

1 – INTRODUÇÃO:

O aborto é um tema constantemente debatido, mas, sempre envolvido em diversas polêmicas (já que compreende diversas questões relacionados à religião, a cultura e a aspectos sociais). No âmbito do direito a discussão passa por diversos temas, como os direitos fundamentais a vida (ex: limites e início da vida), a liberdade (ex: autonomia da mulher), a igualdade (ex: consequências desiguais) e relacionadas a descriminalização e despenalização do aborto.

Este artigo fará uma pesquisa analítica descritiva sobre os modelos de abordagem do aborto a fim de identificar possibilidades que possam aprimorar a aplicação dos direitos fundamentais em nosso ordenamento e, por conseguinte, concretizar a democracia.

2. MODELOS DE ABORDAGEM DO ABORTO;

O tema do aborto é tratado de diversas formas nas diversas legislações mundiais. Basicamente há três modelos (ou sistemas) de abordagem do aborto: causal ou de permissões; modelo de solução por prazos; e o modelo de assessoramento. Destaca-se que nos três modelos¹ é possível a restrição do direito a vida biológica (aborto), já que o direito a vida é um direito fundamental e como tal é relativo. A diferença entre eles reside na autonomia, maior ou menor, da decisão da genitora em efetuar o aborto.

3. MODELO CAUSAL OU DE PERMISSÕES:

O sistema de indicações ou permissões (ou causal) é aquele em que a legislação não permite o aborto, mas, excepcionalmente, traz algumas disposições legais (causas) em que esse aborto é permitido.

Os países² que adotam esse modelo vão sancionar³ a conduta do aborto que não esteja amparada por algumas das causas ou permissões legais. Gabriel Adriasola indica que diversos

¹ Gabriell Adriasola afirma que existem três tipos de modelos de regulação do aborto: O primeiro em que há prazos em que o aborto torna-se licito por decisão da mulher ou com o cumprimento de alguns requisitos mínimos; O segundo é um modelo em que o aborto é proibido, mas há na lei alguns casos em que se permite a prática do aborto; e o terceiro que é o chamado modelo intermediário ou de assessoramento (ADRIASOLA, 18-19).

² Sobre o assunto ver: L. Mirarchi, Aborto. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho em <http://bioetica.bioetica.org/mono4.htm>.

³ Adotei o termo sancionar porque a lógica desse modelo é que em regra o aborto não é permitido, assim, quando não houver permissão legal deve-se penalizar o autor. Contudo, essa pesquisa não visa fazer um estudo comparado amplo para afirmar se essa sanção será penal ou não.

países utilizam este sistema⁴, como: Luxemburgo, Polônia, Colômbia, México⁵ e Brasil (ADRIASOLA, p. 21). É necessário salientar que as causas ou permissões variam conforme os diversos ordenamentos jurídicos⁶. A legislação brasileira⁷, por exemplo, só permite o aborto em casos de violência e de perigo a saúde da mulher⁸.

Pode-se afirmar que as causas ou permissões legais para o aborto neste sistema são: perigo a saúde da mãe; a gravidez resultar de violência; má-formação ou doença pré-existente; critério etário; e, justificativa socioeconômica. Ou seja, este modelo se fundamenta na defesa do direito fundamental a vida, mas, permite o aborto em alguns casos.

O autor uruguaio afirma que neste sistema a legislação não reconhece a liberdade da mãe, mas tão somente as permissões que o direito considera como válidas para justificar o aborto. Ele afirma que este sistema parte da premissa que a vida começa com a concepção ou a nidação, contudo, a legislação admite que em alguns casos a vida do feto seja relegável diante de interesses do ser humano já nascido. O autor⁹ diz ainda que para alguns teóricos a adoção deste modelo se fundamentava no artigo 4º do Pacto San José (ADRIASOLA, p. 27)¹⁰.

Ele sustenta que as legislações admitem a prevalência dos direitos da genitora mesmo quando de menor valor ao do embrião e conclui que há uma valoração de direitos entre a vida intrauterina e a extrauterina. Por fim, informa que para este sistema o direito a vida é tão

⁴ O livro organizado pela Organização Mundial da Saúde afirma com base em dados estatísticos que a ampla maioria dos chamados países em desenvolvimento utilizam um sistema em que o aborto não é permitido (OMS, p.18).

