

DA (IM)POSSIBILIDADE DO ABORTO NO PRIMEIRO TRIMESTRE DA GESTAÇÃO

Paulo Augusto SILVA¹
Guilherme Prado Bohac de HARO²

Resumo: A presente produção científica teve como escopo analisar a tão famigerada discussão sobre a possibilidade do aborto no primeiro trimestre da gestação. Ainda que se trate de um tema espinhoso, é deveras importante a reflexão e discussão, afinal, aborto está tipificado no capítulo dos crimes contra a vida, parte especial do Código Penal pátrio. Cabe ressaltar que nesse estudo, não se tratou de casos de aborto previstos em lei, gravidez em decorrência de estupro e onde há risco para a vida da gestante, e o precedente jurisprudencial, caso de anencefalia. Ainda que seja possível analisar o tema em comento sobre várias vertentes, nos apegamos somente a questões dogmáticas – jurídicas, evidentemente, sem a pretensão de exaurir o tema, trazendo apenas, contribuições singelas para o debate. Existem uma série de argumentos utilizados para a despenalização ou descriminalização do aborto, a depender da corrente que se queira adotar, contudo, nosso enfoque se deu com relação a (im) possibilidade do aborto no primeiro trimestre da gestação, como dito alhures. Analisamos também, as consequências jurídicas de tal posicionamento, a lei 9434/97, Lei dos transplantes de órgãos, o Código Penal e a Constituição Federal.

Palavras-chave: Aborto; (im) possibilidade; teoria da atividade cerebral; crime impossível, vida; morte; (in) segurança jurídica.

INTRODUÇÃO

O uso da teoria da atividade cerebral como fundamento para o aborto no primeiro trimestre da gestação se dá por uma interpretação, a contrário senso, do conceito de morte estampado na lei 9.434/97, lei dos transplantes. Como a morte é atestada com a cessação da atividade cerebral, por consequência, só existe vida intrauterina quando existe a referida atividade. Nesse sentido, Luís Roberto apud Priscila Boim:

¹ Graduando no 6º termo em Direito pelo Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP.

² Advogado e Professor. Atualmente é Professor de Direito Econômico e Empresarial do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente/SP. Graduado na Faculdade de Direito das Faculdades Integradas “Antônio Eufrásio de Toledo”. Pós-graduado em Direito Civil e Processo Civil, pela mesma Instituição. Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário, também por esta Instituição. Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina-PR. Aluno regular do programa de Doutorado em Direito da Universidade de Marília-SP.

Se a vida humana se extingue, para a legislação vigente, quando o sistema nervoso para de funcionar, o início da vida teria lugar apenas quando este se formasse, ou, pelo menos, começasse a se formar. E isso ocorre por volta do 14º dia após a fecundação, com a formação da chamada placa neural.

Cabe mencionar, que não há consenso entre os adeptos dessa teoria, com relação ao momento do início da atividade, contudo, esse não é o enfoque do estudo. O que se pretende demonstrar é que tais argumentos não merecem prosperar, pois são utilizados e aplicados de maneira acrítica, desconsiderando preceitos e consequências jurídicas elementares. Logo mais, explicitaremos os fundamentos desta conclusão, pormenorizadamente.

METODOLOGIA

O presente resumo se utilizou de pesquisa doutrinária e jurisprudencial para construir o raciocínio apresentado sobre o tema em comento. Para tanto, valeu-se dos métodos histórico e dedutivo, para realizar algumas abordagens objetivando alcançar o fim colimado de contribuir para um tema tão debatido e longe de ser pacificado.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Por si só, o uso da teoria da atividade cerebral, como fundamento para a despenalização ou descriminalização do aborto, é deficiente por diversas razões. *Prima facie*, verifica-se que o aborto está tipificado no rol dos crimes contra a vida, em assim sendo, inexistindo vida até a atividade cerebral, perde-se o objeto da pretensa descriminalização ou despenalização. Ora, trata-se de evidente crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, art. 17, CP, já que não pode haver cessação de vida intrauterina, se não há vida. Ademais, a constatação da inexistência de vida até a atividade cerebral se dá de forma objetiva, ou seja, não há vida no ventre da mulher que quer abortar, e também daquela que sonha em ser mãe.

