

ABORTO: UMA ANÁLISE HISTÓRICA À LUZ DAS NOVAS TECNOLOGIAS

*Diane de Carvalho Machado**

INTRODUÇÃO

As civilizações antigas, em sua maioria, trataram da matéria no âmbito legal, sofrendo variações, somente, com relação à reprimenda aplicada aos infratores e à sua motivação histórica. O rigorismo da abordagem conferida ao aborto foi graduado em nítida interdependência com as concepções sociais, culturais, econômicas e demográficas vigentes no meio social de cada época. Para efeitos penais, o feto é considerado pessoa, tutelando-se a vida de pessoa humana. No autoaborto há apenas uma objetividade jurídica, qual seja a vida do feto. No aborto praticado por terceiros há outra, mediata, que é o direito à vida e à integridade física e psíquica da gestante. Para além desta discussão de natureza filosófica e moral é preciso ainda a verificação de dados fáticos, estatísticos que demonstram que a atuação proibicionista do aborto não resulta na sua expressa diminuição quantitativa, mas sim num desrespeito às mulheres de classes mais pobres que são excluídas do acesso a saúde. O advento das novas técnicas de diagnósticos de malformações fetais, ainda intrauterinamente, possibilitaram a descriminalização do aborto de neonatos anencéfalos no Brasil. É pelo mesmo motivo que talvez seja propício a discussão sobre a aceitabilidade de novas solicitações de interrupção da gestação baseadas em distintas malformações incompatíveis com a vida extrauterina, caracterizando-se aqui o fenômeno do slippery slope.

Aborto: aspectos históricos

Alguns povos não puniam o autoaborto e o aborto consentido, como é o caso dos egípcios, gregos e hebreus. Essas culturas entendiam que, em tais situações, a interrupção da gravidez era necessária para afastar as dores e as complicações do parto, evitar a carga de obrigações da mãe, dirigida para os cuidados com o filho, inclusive com a amamentação, e, ainda, apresentava-se útil para impedir a multiplicação da prole. Vislumbrava-se o aborto como interesse de cunho particular, de modo a obstar a ingerência estatal neste setor.

Impende ressaltar que, consoante concepção grega, admiradora nata da beleza da mulher, o aborto era encarado como um meio de resguardar a esbelteza do corpo feminino. Aliás, os gregos e romanos consideravam que o feto era *pars viscerum matris*, porquanto mentalizavam o feto como parte integrante do organismo da mãe, a quem era concedido o poder de dispor livremente de seu corpo.

Os romanos, por sua vez, sempre consideraram o aborto como uma imoralidade, e somente o admitiam em favor do marido face à esposa, embora não o tenham elevado à categoria de delito no período compreendido entre a República e o Antigo Império.

* Advogada e Fisioterapeuta; Mestranda em Ciências das Religiões da Faculdade Unida de Vitória; Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal; Pós-Graduada em Direito Processual Civil; Pós-Graduada em Fisioterapia Respiratória em Pediatria e Neonatologia; Pós-Graduada em Fisioterapia Cinética Funcional.

Em Roma, a prática abortiva apenas passou a ser incriminada a partir do momento em que os preparos de venenos sofreram cominações de penas. Na época, os venenos eram utilizados em poções afrodisíacas, as quais eram indicadas para interrupção da gravidez (*pocula abortionis*). A punição surgiu em face das leis de Cornélio, que aplicavam aos infratores a pena de trabalhos forçados nas minas, o confisco de bens ou deportação, e pena capital, esta última se da conduta decorresse a morte da gestante.

A matéria não foi tratada pela Lei das XII Tábuas e tampouco pelas leis republicanas. A tolerância dos romanos, no que se refere à interrupção da gravidez, limitava-se a permitir que a mulher pudesse dispor de seu próprio corpo, desde que não violasse a vontade do marido. É que, no tempo de Septímio Severo, o aborto foi considerado como uma lesão ao direito do marido à prole, castigado com uma pena extraordinária, mediante a invocação de uma lei contra o *veneficium*.

Na realidade, na Roma antiga, em razão da preponderância de normas protetivas da saúde e da integridade física da mulher, o aborto não chegava a se destacar como delito, por afetar mais diretamente os interesses individuais do que os coletivos. A concepção romana se fundamentava na sua própria organização social e econômica, bem como nas diretrizes de seu direito penal.

As modificações ligadas ao tratamento conferido ao aborto medraram com a disseminação do Cristianismo, que reagiu de forma enérgica à sua prática, em contraposição à conduta adotada pelos povos pagãos. A visão cristã elevou o feto à categoria de criatura divina, que merecia a proteção da Igreja e do Estado. Estabeleceu-se, então, punição severa para a prática do aborto, o que ocorreu no fim da Idade Média. As legislações denominadas *Fuero Juzgo e Sete Partidas*, originárias da Espanha, cominavam sanções em conformidade com o período de gestação, o que elevava ou diminuía a reprimenda penal.

No período cristão, os Imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram as normas que regulamentavam o tema, e dispensaram ao aborto tratamento semelhante ao dedicado ao homicídio.

Santo Agostinho, na Idade Média, baseando-se nas teses defendidas por Aristóteles, considerou o aborto como crime apenas quando o feto tivesse recebido alma, o que, segundo ele, ocorria a partir de quarenta e oito dias depois da fecundação. Contudo, para São Basílio, o aborto deveria ser condenado independentemente do período de gestação em que fosse praticado.

A partir da aceitação do aspecto cristão, a Igreja passou a influenciar, de maneira crucial, as legislações penais que tratavam do aborto, cujos influxos se eternizaram alcançando os dias hodiernos.

