

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ANENCEFALIA. PRIMAZIA JURÍDICA DO DIREITO À VIDA.

Welington Yokio Takahashi

Presidente Prudente / SP

2006

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

ANENCEFALIA. PRIMAZIA JURÍDICA DO DIREITO À VIDA.

Wellington Yokio Takahashi

Monografia apresentada como requisito parcial de
Conclusão de Curso para obtenção do Grau de
Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Sérgio
Augusto Frederico.

Presidente Prudente / SP

2006

ANENCEFALIA. PRIMAZIA JURÍDICA DO DIREITO À VIDA.

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Sérgio Augusto Frederico

Ricardo Gimenes Nakashima

Sérgio Tibiriçá Amaral

Presidente Prudente, 22 de novembro de 2006.

Ao meu Pai, força que não se cansa de lutar por mim...
À minha Mãe, presença real de esperança, ternura e amor...
Amo vocês.

A floresta ondulante desce
No ritmo dos rios da montanha....
Se você quer descobrir a fonte,
Você tem que subir, contra a corrente,
Atravesse, procure, não desista,
Você sabe que tem que estar aqui em algum lugar.
Onde está você, fonte? Onde está você, fonte?

Papa João Paulo II.

AGRADECIMENTOS

Meus sinceros agradecimentos a Deus, motivo da minha felicidade, que sempre esteve ao meu lado, tomando-me pelos braços nos momentos que mais precisei, prova disso foi a concretização deste trabalho. Glórias a Ti, Senhor!!!

Aos meus pais que tanto fizeram, fazem e hão de fazer por mim, para todo sempre serão sinal de perseverança em minha vida, sem a motivação deles este trabalho não seria possível.

Aos meus irmãos, Robson (Taka) e Ederson (Buda), que a cada dia me ensinam a ser mais humano.

À minha namorada, Cibeli, expressão concreta do amor humano de Deus, que, diretamente, contribuiu para a realização deste trabalho.

A todos meus grandes amigos, segunda família que Deus colocou em minha vida, sempre me incentivaram a realizar todos meus projetos. Verdadeiros anjos em forma de pessoas.

Ao meu orientador, Prof. Sérgio Augusto Frederico, homem sábio e paciente, sem sua dedicação este trabalho não seria concluído.

Ao corpo docente das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, cuja experiência partilhada será imprescindível à minha vida.

Aos meus colegas de sala, tanto contribuíram para minha formação acadêmica e pelos bons momentos que se eternizaram na memória. Também, a todos aqueles que colaboraram para a realização deste trabalho.

A todos, obrigado!

RESUMO

O estudo em apreço procura analisar, em apertada síntese, a questão do aborto do anencéfalo sob o enfoque Constitucional, cumpre ressaltar, sem implicações de caráter religioso, pessoal ou de qualquer outra espécie. O seu artigo 5º, *caput*, claramente cita, entre os 05 (cinco) direitos mais relevantes, considerados fundamentais, o direito à vida. Se se interpretar que a ordem de sua enunciação pressupõe a sinalização de importância, dos cinco é o mais relevante. Por razões lógicas que é possível fazer tal afirmação, não é necessário muito esforço para se concluir que sem a vida nenhum outro direito poderia ser fruído, ou sequer refletido. Porém, os principais argumentos em favor do aborto do feto anencéfalo giram em torno da proteção da dignidade, da liberdade e da saúde da gestante, bem como da inviabilidade da vida extra-uterina dos fetos anencéfalos. Todavia, a atual Constituição, claramente, assegura “o próprio direito à vida”, reiterando, no bojo do artigo 5º, ser vedada a pena de morte no país. O Pacto de São Jose da Costa Rica, assinado pelo Brasil, versa sobre direitos humanos tidos como fundamentais, conforme o § 2º, do art. 5º, da Carta da República declara que os tratados internacionais sobre direitos individuais são considerados incorporados ao texto supremo, significando que, tais tratados passam a ter *status* de norma constitucional, por conseguinte, guia-nos o disposto no artigo 4º no sentido de que o direito à vida estará protegido a partir do momento da concepção. O autor procurou demonstrar que a vida deve ser preservada, e que a dignidade humana deve ser analisada em todos seus aspectos. Buscando encontrar uma solução justa, bem como constitucional, para a problemática acerca do aborto do feto anencéfalo. Sopesar valores esculpidos no texto constitucional, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para atingir um resultado razoável, sem a anulação de nenhum princípio constitucional, mas tão somente, a prevalência de um sobre o outro quando colididos. Visa questionar a restrição imposta pela lei ordinária do direito à vida, sobre sua legitimidade, limitações que não existem após a promulgação da Magna Carta em 1988. Mostrar que há viabilidade de vida intra-uterina, não servindo como motivo plausível a hipótese que a inviabilidade de vida extra-uterina justifique o abortamento, pois esta também existe, ainda que por um lapso temporal curto. Matéria levada à apreciação perante o STF, através da ADPF nº 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), cuja decisão quanto ao mérito não aconteceu, mas é discutido pelo autor. Concluindo, destarte, que, mesmo nos casos de anencefalia, os fetos detêm o direito constitucionalmente assegurado de nascer, ou de pelo menos não morrer, ainda!

PALAVRAS-CHAVE: Anencefalia. Primazia do Direito à Vida. Constituição Federal. Princípios Constitucionais. Direitos e Garantias Fundamentais.

ABSTRACT

This paper looks for analysing, in clasped synthesis, the question of the abortion of the about the constitutional aspect. It is important to emphasize, without implication of religious character, personal or of any other species. In your article 5^o, *caput*, openly says, among the 05 (five) duties more important, considered main, the due to the life. If we interpret that the order of its enunciation assumes the signpost of importance, of the five, it is the most relevant. For logical reasons that is possible to do this affirmative, it isn't necessary very effort to conclude that without the life none other due could be flowed, or meditated. However, the main arguments in favour of the abortion of the child without brain fern, circles about the protection of the dignity, of the liberty and of the health of the pregnant, as well of the inviability of the life extra uterine of the child without brain fern. However, the actual constitution, openly assures the own due to life, reiterating in the bulge of the article 5, the prohibition of the death sentence in the country. The São José da Costa Rica's pact, signed by Brazil, turns on human duties considered like main ones, according to the 2^o paragraph, of the article 5^o, of the Republic Letter declares that the international pacts about individuals duties are considered incorporated to be supreme text, signifying that, these pacts pass to have status of constitutional rule, so, we are guided by disposed in the article 4^o in the sense of that the due to life will be protected since the moment of the conception. The author looked for demonstrate that the life must be preserved, and that the human dignity must be analyse about all its aspects. Searching to find a joust solution, as well Constitutional, for the problem of the abortion of the child without brain fern. To balance values carved in the constitutional text, utilizing the principles of the proportionality to get a reasonable result without the invalidation of none constitutional principle, but only, the prevalence of one on the other when collided. It searches question the restriction imposed by ordinary law of the due to life, about your true, limitations that doesn't exist after the promulgation of the Magna Letter in 1988. It intends demonstrate that the viability of life inside of the uterus, and this doesn't serve like plausible reason the hypothesis that the inviability of the life outside uterine justify the abortion, because this also exists, case, by a short temporary lapse. Subject taken to the appreciation in front of the STF, through the ADPF n^o 54, proposed by the Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), which decision in relation to the merit didn't happen, but is discussed by the author. Finally, in spite of this, same in the cases of child without brain, the ferns detain the due constitutionally assured to born, or at least, don't die, still!

KEYWORDS: Anencephaly. Priority of the Right to the Life. Fundamental Law of State. Constitutional Principles. Right and Fundamental Guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 ESTUDO PRINCÍPIOLÓGICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS	10
1.1 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	14
1.2 DIREITO À LIBERDADE.....	16
1.3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	18
1.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	20
1.5 DIREITO À SAÚDE.....	22
1.6 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.....	24
2 DIREITO À VIDA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	28
2.1 CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS (1969) PACTO SÃO JOSÉ DA COSTA	32
2.2 CONVENÇÃO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA	35
2.3 CÓDIGO CIVIL.....	36
2.4 CÓDIGO PENAL.....	38
3 BIOÉTICA E PESSOA HUMANA.....	41
3.1 INÍCIO DA VIDA HUMANA.....	44
4 ABORTO	47
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	47
4.2 TIPOS DE ABORTO	49
4.3 ASPECTOS POLÍTICOS.....	57
4.4 ASPECTOS RELIGIOSOS.....	61
5 ANENCEFALIA. PRIMAZIA JURÍDICA DO DIREITO À VIDA	65
5.1 ESTUDO JURISPRUDENCIAL	73

CONCLUSÕES.....80

BIBLIOGRAFIA82

INTRODUÇÃO

O presente trabalho procurou demonstrar, em diminuta síntese, que, científica e juridicamente, a vida do ser humano se inicia com a concepção, e qualquer meio externo, não natural de eliminação dessa vida é contrária ao texto constitucional. A vida deve ser preservada, e que a dignidade humana deve ser analisada em todos seus aspectos. Buscou encontrar uma solução justa, bem como constitucional, para a problemática acerca do aborto do feto anencéfalo.

Procurou sopesar valores esculpidos no texto constitucional, utilizando-se do princípio da proporcionalidade para atingir um resultado razoável, sem a anulação de nenhum princípio constitucional, mas tão somente, a convivência harmoniosa quando colididos. Buscou analisar o imbróglio sobre os dois pontos de vistas, tanto o direito da mãe como o direito do feto anencéfalo.

Visou questionar a restrição imposta pela lei ordinária do direito à vida, sobre sua legitimidade, limitações que não existem após a promulgação da Magna Carta em 1988.

Objetivou defender uma gestação até o seu termo natural, possibilitando uma defesa completa à vida desde sua concepção até o nascimento do feto anencefálico. Demonstrando a presença de vida em todos os seus aspectos, mesmo presente a anomalia cerebral, preservando-a mesmo que essa vida tenha uma aparência “monstruosa”.

Destacou a vida como sendo o mais fundamental de todos os direitos pertinentes ao ser humano, atacando diretamente argumentos pró-aborto, utilizados na ADPF nº 54, bem como nos projetos de leis, em apreciação no Congresso Nacional, que têm em mira tal direito.

Seguiu o caminho do método hipotético-dedutivo, onde pretendeu fazer a verificação do problema, formulação de hipóteses para sua solução, submetendo-as a um processo de falseamento, bem como a comparação e o estudo da legislação pertinente à temática.

O trabalho está organizado em 05 (cinco) capítulos, levando o leitor a uma compreensão de todas as proposições expostas, com idéias claras e amparadas no texto constitucional vigente, com o fito de preservar a vida humana até mesmo nos casos de anencefalia.

1 ESTUDO PRINCIPIOLÓGICO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

A finalidade deste capítulo, com certeza, não é esgotar todo o tema sobre o estudo dos princípios e dos direitos (garantias) fundamentais, mas, simplesmente, traçar linhas gerais e essenciais acerca da temática.

Proeminente, faremos um breve estudo do papel que os princípios têm em nosso ordenamento.

É cediço que os princípios são mandamentos norteadores do ordenamento jurídico que se espraia por todo o sistema, regendo, intimamente, as demais normas. Nos dizeres do jurista Rui Barbosa (1889. p. 191)., “*os interesses materiais da nação movem-se de redor deles, ou por melhor dizermos, dentro neles.*”

Torna-se evidente, tal assertiva, ao analisarmos a importância conferida pela Constituição Federal aos princípios nela insculpidos. Essa força normativa altaneira conferida aos mandamentos compreendidos através dos princípios constitucionais são superiores em relação a todo arcabouço jurídico. Pois, exercem a importante tarefa de alicerçar a ordem jurídica em que se introduz.

Desta feita, conforme se extrai da lição de José de Albuquerque Rocha (1999, p. 46), “os princípios, até por definição, constituem a raiz de onde deriva a validade intrínseca do conteúdo das normas jurídicas. Quando o legislador se apresta a normatizar a realidade social, o faz, sempre, consciente ou inconscientemente, a partir de algum princípio. Portanto, os princípios são as idéias básicas que servem de fundamento ao direito positivo. Daí a importância de seu conhecimento para a interpretação do direito e elemento integrador das lacunas legais...”.

Encontrando-se os princípios no ápice da pirâmide normativa, estes não mais são vistos como instrumentos de “tapar os buracos” do sistema jurídico, segundo o previsto no artigo 4º, da Lei de Introdução do Código Civil, bem como o artigo 126, do Código de Processo Civil, em que o juiz não se eximirá em decidir alegando lacuna na lei, cabendo-lhe aplicar, nesses casos, os costumes e os princípios gerais do direito. Essa idéia há muito já foi superada. Hoje constituem verdadeiros norteadores de constitucionalidade do sistema jurídico.

Neste diapasão, oportuno se faz finalizar esse breve estudo principiológico citando Ruy Samuel Espíndola, em sua obra “Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais: Notas de Reflexão no Âmbito de Direito Constitucional Brasileiro”, como segue:

É preciso eleger a Constituição e seus princípios como grandes defensores dos mais altos valores da civilidade que desejamos, e ainda não alcançamos com concretude (...)

O futuro de nossa Democracia está irremediavelmente ligado ao futuro de nossa Constituição, já que desrespeitar a Constituição é desrespeitar a Democracia; ferir a Constituição é ferir a Democracia, de tal modo que um ato inconstitucional, emanado do Legislativo, do Judiciário ou do Executivo, é um ato antes de tudo antidemocrático e abreviador de nossa convivência em Democracia. (disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1757/1454>>. Acesso em: 16 abr. 06).

E nesse propósito de preservar a tão estimada Democracia e alcançar um futuro próspero, faz-se necessário um breve estudo sobre os Direitos Fundamentais, esculpidos na Magna Carta. A Democracia, sentido lato, no mundo ocidental não mais é do que a atividade governacional exercida pelo povo, que, por sua vez, está intimamente ligada à idéia de limitação do poder.

Seguindo os ensinamentos de Alexandre de Moraes (Direito 2002, p.58), no sentido de que, na Democracia o povo delega o poder de governar aos seus representantes, que o exercem decidindo o futuro do País. Mas o exercício desse poder não é indiscriminado, encontrando várias limitações previstas na Constituição Federal. Limitações essas que podem ser vistas como direitos e garantias individuais e coletivas, do cidadão relativamente aos demais cidadãos e ao próprio Estado. Citando os dizeres de Canotilho (2002, p. 541), em comentário aos direitos fundamentais que cumprem:

(...)a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, nem plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)..

Portanto, essas normas de competência negativa para os poderes públicos são as, também denominadas, direito de defesa do cidadão frente às ingerências do Estado. Exigindo que Estado se abstenha preservando, deste modo, a autonomia do particular ante a ação estatal, pois limitam uma obrigação de “não fazer” por parte do poder público.

De outra banda, o plano jurídico-subjectivo, apontado alhures, nada mais são do que os direitos fundamentais de liberdades positivas, consubstanciadas na possibilidade de se exigir do órgão estatal uma conduta positiva, onde o particular demanda uma obrigação de “fazer” voltada à satisfação de interesses individuais ou coletivos tutelados pelo ordenamento constitucional, frente à omissão estatal.

Nota-se, desta feita, que os direitos fundamentais, como instrumento da Democracia, conferem ao seu titular a possibilidade de exigir uma ação ou omissão do Estado.

Por tratar de instrumento tão importante no ordenamento jurídico, os direitos fundamentais são dotados de características especialíssimas, que enaltece ainda mais a sua importância dentro do sistema. Alexandre de Moraes (2002, p. 55) elenca suas principais características, quais sejam: a imprescritibilidade (os direitos fundamentais não desaparecem pelo decurso do tempo); inalienabilidade (não há possibilidade de transferência a outrem); irrenunciabilidade (não podem ser objeto de renúncia); inviolabilidade (impossibilidade de sua não observância por disposições infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas); universalidade (devem abranger todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica); efetividade (a atuação do Poder Público deve ter por escopo garantir a sua efetivação); interdependência (as várias previsões constitucionais, apesar de autônomas, possuem diversas intersecções para atingirem suas finalidades, assim, a liberdade de locomoção está intimamente ligada à garantia do *habeas corpus*, bem como à precisão de prisão somente por flagrante delito ou por ordem da autoridade judicial); complementaridade (não devem ser interpretados isoladamente, mas sim de forma conjunta com a finalidade de alcançar os objetivos previstos pelo legislador constituinte).