⁵ Na Colômbia é possível o aborto em caso de violência, de perigo a saúde da mulher comprovado por um laudo médico e má formação do feto e no México, a regulamentação fica a cargo de cada um dos entes federativos, mas, com exceção do Distrito Federal todos os entes adotam o sistema causal (ADRIASOLA, p. 21).

⁶ Em Hong Kong o fato de a genitora ser adolescente é por si só uma causa que justifica o aborto já que a gravidez poderia ensejar perigo à saúde da mãe. Na França e na Holanda é possível o aborto em caso de angústia que prejudique a saúde mental da mulher. Na Hungria é possível o aborto para àquelas mulheres que não possuam moradia (ADRIASOLA, p.20 e 21).

⁷ A jurisprudência brasileira traz casos diversos sobre a possibilidade do aborto, contudo, há que se ressaltar que no caso do aborto de bebe anencéfalo o Supremo Tribunal Federal na análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 possibilitou o que ele denominou de antecipação terapêutica do parto e não o aborto. Acessado no site: <http://www.stf.jus.br/portal/geral/verpdfpaginado.asp?id=339091&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54> em 06/06/16.

⁸ O Código Penal traz como permissões legais o aborto necessário e o aborto ocorrido em virtude de estupro (art. 128). Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁹ Gabriel Adriasola traz o que chama de debate sobre o artigo 4º da Convenção Americana dos Direitos humanos nos capítulos 2.3 e 2.4 de sua obra (ADRIASOLA, p. 29-38), assunto que não será trabalhado já que não é objeto dessa pesquisa.

¹⁰ Cabe ressaltar que o dispositivo afirma que o direito a vida deve ser protegido desde a concepção e não que houve adoção do critério da concepção para o início da vida.

importante que cabe somente ao Estado e não a grávida decidir quando o aborto será possível (ADRIASOLA, p. 27 - 28).

Sendo assim, pode-se afirmar que este modelo admite a relatividade do direito à vida, mas entende que a colisão entre esse direito e outros direitos (mesmo que menos valiosos) deve ser solucionada por toda a coletividade, ou seja, pela criação de permissivos legais em determinadas hipóteses a realização do aborto em detrimento da escolha autônoma da genitora.

4. MODELO POR SOLUÇÃO DE PRAZOS:

O modelo por solução de prazo é aquele em que a legislação estabelece um período de tempo em que vigora a autonomia incondicionada da mãe pelo aborto e, após esse período, prevalece o impedimento de abortar.

Gabriel Adriasola afirma que esse sistema permite a interrupção voluntária da gravidez dentro de um prazo unicamente pela vontade da mulher, sem qualquer causa permissiva. Ele diz ainda que o direito alemão¹¹ denomina esse modelo como o da livre disposição por autodeterminação dentro de um prazo legal (ADRIASOLA, p. 23).

Este sistema tenta conciliar o direito à vida e o direito à liberdade de escolha da mulher, já que possibilita que em um determinado prazo a mulher possa livremente optar pelo aborto, mas, após esse período o impede. Contudo, é necessário ressaltar que em alguns países há uma variação desse sistema. Na Bulgária e na Dinamarca tem-se uma espécie de sistema de prazos adicionado a um sistema de permissões. Na Grã Bretanha (exceto Irlanda do Norte) acontece o mesmo, mas o prazo é de 24 semanas de gestação¹². Na Grécia há um sistema de prorrogação desse em caso de grave anomalia fetal e incesto. A Noruega adota a interrupção incondicionada nas primeiras 12 semanas e Portugal nas primeiras 10 semanas. A Suécia admite a interrupção voluntária nas primeiras 18 semanas, da 18ª a 24ª semana é possível o aborto em caso de riscos ao feto ou a mãe, mas não se autoriza o aborto se o feto é viável (ADRIASOLA, p.18-20). Já nos Estados Unidos, a Suprema Corte (*Roe VS. Wade* em 1973 e *Parenthood of Southwestern Pennsylvania VS. Casey* em 1992) reconheceu o direito individual da mulher de interromper a gravidez no 1º trimestre de gestação (NOVELINO, p.490-491).

