

"RELIGIÃO E ABORTO: NEOCONSTITUCIONALISMO E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO".

Giordano Barreto Mota da Silva*

Segundo a Bioética, “a palavra aborto vem do latim *abortus* e significa expulsar prematuramente do útero feminino o nascituro, viável ou não, o que é a privação do nascimento, porque a palavra vem de *ab*, que quer dizer privação, e *ortus*, nascimento”.¹ O aborto é, portanto, nesse sentido, a eliminação do embrião humano do útero materno de forma provocada ou espontânea.²

Várias são as interpretações históricas sobre a prática do aborto, desde a ideia de sua prática para fins contraceptivos, o que inicialmente não trazia consigo valores morais ou sociais de cunho negativo, até a noção de controle demográfico.³ Porém, com o advento da era cristã e, por consequência, da influência desses valores na sociedade mundial, surge uma conotação negativa sobre o assunto, e com isso, nasce a ideia de criminalização da conduta.⁴ Fato é que o aborto sempre esteve presente na história da humanidade e foi praticado por todos os grupos humanos até agora conhecidos.⁵ Esse movimento histórico de criminalização do aborto gerou conflitos relativos ao tratamento jurídico que deve ser conferido a essa prática, assim, surge uma antinomia entre os interesses estatais expressos na tutela penal de proteção da vida do nascituro e a autonomia das mulheres em decidir acerca da prática do aborto.⁶

A prática do abortamento se remete aos primórdios das civilizações, pois, muitos eram os motivos que levavam uma mulher a realiza-lo, como questões de ordem econômica, social, eugênica, sentimental, terapêutica ou com o cunho de esconder uma gravidez ilegítima de mulheres solteiras ou de mulheres casadas, porém, adúlteras.⁷ Na antiguidade, as principais formas de controle de natalidade eram o aborto e o infanticídio.⁸ Nessa época, o método contraceptivo mais conhecido, datado de 2700 A.C., era um medicamento abortivo descrito em um livro médico chinês.⁹ “O imperador chinês Shen Nung, por exemplo, citou em um texto médico escrito entre 2737 e 2696 A.C. a receita de um abortífero oral, provavelmente contendo mercúrio”.¹⁰

* Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Ciências da Religião, Faculdade Unida de Vitória (ES). E-mail: giordano_bm@yahoo.com.br;

¹ BENTO, Luis Antonio. *Bioética: Desafios éticos no embate contemporâneo*. São Paulo: Paulinas, 2008, p. 141.

² BENTO, 2008, p. 141.

³ CAMPOS, Ana. *Crime ou castigo? Da perseguição contra as mulheres até a despenalização do aborto*. Coimbra, Almedina: 2007, p. 9.

⁴ CAMPOS, 2007, p. 9.

⁵ PATTIS, Eva. *Aborto perda e renovação: Um paradoxo na procura da identidade feminina*. São Paulo: Paulus, 2001, p. 35.

⁶ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf>. Acesso em: 05 de abr. de 2017.

⁷ HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina Legal, texto e atlas*. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 631.

⁸ CAMPOS, 2007, p. 15.

⁹ CAMPOS, 2007, p. 15.

¹⁰ SCHOR, N.; ALVARENGA, A. T. *O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados*, 1994, p. 19. Disponível em: <www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/38134>.

Já na Grécia antiga, o aborto era defendido por Aristóteles como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas.¹¹ Platão, por sua vez, apontava que o aborto deveria ser uma prática obrigatória por motivos eugênicos, assim, indicado para as mulheres com mais de 40 anos de idade visando manter a pureza da raça dos guerreiros.¹² Em Roma, o aborto era uma prática comum, muito embora sofresse diversas interpretações, dependendo da época.¹³

O Antigo Testamento (Gn 38, 9) previu a técnica do coito interrompido, já o código religioso judeu, o Talmud, previu o uso de esponjas vaginais e de movimentos violentos na região vaginal, ou até mesmo o uso de raízes que provocassem esterilidade no caso de risco de vida para a mulher.¹⁴