Contudo, os direitos fundamentais não são apenas aqueles estabelecidos expressamente no texto constitucional, podem vir, por sua vez, ser, a qualquer tempo, acrescentados outros direitos fundamentais aos já existentes na Constituição Federal, desde

que não sejam incompatíveis com aqueles gravados como cláusulas pétreas. Também, por ser o Direito uma ciência dinâmica, mutável ao longo dos anos, não se pode elencar um rol exaustivo de direitos fundamentais. Vislumbrando tal realidade, o legislador constitucional foi impulsionado a redigir o § 2º, do artigo 5º, do Texto Maior, nos seguintes termos: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Oportuno ressaltar que, modernamente, a doutrina apresenta uma classificação de direitos fundamentais e *primeira, segunda e terceira gerações*, com espeque em determinado momento histórico em que passaram a ter uma valoração constitucional singular.

Segundo se destaca dos proclames do Ministro Celso Mello os direitos fundamentais:

(...) enquanto os direitos de *primeira geração* (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os de *segunda geração* (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de *terceira geração*, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formas sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de sua essencial inexauribilidade.

Insta salientar, que alguns autores, como Paulo Bonavides (1999, p.524-526), já reconhecem a existência dos chamados direitos de “*quarta geração*”, segundo insigne professor tem-se que a “globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado social.”.

Destarte, os direitos de quarta geração se consubstanciarão no direito à Democracia, o direito à Informação e o direito ao Pluralismo. Para Bonavides, esses direitos carecem a materialização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão máxima de universalidade, para qual parece o mundo quedar-se no plano de todas as relações de coexistência.

Nesta senda, a democracia positivada assumirá, necessariamente, uma roupagem de uma democracia direta, que a cada dia se torna pouco mais plausível, tendo em vista os grandes progressos tecnológicos dos meios de comunicação, arrimando-se legitimamente na informação correta e aberturas pluralistas do sistema.

Enfim, conclui Bonavides (1999, p.526): “os direitos de quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política”.

1.1 Princípio da Legalidade

Não tem como falar em Estado Democrático de Direito, sem nos remontar ao Princípio da Legalidade. Este princípio basilar do Estado de Direito subordina-se, por óbvio, à Constituição Federal. E encontra-se, em sua expressão mais ampla, estatuído no artigo 5º, II, da Magna *Charta*, segundo o qual, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Desta feita, o Princípio da Legalidade é uma forma de limitar o poder de império exercido pelo Estado. A lei é o ato de maior relevo emanado do Poder Público, traçando, destarte, as veredas pelas quais todos devem percorrer, não podendo exigir qualquer ação nem impor qualquer abstenção, senão em sua presença.

Nesta linha, nota-se, que o princípio da Legalidade ligado deveras ao princípio da Liberdade, segundo o qual, assevera que o único meio adequado a estreitar a autonomia do indivíduo é a lei, como expressão da vontade geral, ato formalmente criado pelos Órgãos de representação popular, outrossim, a atividade estatal fica sujeita à lei.

O inciso II, do artigo 5º, Constituição Federal, não faz qualquer referência ao conteúdo que as leis devem carregar. Portanto, não se pode levar em conta apenas o aspecto formal da lei, vislumbrando que qualquer limitação imposta à autonomia individual seria de todo legítima, desde que se utilizando deste veículo. É curial, num sistema Democrático de Direito, que o conteúdo das leis deva atender todos os valores e princípios afeiçoados na Lei Maior. E uma forma de tornar essa garantia eficaz é, especialmente, através do controle da constitucionalidade das leis, não se limitando apenas

na análise formal da produção normativa, mas perscruta o seu conteúdo, com o fim de verificar sua harmonia frente os princípios e valores constitucionalmente tutelados.

O professor Alexandre de Moraes (2002, p. 69), citando Garcia de Enterría, enfatiza esta idéia ressaltando que “quanto ao conteúdo das leis, a que o princípio da legalidade remete, fica também claro que não é tampouco válido qualquer conteúdo (*dura lex, sed lex*), não é qualquer comando ou preceito normativo que se legitima, mas somente aqueles que se produzem ‘dentro da Constituição’ e especialmente de acordo com sua ‘ordem de valores’ que, com toda explicitude, expressem e, principalmente, que não atentem, mas que pelo contrário sirvam aos direitos fundamentais”.

Insta salientar uma preocupação levantada na doutrina consistente em diferenciar o princípio em comento da denominada reserva legal. Aquele se reveste de um caráter abrangedor e genérico, significando a sujeição legítima perante a lei, possuindo o condão de limitar a atuação de alguém segundo os moldes estabelecidos pelo legislador. De outra banda, deparamos com o princípio da reserva legal, segundo o qual se apresenta de maneira mais restrita e diversa. Operando, especificamente, em situações em que a Constituição Federal estabelece que determinada matéria seja disciplinada mediante edição de uma lei.

Seguindo a análise da reserva legal, a Constituição Federal a diferencia em absoluta ou relativa. Oportuno trazer à baila, novamente, estudo de Alexandre de Moraes (2002, p. 70), citando os proclames do Professor José Afonso da Silva, segundo o qual “a *reserva legal absoluta* quando a norma constitucional exige para a sua integral regulamentação a edição de lei formal, entendida como *ato normativo emanado do Congresso Nacional elaborado de acordo com o devido processo legislativo constitucional*.

Por outro lado, temos a *reserva legal relativa* quando a Constituição Federal, apesar de exigir edição de lei formal, permite que essa fixe tão-somente parâmetros de atuação para o órgão administrativo, que poderá contemplá-la por ato infralegal, sempre, porém, respeitados os limites ou requisitos estabelecidos pela legislação”.

1.2 Direito à Liberdade

"A chave do futuro é, pois, a liberdade, princípio maravilhoso que senhoreia as tendências do nosso espírito, que esclarece os instintos do nosso coração, fecunda o nosso trabalho, depura as nossas paixões, ilustra as nossas crenças, alimenta os nossos esforços, que confraterniza todos os homens pelo amor, pela dedicação, pelo sacrifício, que engrandece as nações, pela atividade, pela paz, pela justiça e pela instrução. O princípio do futuro é a democracia."

Rui Barbosa

O direito à Liberdade ou Princípio da Autonomia encontra-se estampado no *caput* do artigo 5º da Magna Carta, colimado na própria essência dos direitos humanos fundamentais de primeira geração, garantindo, contudo, sua inviolabilidade. Princípio este que visa à proteção não só da liberdade de locomoção, mas também a liberdade de crença, associação, expressão de pensamentos etc.

Neste diapasão, é cediço que o desejo de liberdade está profundamente arraigado no cerne da humanidade. Destarte, nosso ordenamento jurídico, reconhecendo sua imprescindibilidade, prevê sua especial proteção, tornando-o inviolável, com o fim de atingir o ideal do Estado Democrático de Direito.

De acordo com o dicionário de língua portuguesa “*Houaiss*” (2004, p. 241), liberdade consiste em um “*conjunto de direitos reconhecidos ao indivíduo, considerado isoladamente ou em grupo, em face da autoridade política e perante o Estado; poder que tem o cidadão de exercer a sua vontade dentro dos limites que lhe faculta a lei*”. (grifei).

Conforme se denota no conceito de liberdade, no mesmo instante que esse bem jurídico goza de tutela especial, em nosso ordenamento, encontra-se certa limitação em sua efetividade, qual seja, a lei.

Assim, como já ensinava Charles-Louis de Secondat, barão de Montesquieu, em 1689-1755, (1996, p. 87), em sua festejada obra “*L’esprit des lois*” (O Espírito das Leis):

(...) a liberdade política não consiste em fazer o que se quer. Num Estado, isto é, numa sociedade onde há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer, e a não ser constrangido a fazer o que não se deve querer (...) liberdade é “o direito de fazer tudo o que as leis permitem” (la liberté signifie le droit non pas de tout faire mais de faire tout ce que les lois permettent).

Desta feita, o pensamento supra, guiou os representantes do povo francês, ao elaborarem a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, mormente em seu artigo 4º, que reza o seguinte:

(...) a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique a outrem. Assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem limites, senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo desses mesmos direitos; seus limites não podem ser determinados senão pela lei.

Portanto, é de se notar, que a limitação imposta ao princípio da Liberdade, não se consubstancia apenas em lei, mas, também, a outros universos, bem como, o social e o político. Nesse contexto, preleciona o jurista Fábio Kondor Comparato (1999, p.30), em “*A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*”:

A experiência veio, porém, demonstrar a íntima ligação entre essas duas dimensões da liberdade. A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligárquica dos mais ricos.

De todo se nota que o direito à Liberdade, na Constituição Federal de 1988, é visto de forma ampla e genérica, alcançando as mais variadas situações previstas pelo legislador constituinte, tanto é assim, que em seu artigo 5º, encontramos vários desdobramentos desse princípio.

Na mesma linha, torna-se inevitável, por derradeiro, esposar entendimento consagrado de Rui Barbosa (1987, p. 191), em comento sobre a presunção de liberdade:

A presunção de liberdade, com efeito, não é apenas um direito natural na acepção mais ou menos arbitrária ligada a esse vocábulo pela escola metafísica que procura o ideal do direito numa concepção abstrata da natureza humana, mas no sentido histórico, real, estritamente científico da palavra. Ela é expressão de uma necessidade orgânica das relações do homem com o homem entre as sociedades iniciadas na civilização.

1.3 Princípio da Autonomia da Vontade

O princípio em apreço ganhou diferentes denominações, tais como princípio do respeito às pessoas, ou princípio do consentimento, dependendo dos diferentes autores. A manifestação do princípio da autonomia pode tomar diferentes rumos, desde uma utilização mais individualista até uma perspectiva que inclui o indivíduo no meio social.

Em comentário a esse princípio José Roberto Godim (disponível em: <http://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>). Acesso em 15 jun. 06) cita, como um dos pilares teóricos deste princípio, os dizeres de Jhon Stuart Mill, propondo que: “(...) *sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano*”.

Assumindo um caráter individualista, idéia esta que foi reforçada, em 1914, pelo Juiz Benjamim Cardozo (1914, p. 92), conforme se extrai no excerto da sentença versando sobre o caso Schloendorff, estabelecendo que: “Todo ser humano de idade adulta e com plena consciência, tem o direito de decidir o que pode ser feito no seu próprio corpo.”

Porém, num outro aspecto, Immanuel Kant (1785, p. 79), em sua obra “Fundamentos da Metafísica dos Costumes”, propôs o Imperativismo Categórico, condicionando a autonomia a um critério de universalidade. De acordo com essa proposta:

A autonomia da vontade é a constituição da vontade, pela qual ela é para si mesma uma lei - independentemente de como forem constituídos os objetos do querer. O princípio da autonomia é, pois, não escolher de outro modo, mas sim deste: que as máximas da escolha, no próprio querer, sejam ao mesmo tempo incluídas como lei universal.

Aliando, desta feita, o panorama eminentemente individualista da autonomia com o componente social. Coligada neste cenário encontramos o pensamento de Kami (1985, p. 103/108), segundo esta autora a autonomia alcança uma perspectiva de vida em grupo. A autonomia significa o indivíduo ser governado por si próprio. É o contrário de heteronomia, que significa ser governado pelos outros. A autonomia significa levar em consideração os fatores relevantes para decidir agir da melhor forma para todos. Não pode haver moralidade quando se considera apenas o próprio ponto de vista.

Tristram Engelhardt propôs uma alteração da sua definição do princípio da autonomia, escrita em 1986, para uma nova forma denominada de Princípio do Consentimento, na sua segunda edição (1998, p. 17).

(...) rebatizei o "princípio da autonomia" como o "princípio do consentimento" para indicar melhor que o que está em jogo não é algum valor possuído pela autonomia ou pela liberdade, mas o reconhecimento de que a autoridade moral secular deriva do consentimento dos envolvidos em um empreendimento comum. O princípio do consentimento coloca em destaque a circunstância de que, quando Deus não é ouvido por todos do mesmo modo (ou não é de maneira alguma ouvido por ninguém), e quando nem todos pertencem a uma comunidade perfeitamente integrada e definida, e desde que a razão não descubra uma moralidade canônica concreta, então a autorização ou autoridade moral secularmente justificável não vem de Deus, nem da visão moral de uma comunidade particular, nem da razão, mas do consentimento dos indivíduos. Nessa surdez a Deus e no fracasso da razão os estranhos morais encontram-se como indivíduos.

O Relatório Belmont, que estabeleceu as bases para a adequação ética da pesquisa nos Estados Unidos, denominava este princípio como Princípio do Respeito às Pessoas. Nesta perspectiva propunha que a autonomia “incorpora, pelo menos, duas convicções éticas: a primeira que os indivíduos devem ser tratados como agentes autônomos, e a segunda, que as pessoas com autonomia diminuída devem ser protegidas. Desta forma, divide-se em duas exigências morais separadas: a exigência do reconhecimento da autonomia e a exigência de proteger aqueles com autonomia reduzida”.¹

Uma pessoa autônoma é um indivíduo capaz de deliberar sobre seus objetivos pessoais e de agir na direção desta deliberação. Respeitar a autonomia é valorizar a consideração sobre as opiniões e escolhas, evitando, da mesma forma, a obstrução de suas ações, a menos que elas sejam claramente prejudiciais para outras pessoas. Demonstrar falta de respeito para com um agente autônomo é desconsiderar seus julgamentos, negar ao indivíduo a liberdade de agir com base em seus julgamentos, ou omitir informações necessárias para que possa ser feito um julgamento, quando não há razões convincentes para fazer isto.

Nem todas as pessoas tem a capacidade de se auto-determinar. Esta capacidade matura durante a vida do indivíduo, e algumas pessoas perdem esta capacidade total ou

¹ ver Belmont Report, publicado em 1978 - National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research, seção B, dedicada aos "princípios éticos básicos: o do respeito das pessoas, o da beneficência e o da justiça". (disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/princip.htm>>. Acesso em 17 jun. 2006).

parcialmente devido a doenças, distúrbios mentais ou circunstâncias que severamente restrinjam a liberdade. O respeito para com o imaturo e para com o incapaz pode requer sua proteção na medida que amadurecem ou enquanto estiverem incapazes.

O princípio da autonomia não pode mais ser entendido apenas como sendo a auto-determinação de um indivíduo. Esta é apenas uma de suas várias possíveis leituras. A inclusão do outro na questão da autonomia trouxe, desde o pensamento de Kant, uma nova perspectiva que alia a ação individual com o grupamento social. Desta perspectiva que surge a responsabilidade pelo respeito à pessoa, que talvez seja a melhor denominação para este princípio.

1.4 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Insculpido no artigo 1º, III, da Constituição Federal, encontramos um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns estudiosos sobre o tema afirmam que o dispositivo constitucional originou-se da Declaração Universal dos Direitos dos Homens, de 1948, promulgada pela Organizações das Nações Unidas (ONU), em seu artigo primeiro, o qual assegura a liberdade e a igualdade em dignidade de direitos e em seu preâmbulo ao se referir à dignidade inerente a todos os membros da família.

Nota-se que de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos fundamentais antes da organização do Estado. Reconhecendo, categoricamente, que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade precípua, e não meio de atividade estatal. Por esse motivo que toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada neste prisma, sob pena de ser considerada inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana.

Não é por outra razão que Fábio Konder Comparato (1998, p. 60.) considera a dignidade do homem com fundamento dos direitos fundamentais. Afirmando que “se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerado em sua

dignidade substancial da pessoa, diante da qual as especificações individuais e grupais são sempre secundárias”.

No entanto, considerar o homem como fim em si mesmo e que o Estado existe em função dele, não nos conduz a uma concepção individualista da dignidade da pessoa humana. Ou seja, que num conflito indivíduo *versus* Estado, prevalece sempre aquele. Com efeito, a concepção que aqui se adota, denominada personalista, busca a compatibilização, a inter-relação entre os valores individuais e coletivos; inexistente, portanto, aprioristicamente, um predomínio do indivíduo ou o predomínio do todo. A solução há de ser buscada casuisticamente, de acordo com as circunstâncias, solução que pode ser tanto a compatibilização, como, também, a preeminência de um ou outro valor.

