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>. Acesso em 14 out 2022.

mostrando uma tendência da Suprema Corte, dentro de uma concepção liberal afasta a criminalização preconizada pelos artigos 124 e 126 do Código Penal, reconhecendo a sua inconstitucionalidade, quando há interrupção voluntária da gestação no seu primeiro trimestre. Aborda também o referido acórdão diversas questões constitucionais relevantes e a questão da ausência no país do aborto seguro recomendado pela OMS, em especial da camada mais vulnerável da sociedade, agravando o risco à saúde e à vida da gestante que aborta.

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...]. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.⁶⁹

Por outro lado, no que tange ao aborto eugênico (caso do anencéfalo), detectamos no HC/RJ 84.025-6 que foi julgado prejudicado ao final pelo Supremo Tribunal Federal em 2004, um brilhante voto, já à época, do Min. Joaquim Barbosa favorável ao procedimento considerando, dentre outros, dois pontos fulcrais: 1) O fato do Superior Tribunal de Justiça na

⁶⁹ BRASIL. STF-HC 124.306/RJ. 1ª Turma. Rel. Min. Marco Aurélio. Red. Min. Roberto Barroso, j. 09/08/2016. Disponível em: ABORTO.STF-HC 124306.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021. (Grifo nosso)

decisão que serviu de base ao remédio heroico supracitado ter considerado apenas os direitos do nascituro; 2) O fato de que a anencefalia é uma anomalia gravíssima por implicar na ausência de cérebro, bem como que o momento da morte humana é fixado pela Lei 9.434/1997 quando da morte encefálica.

Sobre o primeiro ponto:

É importante salientar, porém, que em momento nenhum se cogitou de eventuais direitos da gestante, isto é, da paciente. Toda a discussão levada a efeito no âmbito do Superior Tribunal de Justiça diz respeito aos direitos do nascituro, sem qualquer alusão a eventuais direitos da gestante, como se esses direitos, constitucionalmente protegidos, não estivessem intimamente entrelaçados, ou seja, como se a proteção ao nascituro tivesse o condão de excluir completamente a proteção aos direitos da gestante. (STF – Tribunal Pleno. HC/RJ 84.025-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/2004, p. 339)

Com relação ao segundo ponto:

Segundo a literatura médica especializada, o bebê não viverá mais do que alguns dias porque é portador de uma anomalia gravíssima: a anencefalia, ou ausência de cérebro. Não é preciso ser um especialista no assunto para entender que sem o órgão vital que comanda as funções básicas do corpo humano e também os sentimentos e emoções, é absolutamente impossível a vida extra-uterina independente.

[...]

Por essa razão, o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.

Sobre o tema, e com orientação idêntica a nossa, o professor Claus Roxin, em recente visita ao Brasil, proferiu a palestra “A proteção da vida humana através do Direito Penal”, oportunidade em que salientou (i) que a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e (ii) que com a morte encefálica termina a proteção à vida. [...].

A própria lei de transplante de órgãos (Lei 9.434/1997), ao fixar o momento da morte do ser humano o da morte encefálica, reforça esse argumento. (STF – Tribunal Pleno. HC/RJ 84.025-6, Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/2004, pp. 349, 359-360)

Sobre o aspecto constante da parte do voto referente ao segundo ponto salientado, há de se consignar que no caso do feto anencefálico não há que se falar em morte encefálica, mas sim em ausência da sua ocorrência por inexistência de cérebro.

Com efeito, a vida humana decorre de uma complexa estrutura de formação divina em que não se pode ter como existente quando ausente o encéfalo, razão pela qual não há que se falar sequer em direito de proteção à vida de um ser em formação natural incompleta que terá vida extrauterina temporária.

Nesses casos, o investimento biológico natural ou divino não chega a ocorrer por completo, obstando qualquer investimento humano na formação do ser após o seu nascimento. Contudo, nesse HC/RJ 84.025-6, lamentavelmente, a Justiça agiu tardiamente e a criança veio a nascer e sobreviver por apenas por sete dias⁷⁰, o que certamente ocasionou sérios transtornos ou traumas psíquicos na gestante autora do pedido de interrupção da gravidez.

Em sentido oposto decidiu a 1ª Câmara Criminal do TJRS em 2007⁷¹ ao negar a ordem de sede de *habeas corpus* impetrada para obter autorização para aborto de feto com anencefalia.

Notícia o referido tribunal em sua decisão que, no caso, o feto já estava com aproximadamente 15 semanas de gestação, tendo os médicos do Hospital das Clínicas se colocado à disposição do juízo para proceder com o aborto no caso de decisão judicial favorável, contudo essa disponibilidade médica foi desconsiderada pelos julgadores.