¹¹ O autor uruguaio cita a obra “Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Rechtliche Regelungen, soziale Rahmenbedingungen, empirische Grunddaten. Baden-Baden: Nomos, 1999, PP. 526-609” como a responsável por essa denominação (ADRIASOLA, p.23).

¹² Marcelo Novelino informa que o aborto no Reino Unido (exceto a Irlanda do Norte) foi legalizado em 1967.

Interessante perceber que os prazos coincidem com as teorias do início da vida. Sobre o assunto Bernardo Gonçalves Fernandes afirma que não há um consenso sobre quando se inicia a vida, existindo diversas posições sobre o tema, como: 1) a vida se inicia a partir da concepção; 2) a vida se inicia com a nidação (vida viável-entre 7 e 10 dias da fecundação); 3) a vida se origina da formação do sistema nervoso central (14º dia de concepção); 4) autonomia do feto em relação a mãe (23ª semana de gestação) (FERNANDES, p.362).

Marcelo Novelino faz algumas ponderações sobre início a vida. Ele cita Marcos de Almeida que explica que a maioria dos embriões é expulsa durante a menstruação sem que a mulher perceba e que apenas 27% dos óvulos resultam em bebês. Sobre a teoria da formação do sistema nervoso central o autor diz que é importante ressaltar que é só a partir desse momento que se tem capacidade neurológica, logo, é só nesse momento que há capacidade de sentir dor ou prazer. O autor cita ainda o artigo 3º da lei 9.434/1997 que afirma ser possível a retirada de órgãos diante do diagnóstico de morte encefálica, ou seja, a *contrario sensu* é possível afirmar que a vida se inicia com a formação da placa neural (NOVELINO, p.484-487). Necessário ressaltar que a CR/1988 não faz qualquer definição a respeito do início da vida.

Nota-se que em todos esses casos traça-se uma ideia de que o aborto é permitido incondicionalmente em um determinado prazo e após esse prazo ele será em regra sancionável. Este modelo se fundamenta em uma leitura da relatividade do direito à vida, contudo, preserva determinada autonomia a mulher para tomar a decisão sobre o aborto. Assim, é possível afirmar que este sistema visa preservar o direito a vida e o direito a autonomia ao mesmo tempo.

Gabriel Adriasola afirma que o fundamento teórico desse modelo (apesar de múltiplo) enfoca principalmente no bem jurídico protegido pelo delito do aborto. O embrião não é pessoa¹³, mesmo que o ordenamento jurídico proteja a vida intrauterina, logo, deve receber uma proteção valorativamente menor que a vida extrauterina. Ele constrói a ideia de que há uma diferença de valores entre a vida intrauterina e a extrauterina, já que a lei penal que traz uma pena maior para o homicídio em detrimento do infanticídio e deste com o aborto (ADRIASOLA, p. 23).

¹³ Cabe ressaltar que há autores que afirmam não ser possível a negação do direito à vida do nascituro e outros que afirmam ser possível essa negação. Sobre o assunto ver: SANTOS, Lília Nunes dos. “Uma reflexão sobre a tutela jurídica do embrião humano e a questão do aborto no Brasil” acessado em 01/06/16 no site: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/nmt6dg26/NKGdp0S1B2TN30TU.pdf> > Ver ainda: AZEVEDO, André Freire. “O status constitucional da vida humana pré-natal: uma abordagem preliminar” acessado em 01/06/16 no site: < <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/8v11nww1/5JDaQoXIfx46wZHR.pdf> >

No mesmo sentido a Corte Constitucional colombiana afirmou na sentença 355/2006¹⁴ que a vida humana se manifesta em distintas etapas e diferentes formas merecendo assim proteção jurídica distinta. Assim, o legislador deve promover proteções distintas a essas diversas etapas e o legislador deve levar essa valoração em consideração para fixar políticas públicas e/ou penais para o aborto.