Sobre esta concepção sabiamente afirma Imanuel Kant, citado por Sarlet (2001, p.32), dizendo que esta dignidade parte da autonomia ética do ser humano, tendo ela como fundamento da dignidade do homem, ou seja, não podendo ele ser tratado como objeto nem por ele mesmo, e, que o “Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como um fim. Portanto, o valor de todos os objetos que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre condicional. Os seres cuja existência depende não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, tem contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo, que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não poder ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).”

O filósofo reconhece o verdadeiro valor do ser humano de forma primorosa, reafirmando de maneira exaustiva que nós somos seres de respeito e que temos dignidade mesmo que seja pela nossa própria essência ou existência, até mesmo quando confrontado com certa “tecnologia” associada ao comportamento, que em hipótese alguma poderia ser violada.

Nos dizeres de Alexandre de Moraes (2000, p. 49), “a dignidade da pessoa humana: concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerentes às personalidades humanas. Este fundamento afasta a idéia de predomínio das concepções

transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual. A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à 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 um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente 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*”.

1.5 Direito à Saúde

A Constituição Federal trouxe em seu bojo uma gama de garantias fundamentais, e não poderia deixar de estar presente à saúde como direito de todos e dever do Estado. Estabelece o artigo 193, da Magna Carta, que *“a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”*.

A saúde, como premissa básica no exercício da cidadania do ser humano, constitui-se de extrema relevância para a sociedade, pois diz respeito à qualidade de vida, finalidade de todo cidadão, no exercício de seus direitos. Isto posto, na esfera jurídica, o direito à saúde se consubstancia como forma indispensável no âmbito dos direitos fundamentais sociais.

Nesse sentido, denota-se do pronunciamento da Suprema Corte, tendo como Relator o Min. Celso de Mello, a abrangência dessa garantia constitucional, informando que “o direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular — e implementar — políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. O direito à saúde — além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas — representa consequência constitucional indissociável do

direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política — que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro — não pode converter-se em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. (...). O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF." (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 24/11/00). No mesmo sentido: RE 393.175, Rel. Min. Celso de Mello, Informativo 414.)

Corroborando essa idéia, imperioso se faz demonstrar o verdadeiro conceito de saúde. Atualmente, saúde traz, para a população em geral, a idéia de ausência de doença. Mas seu conceito é muito mais abrangente, pois, de acordo com a Organização Mundial da Saúde (OMS), saúde é definida como um estado de completo bem estar físico, mental e social e não consistido meramente na ausência de doença ou enfermidade.

Vale a pena fazer uma breve análise ao se tratar de saúde pública. Eis que a proteção do direito à saúde, que é um direito social, e, portanto, de segunda geração, teria, na classificação tradicional, *status* positivo. No entanto, esse direito não é garantido exclusivamente com obrigações de cunho prestacional, em que o Estado necessita agir e gastar verbas para satisfazê-lo. O direito à saúde possui também facetas negativas como, por exemplo, impedir o Estado de editar normas que possam prejudicar a saúde da população ou mesmo evitar a violação direta da integridade física de um cidadão pelo Estado (o Estado *não pode* agir contra a saúde dos cidadãos).

É mister que o Estado designe uma sistemática para a efetivação do direito à saúde e, para tanto, realizar políticas sociais e econômicas. Assim sendo, recorremo-nos mais uma vez ao art. 196 da Carta Magna de 1988, que colocou o direito à saúde como um dever do Estado, e esse dever do Estado dar-se-á através da intervenção do mesmo na consecução do direito à saúde, sempre com condutas em prol da saúde e nunca pela sua inação.

Pois o direito à saúde é um direito fundamental social e para que a saúde realmente faça parte da qualidade de vida do cidadão e da dignidade humana, é necessário que o Estado atue no sentido de dar maior otimização para o direito sanitário. Pois são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou por meio de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado (CF, art. 197).

1.6 Princípio da Proporcionalidade

Não há na Constituição Brasileira uma previsão expressa do princípio da proporcionalidade. Contudo sua presença é imprescindível em nosso ordenamento jurídico, tendo em vista a vastidão de princípios fundamentais previstos para a estruturação do Estado Democrático. Com efeito, a colidência entre um ou alguns desses princípios será quase inevitável. E para solucionar tal impasse, surge o princípio da proporcionalidade, como sendo um equacionador da colisão desses princípios fundamentais, a ser utilizado pelo operador do direito na ponderação dos valores que deverão prevalecer no caso concreto.

Do ponto de vista jurídico, não há hierarquia entre os princípios constitucionais, ou seja, todas as normas constitucionais têm igual dignidade e importância, no plano teórico. De forma que, no plano fático, a incidência delas sobre uma dada situação pode gerar uma colisão real entre os direitos fundamentais, ocasião em que o princípio da proporcionalidade se torna a mola mestra que as ampara e possibilita uma justa decisão no caso concreto, visando sempre preservar os princípios constitucionais em jogo.

Buscando essa simetria dentro do Estado Brasileiro, o princípio em apreço procurou reduzir as desigualdades sociais e resolver as pendências criadas pelos conflitos de bens jurídicos materiais tutelados pelo ordenamento. No dizer de Humberto Bergmann Ávila (1999, p. 175):

(...) pode-se definir o dever de proporcionalidade como um postulado normativo aplicativo decorrente da estrutura principal das normas e da atributividade do Direito e dependente do conflito de bens jurídicos materiais e do poder estruturador da relação meio-fim, cuja função é estabelecer uma medida entre bens jurídicos concretamente correlacionados.

Dentre os princípios que iluminam o novo Direito Constitucional, ganha cada vez mais relevo, inclusive na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da proporcionalidade.

A jurisprudência mais abalizada, acerca do princípio da proporcionalidade preceitua: “Este princípio enuncia a idéia - singela, aliás, conquanto frequentemente desconsiderada - de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que realmente seja demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Segue-se que os atos cujo conteúdo ultrapassa o necessário para alcançar o objetivo que justifique o uso da competência ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam do âmbito da competência; ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam. Sobretudo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindidas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar restrições em sua liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público. Logo, o *plus*, o excesso acaso existente, não milita em benefício de ninguém. Representa, portanto, apenas um agravo inútil aos direitos de cada qual. Percebe-se, então, que as medidas desproporcionais ao resultado legitimamente almejavél são, desde logo, condutas ilógicas, incongruentes. Ressentindo-se deste defeito, além de demonstrarem menoscabo pela situação jurídica do administrado, traindo a persistência da velha concepção de uma relação soberano - súdito (ao invés de Estado-Cidadão), exibem, ao mesmo tempo, sua inadequação à própria lei. Donde, atos desproporcionais são ilegais e, por isso, fulmináveis pelo Poder Judiciário (...) Em rigor, o

princípio da proporcionalidade não é senão faceta do princípio da razoabilidade. Merece um destaque próprio uma referência especial, para ter-se maior visibilidade da fisionomia específica de um vício que pode surgir e entremostrear-se sob essa feição de desproporcionalidade do ato, salientando-se, destarte, a possibilidade de correção judicial arrimada neste fundamento. Posto que se trata de um aspecto específico do princípio da razoabilidade, compreende-se que sua matriz constitucional seja a mesma. Isto é, assiste nos próprios dispositivos que consagram a submissão da Administração ao cânone da legalidade. O conteúdo substancial desta, como visto, não predica a mera coincidência da conduta administrativa com a letra da lei, mas reclama adesão ao espírito dela, à finalidade que à anima. Assim, o respaldo do princípio da proporcionalidade não é outro senão o art. 37 da Lei Magna, conjuntamente com os arts. 5º, II, e 84, IV. O fato de se ter que buscá-lo pela trilha assinalada não o faz menos amparado, nem menos certo ou verdadeiro, pois tudo aquilo que se encontra implicado em um princípio é tão certo e verdadeiro quanto ele. Disse Black que tanto faz parte da lei o que nela se encontra explícito quanto o que nela implicitamente se contém." (STJ. Resp. n. 443.310-RS Primeira Turma. Relator : Min. Luiz Fux DJ 21.10.2003).

Afastando-se a hipótese de subjetividade do julgador ao analisar um caso concreto, o princípio da proporcionalidade deve conduzir uma harmonização dos valores tendo como fim atingir o respeito e a proteção da dignidade humana.

Para o jurista lusitano Canotilho (1996, p. 51) cuida-se de uma verificação da relação custo-benefício da medida, ou seja, a ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Pois, trata-se “de uma questão de ‘medida’ ou ‘desmedida’ para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim. (...) meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”.

Willis Santiago Guerra Filho (1989, p. 75) menciona que “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

Assim, Gilmar Mendes Ferreira (1990, p. 15) nos ensina que o princípio da proporcionalidade é o princípio que se deve usar para a justa medida, quando houver colisão entre os direitos e interesses legalmente protegidos, para evitarem-se

desnecessárias ou abusivas restrições contra os direitos fundamentais, cuidando-se de aferir a compatibilidade entre os meios e fins.

2 DIREITO À VIDA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

No momento da promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, inaugurou-se um marco no Estado Democrático de Direito. Pela primeira vez no texto constitucional, falou-se em “*inviolabilidade do direito à vida*” (art. 5º, *caput*, CF), não mais repetindo a regra anteriormente prevista nos textos passados, tratando como “*direitos concernentes à vida*”. Conforme se depreende do texto da Constituição da República Federativa de 18 de setembro de 1946, nestes termos:

Art. 141 — A Constituição assegurou aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade e à propriedade (...)

Nessa mesma linha segue a Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, *in verbis*:

Art. 153 — A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade (...)

Portanto, o legislador constituinte de 1988, deixa claro ao intérprete que a inviolabilidade tratada no novo texto constitucional é do direito à vida e não apenas o respeito a direitos concernentes à vida. Essencial é a importância do tema versado que, não bastasse o legislador constituinte de 1988 colocá-lo no *caput* do 5º — que proemia o Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) — preferiu insculpi-lo antes de qualquer outro, tais como a liberdade, a igualdade, a segurança e a propriedade. Está o artigo 5º “*caput*” assim redigido:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... (grifo nosso).

Podemos conferir com essa nova redação dada pelo legislador constituinte de 1988, que o texto é de muito maior clareza que aquele da Constituição pretérita, pois garantia apenas os “direitos concernentes à vida”, dando azo a interpretações, muitas vezes convenientes, de que direitos que diriam respeito à vida estariam assegurados, mas não necessariamente o próprio direito à vida. Destarte, a Constituição Federal atual assegurou o “próprio direito à vida”, repetindo, no cerne de seu artigo 5º, a proibição da pena de morte no país (inc. XLVII, letra “a”), como se lê:

XLVII – não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

A Constituição Federal garante, no *caput* do seu artigo 5º, aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito *à vida*, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade. Não por menos que Alexandre de Moraes (2000, p.61) intitula como sendo “o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.

Por razões lógicas que é possível fazer tal afirmação, não é necessário muito esforço para se concluir que sem a vida nenhum outro direito poderia ser fruído, ou sequer refletido.

O direito à vida, entretanto, não se limita apenas ao direito de continuar vivo, no mero direito à sobrevivência física. É importante ressaltar que a Constituição Federal deve ser interpretada em seu contexto, para, somente assim, compreendermos o verdadeiro sentido de suas afirmações. Com efeito, mister aduzir que o texto constitucional, em seu artigo 4º, III, prevê como fundamento a dignidade da pessoa humana. Portanto, torna-se evidente que o direito à vida recebe uma outra roupagem, não bastando o direito de não ser morto, mas, outrossim, o direito de ter uma vida digna. Contudo, essa nova acepção não se deve ser levada em conta em substituição da primeira, mas conjuntamente a essa.

Nessa mesma linha, a lição de José Afonso da Silva (2001, p. 200) afirmando que “vida no texto constitucional (artigo 5º, *caput*) não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria

identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo o que interfere nesse fluir espontâneo e incessante contraria a vida.” E, noutro trecho, observa que “a vida humana, que é objeto de direito assegurado no artigo 5º, *caput* integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais) (...) Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência”. Concluiu discorrendo sobre o direito à existência, na perspectiva constitucional, dizendo que “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado de morte”.

Imperioso anotar que o início da mais suntuosa garantia individual começa com a concepção. Concepção ou fertilização são conceitos extraídos da biologia, de modo geral podemos dizer que se trata da união dos dois gametas: o óvulo (gameta feminino) e o espermatozóide (gameta masculino).

Neste sentido é o que afirma Hélio Bicudo, citando a professora Márcia Pimentel, PhD em genética humana:

“pois, a partir do momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide, inicia-se uma nova vida, que não é aquela do pai ou da mãe, e sim a de um novo organismo que dita seu próprio desenvolvimento, sendo dependente do ambiente intra-uterino da mesma forma que somos dependentes do oxigênio para viver. Biologicamente, cada ser humano é um evento genético único, que não mais se repetirá”. (Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc-96013>>. Acesso em: 12 jun. 2006).

Restando ao operador do direito a missão de dar-lhe adequação legal. Hodiernamente, vige, na doutrina, um princípio fundamental do direito penal, qual seja, *indubio pro reo*, porém, no que diz respeito ao direito à vida, fala-se em *indubio pro vida*. Este deve ser um princípio essencial da bioética atual, sendo que se existe dúvida, qualquer que seja, deverá pronunciar-se em favor da vida. Esta é a lição que se pode extrair dos ensinamentos de Pedro Montano (2005, p. 262), segundo o qual conclui da seguinte forma:

Por lo tanto, recordamos la vigencia de un principio utilizado en el procedimiento en materia probatoria: en la duda, a favor de la vida. El actuar a favor de ella significará abstenerse de prácticas que puedan suponer su destrucción – directa o indirecta – o su menoscabo, tanto desde el punto de vista físico como espiritual. En la duda, abstención; es propio de un grado superior de civilización saber limitar el propio poder, dominarlo y saber decir que no. No se trata de una limitación de la libertad, sino de un ejercicio sublime de la misma.²

Em virtude dessas premissas traçadas encontramos a proibição da pena de morte, nos termos do artigo 5º, XLVII, letra “a”, c.c. 84, XIX, ambos da Constituição Federal. Destarte, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição de pena de morte no Brasil, sob pena de ferir a cláusula pétrea do artigo 60, § 4º, IV, do Diploma constitucional, *in verbis*:

art. 60 (..)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV – os direitos e garantias individuais.

Nesse sentido, insta evidenciar que a doutrina caminha, acertadamente, no sentido de que a proteção constitucional à vida inicia-se desde a fase intra-uterina. Com efeito, Alexandre de Moraes (2002, p. 62) preleciona que “a Constituição Federal, ao prever do direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a intra-uterina, pois qualifica-se com verdadeira expectativa de vida exterior. Sem o resguardo legal do direito à vida intra-uterina, a garantia constitucional não seria ampla e plena, pois a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção.”

Por derradeira, apresenta Rui Barbosa (1889, p. 195) indeclinável parecer acerca do assunto, afirmando que “(...) na grande viagem, na viagem de trânsito deste a outro mundo, não há 'possa, ou não possa', não há querer, ou não querer. A vida não tem mais que duas

² Conseqüentemente, nós recordamos o uso do princípio utilizado no procedimento na matéria probatória: na dúvida, no favor da vida. E atuar em seu favor significará abster-se das práticas que podem supor sua destruição - direta ou indireta - ou sua redução, tanto de um ponto de vista físico como espiritual. Na dúvida,

portas: uma de entrar, pelo nascimento; outra de sair, pela morte. Ninguém, cabendo-lhe a vez, se poderá furtar à entrada. Ninguém, desde que entrou, em lhe chegando o turno, se conseguirá evadir à saída. E, de um ou outro extremo, vai o caminho, longo, ou breve, ninguém o sabe, entre cujos termos fatais se debate o homem, pesaroso de que entrasse, receioso da hora em que saia, cativo de um e outro mistério, que lhe confinam a passagem terrestre". Portanto, não cabe ao Estado utilizar-se da discricionariedade, nem da sociedade dar valor ou sentido à vida humana, deverá, no entanto, perquirir todos os meios suasórios para alcançar o verdadeiro sentido do texto constitucional, impedindo qualquer ato violador desse direito.