“Com o advento do Cristianismo, entretanto, o aborto passou a ser definitivamente condenado, com base no mandamento *não matarás*”.¹⁵ “O livro do Êxodo cita que, dentre os povos hebreus, era multado aquele homem que ferisse mulher grávida, fazendo-a abortar”.¹⁶ Com os dogmas do cristianismo houve a acentuação do chamado puritanismo, como consequência disso, todos os métodos contraceptivos foram radicalmente combatidos, sendo evitados os abortos e o infanticídio.¹⁷ Havia normas que restringiam a sexualidade no casamento apenas para fins procriativos.¹⁸ Após a reforma, o clero protestante animou-se menos em condenar a sexualidade do que o católico, chegando Lutero a acusar os católicos de misoginia por conta do ideal celibatário, apesar disso, a contracepção continuou sendo considerada como pecado havendo uma regressão nestes métodos.¹⁹ No contexto religioso do século XX as Igrejas Protestantes, nos anos de 1930, aderiram ao ideal de contracepção em razão do controle de gastos sociais desnecessários, bem como a Igreja Católica, através da encíclica de Pio XI, que também adotou a contracepção por métodos naturais, repudiando, porém, os métodos artificiais, mas, diante da ineficácia desses métodos naturais as técnicas católicas de contracepção foram apelidadas de “roleta do vaticano”.²⁰

A prática do aborto manteve-se criminalizada na maioria dos países ocidentais até as décadas de 1960 e 1970 tornando-se a partir daí agenda política a discussão acerca da efetividade do controle dos efeitos deletérios do aborto por meio da descriminalização de sua conduta.²¹ Foi a partir de 1960 que se iniciam os movimentos pela liberação da legislação sobre o aborto, haja vista os novos valores sociais da época e a preocupação com os direitos fundamentais das mulheres.²²

Para compreendermos se existe a possibilidade da descriminalização do aborto no Brasil, é necessária a análise prévia de determinados conceitos na construção da base teórica que subsidia o debate. As novas vertentes do direito constitucional do pós 2ª Guerra Mundial, quais sejam; o Neoconstitucionalismo e o Pós-positivismo Jurídico, trouxeram novas técnicas jurídicas que permitiram a relativização de direitos humanos e/ou fundamentais quando em conflito com outros direitos da mesma natureza.²³ O constitucionalismo é definido por Canotilho da seguinte maneira: “teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.²⁴ Depois de

¹¹ SCHOR, 1994, p. 19.

¹² CAMPOS, 2007, p. 16.

¹³ SCHOR, 1994, p. 19.

¹⁴ CAMPOS, 2007, p. 15.

¹⁵ SCHOR, 1994, p. 20.

¹⁶ SCHOR, 1994, p. 19.

¹⁷ CAMPOS, 2007, p. 17.

¹⁸ CAMPOS, 2007, p. 17.

¹⁹ CAMPOS, 2007, p. 26.

²⁰ CAMPOS, 2007, p. 45.

²¹ CAMPOS, 2007, p. 12-13.

²² SARMENTO, 2005, p. 3.

²³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.

²⁴ CANOTILHO, 2003, p. 51.

implementadas as ideias constitucionalistas, o movimento passa a evoluir e ganhar novos matizes, pois “os direitos fundamentais atualmente conhecidos são frutos da evolução da sociedade”.²⁵

O Neoconstitucionalismo nasce na segunda metade do século composto por direitos humanos/fundamentais baseados na valorização da dignidade da pessoa humana.²⁶ Supera-se com o Neoconstitucionalismo o Positivismo Jurídico, teoria do direito positivo que buscou, independentemente do conteúdo do direito, sua estrutura, forma e objeto.²⁷ O Positivismo Jurídico determinou que o direito deveria ser uma ciência totalmente dissociada da filosofia da justiça que seria inalcançável.²⁸ Nesse ponto é importante salientarmos que essa nova fase do constitucionalismo teve como marco filosófico uma nova teoria chamada de Pós-positivismo Jurídico que mescla ideais jusnaturalistas e positivistas, pois, com o fim da Segunda Guerra e em razão dos horrores decorrentes do nazismo, o direito ensaia uma reaproximação com a ética, com o direito natural, buscando o chamado retorno aos valores.²⁹ O pós-positivismo nasce guardando respeito relativo ao positivismo, mas nele se reintroduziu as ideias de justiça e de legitimidade.³⁰ Promoveu o Pós-positivismo uma verdadeira leitura moral da constituição com valores na interpretação jurídica e reconhecimento da normatividade de outra categoria de norma, os princípios jurídicos, além das regras, formando, com isso, uma nova hermenêutica constitucional que se baseou em uma teoria dos direitos fundamentais que, por sua vez, se fundam na dignidade da pessoa humana.³¹ Trouxe consigo a construção doutrinária da normatividade dos princípios, sendo um movimento de reação ao modelo positivista kelseniano.³²