Interessante notar que podemos depreender essa valoração também no ordenamento brasileiro¹⁵. O homicídio simples (art. 121 do CP) possui uma pena de reclusão de 06 a 20 anos; o Infanticídio (art. 123) tem uma pena de reclusão de 02 a 06 anos e o Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (art. 124) possui uma pena de 01 a 03 anos.

Por fim, Gabriel Adriasola afirma que há teorias que inclusive colocam em dúvida que a vida do nascituro seja um bem jurídico penalmente tutelável (ADRIASOLA, p. 24). Seguindo o mesmo raciocínio Dice Queralt diz que o bem jurídico protegido no aborto é a sociedade, posto que o nascituro não é titular de bem jurídico e também não se tutela a mãe afinal ela é a autora do delito¹⁶ (QUERALT, p. 4).

5. MODELO DE ASSESSORAMENTO:

O sistema de assessoramento é um sistema intermediário entre o sistema causal e o sistema por prazos com o acréscimo do assessoramento. Este modelo tem um prazo em que o aborto é permitido sem qualquer tipo de motivação e após esse prazo só será possível a interrupção quando houver alguma permissão legal, permanecendo assim a ilegalidade da prática abortiva.

¹⁴ “La vida humana transcurre en distintas etapas y se manifiesta de diferentes forma, las que a su vez tienen una protección jurídica distinta. El ordenamento jurídico, si bien es verdad que otorga protección al nasciturus, no la otorga em el mismo grado e intensidad que la persona humana. Tatno es ello así que en la mayor parte de las legislaciones es mayor la sanción penal para el infanticidio o el homicidio que para el aborto. Es decir, el bien jurídico tutelado no es idéntico em estos casos y, por ello, la trascendencia jurídica de la ofensa social determina una grado de reproche diferente y una pena proporcionalmente distinta. De manera que estas consideraciones habrán de ser tenidas em cuenta por el legislador, si considera conveniente fijar políticas públicas em materia de aborto, incluídas la penal em aquellos aspectos em que la Constitución lo permita, respetando los derechos de las mujeres” acessado em 02/06/16 no site: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/C-355-06.htm>>.

¹⁵ Essa observação segue a linha de pensamento do autor, contudo, cabe apontar que a dosimetria das penas no Código Penal é tida pela doutrina brasileira como uma valoração do desvalor do crime, ou seja, o crime com maior pena é uma conduta que possui maior repulsa. Sendo assim, a crítica a depreensão do autor pode se dar no sentido que há um desvalor na repugnância do crime e não necessariamente das etapas da vida.

¹⁶ [...] queda por responder la cuestión central: ¿donde está el bien jurídico? Podría responderse que ele bien jurídico em el aborto es la vida del nasciturus y su funcionalidad social; pero, ¿cuál su funcionalidad? O, dicho de otro modo, ¿quién es el titular de este bien jurídico? La mujer evidentemente no, puesto que no es persona tal como acertadamente acuerda el tc. Solo queda como posible titular la sociedad. Pero la sociedad como tal solo es titular de intereses más o menos difusos, no de auténticos derechos subjetivos”.

Na primeira fase basta uma simples solicitação da mulher, sem qualquer tipo de justificção ou exigência de provas, para efetuar o aborto. No entanto, em alguns casos, exige-se que a mulher se submeta a uma fase de assessoramento.

O assessoramento, prévio ao aborto, visa informar a mulher para que ela possa tomar uma decisão consciente e livre de qualquer pressão, ou seja, uma decisão autônoma. Necessário ressaltar que esse sistema parte da ideia de que a mulher pode abortar em um determinado prazo de forma incondicional, sendo assim, é imprescindível não confundir o assessoramento como uma oportunidade de averiguar se o aborto ocorrerá ou não. O assessoramento é apenas uma fase em que uma equipe irá informar a gestante sobre o aspecto médico, psicológico, social e jurídico do ato sempre com o objetivo de instruir para que a própria gestante possa decidir. Ou seja, o assessoramento visa possibilitar a mulher a tomar uma decisão consciente e informada privilegiando a autonomia de vontade.