2.1 Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (1969) Pacto São José da Costa

Constituição Federal de 1988 marcou o Direito Brasileiro com um indelével avanço no campo da normatização de direitos e garantias fundamentais, resultado de importante processo de democratização do Estado e do Direito. A moderna concepção do constitucionalismo nacional ensejou não só a ratificação de Tratados e Convenções internacionais de proteção dos Direitos Humanos, como a inclusão em seu texto constitucional, de forma irrevogável, de princípios consagrados nos referidos instrumentos internacionais, dando-lhes força de norma de aplicabilidade imediata.

O Pacto de São José da Costa Rica foi introduzido em nosso ordenamento pátrio como norma constitucional, para uns e, para outros, como lei infra-constitucional, em 25 de setembro de 1992.

Com a ratificação dessa convenção veio por sanar todas as dúvidas acerca da inviolabilidade do direito à vida, marcando, inclusive quando se dará o início dessa proteção, eis que há expressa declaração de que a vida se principia na concepção. Verificamos em seu artigo 4º, *caput*, que: “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”.

abstenção; é próprio de um grau superior de civilização para saber limitar o próprio poder, dominá-lo e dizer que não. Não se trata de uma limitação da liberdade, sim de um exercício do sublime da mesma.

Num excelente artigo elaborado por Ives Gandra Martins (2005, p. 28/29), o autor esclarece, com acuidade o significado da expressão “em geral”, alvo de interpretações temerárias, como segue:

Alguns pretendem ler, na referida disposição e nos vocábulos ‘em geral’, uma relativização do dispositivo.

Tal leitura, sobre ser pobre e literal, não corresponde ao sentido do dispositivo de direito internacional.

Assim é que o referido artigo está dividido em 3 partes, a saber:

1) toda a pessoa humana **tem** (presente do indicativo) direito a que se respeite a sua vida;

2) a lei **protegerá** (futuro) o direito a partir do momento da concepção, podendo fazê-lo de forma expressa (é o mais comum e o geral das vezes), mas poderá omitir-se a expressa menção;

3) a vida do ser humano (nascido ou nascituro) **não pode ser** (presente do indicativo) **eliminado arbitrariamente**.

Há, pois, dois comandos normativos de caráter essencial; o respeito ao direito à vida (do nascituro e do nascido) e a vedação a que o ser humano (nascituro ou nascido) seja privado de sua vida **arbitrariamente**. E há um comando, de natureza formal, de que a lei deverá explicitar o princípio da garantia desde a concepção, que é que ocorre **em geral**.

Em nenhum momento, o dispositivo permite a leitura de que a **lei poderá retirar** o direito à vida após a concepção, pois, de outra forma, o ser humano (nascituro) estaria sendo privado de sua vida **arbitrariamente**.

Por esta razão, o comando normativo está no presente no que concerne ao respeito ao direito à vida e à vedação a sua retirada arbitrária (de nascituro e de nascido), aconselhando-se, no futuro indicativo, que a lei explicita, em nível de legislação interna, o sentido do pacto de São José, o que de resto já ocorre em geral, com os países signatários.

O autor paulista acrescenta ainda outro esclarecimento que se faz necessário. O fato de o artigo 4º, do Pacto, ser dedicado ao direito à vida. Vislumbra não ser permitido dois tipos de homicídios, mesmo que legalizados, ou seja, a pena de morte ao nascituro ou a pena de morte ao nascido.

Corroborando tal assertiva, indica que “ao nascituro, impõe que sua vida seja respeitada desde a concepção. O homicídio uterino não tem exceções, no Pacto de São José. Não é permitido. No mesmo artigo, todavia, o “homicídio legal” no nascido, ou seja, a pena de morte é condenada, mas abra-se exceção para os países que ainda a mantêm, sugerindo que a extirpem. Quanto aos países em que não existe (ou seja, que nunca a tiveram ou que a tenha revogado), inadmite que venham introduzi-la”. Disposto no Pacto da seguinte forma:

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competentes e em conformidade com a lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

Assim, em dois momentos, o legislador constituinte assegurou o direito à vida (art. 5º, *caput*, e seu § 2º) e estabeleceu categoricamente que a vida existe desde a concepção (ratificando o pacto São José da Costa Rica). A Lei Maior, concisamente, estabeleceu que os tratados internacionais que versam sobre direitos fundamentais ingressariam no ordenamento jurídico pátrio como cláusulas invioláveis. Desta forma, por força de seu §2º, do artigo 5º, todos os tratados internacionais, assinados pelo Brasil, sobre direitos fundamentais são cláusulas pétreas, estando o referido dispositivo redigido da seguinte forma:

§2º - os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Reconhecendo esse caráter constitucional dos tratados internacionais sobre direito fundamental e, por conseguinte, como cláusulas pétreas, não podem ser alvos de remodelação, nem mesmo por emenda constitucional, como declara o §4º, do artigo 60, da Constituição Federal, *in verbis*:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV. os direitos e garantias individuais.

Contudo, não devemos fechar os olhos sobre a tendência do Pretório Excelso de considerar que os tratados internacionais entram em nosso ordenamento como legislação ordinária especial. Assim, na atual conjuntura do sistema nacional, esse tipo de tratado internacional guarda estrita relação de paridade normativa com as leis ordinárias editadas

pelo Estado. Podendo ser, inclusive, revogadas por lei especial que lhe seja conflitante, pois sobre aquele tem preferência (*lex speciali derogat legi generalis*).

No entanto, segundo dizeres de Valério de Oliveira Mazzuoli (2004, p. 164), “a doutrina da Excelsa Corte peca pela imprecisão. Admitir que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite é permitir que um tratado possa, unilateralmente, ser revogado por um dos Estados-partes, o que não é permitido e tampouco compreensível. Seria fácil burlar todo o pactuado internacionalmente se por disposições legislativas internas fosse possível modificar tais normas. Se um Estado se obriga livremente a cumprir um acordo internacional, como explicar possa ele editar leis contrárias a todo o pactuado? Seria muito simples admitir que o não cumprimento de um tratado, internamente, pudesse acarretar a prática de um ilícito internacional, pelo qual, externamente, devesse o Estado responder. Com tal assertiva parece que o não cumprimento de tratados encontra uma justificativa. Tudo fica muito fácil desse modo”. Em se buscando evitar esse tipo de interpretação, espera-se que o Supremo Tribunal Federal, em análise do §2º, do artigo 5º, da Magna Carta, lhe dê o pendor constitucional, reconhecendo a roupagem de cláusula pétrea aos tratados internacionais sobre direitos fundamentais.

Indubitavelmente, no entanto, o Brasil é signatário do Pacto de São José. De uma forma ou de outra, é um arcabouço normativo vigente no País.

2.2 Convenção Sobre os Direitos da Criança

Adotada pela Resolução n.º L. 44 (XLIV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989 e ratificada pelo Brasil em 20 de setembro de 1990. A Convenção sobre os Direitos da Criança, no seu artigo 6º, reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido. O supra mencionado artigo tem como escopo o próprio preâmbulo desta Convenção, *in verbis*:

Tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento;

Artigo 6

1. Os Estados-Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.
2. Os Estados-Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança;

Observa-se a clara intenção do texto da Convenção em proteger prioritariamente os direitos fundamentais da criança, tendo em vista sua condição especialíssima.

Neste contexto, ao lado dos princípios e normas instituídos pela Constituição Federal de 05 de outubro de 1988, a Convenção dos Direitos da Criança serviu de fonte de inspiração ao legislador nacional na elaboração do Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, que entrou em vigor na data de 14 de outubro de 1990.

Tal Estatuto prevê como corolário do ordenamento jurídico, interno e externo, o princípio da prioridade absoluta, da proteção integral e do respeito à condição peculiar da pessoa em desenvolvimento. Assim, todo e qualquer ato atentatório aos interesses da criança são repudiados, tanto no território nacional como na esfera internacional. Mormente aqueles interesses que digam respeito aos direitos fundamentais da criança, é dizer, o direito à vida, antes ou depois de nascimento.

O que se espera é uma virtude humana, bem como a inteligência do homem e sua capacidade de aprender técnicas que permitam se relacionar com a natureza, através das ciências, entre as quais a jurídica, que nos permita traçar regras legais de comportamento, como a Convenção sobre os Direitos da Criança, calçadas na capacidade de sentirmos profundamente qualquer injustiça cometida contra qualquer pessoa, em qualquer parte do mundo.

2.3 Código Civil

O feto inicia o seu normal desenvolvimento físico dentro do útero materno, que se origina a partir da concepção e se desenrola até os últimos instantes da vida da pessoa. Reconhecendo que a vida começa na concepção, também o Código Civil Brasileiro, de acordo com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica, afirma em

seu artigo 2º que: “*A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Ora, se a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, parece óbvio que ela põe a salvo também o mais importante desses direitos, que é o direito à vida. Justo, por não ofuscar esta realidade da vida que inicia o seu processo de formação dentro do ventre materno.

Por nascituro se entende o feto já concebido e que se encontra no ventre materno, Enquanto o feto não se separar do corpo materno não pode saber se nasceu ou não com vida. Como ainda não nasceu com vida, não é sujeito de direito: existe apenas uma expectativa de ser sujeito de direito, sendo, portanto, um sujeito de direito em potencial. Só receberá ou transmitirá direitos se nascer com vida, mas enquanto isso não acontecer, terá a proteção do Direito, portanto, a personalidade já existe com a concepção, e será consolidada com o nascimento.

DE CUPIS (1982, p. 101) ressalta que a concepção é o ato inicial da vida, tanto da vida física, como da vida jurídica.

ORGAZ (1947, p. 135 a 138) faz menção de que antes de nascer, o embrião humano já tem proteção pública e privada, exemplificando no direito argentino:

- aborto: norma penal
- alimentos à mulher grávida: norma civil
- licença-gestante: norma trabalhista

Lembra também da proteção do ser humano nascido, na citada legislação:

- homicídio, instigação e ajuda ao suicídio: norma penal
- alimentos, reparação civil por lesões à vida: norma civil
- direito à amamentação: norma trabalhista

A vida, nos dizeres de CAPELO DE SOUZA (1995, p. 203/204) “(...) deve ser tomada na totalidade da sua fenomenologia biológica, ao longo do seu processo mutacional, desde o seu início individualizado com a concepção até a sua morte”.

O professor José Carlos Moreira Alves (1990, p. 91) observa que “no terreno patrimonial, a ordem jurídica, embora não reconheça no nascituro um sujeito de direitos, leva em consideração o fato de que, futuramente, o será (...)”. Deste modo, um nascituro pode, por exemplo, ser instituído herdeiro de um testamento. E, para resguardar o interesse

do nascituro, a mulher que o está gerando pode requerer ao magistrado competente a nomeação de um curador: o *curador ventris*. E, acrescenta Moreira Alves: “Com base nesses princípios que foram enunciados pelos juriconsultos clássicos, surgiu, no direito justinianeu, a regra geral de que o nascituro, quando se trata de vantagem em seu favor, se considera como se estivesse vivo (*in rerum natura esse*)”.

Assim, o novo Código Civil consagrou, mesmo porque não pode prosperar, mormente no ordenamento jurídico pátrio, nada que venha em desfavor ao direito à vida, que está constitucionalmente assegurado como um direito inviolável.

2.4 Código Penal

Como salientado alhures, o legislador, tanto constituinte como o infraconstitucional, velou de maneira especialíssima o bem jurídico “vida”. E o Código Penal seguiu a mesma exegese, visto que objetiva proteger os bens jurídicos considerados relevantes de condutas lesivas que mereçam sanção penal. Tratando o bem jurídico em comento no primeiro capítulo da Parte Especial. Assim, de um modo topográfico, como a Constituição Federal fez, o legislador penal quis proteger a vida acima de todos os outros valores tutelados nesse diploma.

A vida humana como principal bem tutelado pelo Direito Penal abarca as seguintes figuras típicas:

- Homicídio – artigo 121;
- Induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio – artigo 122;
- Infanticídio – artigo 123;
- Aborto – artigo 124.

Conforme se verifica dos dispositivos penais supra, a proteção à vida é integral. Está disposta no mais alto grau hierárquico de valores, devendo ser tutelada contra quem quer que seja o seu “agressor”, não importando se o Poder Público ou até mesmo o próprio titular, visto que é um direito fundamental inviolável, indisponível e irrenunciável.

Assim, o estatuto substantivo penal não pode prever, indiscriminadamente, as hipóteses em que o bem jurídico pode ou não ser protegido, devendo sempre ter como norma orientadora o texto constitucional.

Desta forma, o Código Penal ao prever as circunstâncias em que a vida pode ser eliminada, mormente no inciso II, do artigo 128 (aborto no caso de gravidez resultante de estupro – segundo a doutrina e jurisprudência trata-se de aborto sentimental), não se harmonizou aos limites impostos pelo legislador constituinte, pois este, de forma incisiva, declarou ser a vida um bem jurídico inviolável (art. 5º, *caput*, CF). Portanto, tal inciso não foi recepcionado pela Magna Carta. Não se tratando de norma revogada pela Carta Maior, mas de dispositivo não recepcionado pela mesma.

Portanto, o dispositivo penal, de 07 de setembro de 1940, previsto no inciso II, do artigo 128, do Código Penal, não foi recepcionado pela Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. Tendo em vista o conflito existente, pois o texto Maior considera a vida um bem jurídico inviolável, já o estatuto penal possibilita a eliminação de vida nesse caso específico, assim, respectivamente, *verbis*:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... (grifo nosso).

art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:
(...)

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Destarte, entre o conflito desses dois preceitos legais, importante trazer à baila a máxima ensinada pela hermenêutica forense: no conflito entre uma norma infraconstitucional e outra constitucional, sempre deverá prevalecer a última.

O homem não é o senhor da vida. E qualquer conduta com o fim de exterminá-la é veemente penalizada. É o que se depreende do ordenamento jurídico constitucional, que proíbe a pena de morte, colocando a salvo a hipótese de guerra externa, conforme o inciso XLVII, do artigo 5º, da CF, *verbis*:

art. 5º (...)

(...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

Em que pese os argumentos favoráveis à possibilidade do aborto sentimental e do aborto do feto anencéfalo, *data venia*, não é a melhor posição a ser adotada, tendo em vista a atual conjuntura que se encontra a ordem positiva pátria, embasando-se no texto constitucional, e tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assim, em nenhuma hipótese será autorizada essa conduta horripilante de tirar a vida de um semelhante, seja vida extra-uterina ou intra-uterina. Em todas as circunstâncias esse ato será punido pela legislação vigente.

3 BIOÉTICA E PESSOA HUMANA

Os avanços da biologia, da medicina e da genética e a necessidade de oferecer orientação ética e legal para prevenir abusos e assegurar que o progresso científico e tecnológico esteja a serviço da humanidade e não viole os direitos humanos e as liberdades fundamentais levaram ao desenvolvimento da bioética. Esta leva em consideração o direito de todos de usufruir da maior qualidade possível de saúde física e mental, bem como o disposto no artigo 7º do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos:

“Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém poderá ser submetido, sem o livre consentimento, a experiências médicas ou científicas”.

A bioética evoluiu no plano nacional e internacional. Em vários países, têm sido criados comitês nacionais especiais de ética com o objetivo de assessorar, estudar e elaborar a legislação a respeito³. No nível internacional, a Comissão Européia instituiu o grupo de consultores sobre ética em biotecnologia, e a Unesco criou o Comitê Internacional de Bioética⁴. A Comissão de Direitos Humanos (em sua Resolução nº. 1995/82, sobre direitos humanos e bioética), enfatizou a necessidade do desenvolvimento de uma ética das ciências biológicas nos planos interno e externo, e também ressaltou a importância da cooperação internacional para assegurar que a humanidade, como um todo, seja beneficiada pelas ciências biológicas. Conforme solicitação da Assembléia Geral, os códigos de ética médica foram elaborados pelo Conselho de Organizações Internacionais de Ciências Médicas (COICM) e endossados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Também em parceria com o conselho, a OMS formulou e publicou, em 1982, as Diretrizes Éticas Internacionais para Pesquisas Biomédicas Envolvendo Seres Humanos. Em 1991, a 44ª Assembléia Mundial de Saúde defendeu uma série de diretrizes sobre o transplante de órgãos humanos. Na esfera regional, a União Européia e o Conselho

³ DEUTSCH, E. The Functions of Ethical Committees. In: GERIN, O. di G., CEDOM, M. Les Comités d'éthique. Paris: Presses Universitaires de France, 1996, p. 176. (Collection Que sais-je?). O primeiro comitê ético nacional foi formado em 1983 na França: "Comité Consultative National D'éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé".