O que se extrai de relevante dessa decisão, por maioria, é a presença marcante em julgadores de concepções conservadoras e liberais sobre o aborto.

O Desembargador relator Ivan Leomar Bruxel ao proferir voto pela não concessão do *habeas corpus* se prendeu à formalidade de que não há previsão legal no Código Penal e não está comprovado risco concreto da paciente, não tendo sido dado ao nascituro o direito de defesa, bem como que a providência reclamada não é com o intuito de se obter a proteção da liberdade, mas sim do alegado sofrimento psicológico, ou afastar o também alegado sofrimento físico da gestante-paciente.

Sustentou o relator em seu voto que o CFM, por meio da Resolução n. 1752/2004, reconheceu a possibilidade de morte prematura, mas para fins de transplante, o que não era o caso. Ignorou que a Lei n. 9.434/1997 fixa como momento da morte humana o da encefálica, bem como que, no caso, especificamente sequer há de se falar em morte do cérebro. Vale dizer, no feto com a anencefalia não há sequer que se falar em vida humana dentro dessa concepção,

⁷⁰ BRASIL. STF-**HC 84.025-6**. Plenário. Rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/03/2004. Disponível em: ABORTO.STF-**HC 84025**.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁷¹ BRASIL. TJRS-1ª Câmara Criminal. **Negado Habeas Corpus impetrado para autorizar aborto por anencefalia do feto**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-17107/>. Acesso em: 28 mar. 2021.

mas apenas de uma expectativa de nascimento com vida biológica humana temporária de um corpo sem cérebro.

Em síntese, no caso do feto com anencefalia o investimento biológico, natural ou divino é breve, incompleto e não há possibilidade de que ocorra qualquer investimento humano na formação dessa vida, isso ao custo de sofrimento físico e psíquico da gestante.

Por sua vez, o voto divergente do Desembargador Marcel Hoppe se valeu de precedente do próprio tribunal para sustentar não encontrar razão jurídica para a não concessão da ordem, o que foi acompanhado pelo Desembargador Martinez Lucas que sustentou que a medicina em 1940, quando do Código Penal, não dispunha de recursos técnicos para detectar deformações nos fetos, tendo por isso a jurisprudência usado de uma interpretação extensiva do art. 128, I, do Código Penal para autorizar o aborto quando for indispensável para salvar a vida da gestante e tutelar a sua saúde, inclusive psíquica.

De qualquer forma, sobre o aborto de anencéfalo o Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou posição favorável no paradigmático julgamento da ADPF 54/DF⁷² em 11/04/2012, sob o fundamento que é inconstitucional a interpretação de que o aborto de feto anencéfalo é criminalizado pelos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal.

7 ABORTO PRECOCE PROVOCADO E A ABORDAGEM DA IDENTIDADE

Jeff MacMahan ao tratar do aborto precoce⁷³, com base na abordagem da identidade que advoga a mente corporificada, sustenta que “não começamos a existir até o momento em que nossos organismos desenvolvam a capacidade para gerar uma consciência”⁷⁴, quando “somente então é que passaria a existir alguém, em vez de apenas algo”⁷⁵.

Este filósofo trata o aborto precoce como o realizado antes de existir alguém. Entende-se este fato como aquele ocorrido “antes do momento em que o cérebro do feto adquire

⁷² BRASIL. STF-ADPF 54/DF - Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.04.2012, p. 30.04.2013. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%2054&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 28 mar. 2021.

⁷³ Para este filósofo, aborto precoce é aquele realizado antes das vinte semanas de gestação.

⁷⁴ MACMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar**: problemas às margens da vida. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 282.

⁷⁵ *Id. Ibid.*

a capacidade para ter uma consciência e, conseqüentemente, antes do momento no qual um de nós passaria a existir em associação com o organismo fetal”⁷⁶.

Com efeito, como já salientado, o período fetal se inicia na nona semana de gravidez, mas é a partir da 13^a semana de gestação que o feto se apresenta com capacidade de percepção gustativa, de diferenciar gostos⁷⁷, ou seja, começa a ter consciência no sentido comum.

O embrião até doze semanas de vida não passa de um estágio inicial de desenvolvimento de um organismo que sequer é senciente; vale dizer, não existe alguém como pessoa humana considerando a abordagem da identidade que advoga a mente corporificada.

O filósofo Steven Luper, sobre esse aspecto – pessoa humana -, com base no gradualismo metafísico sustenta o mesmo “que o feto é um ser humano em andamento; nessa visão, o feto ainda não é um indivíduo cuja existência pode ser terminada e, portanto, não pode ser prejudicado ao ser privado da vida”⁷⁸.