Gustavo Adriasola afirma que neste modelo quando uma mulher decide abortar não há necessidade de comprovar que foi vítima de uma violação, que tem um número excessivo de filhos, que tem algum problema de saúde, comprovar algum impedimento médico ou mesmo se submeter a um processo de informação e reflexão para ratificar a sua decisão. Essencialmente basta a petição incondicionada da mulher e, em alguns casos, há uma autorização precedida de um sistema de assessoramento (ADRIASOLA, p. 18).

A equipe de assessoramento não existe para convencer a mulher a abortar ou mesmo para convencê-la que a gravidez deve continuar. O objetivo da equipe é esclarecer as consequências da interrupção ou da manutenção da gravidez no aspecto médico, psicológico e social. Gabriel Adriasola enfatiza que o objetivo da equipe é que a mulher receba todas as informações e assessoramentos de modo que possa tomar uma decisão devidamente informada (ADRIASOLA, p. 61-63). Ele certifica que o objetivo da equipe multidisciplinar é que a mulher assuma a responsabilidade por seu ato, assim esse prazo seria um prazo necessário para que a mulher refletisse sobre o assessoramento e suas diversas nuances para assim confirmar sua decisão e arcar com as responsabilidades dela (ADRIASOLA, p.65-69).

Este sistema se fundamenta na autonomia e à saúde da mulher. O assessoramento garante a autonomia da mulher ao permitir uma decisão consciente e informada sem qualquer condição. Já à saúde da mulher é garantida com a redução dos abortamentos clandestinos responsáveis em grande parte pela mortalidade feminina mundial¹⁷ fato também comprovado pela aplicação deste sistema no Uruguai (GOMES, p. 13-20) e na França (BRIOZZO, p. 35).

¹⁷ A OMS não foca em uma distinção dos sistemas de abortamento em causal ou por permissões, por prazos e de assessoramento. Os dados da organização se referem aos países em que o aborto é proibido e naqueles em que a

6 – CONCLUSÃO:

Conclui-se que a adoção pelo Brasil do sistema causal não garante efetivamente o direito à vida, a autonomia ou a saúde da mulher. Este modelo admite uma relatividade da vida, mas, como a Constituição ou o ordenamento não afirmam expressamente quando ela se inicia, ele falha em impossibilitar a escolha da mulher em uma decisão sobre o seu corpo. Ou seja, a vida (mesmo sem uma definição específica) se sobrepõe a autonomia. Esta proteção à vida se torna relativa quando percebe-se que a alta incidência de mortes maternas pelo aborto inseguro. Mas, a principal crítica a este sistema é verificar que se faz uma opção por uma decisão estatal em detrimento de uma decisão individual. O sistema causal deixa ao Estado a opção por elencar quais são as possibilidades de aborto, assim, não consegue proteger o direito à vida e a autonomia de vontade, se tornando insuficiente para garantir estes direitos fundamentais. Sendo assim, o estudo viabiliza uma discussão sobre qual destes modelos possibilita uma maior proteção à vida, da mulher e do bebê, e a autonomia, garantindo-se com maior efetividade estes direitos fundamentais sem hierarquizá-los.

4 – REFERÊNCIAS

ADRIASOLA, Gabriel. *El modelo uruguayo de despenalización del aborto*. Montevideo, Uruguay, 2014. 1ª Ed.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves Fernandes. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012. 4ª Ed.

GOMES, Vinícius da Costa. *O modelo uruguaio de despenalização do aborto: possibilidades ao sistema brasileiro*. Florianópolis: CONPEDI, 2016. Acesso em 11/07/17 no site: < <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/9105o6b2/d44o4fdp/a36lj82xz6DgQ8ZY.pdf> >

NOVELINO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012. 6ª Ed.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Abortamento seguro: Orientação técnica e de políticas para sistemas de saúde*. 2013. 2ª Ed.

QUERALT, Joan J. *La regulación del aborto em España tras la Ley Orgánica 2-2010*. Barcelona: Cuadernos de Derecho Penal, 2013.

prática é permitida. Contudo, é possível depreender na leitura do texto que quando a organização se refere a países em que se permite o aborto ela engloba àqueles locais em que se admite o modelo por prazos ou de assessoramento (essa conclusão é retirada da citação dos países e dos dados levantados nessa pesquisa).