⁴ O estabelecimento do Comitê Internacional de Bioética foi aprovado pela CONFERÊNCIA GERAL DA UNESCO: 27ª seção, resolução nº 5.165. É o único comitê ético dentro do sistema das Nações Unidas.

Europeu têm desempenhado um papel importante na promoção da Bioética (1997. p. 641-665).

Em 1996, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu adotou a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina. No artigo 2º, a Convenção estabelece que os interesses e o bem-estar do ser humano devem prevalecer sobre o interesse único da sociedade ou da ciência. Qualquer intervenção no ramo da saúde, incluindo a pesquisa, deve ser realizada de acordo com obrigações e normas profissionais pertinentes. Entre os princípios da bioética consagrados na Convenção, figuram a necessidade do consentimento livre e expresso do interessado para qualquer intervenção no campo da saúde; o direito ao respeito pela privacidade; o princípio de que a remoção, para transplante, de órgãos ou tecidos de pessoa viva só se realize para o benefício terapêutico do receptor; e a proibição de auferir lucros com a venda do corpo humano ou de seus órgãos. Segundo o artigo 4º “qualquer intervenção no campo da saúde, incluindo a pesquisa, deve ser conduzida de acordo com obrigações e padrões profissionais de maior relevância”.

Como fica manifesto não se busca criar empecilhos ou instituir barreiras ao desenvolvimento científico e tecnológico nos campos da biologia e da medicina, impedindo os avanços para que sejam preservados padrões éticos ideais. O que se exige é que toda experiência ou aplicação de novos conhecimentos científicos e novas possibilidades tecnológicas ocorra com o mais absoluto respeito à pessoa humana, pois, além de tudo, seria contraditório agredir a dignidade de seres humanos ou desrespeitar a vida humana sob o pretexto de buscar novos benefícios para a humanidade. Um fato que não se pode ignorar é que, sobretudo em campos mais sofisticados, como a biologia molecular e a engenharia genética, as inovações freqüentemente são apresentadas de modo espetacular, com o anúncio de resultados fantásticos, que muitas vezes não se confirmam, mas que, misturando fantasia e realidade, dão ensejo à mistificação, à aquisição de autoridade científica injustificada e, também, à exploração econômica. A par disso, o fascínio de penetrar no desconhecido e de desvendar mistérios que desafiam a humanidade há séculos ou milênios pode eliminar escrúpulos e produzir resultados desastrosos, eticamente injustificáveis.

Assim qualquer conduta humana que tenha algum reflexo sobre as pessoas e seu ambiente deve implicar o reconhecimento de valores e uma avaliação de como estes

poderão ser afetados. Sendo a própria pessoa o primeiro desses valores, com as peculiaridades que são inerentes à sua natureza, inclusive suas necessidades materiais, psíquicas e espirituais. Ignorar essa valoração ao praticar atos que produzam algum efeito sobre a pessoa humana, seja diretamente sobre ela ou através de modificações do meio em que a pessoa existe, é reduzir a pessoa à condição de coisa, de objeto, retirando dela sua humanidade. Isto vale tanto para as ações do Estado, para as atividades que afetem a natureza, para empreendimentos econômicos, para ações individuais ou coletivas, como também para a criação e aplicação de tecnologia ou para qualquer atividade no campo da ciência.

Daniel Brandão (2005, p. 568-569) dissertando sobre algumas características da pessoa humana e de como a ciência e a ética devem interagir com a humanidade:

(...) nas instâncias éticas da Medicina, a Bioética encontra sua mais alta finalidade na defesa da vida e da dignidade do ser humano, fundamento de todos os demais valores humanos. Deve-se enfatizar que nem sempre o que é novo é sinal ou sinônimo de um verdadeiro progresso e que uma nova técnica médica que não observe os princípios éticos, pode significar uma desumanização da Medicina. Em um mundo pobre de sentido e pobre de valores humanos, devemos buscar e encontrar o sentido da vida humana nos reais valores morais, sem o que jamais construiremos uma civilização verdadeiramente humana e digna desse nome. Os êxitos da ciência e da técnica devem estar embebidos nos valores éticos que constituem a marca distintiva e indelével do ser humano. *Uma ciência com consciência.*

Nos tempos atuais há um verdadeiro encantamento pelo progresso tecnológico e científico, todavia sem a preocupação fundamental de colocar esses conhecimentos ao serviço da Pessoa Humana; e, não raras vezes, os coloca contra ela própria. As pesquisas com seres humanos, a produção de crianças em laboratórios para serem usadas como material de reposição, a manipulação de genoma humano, o patenteamento de genes humanos, a hibridização de seres humanos, a destruição intra-útero de crianças com malformações, o genocídio, o aborto, a eutanásia, o suicídio assistido e tudo o que ofende a dignidade da pessoa humana, constituem de problemas éticos que corrompem a consciência humana e exigem uma tomada de posição de toda a comunidade. Não é admissível a alienação!

O sentido da vida humana não pode ser encontrado apenas dentro de uma perspectiva puramente médico-biológica. A pessoa humana é o valor maior que, no contexto da sua liberdade e responsabilidade, transcende a natureza vegetal e animal e ao próprio cosmo. Na ciência médica a pessoa humana é a finalidade da ação ética. É o sujeito do diagnóstico e do tratamento, não o objeto; tem sua autonomia e não pode abdicar das próprias responsabilidades. Observa-se hoje um reducionismo científico proporcionado pelo excesso de exames complementares levando a uma interpretação da vida apenas com fenômenos genéricos, neurais, psicológicos e laboratoriais, em função de técnicas sofisticadas. Com isso perde-se um pouco a noção de conjunto da pessoa como um todo, dos seus problemas sociais, existenciais, etc. Faz-se necessária uma visão bioética antropológica abrangente, de modo a atender todos os valores humanos no universo que vivemos e construímos; uma bioética que tenha como centro e fundamento a pessoa humana.

3.1 Início da Vida Humana

A importância de se abordar a questão do início da vida humana está intimamente ligada aos preceitos éticos e morais que regem a sociedade e devem ser respeitados, mormente, com o atual progresso tecnológico apresentado pela medicina.

Conforme visto acima (cap. III – 1), o ser humano é bem mais do que uma estrutura puramente médico-biológica, ele é um sujeito dotado de uma dualidade de corpo e de espírito, e as virtudes e fraquezas decorrentes desse estado, tais como, afetividade, sexualidade, amor, tristeza, alegria, moral, crenças etc. Destarte, deve-se defender a vida em todos os casos, visto que é um direito fundamental inviolável (art. 5º, *caput*, da CF), um valor absoluto de cada pessoa humana.

No momento em que a pesquisa científica envolve a vida humana, os limites devem ser estabelecidos de maneira muito clara, para impedir a manipulação da vida de um ser humano desprotegido em favor de outro da mesma espécie mais favorecido.

Frisa-se que a dignidade da pessoa humana é vislumbrada até mesmo antes de sua concepção. Eis que o sentido autêntico da sexualidade humana, um dos valores que integram e dignificam a pessoa, está tão banalizado hodiernamente, fazendo-se necessário o resgate de sua beleza, momento pelo qual, exprime-se o próprio amor humano.

No ato conjugal é imprescindível o respeito mútuo, o amor é o valor ético mais importante no exercício da sexualidade. A relação sexual sem amor torna-se uma “solidão a dois”, mera busca do prazer próprio que, enquanto voltado para si mesmo, transforma a pessoa do outro em objeto.

Na verdade, pela sua estrutura íntima, o ato conjugal, ao mesmo tempo em que une profundamente os esposos, torna-os aptos para a geração de novas vidas. Neste instante, a união dos gametas humanos com a fertilização do óvulo pelo espermatozóide, gera um novo ser da espécie, um embrião humano, nessa fase inicial denominado zigoto. A vida humana biologicamente é originada quando, na união dos gametas humanos, se estabelece um novo genoma especificamente humano, único e irrepetível. A partir de então, é um ser humano completo e complexo, assim, nada mais de essencial à sua constituição lhe será acrescentado após a concepção. Todo ele já está previsto e contido no seu genoma. Um

novo sistema de informações genéticas/moleculares independentes surge, operando em unidade, com uma individualidade biológica e identidade humana.

Em análise sobre a temática, ELIO SGRECCIA (1996, p.342/344) comenta da seguinte forma:

O primeiro dado incontestável, esclarecido pela genética, é o seguinte: no momento da fertilização, ou seja, da penetração do espermatozóide no óvulo, os dois gametas dos genitores formam uma nova entidade biológica, o zigoto, que carrega em si um novo projeto-programa individualizado, uma nova vida individual.

As duas respectivas células gaméticas têm em si um patrimônio bem definido, o programa genético, reunido em torno dos 23 pares de cromossomos: cada uma das células gaméticas tem a metade do patrimônio genético em relação às células somáticas do organismo dos pais e com uma informação genética qualitativamente diferente das células somáticas dos organismos paterno e materno. Esses dois gametas diferentes entre si, diferentes das células somáticas dos pais, mas complementares entre si, uma vez unidos ativam um novo projeto-programa, pelo qual o recém-concebido fica determinado e individuado. Sobre essa novidade do projeto-programa resultante da fusão dos 23 pares de cromossomos não existe a menor dúvida, e negá-lo significaria rejeitar os resultados certos da ciência.

É falso afirmar que o embrião não tem forma humana, porque na realidade tem, com caracteres próprios na origem e a cada etapa de seu desenvolvimento. Sob a égide biológica, desde a concepção, verifica-se uma unidade-continuidade: as distintas fases do desenvolvimento cunham apenas mudança de configuração, mas não mudança de natureza. Igualmente, não é científico afirmar-se que é um ser em potencial: é um ser *em ato*, constituído de uma aptidão de desenvolvimento que lhe permite promover seu próprio amadurecimento, desde a fase de zigoto até a senectude. O embrião unicelular, por divisões sucessivas, dará origem a um indivíduo com centenas de milhões de células organizadas, apresentando o mesmo genoma, próprio daquele indivíduo único, compondo de forma ordenada os seus tecidos, órgãos e sistemas. Durante o seu desenvolvimento, na medida em que as células se multiplicam, vai se localizando nas diversas regiões do corpo e se diferenciando e especializando para o desempenho das diversas funções orgânicas.

Apenas para registrar, não se admite aqui, a vida humana tendo início a partir da nidação, ou seja, a partir do momento no qual o ovo aninha-se na parede uterina, mas, como já ressaltado, a partir da concepção. Se assim não fosse, haveria um lapso temporal, no qual não existiria vida e, portanto, poder-se-ia interromper tal início de gravidez. Ao

contrário, não há intervalo temporal, após a união óvulo e espermatozóide, portanto após vida humana, que possibilite justificar o aborto.

Para resumir e confirmar o que foi dito até aqui, importante relembrar o conteúdo do documento “Identidade e estatuto do embrião humano”, do Centro de bioética da Universidade Católica, que assim se pronuncia a esse respeito:

A primeira ordem de dados deriva do estudo do zigoto e de sua formação. Desses dados conclui-se que, durante o processo de fertilização, mal o óvulo e o espermatozóide - dois sistemas celulares teleologicamente programados - interagem, imediatamente se inicia um novo sistema, que tem duas características fundamentais:

1. O novo sistema não é uma simples soma de dois subsistemas, mas é um sistema combinado, que, a seguir à perda da própria individualização e autonomia por parte dos dois subsistemas, começa a operar como uma nova unidade, intrinsecamente determinada a atingir sua forma específica terminal, se forem postas todas as condições necessárias. Daí a clássica e ainda corrente terminologia de ‘embrião unicelular’ (one cell embryo).

2. O centro biológico ou estrutura coordenadora dessa nova unidade é o novo genoma de que está dotado o embrião unicelular, ou seja, os complexos moleculares - visivelmente reconhecíveis em nível citogenético nos cromossomos - que contêm e conservam como que na memória um desenho-projeto bem definido, com a 'informação' essencial e permanente para a realização gradual e autônoma desse projeto. É esse genoma que identifica o embrião unicelular como biologicamente humano e especifica sua individualidade. É esse genoma que confere ao embrião enormes potencialidades morfogenéticas, que o próprio embrião irá executando gradualmente durante todo o desenvolvimento, por meio de uma contínua interação com seu ambiente tanto celular como extracelular e das quais recebe sinais e materiais.⁵

(...) O fato que se deve notar de modo especial é que esse novo programa razão é inerte nem 'executado' por órgãos fisiológicos maternos, os quais se serviriam do programa do modo como um arquiteto se serve do projeto, ou seja, como um esquema passivo, mas é um novo projeto que se constrói a si mesmo e é o ator principal de si. Ainda que permaneçam ativos por algum tempo os sistemas de informação de origem materna que tinham levado o óvulo à maturação, entram em ação, todavia, desde o primeiro momento da fertilização, os sistemas de controle do zigoto, que assumem totalmente seu controle antes mesmo da implantação: da formação dos blastômeros por replicação-duplicação até a formação do blastócito e a nidação, o piloto ou o arquiteto da construção é constituído pelo que vem da informação genética intrínseca à nova realidade.

⁵ ELIO SGRECCIA, Manual de Bioética; I - Fundamentos e Ética Biomédica, São Paulo, Edições Loyola, 1996, p.343-344, citando CENTRO DE BIOÉTICA, Universidade Católica del Sacro Cuore, Identità e statuto dell'embrione umano, 22.06.1989, "Medicina e Morale", 1989, 4 (supl.), pp. 665-666

4 ABORTO

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Aborto é a descontinuação dolosa da gravidez antes de sua conclusão normal, com ou sem expulsão do feto, da qual resulta a morte do nascituro, vale dizer a destruição do produto da concepção. A palavra provém do latim *ab-ortus*, ou seja, “privação do nascimento”.

Assim, uma vez que o abortamento é extinguir a vida que se inicia, presenciamos uma outra modalidade de homicídio, e se a vida é o bem jurídico de mais valia no ordenamento pátrio devemos sempre preservá-la, há que se proteger, obviamente, também a do feto, que em momento algum será confundido com o corpo de sua genitora.

Desta feita, não é possível admitir um dos principais argumentos dos abortistas, de que a mulher tem o direito de dispor livremente de seu próprio corpo. Incontroverso que quem quer que seja, homem ou mulher, poderá abrir mão de seu próprio corpo, mas jamais poderá dispor do corpo de um terceiro, de um semelhante, buscando suprimi-lo, uma vez que esse corpo não é o seu, mas um complexo orgânico independente, porém, não autônomo, eis que, pelo brilhantismo das leis naturais, serve-se do ventre materno, transitoriamente, para encerrar seu processo de aperfeiçoamento.

Neste sentido, o Código Penal (Decreto Lei 2848/40), elaborou uma organização juridicamente motivada, conforme os bens tutelados aponta no Título I: Dos Crimes Contra a Pessoa, Capítulo I: Dos Crimes Contra a Vida, assim, a lei, ao punir o abortamento tutela o bem jurídico “vida da pessoa humana”. Prescrevendo da seguinte forma:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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.

Essa tipificação se justificava de forma simples e objetiva por dois motivos. A um, é o fato de que, para o Legislador não houve dúvida – e, agora com o atual desenvolvimento médico, tecnológico, biológico motivo algum há para divergir – de que há vida humana íntegra, orgânica e autônoma (mas não independente) de um ser humano (numa fase delicada de seu desenvolvimento) no seio da mulher em gestação. A dois, o raciocínio é fácil, pois não há outro bem em concorrência de preferência a ser protegido pela lei do que a vida.

Foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados, Projeto de Lei n. 20-A, de autoria do Deputado Eduardo Jorge, que pretende regulamentar a prática do aborto legal no Brasil, determinando que toda a rede pública de hospitais, atenda aquelas mulheres que desejarem realizar o aborto legalmente permitido.

Vale salientar, mais uma vez, que o legislador brasileiro, entendeu proibir a prática do aborto, considerando-o como um crime contra a vida (arts. 124 a 127 do Código Penal).