O ser humano passa a ser colocado no centro da ordem jurídica, com isso, o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ser o paradigma de construção das normas jurídicas.³³ O princípio da dignidade humana possui uma força moral que predomina no sistema jurídico, sendo um verdadeiro fundamento da própria ordem jurídica.³⁴ O elemento ético da dignidade é a autonomia, o que traduz a capacidade de autodeterminação do ser humano, que tem a liberdade de fazer escolhas sobre os rumos da própria vida, podendo fazer valorações morais e existenciais sem oposições externas.³⁵ Assim, a dignidade humana garante às pessoas autonomia para a tomada de decisões fundamentais ao exercício de sua vida pública e privada como a escolha da religião, sobre a afetividade e trabalho³⁶, assim como a decisão sobre o aborto.

Tem o Neoconstitucionalismo características importantes como; “a positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; onipresença dos princípios e das regras; inovações hermenêuticas; densificação da força normativa do Estado e o desenvolvimento da justiça distributiva”.³⁷ Seu modelo é axiológico e sua ideologia visa concretizar direitos fundamentais³⁸, em nosso caso, propor meios, através do princípio da Proporcionalidade ou Razoabilidade para a solução do conflito existente entre os valores constitucionais da dignidade humana da gestante acerca da liberdade de escolha sobre o aborto e o direito à vida do embrião/feto.

REFERÊNCIAS

²⁵ TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 281/282.

²⁷ KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges; Vera Barkow. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 261.

²⁸ KELSEN, 2001, p. 261.

²⁹ BARROSO, 2015, p. 282.

³⁰ BARROSO, 2015, p. 282.

³¹ BARROSO, 2015, p. 282.

³² NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.

³³ LENZA, 2016, p. 62.

³⁴ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 537.

³⁵ BARROSO, 2015, p. 287.

³⁶ BARROSO, 2015, p. 287.

³⁷ LENZA, 2016, p. 70.

³⁸ LENZA, 2016, p. 70.

- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 281/282.
- BENTO, Luis Antonio. *Bioética: Desafios éticos no embate contemporâneo*. São Paulo: Paulinas, 2008, p. 141.
- CAMPOS, Ana. *Crime ou castigo? Da perseguição contra as mulheres até a despenalização do aborto*. Coimbra, Almedina: 2007, p. 9.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 51.
- HERCULES, Hygino de Carvalho. *Medicina Legal, texto e atlas*. São Paulo: Atheneu, 2014, p. 631.
- KELSEN, Hans. *O que é justiça?* Tradução de Luís Carlos Borges; Vera Barkow. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 261.
- NOVELINO, Marcelo. *Curso de direito constitucional*. 12ª ed. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 65.
- PATTIS, Eva. *Aborto perda e renovação: Um paradoxo na procura da identidade feminina*. São Paulo: Paulus, 2001, p. 35.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 537.
- SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. 2005, p. 1. Disponível em: <http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/uploads/publicacoes/982_342_abortosarmentodaniel.pdf>. Acesso em: 05 de abr. de 2017.
- SCHOR, N.; ALVARENGA, A. T. *O Aborto: Um Resgate Histórico e Outros Dados*, 1994, p. 19. Disponível em: <www.revistas.usp.br/jhgd/article/view/38134>.
- TRINDADE, André. *Manual de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 83