O aborto foi considerado como crime, pela primeira vez, na *Constitutio Bambergensis*, de 1507, e na *Constitutio Criminalis Carolina*, de 1532, legislações estas que distinguiam os denominados “fetos animados e inanimados”, cominando para a prática abortiva, no primeiro caso, a pena capital, igualando-o ao homicídio, e, com relação ao segundo, o castigo seria aplicado consoante o arbítrio dos peritos especializados na área do direito.

Na França, na Idade Média, o aborto era punido como crime gravíssimo, ao qual incidia a pena de morte, sem a distinção de se tratar de feto animado ou inanimado.

A idéia francesa foi seguida de perto pela Ordenação Criminal de Toscana, de 1786, e pelo Código Penal Josefino, de 1787, que consideraram o aborto como delito equiparado ao homicídio.

A pena capital cominada ao crime foi afastada no Século XVIII, sendo substituída pela pena privativa de liberdade ou pela de multa. Nesse período, alguns estudiosos, como Feuerbach, passaram a combater a idéia de que o feto possuía os mesmos direitos do homem, refutando a equiparação do aborto com o homicídio, e buscavam estabelecer a pena para o primeiro delito com fundamento na ordem demográfica, o que minimizava a sanção *in abstracto*.

No Brasil, o Código Penal do Império (1830) não penalizava a figura do aborto provocado pela própria gestante, sujeitando, apenas, o terceiro que agia, com ou sem o consentimento da mulher, às sanções penais. Com o advento do Código Penal de 1890, na República, a gestante passou a ser também sujeito ativo do delito de aborto, e em 1940, o crime em análise veio a figurar nos tipos penais previstos nos arts. 124 (provocado pela gestante), 125

(provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto consentido).

Posicionamento do direito em relação ao fato social

A criminalização do aborto, que é seletiva, gera, portanto, resultados mais desastrosos do que a sua legalização, pois não impede que os abortos sejam realizados clandestinamente.

É preciso atentar-se aqui ao princípio da razoabilidade, que nos serve como uma diretriz de interpretação da constituição (Barroso, 2010). Tal princípio implica na atribuição de valores como justiça, racionalidade e proporcionalidade, isso significa que as medidas tomadas pelo Estado devem ter um benefício superior às perdas que ela promove. A legislação brasileira que trata sobre o aborto desconsidera veemente este princípio, ao passo que, ao proteger o feto ela gera danos maiores a vida de diversas mulheres, principalmente daquelas que possuem baixa renda e que não tem acesso aos direitos básicos garantidos constitucionalmente.

A legalização do aborto, portanto, não fere nenhum direito constitucional de proteção à vida, a sua regulamentação busca, na realidade, promover tal direito, garantindo a possibilidade de escolha das mulheres sobre sua própria vida e seu livre desenvolvimento sem a intervenção de preceitos morais, promovendo o acesso a um aborto legal e seguro, permitindo ainda a existência de um Estado Laico e Democrático que respeita a liberdade de seus cidadãos.

O Direito serve à própria sociedade e deve, portanto, se perfazer num constante evoluir, buscando cotidianamente as soluções para os conflitos sociais, a partir da racionalidade comunicativa (Habermas, 2003).

CONCLUSÃO

A legalização do aborto se propõe, portanto, a solucionar um problema de saúde pública, que há muito é deixado de lado por questões políticas e religiosas, além de ser um mecanismo que busca superar a cultura patriarcal e moralista enraizada na sociedade, que torna as mulheres submissas ao seu próprio corpo, retirando-lhe o poder de escolha.

As implicações ético-legais acerca dos pedidos de autorização para interrupção de gravidez no caso de nascituros diagnosticados com malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina têm ganhado bastante respaldo na atualidade, sobretudo frente à decisão do Supremo Tribunal Federal em relação à descriminalização de aborto envolvendo fetos anencéfalos, abrindo espaço para a discussão quanto às demais malformações.

Os argumentos contidos nos pedidos de interrupção de gravidez envolvendo outras malformações fetais, apresentam o mesmo condão basilar sobre a autonomia reprodutiva da mulher, bem como de sua saúde física e mental.

Isso nos remete à possibilidade da ocorrência do fenômeno denominado na bioética de *slippery slope*, onde a construção de determinados critérios e argumentos previstos para casos específicos pode acabar servindo para outros casos análogos não previstos ou indesejados.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAMPBELL, A. Eutanásia e o princípio de justiça. *Bioética*. 1999; 7(1):49-57.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Parte Especial*. Vol. 3. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os Direitos Fundamentais e a (In) Certeza do Direito: A Produtividade das Tensões Principiológicas e a Superação do Sistema de Regras**. Belo Horizonte: Fórum, 2011
- DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. **Aborto no Brasil: uma pesquisa domiciliar com técnica de urna**. In. *Ciência & Saúde Coletiva* 15, 2010. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/impresso, onu-recomendao-fim-da-criminalizacao-, 846505,0. Htm>> Acesso em: 15 jul. 2018.
- DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. Ed. Saraiva, 2001.
- FELDHAUS, C. Hare e o problema da ladeira escorregadia. *Ética*. 2003; 2(2):173-191.
- HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. v. II, 2ª ed./ Jürgen Habermas; tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- WOLFGANG, Lenhard: Der Einfluss pränataler Diagnostik und selektiven Fetozids auf die Inzidenz von Menschen mit angeborener Behinderung. In: *Heilpädagogische Forschung*. Band 29, 2003, p.165–17