Aliás, pela proteção dada pelo nosso legislador constituinte (art. 5. da Constituição Federal), à inviolabilidade da vida, nenhuma diferença pode haver, nas vidas da mãe ou do feto, porquanto ambas são merecedoras da proteção da lei, ambas são alvo dessa preservação constitucional, estando no mesmo patamar. Daí, absolutamente turvo o enfoque da proteção exclusiva da vida da mãe. Pois se assim não fosse, estaríamos diante de uma violação ao princípio de igualdade entre humanos. O direito à vida deve ser garantido a todos e de forma igual. Por isso que se deve exigir de nossos parlamentares a

coerência em defesa da vida, pois quem é contra a pena de morte, contra a eutanásia, contra o suicídio assistido, não pode, de maneira alguma, colocar-se a favor da eliminação da vida pela prática do aborto.

4.2 Tipos de Aborto

No aborto a tutela penal é dirigida ao direito à vida (objetividade jurídica), cujo titular é o feto; seguindo com as palavras do penalista Damásio de Jesus (2001, p. 120):

No aborto provocado por terceiro há duas objetividades jurídicas. A imediata incide sobre o direito à vida, cujo titular é o produto da concepção. A mediata incide sobre o direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante. Há dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante. Embora se fale comumente que o sujeito passivo é o feto, o Código não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto.

O crime é de dano (se consuma com a efetiva lesão) de forma livre (executado por qualquer meio). O auto-aborto é delito próprio: gestante – sujeito ativo qualificado – embora também por ele responda estranho que participar.

O aborto conforme o art.127, C.P., provocado por terceiro que cause lesão corporal grave na gestante ou tenha como consequência a morte dela, é crime preterdoloso (há dolo no antecedente – aborto – e culpa no consequente).

A consumação do crime é o resultado morte do feto (em decorrência da interrupção da gravidez); “é irrelevante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada” (JESUS, D., 2001, pág. 123)”. Admissível a tentativa (o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do sujeito).

Existem várias classificações de aborto, cada qual com seus aspectos específicos. Cinco tipos correspondentes aos artigos do Código Penal. Assim consideramos os seguintes tipos de aborto:

- Auto-aborto (art.124), admite participação (concurso) na hipótese em que o terceiro induz, instiga ou auxilia de maneira secundária a gestante criminosa; se executar ato de provocação do aborto é autor do fato descrito no art. 126; provocar a gestante sem si

mesma o aborto sentimental, previsto no art. 128, subsiste o delito, porque tal dispositivo só permite o abortamento por médico;

- Aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125), a discordância pode ser real ou presumido (se gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, art. 126, parágrafo único);

- Aborto consensual (art. 126), a anuência, per si, é inválida, não exclui o delito, é necessário que a gestante tenha capacidade para consentir (não formal, mas real) para configurar o tipo, o sujeito ativo é o terceiro (feto e gestante são sujeitos passivo deste tipo), o parágrafo único (se gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental) trata da presunção do dissenso, nessas circunstâncias o terceiro responde por aborto cometido sem o consentimento; obtendo-se o consentimento obtido mediante fraude (por exemplo, dizer a gestante que o abortamento é o único meio dela não morrer), grave ameaça ou violência; se a grave ameaça ou violência ocorrer como meio de execução do abortamento, há concurso com o crime de constrangimento ilegal;

- Aborto qualificado, (ART. 127), trata-se do crime preterdoloso, aplicado aos crimes praticados por terceiros (art.s 125 e 126), se, “em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza leve, o sujeito só responde pelo aborto, não se aplicando a forma típica qualificada do art. 127; ocorre que a lesão leve constitui resultado natural da prática abortiva e o Código Penal só pune a ofensa corporal desnecessária e grave” (JESUS, D. , 2001, pág. 127);

- Aborto legal (art. 128), prevê duas circunstâncias específicas, o aborto chamado terapêutico ou necessário; e o aborto sentimental ou humanitário; “os dois incisos do art. 128 contém causas de exclusão de antijuridicidade” (JESUS, D. , 2001, pág. 128); a exigência de que seja médico quem provoque o aborto é flexível no primeiro caso (aborto necessário) em função do estado de necessidade (art.24 do CP), no caso de por exemplo ser provocado por um enfermeira como único meio de salvar a gestante.; no caso de aborto sentimental, terceiro não médico responderá pelo delito. No aborto sentimental (gravidez resultante de estupro) é necessário consentimento da gestante (não no caso de aborto necessário). É necessária e suficiente prova concludente da existência do delito sexual (para o inc. II); “o médico deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro” (JESUS, D. , 2001, pág. 129). Por analogia *in bona parte*, estende-se o a legalidade do aborto sentimental para o caso da gravidez resultante de atentado violento ao

pudor. Continuam proibidos em nossa legislação os casos de aborto por incesto ou eugênico.

Essa modalidade de aborto merece uma atenção especial, visto que possibilita duas formas tidas como legais de extermínio da vida humana. Em ambos os casos, persiste o crime de aborto, conquanto isento de pena. Acontece, porém, que não há motivo para subsistir a excludente de punibilidade tais tipos de aborto. Uma vez que a Constituição Federal de 1988 prevê a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*).

Nesta hipótese, em primeiro lugar, é necessária muita cautela para explicar que não existe caso algum de aborto “legal” no Brasil. O que o artigo 128, do Código Penal ensina é que há dois casos em que o aborto, apesar de ser crime, “não se pune”. A não punição está muito longe da permissão ou de aceitação. Pensamos no seguinte exemplo: no caso de um filho furtar algo dos pais, não será punido em virtude do disposto artigo 181, do Código Penal. Esta suspensão da pena é chamada “escusa absolutória” e é feita por razões de política criminal. Mas longe de chamar isso de “furto legal”, simplesmente porque “não se pune”. Nem diria que furtar dos pais é um “direito” dos filhos. Nem chegaria ao cúmulo de dizer que o Ministério da Educação deveria “disciplinar” o exercício de tal direito, distribuindo informativos nas escolas públicas ensinando às crianças as maneiras mais seguras de furtar seus pais.

Presente um enorme imbróglio a ser enfrentado hodiernamente, visto que os defensores da manutenção dos abortos tidos como legal, embasam sua argumentação no direito que a mulher tem em dispor de seu próprio corpo. Aduzem, outrossim, que milhares de abortos clandestinos são realizados rotineiramente, levando risco à vida àquelas mulheres, visto a proibição legal, submetem-se a “curandeiros”, sem técnica alguma, sem um mínimo de higiene, a fim de dar cabo à gravidez. Entretanto, esse argumento foi derrubado pelos países que legalizaram o aborto, pois, fundados nessa mentira, pasmaram-se, pouco depois, quando constataram que as clínicas clandestinas permaneceram, chegando-se à conclusão de que a clandestinidade não é fruto da lei, mas vai muito além, nasce da própria condição psíquica da maioria das gestantes que abortam, pois preferem conservar o anonimato, muito embora a ilegalidade não mais vigore.

Desta forma, nesses países, verificou-se a manutenção dos abortos obscuros, conseqüentemente, todos os seus riscos e, ao lado destes, inferiu-se significativo aumento

do número de abortos, pois, ao manto da lei nada restava a impedir o aborto por impulso, ou qualquer outro motivo de uma simples manifestação de vontade.

Em contra partida, uma outra corrente insiste em caminhar na direção apontada pela nova ordem social estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Neste sentido, imperioso trazer à baila artigo publicado pelo jurista Ives Gandra Martins (disponível em: <http://www.gandramartins.com.br/artigos_detail.asp?ID=122>. Acesso em: 21 jun. 06), em defesa da inviolabilidade do direito à vida, intitulado como “Aborto, uma questão constitucional”:

A Constituição Brasileira proíbe o aborto. O art. 5º claramente cita, entre os cinco direitos mais relevantes, considerados fundamentais, o direito à vida. Se se interpretar que a ordem de sua enunciação pressupõe a sinalização de importância, dos cinco é o mais relevante. Está o artigo 5º assim redigido: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ...”(grifos meus).

O texto é de muito maior clareza que aquele da Constituição pretérita, que garantia apenas os “direitos concernentes à vida”, permitindo interpretações, muitas vezes convenientes, de que direitos que diriam respeito à vida estariam assegurados, mas não necessariamente o próprio direito à vida. Tanto assim é que foi considerado recepcionado o Código Penal de 1940, que admitia, em duas hipóteses, o aborto, e editado um ato institucional, adotando pena de morte – nunca aplicada – para crimes contra as instituições e o Estado.

A atual Constituição, claramente, assegura “o próprio direito à vida”, reiterando, no bojo do artigo 5º, ser vedada a pena de morte no país. Assim, mesmo nos crimes mais hediondos, o criminoso não pode ser punido com a morte.

Por outro lado, o § 2º do art. 5º da Carta da República declara que os tratados internacionais sobre direitos individuais são considerados incorporados ao texto supremo, significando que tais tratados passam a ter “status” de norma constitucional – e não ordinária como ocorre com os demais tratados internacionais. Está assim redigido:

“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Ora, o Brasil assinou o Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional sobre direitos humanos. No referido tratado, há expressa declaração que a vida principia na concepção, o que vale dizer: do ponto de vista estritamente jurídico, o Brasil adotou, ao firmá-lo, que a vida de qualquer ser humano tem origem na concepção. O artigo 4º do referido tratado tem a seguinte dicção:

“Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”.

Desta forma, duplamente, o legislador supremo assegurou o direito à vida (art. 5º, “caput” e § 2º) e definiu que a vida existe desde a concepção. Tanto o § 2º quanto o “caput” do art. 5º, por outro lado, são cláusulas pétreas e não podem ser modificados nem por emenda constitucional, como declara o § 4º inciso IV do art. 60 da lei suprema, assim redigido:

“§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

...

IV. os direitos e garantias individuais”.

Como se percebe, do ponto de vista estritamente constitucional, a vida começa na concepção e assim é garantida por tratado internacional e pelo texto maior, não havendo, pois, como admitir a possibilidade de legislação válida sobre o aborto, no direito brasileiro. A tese de que a vida humana começaria no 3º mês de gestação, sendo, antes, uma vida animal, não resiste, pois, à lei suprema, como entendo também não resistir às leis biológicas.

Jerome Lejeune, membro da Academia Francesa e que ofertou notável contribuição na detecção da síndrome de Down, certa vez foi perguntado, em programa de televisão inglesa se considerava correta a lei daquele país que permitia o aborto até o 3º mês de gestação, pois o feto ainda não era um ser humano. Respondeu, o famoso médico, que aquilo era um problema dos ingleses. Se eles entendiam que a rainha da Inglaterra fora um animal irracional durante três meses e somente após 90 dias teria adquirido a conformação de ser humano, preferia não interferir, por uma questão de diplomacia, nas convicções do povo inglês. Ele pessoalmente, entretanto, estava convencido de que sempre fora um ser humano, desde a concepção.

A verdade é que, do ponto de vista biológico, todos nós temos, desde a concepção, todas as características que ostentaremos até a morte e, no plano jurídico, a vida é protegida desde a concepção pela Carta Magna brasileira.

Por tais motivos, qualquer lei ordinária que venha legislar sobre o aborto pretendendo torná-lo admissível no Brasil será manifestamente inconstitucional, podendo ser objeto de ação de controle concentrado de constitucionalidade junto à Suprema Corte, passível de ser proposta por quaisquer das entidades legitimadas no art. 103 da lei maior brasileira – controle este, entretanto, segundo a jurisprudência do Pretório Excelso, impossível de ser exercido sobre o artigo 128 do Código Penal de 1940, pois sendo lei anterior à Constituição de 1988 e incompatível com ela, encontra-se, nesse aspecto, revogado.

Como se não bastasse, o ser humano, fruto de um estupro, não pode ser exterminado simplesmente por não ser desejado. Ele é um ser puro, totalmente inocente. Tem os seus próprios direitos inalienáveis, diferentes da mãe. A mãe não tem o direito de decidir se ele deve ou não deve continuar existindo. Se ninguém seria capaz de matar uma criança depois de nascida, porque veio à existência como consequência de um estupro, também não se poderia suprimir a vida do nascituro no mesmo caso, porque – voltamos a repetir – a diferença entre um estado e outro, é puramente acidental.

Nessa esteira, os deputados Luiz Bassuma e Ângela Guadagnin, elaboraram um projeto de lei (nº 5364/2005) que visa eliminar de vez qualquer dúvida acerca da temática, punindo o aborto realizado no caso de gravidez resultante de estupro, revogando o inciso II, do artigo 128, do Código Penal. Em sua justificação afirmam que “o chamado aborto sentimental ou humanitário, ou aborto realizado por médico no caso de gravidez resultante de estupro, é na verdade uma violência contra o feto e deve ser punível. A excludente de antijuridicidade constante do inciso II do art. 128, portanto, precisa ser definitivamente retirada do nosso ordenamento jurídico. O Estado tem o dever de responsabilizar-se por prestar atendimento psicológico à gestante, para ajudá-la a suportar o fardo de carregar em

seu ventre o filho de seu esturador. Outro não é o entendimento da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS (Lei n. 8.742/93), que em seu art. 2º dispõe que “a assistência social tem por objetivos a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice”; bem como “o amparo às crianças e adolescentes carentes”. (disponível em http://www.angelaguadagnin.net/pdf/2006/n1029_Separatafinal.pdf - acesso em 21 jul. 2006).

Uma pesquisa da Sensus realizada em abril de 2005 (disponível em: <<http://www.sensus.com.br/doc/PN19042005.doc>>. Acesso em: 21 jun. 2006) a pedido da Confederação Nacional de Transportes (CNT) revelou que 85% dos brasileiros são contrários à prática do aborto. Mesmo em caso de violência sexual, 49,5% são contrários, enquanto 43,5% são favoráveis e 7% não responderam. Provando que a prática do aborto não é aceita pela maioria dos brasileiros, desta forma, sua legalização atenderá apenas os interesses algozes daqueles que se beneficiariam financeiramente com sua prática.

Neste diapasão, temos a outra modalidade de aborto legal, qual seja, o aborto necessário ou terapêutico, praticado quando a vida da mãe corre perigo. Com o avanço da Medicina, está se tornando cada vez mais raro sua verificação. É difícil vislumbrar uma hipótese em que a morte do bebê, por si só, “cause” a salvação da vida da gestante. É difícil pensar que ela seja um “meio” utilizado para curá-la. De fato, a morte do nascituro não traz benefício algum para a gestante. Convém citar esta frase lapidar da Academia de Medicina do Paraguai (1996):

Ante patologías de la madre o del feto que surjan durante el embarazo, la medicina moderna, utilizando la tecnología disponible en reproducción humana, cuenta con los medios para conservar la vida materna, el fruto de la concepción y combatir consecuentemente la mortalidad perinatal. En casos extremos, el aborto es un agravante y no una solución al problema.⁶

Sobre este assunto, convém citar a aula inaugural “*Por que ainda o aborto terapêutico?*” Do médico legal João Batista de Oliveira Costa Júnior para os alunos dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965:

⁶ Ante as patologias da mãe ou do feto que surgem durante a gravidez, a medicina moderna, usando a tecnologia disponível na reprodução humana, conta com os meios para conservar a vida materna, o fruto da concepção e lutar conseqüentemente a mortalidade perinatal. Em casos extremos, o aborto é um agravante e não uma solução ao problema.

Limitar-me-ei, nestas considerações, apenas ao chamado aborto terapêutico, que, na prática, pode confundir-se com o aborto necessário, porque o tempo não me permitiria tratar de todas as outras espécies conhecidas. [...]

Digo, inicialmente, que se me fosse permitido, chamá-lo-ia de aborto desnecessário ou, então, de aborto anti-terapêutico. [...]

Ante os processos atuais da terapêutica e da assistência pré-natal, o aborto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo, então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica, estou certo, não o é presentemente. Demonstrem, pois, os legisladores coragem suficiente para fundamentar seus verdadeiros motivos, e não envolvam a Medicina no protecionismo ao crime desejado. Digam, sem subterfúgios, o que os soviéticos, os suecos, os dinamarqueses e outros já disseram. Assumam integralmente a responsabilidade de seus atos. [...]

... o aborto terapêutico não é o único meio para preservar a vida da gestante, sendo mesmo mais perigoso do que o prosseguimento da gravidez, razão pela qual não poderia, também, o anteprojeto ser aplicado quando fala em um "mal consideravelmente inferior ao mal evitado". [...]

Por quê, então, o aborto terapêutico?