Nessa linha de pensamento exposto até aqui neste tópico, sustentamos que não se aplica o disposto no art. 4^o, item 1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁷⁹ que apresenta como pessoa sujeita do direito à vida o embrião humano que surge desde a concepção. Desconsidera os estágios da formação humana durante a gestação para considerar, sem rigor científico, como sujeito de direitos desde a fecundação uma pessoa que sequer ainda existe. Nessa linha, como explicar e sustentar juridicamente, até mesmo no plano ético, o direito à vida dos embriões que surgem da fertilização *in vitro*?

Desde a concepção não há pessoa humana, mas sim uma fecundação que dá azo a formação de um embrião humano até a 8^a semana de gestação. É a partir da 9^a semana que o embrião passa a ter a forma de um feto, mas é só com a 13^a semana de gestação - quando se inicia a percepção gustativa do organismo humano em desenvolvimento – que começa a surgir

⁷⁶ *Id. Ibid.*

⁷⁷ BRASIL. **Gestação:** Conheça todas as etapas de desenvolvimento do bebê. Disponível: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-nordeste/mco-ufba/comunicacao/noticias/conheca-todas-as-etapas-de-desenvolvimento-do-bebe>. Acesso em 25 ago. 2018.

⁷⁸ LUPER, Steven. **A Filosofia da Morte**. Tradução: Cecilia Bonamine. São Paulo: Madras, 2010, p. 254-255.

⁷⁹ “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

alguém, uma pessoa com base na tese da abordagem da identidade que advoga a mente corporificada de Jeff MacMahan.

Em sendo assim, há de se estabelecer um marco divisório da gestação que aponte quando passa a existir alguém, um indivíduo, entendido este como ser consciente com a mente corporificada. Esse é um dos grandes problemas que apresenta inúmeras discussões e posições para os que são favoráveis à descriminalização do aborto, pois somente a partir da existência do eu, indivíduo, é que podemos dizer que provocar a cessão de sua vida é matar alguém, conduta que pode ser criminalizada socialmente.

Ao tratar da consciência, o filósofo Jeff MacMahan, ainda na abordagem da identidade que advoga a mente corporificada, nos apresenta o problema de se fixar o marco supracitado ao enfatizar:

Não se sabe com certeza em que ponto da gestação o cérebro de um feto desenvolve a capacidade para gerar uma consciência. A maioria dos neurologistas aceita que o ponto mais precoce em que a consciência seria possível ocorre em torno da 20ª semana de gravidez, quando as conexões sinápticas entre os neurônios corticais começam a se formar. É improvável, no entanto, que a consciência se torne possível antes que tenha se passado pelo menos mais um mês – ou seja, por volta do 6º mês da gestação.⁸⁰

Simon Blackburn ao abordar o tema, salienta ser a consciência, na filosofia, a fonte de problema mais provocante e penetrante, mas que “é quase impossível dizer o que é a consciência”⁸¹, no que, depois de nos apresentar várias considerações, finaliza:

Mas muitos filósofos estão convencidos de que podemos dividir para conquistar: podemos progredir dividindo o eu em diferentes capacidades, e reconhecer que em vez de um único eu ou observador é melhor pensar num turbilhão de atividade cerebral relativamente não direcionada, sem qualquer teatro, luzes ou, sobretudo, qualquer espectador interior.⁸²

Nesse sentido, dentro desse turbilhão de atividade cerebral, em face das considerações já feitas até aqui, podemos reafirmar ser a partir da 13ª semana de gestação o marco da formação da consciência, ou seja, quando o feto começa a desenvolver a primeira consciência por meio da percepção gustativa. Isto nos permite ter a noção da existência real de alguém em desenvolvimento natural ou biológico.

⁸⁰ MACMAHAN, 2011, p. 282.

⁸¹ BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia**. Tradução: Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997, p. 72.

⁸² *Id. Ibid.*

Em sendo assim, a partir desse marco gestacional passa-se para outra fase em desenvolvimento, ou seja, se sai da inerente a um organismo fetal não senciente para se iniciar a formação humana. Isso, nos permite afirmar que antes, até a 12ª semana de vida, há inicialmente um organismo humano, mas não existe alguém com base na análise, que coadunamos, feita por Jeff MacMahan sobre a abordagem da identidade que advoga a mente corporificada no aborto precoce.

8 (DES) CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO PRECOCE PROVOCADO

Se podemos sustentar que até a 12ª semana de gestação o embrião está apenas no estágio inicial do desenvolvimento de um organismo não senciente, podemos apreender que no aborto precoce provocado não há lesão à terceiro, mas apenas ação que afeta, primariamente, a própria mulher em sendo seguro, e de grande risco, até de vida, no inseguro.