A vida é diametralmente oposta à morte, caso, queira compará-las, deve-se fazer com cautela. Ambas são inversamente e não diretamente proporcionais. Tratar vida e morte como sendo diretamente proporcionais, é um erro, elementar. Necessariamente, à constatação da morte, pressupõe a existência de vida

preexistente, entretanto, o contrário não é verdadeiro. No caso da constatação da morte encefálica, não se olvida que o escopo da norma é aproveitar os órgãos a fim de transplantá-los em outras pessoas e com isso, salvar vidas. Ocorre que, o cérebro que cessou a sua atividade, teve a sua formação e desenvolvimento, preexistentes à sua cessação. Nesse sentido, é um erro dizer que não há vida, antes dos três meses de gestação, uma vez que, havendo a concepção, o decurso natural do nascituro é adquirir atividade cerebral, ao terceiro mês de gestação. O aborto, nesse momento, interromperia um processo natural em andamento, e não um processo inexistente.

Não havendo a interrupção, salvo por força maior, o nascituro se desenvolveria até o seu nascimento. A escala aqui, é crescente, já para o moribundo é decrescente. Não se pode antecipar-se ao lapso temporal normal, para querer justificar um ponto de vista, com a devida vênia, nefasto. Qualquer intromissão com vistas a interrupção desse processo natural de desenvolvimento, é anormal, antinatural e criminosa, salvo nos casos previstos em lei. Ademais, deve-se levar em consideração a relação de causalidade entre o coração e o cérebro. Aquele se forma primeiro que este. A primazia entre os órgãos nos permite refletir sobre a seguinte situação. Ao se atestar a morte cerebral, e, por conseguinte o óbito, em muitos casos, o coração está em perfeitas condições, inclusive, em atividade. Do contrário, constatando-se a morte do coração, e o cérebro estando em perfeitas condições, seria completamente desarrazoado sustentar a existência de vida, inclusive, de atividade cerebral.

Ainda que o uso de tal teoria como argumento não seja válido, em nossa humilde opinião, pelos motivos demonstrados alhures, tal debate está longe de ser exaurido. Inclusive, há uma série de outros argumentos pró aborto que não poderiam ser analisados neste trabalho. Contudo, reflexão que merece destaque é com relação à proteção da norma dada ao nascituro frente aos nascidos com vida, uma vez que, para estes a cessação da vida é punida como homicídio. Cumpre-nos saber, se a vida do nascituro se trata de vida humana, inclusive no primeiro trimestre de sua existência intrauterina. Em se tratando de vida humana, cumpre-nos saber se tal é alcançada pela dignidade da pessoa humana. Por derradeiro, em alcançando o nascituro e o nascido com vida, cumpre questionar se este possui mais dignidade que aquele. Caso não haja diferença de dignidade entre ambos, a contrário do afirmado pelo ministro Luís Roberto Barroso, HC 124.306/RJ, *ipsis litteris*:

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.

Noutro giro, a interpretação do Código Penal conforme a Constituição é de violação ao princípio da proporcionalidade em sua vertente positiva, princípio da vedação da proteção insuficiente, e não a sua vertente negativa, da proibição do excesso, já que a tutela penal para o nascituro é insuficiente frente a tutela prestada ao nascido com vida.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi discutido a questão do aborto no primeiro trimestre da gestação. Com base na teoria da atividade cerebral e a constatação da morte cerebral contido na Lei 9.434/97, aventa-se a possibilidade da descriminalização ou despenalização do aborto. Diante do exposto, concluímos pela impossibilidade, uma vez que o argumento com fulcro na morte encefálica, utilizado a contrário senso, para referendar o aborto, é feito, s.m.j., sem a devida cautela e análise acurada frente às particularidades da vida em relação ao nascituro, inclusive.

Por fim, deixa-se claro que este trabalho não buscou esgotar referido tema, o qual exige uma pesquisa mais aprofundada e detalhada, além disso, ainda é preciso muitas discussões para a pacificação do tema.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, 5 de fevereiro de 1997. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 1547.

BRASIL. Código Penal. Decreto **Lei 2.848 de 07 de setembro de 1940**. Diário Oficial da União, 31 de dezembro de 1940. Vade Mecum, JusPodivm, 2019, pág. 490-522.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. 1ª Turma. HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO – VOTO VISTA. Ministro Luís Roberto Barroso. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC124306LRB.pdf>> Acesso em: 10 ago. 2019.

BARROSO, Luís Roberto apud SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do início da vida e lei de biossegurança. [s.n.t.]