Por tudo isso que acabo de dizer, considero a prática abortiva, mesmo no chamado aborto terapêutico, um crime de lesa pátria e de lesa humanidade.

A irritação de Costa Júnior deve-se ao fato de o Código Penal isentar de pena o médico que pratica o aborto “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (art. 128 – I). Outro motivo é que, na época, o anteprojeto de reforma do Código, chefiado por Nélon Hungria, pretendia conservar tal cláusula.

Da forma como foi redigido o dispositivo penal, no código vigente e, por sinal, como também consta no anteprojeto, tenho para mim que, se honestidade houvesse na sua observância, teria sido uma norma inteiramente inócua, porque nunca ocorreria tal espécie de aborto; mas o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro aborto criminoso.

A acusação é gravíssima. Segundo Costa Júnior, jamais ocorrerá à hipótese em que o aborto é necessário para salvar a vida da gestante. A finalidade de se manter a impunidade em tal caso é, para ele, única e exclusivamente, ocultar os verdadeiros e inconfessáveis motivos do aborto.

Nos possíveis e vasqueiros casos, em que este fato é verificado, o médico buscará preservar ambas as vidas e se uma vier a se perder, estaremos diante de uma situação prevista na legislação, que é o estado de necessidade (art. 24 CP), um direito natural. Situação em que o médico não será culpado pela morte de uma das vítimas.

De outra banda, deparamo-nos com o aborto indireto, que é lícito. Toda vez que o tratamento ou intervenção cirúrgica não tem a finalidade de exterminar o nascituro, conquanto vislumbra-se a ocorrência desse resultado tenebroso. Exemplificando, a gestante vítima de uma enfermidade e lhe é receitado um medicamento para a cura desse mal. No caso desse medicamento manifestar um efeito colateral sobre o embrião e esse vier a falecer, estamos diante de um aborto indireto. Outro: a gestante com um câncer no útero e só a remoção desse órgão poderia salvá-la e, conseqüentemente, o embrião também é retirado e morre. Semelhante gravidez tubária (ocorrida nas trompas de Fallopio). A cirurgia, para extração da trompa, ocasionaria a morte do embrião. Muito embora nos modernos centros já se pode fazer a transferência do embrião, da trompa para o útero, estamos diante de um aborto indireto, em nossa realidade. Não obstante casos heróicos, em que a mãe prefere correr o risco de morrer para salvar a vida de seu filho, não se pode exigir tal sacrifício de ninguém. Porém, resta observar que, nos casos de aborto indireto, a morte do feto não é desejada e, sim, conseqüência de um meio lícito (tratamento) para um fim que resultara numa ação boa - a vida da gestante. É bem diferente do aborto direto, quando a intervenção tem por objetivo eliminar uma vida, ainda que em formação.

A vida da criança é tão sagrada e inviolável como a vida da mãe. A mesma repulsa que nos causa a idéia de matar a mãe como meio de salvar a criança deve-nos causar a idéia de matar a criança como meio de salvar a mãe. O fim não justifica os meios. *Nunca é lícito, nem sequer por razões, gravíssimas, ensinava o Papa Paulo VI, fazer o mal, para que daí provenha o bem* (Encíclica *Humanae Vitae*, nº 14). Este princípio não admite nenhuma exceção. Um fim bom, por mais sublime que seja, não justifica um meio mau. Nem se pode argüir que o bem resultante “compense” o mal praticado, pois nunca temos a permissão de praticar o mal.

Diante da impossibilidade de salvar duas vidas, podemos e devemos salvar uma delas. Diante da cena de duas pessoas se afogando no mar, o salva-vidas deve salvar uma delas, ainda que a outra venha a morrer naturalmente. Neste caso, a morte de uma delas não terá sido provocada pelo nadador. E a salvação da outra terá sido obtida diretamente, e não por meio da morte da primeira. Da mesma forma, o médico, na impossibilidade de salvar mãe e filho, pode e deve salvar um deles, mas nunca por meio da morte do outro. A morte de um dos dois pode ser tolerada como um efeito, mas nunca querida como fim ou como meio, nem provocada diretamente.

4.3 Aspectos Políticos

Ao se falar em aborto o que vem em mente é o assassinato de crianças por nascer, flash's de imagens de bebês abortados cirurgicamente (sucção, curetagem ou ainda dilaceração).

Mas há outras formas de abortos que nunca se ouve falar, são conhecidos como “abortos no silêncio”, isto é, aqueles praticados comumente no início da vida embrionária e que, na maioria das vezes, as mães não sabem que estão abortando. São abortos resultantes de drogas e produtos abortivos, geralmente conhecidos como anticoncepcionais, ou, ainda os “descartes” de embriões excedentes de uma fecundação artificial.

Um ponto que muitas vezes não se toca é saber os aspectos políticos que estão por de trás do aborto. Quem são seus colaboradores, os interesses políticos e mercantis que incentivam sua prática e sua legalização.

Apresentar o que está no cenário da legalização do aborto sem analisar os aspectos jurídicos, o ponto de vista religioso ou mesmo conceitos biológicos relacionados ao início da vida humana.

Para compreendermos a problemática da legalização do aborto se faz necessário examinar a política internacional de controle de população, uma nova forma de colonialismo que os países do norte - países ricos - querem impor aos países do sul - aos países pobres. Passamos a entender o porquê de tanto esforço para legalizar o aborto, a esterilização e outros mecanismos de controle populacional com uma breve análise do documento “Confidencial” produzido pelo Conselho de Segurança dos Estados Unidos, liberado em 1989. Esse documento foi intitulado de “Implicações do Crescimento da População Mundial para a Segurança e os Interesses Externos dos EE. UU”, classificado como NSSM 200, também conhecido por “Relatório Kissinger” por ter sido assinado pelo Sr. Henry Kissinger, quando Secretário de Estado. Esse documento foi enviado a todas as embaixadas norte-americanas do mundo por aquele Secretário de Estado.

Segue alguns trechos desse documento que estabelece estratégias e recomendações para o controle de natalidade:

“A condição e a utilização das mulheres nas sociedades dos países subdesenvolvidos são particularmente importantes na redução do tamanho da família... As pesquisas mostram que a redução da fertilidade está relacionada com o trabalho fora do lar” (NSSM 200, pág. 151).

“Ter com prioridade educar e ensinar sistematicamente a próxima geração a desejar famílias menos numerosas” (pág. 111)

“A AID estimule campanhas específicas a fim de desenvolver meios de educar as crianças de idade escolar primária a abraçar o ideal de família de dois filhos”. (pág. 159).

No que diz respeito ao aborto o documento declara da seguinte forma:

- nenhum país já reduziu o crescimento de sua população sem recorrer ao aborto.
 - As leis de aborto de muitos países não são estritamente cumpridas e alguns abortos por razões médicas são provavelmente tolerados na maioria dos lugares. É sabido que em alguns países com leis bastantes restritivas, pode-se abertamente conseguir aborto de médicos, sem interferência das autoridades.
- (...) Sem dúvida alguma o aborto, legal ou ilegal, tem se tornado o mais amplo método de controle da fertilidade em uso hoje no mundo. (pág. 182/184).

No Brasil, atualmente estão pendentes de votação, no Congresso Nacional brasileiro, vários projetos de lei versando sobre a descriminalização do aborto. Dentre eles encontra-se o polêmico Projeto de Lei 1.135/91, alterado pelo substitutivo apresentado pela deputada Jandira Feghali, tramitando na Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados.

O presente Projeto de Lei pró-aborto, ao contrário do que é divulgado, não autoriza o aborto apenas até a 12ª semana de gestação, mas durante todo o período da gestação. O projeto de lei, através de um artifício jurídico, permite o abortamento até o último momento da gravidez.

Neste momento derradeiro, explica Celso Galli Coimbra, “já com nove meses completos e em processo de parto, o encéfalo (que está sobre a base do crânio) da criança é aspirado e, devido ao fato de que morte também é morte encefálica, a criança em processo de nascimento final terá seu crânio retirado por último de dentro de sua mãe sem o encéfalo e será tida como nascida com morte encefálica. É isso que o projeto abortista de Jandira Fegalhi vai permitir se for aprovado, o que poderá vir a ocorrer se não houver uma reação firme e ativa por parte da população brasileira, informada do que realmente está se

pretendendo isentar de crime no Brasil. Vejam a farsa: um segundo antes será aborto e aborto permitido pelo projeto de lei da dep. Jandira Feghali, um segundo depois seria homicídio doloso qualificado, a mais grave forma de homicídio na legislação penal brasileira.

O artifício jurídico (fraude) que o projeto de lei genocida da dep. Jandira Feghali apresenta é o seguinte: no início de seu texto ele diz que o abortamento é permitido até a 12ª semana, mas no final do seu texto ele revoga totalmente os artigos 124, 126, 127 e 128 do Código Penal que proíbem o aborto. Se este projeto de lei genocida de Jandira Feghali estivesse apenas autorizando o aborto até a 12ª semana, ele apenas MODIFICARIA os artigos 124, 126, 127 e 128 do Código Penal e NUNCA os eliminaria do Código Penal como de fato o faz no final”. (disponível em: <<http://www.orkut.com/CommMsgs.aspx?-cmm=5088660&tid=2455213545053891252>>. Acesso em 06 jul. 2006)

A estratégia abortista no Brasil é esconder a verdade para induzir as pessoas desinformadas a erro. O substitutivo estabelece ainda que, além do Sistema Único de Saúde (SUS), os planos privados de saúde também deverão cobrir o procedimento de interrupção da gravidez.

A proposta de um plebiscito sobre a legalização do aborto foi feita pelo deputado Salvador Zimbaldi (PSB-SP) e recebeu apoio de vários deputados. “Um tema tão polêmico deve ser julgado por um instrumento mais democrático”, concordou o deputado Nazareno Fonteles (PT-PI). Ele defende a realização da consulta no fim de 2007. Parlamentares contrários ao aborto sugeriram ainda que o plebiscito fosse feito antes da discussão do projeto pela comissão. Na avaliação do deputado Mário Heringer (PDT-MG), porém, a realização do plebiscito não inviabiliza a análise da proposta pela Câmara. “É uma situação semelhante à do Estatuto do Desarmamento (Lei 10826/03), cujo artigo sobre a comercialização de armas irá a referendo agora. Não tenho compromisso com o substitutivo da relatora, mas precisamos discuti-lo”, afirmou.

Além do plebiscito, Zimbaldi disse que vai ainda requerer a realização de uma comissão geral no plenário. “Só uma audiência pública é pouco para debater um tema como esse. Uma comissão geral poderá discutir mais amplamente o assunto”, ponderou. (disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=77032>>. Acesso em: 06 jul. 2006).

Outro. Em 27 de setembro de 2005, a secretária especial de políticas para mulheres Nilcéia Freire, apresentou à Câmara dos Deputados a “proposta normativa” que “estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegura a realização do procedimento no âmbito do sistema único de saúde, determina a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde e dá outras providências”.

De acordo com o texto da justificção, “a grande inovação da proposta (...) diz respeito à consagração da interrupção voluntária da gravidez como um direito inalienável de toda mulher, prevista no primeiro artigo da proposição”. Continua dizendo o mesmo texto que o anteprojeto “propõe ampla **descriminalização do procedimento**, com exceção daquele provocado contra a vontade da mulher. Dessa forma, revoga os artigos 124 a 128 do Código Penal, exceto o art. 125...”. (grifamos)

Assim, com anteprojeto ficam revogadas todas as hipóteses de crime de aborto previstas no Código Penal, excetuando-se: quando o aborto é praticado contra a vontade da gestante e quando do aborto resulta lesão corporal ou morte da gestante. Segundo a proposta, o feto deixa de ter qualquer proteção penal (conflitando com todo o ordenamento constitucional, tratados internacionais sobre Direitos Humanos, Código Civil etc.). Considerando como sujeito de direitos apenas a gestante.

O artigo 2º elenca as situações para que o aborto se realize: até doze semanas de gestação, seguida da manifestação de vontade da gestante; até vinte semanas de gestação se a gravidez resultou de crime contra a liberdade sexual; até nove meses, se houver “grave risco à saúde da gestante”; também até nove meses em caso de má-formação fetal. As previsões, portanto, são vastas.

Observa-se, outrossim, que o anteprojeto possibilita inteiramente o aborto no Brasil, pois um aborto realizado no oitavo mês da gravidez, por exemplo, não traria qualquer sanção penal, bastando, para tanto, o consentimento da gestante, assim, nem ela nem o médico responderão criminalmente.

O Governo tem adotado uma postura favorável ao aborto, atendendo os clamores de uma mídia tendenciosa, quando, na verdade, deveria investir numa política de prevenção, pois tudo leva o jovem desorientado à prática de relações sexuais cada vez mais cedo, sem qualquer consciência das conseqüências que esse ato pode lhe causar, como, por exemplo, uma gravidez indesejada, que, num ato de desespero, para evitar a repúdia social, prefere interromper a gravidez. Os próprios Governantes não podem subtrair-se a este

empenhamento, para que o valor da democracia, que afunda as suas raízes nos direitos invioláveis reconhecidos a cada indivíduo humano, seja salvaguardado desde as suas origens.

4.4 Aspectos Religiosos

A importância de se discutir a problemática do aborto sob essa ótica se dá pelo fato de que não é possível separar o Direito da Religião. Pois, aquele não pode se afastar do conceito de bem e mal.

Tendo em vista a gama infindável de posicionamentos religiosos acerca desse tema tão polêmico, analisaremos apenas a opinião formada pela Igreja Católica, pois esta tem mostrado um entendimento mais coerente, sem desvios e tem orientado, ao longo de toda a História, diversas legislações, bem como a maioria das religiões cristãs.

A atitude da Igreja Católica é a de que qualquer ato que busque exterminar a vida do feto é assassinato. Tal conduta receberá penalidades contidas no Código de Direito Canônico (1954), citadas nos cânones 985 (4) e 2350, respectivamente:

“os que cometerem homicídio voluntário ou procurarem o aborto de um feto humano, se se realizou o aborto, e a mulher e todos os cooperadores são irregulares *ex delicto* (inaptos ao sacerdócio).”

“os que procuraram o aborto, inclusive a mãe, incorrem, se o aborto se verifica, em excomunhão *latae sententiae*, reservada ao Bispo da diocese.”

A Igreja Católica firmou posicionamento contrário ao aborto, afirmando ser uma prática evitada de maldade moral, desde o século I. Este ensinamento se mantém inflexível desde então. O Catecismo da Igreja Católica (2000, 591-592), em seus parágrafos 2271//2272 e 2274, afirma que “o aborto direto, ou seja, querido como um fim ou como um meio, é gravemente contrário à lei moral:

Não matarás o embrião por aborto e não farás perecer o recém nascido.

Deus, Senhor da vida, confiou aos homens o nobre encargo de preservar a vida para ser exercido de maneira condigna ao homem. Por isso a vida deve ser protegida com o máximo cuidado desde a concepção. O aborto e o infanticídio são crimes nefandos.

A cooperação formal para um aborto constitui uma falta grave. A Igreja sanciona com uma pena canônica de excomunhão este delito contra a vida humana. ‘Quem provoca aborto seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão *latae sententiae*’ (...) ‘pelo próprio fato de cometer o delito’ e nas condições previstas pelo Direito. Com isso a Igreja não quer restringir o campo da misericórdia. Manifeste, sim, a gravidade do crime cometido, o prejuízo irreparável causado ao inocente morto, a seus pais e a toda a sociedade”. Continua: “visto que deve ser tratado como uma pessoa desde a concepção, o embrião deverá ser defendido em sua integridade, cuidado e curado, na medida do possível, como qualquer outro ser humano”. Desta forma, matar um adulto de 20 (vinte) anos de idade equivale a exterminar a vida de um nascituro, a única diferença é que esse último, em todo o caso, não terá como se defender.

O Concílio Vaticano II, citando a Instrução *Donum vitae* (1988, n1: ASS 80), no seu capítulo primeiro, reafirma a doutrina nele constante no sentido de que a vida, uma vez concebida, deve ser protegida de modo absoluto e com o máximo cuidado. Compara o aborto ao infanticídio dizendo que são delitos abomináveis.