No período anterior ao marco temporal gestacional acima não há que se falar num organismo humano com consciência em seu desenvolvimento natural, ou seja, de existir alguém com base na abordagem da identidade que advoga a mente corporificada. Dessa forma, um aborto precoce

não poderia afetar, positiva ou negativamente, a ninguém além da gestante, seu parceiro e qualquer outra pessoa que pudesse se preocupar com a gestante ou com a sua possível prole. Um aborto precoce não mataria ninguém; ele simplesmente impediria alguém de vir a existir. Sob esse aspecto, o aborto seria semelhante à contracepção, mas seria dessemelhante à morte de uma pessoa. Afinal, simplesmente não haveria ninguém para ser morto em tal caso.⁸³

Sobre matar alguém e o aborto, o filósofo Steven Luper⁸⁴ aponta:

Como regra, matar um ser humano é um ato terrivelmente errado. [...] há exceções à regra. Talvez os abortos que envolvam matar seres humanos que não se desenvolveram completamente estejam entre as exceções. No entanto, a descontinuação da gravidez nem sempre envolve matar. Em alguns abortos, permite-se a morte e não o assassinato de seres humanos desenvolvidos. E alguns abortos ocorrem antes mesmo de um indivíduo estar parcialmente desenvolvido. Nesses abortos, impede-se que um indivíduo nasça e mata-se o tecido com o qual ele está sendo formado.

Com efeito, o Direito Penal tem como razão de sua existência, pela doutrina majoritária, a necessidade precípua de tutelar bens-jurídicos tidos como essenciais em

⁸³ MACMAHAN, 2011, p. 282.

⁸⁴ LUPER, 2010, p. 231.

sociedade para inibir ações humanas que os lesem ou ameacem de lesão por parte de terceiros, por isso mesmo também atua como garantia, limite e fundamento da intervenção penal que não deve se ater à autolesão.

Ora, se a identidade surge com a mente corporificada que torna possível a existência de alguém, não estando caracterizado esse estado da criação humana no aborto precoce provocado até a 12ª semana de gestação, a sua ocorrência não mata alguém, mas apenas cessa a vida de um embrião em estágio de desenvolvimento para um organismo humano com consciência. Afeta apenas a própria mulher de forma a tornar descabida e violenta a intervenção penal estatal que se deve restringir a proteger os bens essenciais das ações de terceiros que causem lesão ou ameaça de lesão a alguém, razão pela qual deve-se descriminalizar essa prática.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A polêmica questão do aborto, em qualquer dos seus tipos, está sempre em discussão ao longo do tempo nos diversos campos dos saberes e das crenças. A sua descriminalização até a 12ª semana de gestação entrou na pauta por meio de recente audiência pública realizada em 06/08/2018 pelo Supremo Tribunal Federal com o fim de instruir julgamento a ser realizado oportunamente na ADPF 442/DF, sendo que a Suprema Corte já se posicionou favoravelmente ao aborto do anencéfalo na ADPF 54/DF em 11/04/2012

Sobre o aborto precoce provocado, com base no fundamento da abordagem da identidade que advoga a mente corporificada, apresentada pelo filósofo Jeff MacMahan, desenvolvemos o entendimento de que até a 12ª semana de gestação não há um organismo senciante, mas apenas um organismo humano em desenvolvimento que ainda não configura a existência de alguém.

Não é antiético fazer cessar a vida de um embrião humano por meio de um aborto precoce provocado até esse marco temporal fixado, não é matar alguém por se tratar de um organismo não-senciante. Tal prática afeta apenas a mulher que não deseja a continuidade da gestação por razões psíquicas, seus entes queridos e terceiros que possam ter interesse na prole, podendo, quando realizado de modo inseguro, causar autolesão ou risco de vida à gestante como alertado pela Organização Mundial da Saúde que apresenta estatística de que a proibição do aborto não diminui a sua prática.

Dessa forma, como o Direito Penal é o meio de controle mais violento utilizado pelo Estado que se propõe a tutelar bens-jurídicos essenciais da ação de terceiros, não há como persistir a criminalização do aborto até as 12 (doze) semanas de gestação por sequer existir ainda um organismo senciente, alguém, uma pessoa humana que reclame proteção do ente estatal. Deve-se, ao invés de impor sanções penais à mulher e motivar abortos inseguros, promover eticamente políticas públicas do aborto seguro, respeitando democraticamente a dignidade da pessoa humana da mulher que se exprime pela liberdade de exercer o seu poder de autodeterminar o que quer para a sua vida, impondo-se, em consequência, a descriminalização do aborto precoce provocado.

REFERÊNCIAS

Aborto é legal ou descriminalizado em 6 países da América do Sul. Disponível: <https://www.poder360.com.br/internacional/aborto-e-legal-ou-descriminalizado-em-6-paises-da-america-do-sul/#:~:text=Dos%20pa%C3%ADses%20sul%2Damericanos,classificam%20o%20aborto%20como%20crime.>

A descriminalização do aborto no México é uma resposta importante a recentes reverses: A decisão histórica é uma grande vitória para as mulheres, embora sua implementação ainda ofereça desafios. Disponível: <https://www.opendemocracy.net/pt/descriminalizacao-aborto-mexico-resposta-importante-recentes-reveses/>.

BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. *In:* GOZZO, Débora e LIGIERA, Wilson Ricardo (Orgs). **Bioética e direitos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo:** Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dez. de 2010, p. 3. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Especial 2. 14. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

BLACKBURN, Simon. **Dicionário Oxford de Filosofia.** Tradução: Desidério Murcho et al. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

BRASIL. **Gestação:** Conheça todas as etapas de desenvolvimento do bebê. Disponível: <https://www.gov.br/ebserh/pt-br/hospitais-universitarios/regiao-nordeste/mco-ufba/comunicacao/noticias/conheca-todas-as-etapas-de-desenvolvimento-do-bebe>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54/DF** - Tribunal Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio, Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%2054&sort=_score&sortBy=desc.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 442/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5144865>.

BRASIL Supremo Tribunal Federal. **HC 84.025-6**. Disponível em: [ABORTO.STF-HC 84025.pdf](#).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 124.306/RJ**. Disponível em: [ABORTO.STF-HC 124306.pdf](#).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Relatora encerra audiência pública sobre descriminalização do aborto**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386005>.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento 70018163246 - Câmara Medidas Urgentes Criminal**. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 1ª Câmara Criminal. **Negado Habeas Corpus impetrado para autorizar aborto por anencefalia do feto**. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/noticia-legado-17107/>.

CANOTILHO, JJ. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Portugal: Almedina, 1998.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana sobre direitos humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm.

DAGNINO, Evelina. Os movimentos sociais e a emergência de uma nova noção de cidadania. *In*: DAGNINO, Evelina (Org.). **Anos 90**. Política e sociedade no Brasil. São Paulo: Brasiliense, 1994.

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8. ed., atual. de acordo com o Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida:** aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução Jefferson Luiz Camargo. Revisão da tradução: Silvana Vieira. 2. ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FRIAS, Lincoln. **Embriões humanos têm direito à vida?** Disponível em <https://noticias.ufsc.br/2012/03/embrioes-humanos-tem-direito-a-vida/>.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: EDIÇÕES 70, LDA, 2011.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LUPER, Steven. **A Filosofia da Morte**. Tradução: Cecília Bonamine. São Paulo: Madras, 2010.

MACMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARSHALL, T. H. Cidadania e classe social. In: _____. **Cidadania, classe social e status**. Tradução: Meton Porto Cadelha. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. **Discurso sobre a dignidade do homem**. Tradução: Maria de Lourdes Sirgado Ganho. Portugal/Lisboa: Edições 70, LDA, 2010, p. XLIV.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Aborto seguro é direito de todas as mulheres, dizem especialistas da ONU**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/77729-aborto-seguro-e-direito-de-todas-mulheres-dizem-especialistas-da-onu/>. 27 set 2017a.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **OMS: proibição não reduz número de abortos e aumenta procedimentos inseguros**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/oms-proibicao-nao-reduz-numero-de-abortos-e-aumenta-procedimentos-inseguros/>. 28 set 2017b.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Abortamento seguro: orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde**. Tradução: de Sílvia Piñeyro Trias. 2. ed. OMS, 2013. ISBN 978.92.4.854843.7.

PASSOS, J. J. Calmon de. Cidadania Tutelada. In: FERREIRA, Luis Alexandre (Org.). **Hermenêutica, Cidadania e Direito**. Campinas: Millennium, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil – Parte geral**. 25. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1995, v. 1.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria Do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 16. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

SPADELLA, Maria Angélica. Introdução ao estudo da embriologia e ao desenvolvimento embrionário humano. In: **Disciplina Embriologia Humana** – FAMEMA. Disponível em: <http://www2.famema.br/disc/material/introducaodesenvembrionario.pdf>.

Submissão: 10.03.2024

Aceito: 20.11.2024