O ser humano deve ser respeitado e tratado como uma pessoa desde a sua concepção e, portanto, desde então se lhe devem reconhecer os direitos da pessoa, dentre os quais, sobretudo o direito inviolável de todo ser humano inocente à vida. Esta doutrina oferece o critério fundamental para a solução dos diversos problemas postos pelo desenvolvimento das ciências biomédicas neste campo: porque deve ser tratado como pessoa, o embrião deverá ser defendido na sua integridade, cuidado e atendido na medida do possível, como qualquer outro ser humano no âmbito da assistência médica.

Vivemos numa era das incoerências, pois vivenciamos um momento histórico em que se defende a ecologia, fala-se dos direitos das classes menos favorecidas e, incoerentemente se busca legalizar o ataque a mais inocente das vidas, a saber, a do nascituro (Projeto de Lei nº 1135/91).

Desde 1980, o conhecido “Projeto Tamar” defende veementemente a vida das tartarugas marinhas. É um esforço louvável em prol da vida. São realizadas a marcação e a biometria das fêmeas, a contagem de ninhos e ovos. A cada temporada, são protegidos

cerca de catorze mil ninhos e 650.000 filhotes. Se alguém destruir algum desses ninhos ou apenas um único ovo de tartaruga, comete crime contra a fauna, espécie de crime contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/93). Essa desproporcionalidade de valores não é discutida pelos defensores do extermínio dos nascituros, sendo que, seguindo a ótica deles, é melhor matar um ser humano no ventre de sua mãe, do que quebrar a casca do ovo de uma tartaruga, pois neste último caso o agressor será rigorosamente punido, enquanto no primeiro receberia a chancela da legalidade.

Ainda hoje, felizmente, encontramos defensores como a de uma instituição fidedigna e experiente, nos seus mais de dois milênios de seguimento à vontade de seu Fundador, que é a Igreja Católica Apostólica Romana, à qual se unem vozes de pessoas e outras instituições ponderadas e capazes para defender a vida nascente.

Insta observar que o Evangelho (ensinamentos de Jesus Cristo na Bíblia Sagrada) é parte das concepções de todo o Universo há mais de 2.000 (dois) mil anos. No Brasil, o cristianismo se mistura a nossa própria história. É inegável que os valores cristãos fazem parte da formação cultural de nossa sociedade. Um Estado laico respeita os valores religiosos de uma sociedade e os considera na formulação de suas decisões. Os Poderes do Estado decidem em nome e para o povo, daí que não podem desprezar ou ignorar esses valores intrínsecos em suas decisões que nortearão toda uma nação.

O Estado Democrático, por certo, deve ser laico, coletivo e livre. Porém, isso jamais poderá implicar ou impor uma indiferença ou desconsideração aos aspectos espirituais ou às convicções das pessoas. O Estado não tem fé, as pessoas sim.

Daí, indaga-se: deve o Estado ignorar a religiosidade de seu povo? Parece-nos que não. Na verdade, deve velar na proteção desse bem jurídico – as crenças religiosas. Afinal, sabemos todos que religiosidade é uma das mais belas manifestações culturais de um povo.

Por derradeira, convém trazer à baila ensinamento do Santo Padre o Papa João Paulo II, em sua Encíclica *Evangelium Vitae* (1995) para as mulheres que já fizeram aborto. Tem as seguintes palavras:

Um pensamento especial quereria reservá-lo para vós, mulheres, que recorrestes ao aborto. A Igreja está a par dos numerosos condicionalismos que poderiam ter influído sobre a vossa decisão, e não duvida que, em muitos casos, se tratou de uma decisão difícil, talvez dramática. Provavelmente a ferida no vosso espírito ainda não está sarada. Na realidade, aquilo que aconteceu, foi e permanece profundamente injusto. Mas não vos deixeis cair no desânimo, nem percais a

esperança. Sabei, antes, compreender o que se verificou e interpretai-o em toda a sua verdade. Se não o fizestes ainda, abri-vos com humildade e confiança ao arrependimento: o Pai de toda a misericórdia espera-vos para vos oferecer o seu perdão e a sua paz no sacramento da Reconciliação. Dar-vos-eis conta de que nada está perdido, e podereis pedir perdão também ao vosso filho que agora vive no Senhor. Ajudadas pelo conselho e pela solidariedade de pessoas amigas e competentes, podereis contar-vos, com o vosso doloroso testemunho, entre os mais eloquentes defensores do direito de todos à vida. Através do vosso compromisso a favor da vida, coroado eventualmente com o nascimento de novos filhos e exercido através do acolhimento e atenção a quem está mais carecido de solidariedade, sereis artífices de um novo modo de olhar a vida do homem (Evangelium Vitae, n. 99).

5 ANENCEFALIA. PRIMAZIA JURÍDICA DO DIREITO À VIDA

Suscitou-se uma temerária discussão acerca do aborto do feto anencéfalo (ocorre quando o cérebro não se desenvolve corretamente ou está ausente), assim, a própria expressão é inadequada, já que não se trata de ausência total do cérebro, mas da falta de desenvolvimento de parte do encéfalo. A terminologia mais adequada seria meroanencefalia, ou anencefalia parcial cuja má formação da calota craniana inviabiliza quase por completo uma vida extra-uterina, pelo fato de que, bebês com essa anomalia não resistem aos primeiros meses da gestação, e aqueles que vencem essa etapa falecem com alguns minutos, horas, dias ou meses de vida.

Para solucionar tal impasse, basta que se recorra à origem da vida, ao momento em que o ser humano passa a ter o mínimo resquício de vida. O ser humano começa com a concepção. Concepção ou fertilização é a união de dois gametas, o óvulo (gameta feminino) e o espermatozóide (gameta masculino), formando-se o zigoto.

Retendo-se isso, pouco importa ser o feto saudável ou portador de patologia congênita, viável extra-uterinamente ou não. O feto é vida, a qual poderá ser longa ou sujeita ao desaparecimento prematuro, até mesmo após o nascimento, dessa forma, a luz do bem jurídico maior que é a vida, permitir o aborto anencéfalo seria desrespeitar a base de todo o ordenamento jurídico nacional.

Neste diapasão, o Comitê Nacional de Bioética italiano, manifestando-se a respeito da avaliação das capacidades do recém-nascido anencéfalo, com mais de vinte laudas e com extensa bibliografia especializada internacional, elaborado por comissão de especialistas e aprovado com unanimidade em 21 de julho 1996, admite que:

A neuroplastividade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfálico, pelo menos nas formas menos graves, certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento de que o anencéfalo, enquanto privado dos hemisférios cerebrais, não está em condições, por definição, de ter consciência e experimentar sofrimentos.

(...)

No caso do recém-nascido anencéfálico a demonstração da morte cerebral apresenta grandes dificuldades ligadas ao conhecimento ainda imperfeito da neurofisiologia neonatal em sentido geral e também à própria condição de malformação do sujeito.

O exame do EEG é impossível pela própria ausência anatômica das estruturas que dão origem aos potenciais elétricos (córtex). Além disto a presença de ondas EEG no recém-nascido e na criança não exclui o diagnóstico de morte cerebral. A medição do fluxo cerebral embora difícil não é significativa por causa das

graves mal formações vasculares cerebrais. Da mesma forma a demonstração de fluxo cerebral não exclui na infância o diagnóstico de morte cerebral.

Os reflexos do tronco são variáveis por causa das malformações a cargo de numerosos nervos cranianos.

O exame clínico que visa verificar o comprometimento do tronco encefálico é, portanto de duvidosa confiabilidade, seja pela dificuldade de evocar os reflexos do tronco, seja de interpretar as respostas obtidas. Junto com isto apareceu um aspecto ainda mais fundamental na fisiopatologia do sistema nervoso central em idade neonatal. Um forte debate está surgindo sobre as potencialidades do encéfalo em idade neonatal. Uma grande capacidade de adaptação, mesmo em condições patológicas graves, é reconhecida nos primeiros dias de vida, nos quais particularmente ativos e válidos parecem os fenômenos de neuroplasticidade. Ampla bibliografia em...

O encéfalo do recém-nascido parece hoje comparável cada vez menos a um cérebro adulto em miniatura, principalmente pelas funções da consciência e do contato com o ambiente, e cada vez mais comparável a um órgão em formação com potencialidades variáveis. A perda ou a falta de uma parte do cérebro durante a fase de desenvolvimento não é comparável à perda da mesma parte depois que o desenvolvimento tenha se acabado completamente.

Essas considerações têm particular relevo na avaliação das capacidades do anencéfalo.

Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencefálico, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencefálico enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos. (Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc48822>>. Acesso em: 09 set. 06)

Sendo assim, não há que se cogitar aborto do feto anencéfalo, pois, primeiramente há vida, e o ordenamento jurídico não autoriza a retirada da vida, e também porque, existe, ainda que mínima, possibilidade de que esse feto possa ter progressos após o nascimento. Pensar diferente seria também concordar com a cruel possibilidade de retirarmos a vida de doentes terminais, portadores de doenças incuráveis, como a AIDS, ou o câncer generalizado, só pelo fato de estarem eles, “próximos do fim”.

Os defensores da interrupção da gestação do feto anencefálico acabam caindo num campo muito perigoso, visto que sacrificam um dos princípios pilares do direito brasileiro, qual seja, o da vida. Bem jurídico este que vem disposto em nossa Magna Carta, sendo a gênese “dos direitos e garantias fundamentais” insculpidos no seu artigo 5º, *caput*.

Na busca incessante de exterminar o feto dotado dessa a anomalia cerebral banham-se no mar de retóricas sofismáticas, tais como: cabe a genitora a escolha entre a vida ou a morte de seu filho; ainda, a inviabilidade da vida extra-uterina, autorizando o abortamento. Em contrapartida, é fato que a vida intra-uterina se faz viável, vez que o normal desenvolvimento do nascituro acontece; mister ressaltar que a formação dos órgãos não se

esbarra na anomalia congênita. Provando com transparência a presença de uma vida, o que está morto não cresce, não se movimenta, não se alimenta, não reage a estímulos nervosos.

Nesse sentido, o Médico ginecologista e obstetra Henrique Oti Shinomata em comento a essa temática, após cassada a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, orienta-nos da seguinte forma:

Como médico obstetra quero parabenizar o STF, gostaria de fazê-lo a cada notável desde o seu Excelentíssimo Presidente Nelson Jobim e o seus pares Eros Grau, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, por tamanha coragem em enfrentar a ignara matilha de bacharéis de direito os ministros Marco Aurélio (relator do caso), Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence (Que decepção).

Cada parte do ser humano é um magnífico sistema onde o homem até hoje não pode reproduzir perfeitamente nem uma simples mão, quiçá um corpo com coração, fígado, intestino, etc... O que se nota nesses comentários favoráveis ao aborto é puro racismo ou remorso de já ter realizado um, tenho pacientes que já na idade madura, ainda choram por terem realizados abortos na mocidade, é triste ver que como a Vida relembra dia e noite essas pessoas que nenhuma justificativa é plausível para ter tratado um ser vivo como um lixo, essas mesmas pessoas se preocupam com a extinção das baleias, plantam uma árvore para a Floresta Amazônica, etc...(...) Nunca viram a crueldade de um aborto: os membros sendo dilacerados pela cureta, os intestinos sendo puxados, o fígado esfarelado, etc...Me orgulho de um Supremo Tribunal Federal que não é pressionado pela modernidade cruel. Parabéns. (Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30333,1>>. Acesso em: 08 set. 2004)

Não estão sendo desumanos aqueles que procuram enaltecer e proteger a vida, mesmo que em todos os seus aspectos. Sendo ela sadia e perfeita, ou enferma e “monstruosa”.

O que há, na verdade, é uma real hipótese de colisão de direitos, e utilizando a chave solucionadora desse impasse, qual seja o princípio jurídico da proporcionalidade, chegaremos a uma conclusão razoável.

Visto que os bens jurídicos em mira, não se coadunam harmoniosamente, portanto, haverá que se sacrificar um deles, na preservação daquele que seja mais razoável.

É sabido que a gestante ao ter a trágica notícia que seu filho nascerá com uma má formação cerebral, sofre um enorme abalo psico-emocional, e muitas, no extremo de sua angústia, decidem, mesmo que clandestinamente, optar pelo aborto. Mas, clarividente, que não cabe a mãe tomar essa decisão acerca da morte ou vida do bebê. Assim, conforme a legislação analisada, é possível concluir que a dor temporal da gestante não é motivação

suficiente para que torne possível a relativização da vida, suprimindo a compreensão do direito à vida. Pois o feto anencefálico, amparado pela Constituição, tem o direito de não morrer, ao menos, por enquanto. Contudo, não existe aborto isento de qualquer nódoa moral. Aborto é, no seu caráter ínsito e como corolário lógico, hediondo, pois unicamente assola, tanto aquele que o pratica como quem é vítima.

Todo o sofrimento que a mãe passa é devido, como se alega, à brevidade da vida extra-uterina do anencéfalo, portanto, sem razão alguma deveria se abreviar ainda mais essa vida, eliminando-a pelo aborto. Jamais podemos admitir que o feto anencéfalo, devido sua malformação, perca a sua dignidade humana. Por isso devem-se tomar todas as medidas preventivas garantidas pela Constituição Federal (conforme artigo 196, *caput*, e artigo 198, II), medidas simples e de baixo custo para os cofres públicos, porém, eficacíssimas, tais como acompanhamento pré-natal adequado e em especial com dose acentuada de ácido fólico, para a genitora, antes e na constância da gestação, o que evitaria um percentual elevado de casos de anencefalia, como também outras doenças semelhantes.

É natural que todo filho seja fruto de uma relação sexual entre duas pessoas que se amam. Nessa linha, a mulher passa todo o período gestacional venerando esse novo ser que habita em seu ventre. Sente todos os efeitos da gravidez, vê seu filho no exame de ultrasonografia, com seus movimentos e batimentos cardíacos. E em meio a todo esse ambiente de amor materno, após, aproximadamente, três meses de gestação, descobre que seu filho está gravemente enfermo, possui uma falha em seu processo de formação, verifica a ausência variável da calota craniana, dos tecidos que a ela se sobrepõem, dos hemisférios cerebrais e cerebelo, ou seja, seu filho é anencefálico.

Em vista disso sofre um grande abalo emocional e, muitas vezes induzida, opta pela prática do aborto. Então aquela criança fruto do amor de um casal passou a ser, de uma hora para outra, um ser abominável, detestável, execrável, esquecendo-se que, na verdade, é um ser humano vivo, pois manifesta atividades vitais como a respiração, batimentos cardíacos, capacidade de movimentação, de responder a estímulos, e, em alguns casos, a possibilidade de alguma forma de consciência e capacidade de sentir dor.

Para uma mãe o aborto de um filho com graves problemas físicos, acrescentará ao sofrimento decorrente da doença, um sofrimento indescritível, que permanecerá em sua consciência pelo resto de sua vida, a dor de haver consentido com o assassinato de seu próprio filho, quando deveria dar-lhe amor, amparo e carinho. Os efeitos psicológicos de

um aborto acarretam conseqüências gravíssimas na personalidade e na afetividade, comprovados por estudiosos pelo mundo afora e designados por síndrome pós-aborto⁷.

Portando, para evitar chegar a esse ponto, ao invés de fazer uma lavagem cerebral na mulher tentando, de todas as formas, mostrar os aspectos positivos de um aborto, se é que isso seja possível, devemos seguir a orientação de Paulo Silveira Martins Leão Júnior (2005, p. 246) de que “a mãe, o pai e a família devem ser apoiados e confortados, primeiramente esclarecendo-se a origem da malformação e que esta, como qualquer outra, não retira a dignidade do anencéfalo e que todo amor e carinho que puderem ser dados para a criança não serão em vão. O depoimento de mães que tiveram filhos anencefálicos é muito importante, pois relatam que é possível alguma forma de interação com a criança e que paz e felicidade são possíveis de serem obtidas com o acolhimento e enfrentamento dessa muito difícil situação. As medidas de prevenção são também indispensáveis, pois caso não se concretizem, são em muito aumentadas, em caso de nova gravidez, as chances de ocorrer novamente malformação grave do feto”. Se se protege o menos que é o sofrimento da mãe que traz consigo uma criança anencéfala, quanto mais a vida expressada como valor supremo pela Constituição Federal.

De se levar a gestação do anencéfalo até o seu termo natural, seja pelo aborto espontâneo ou seu nascimento, surge nova questão: a possibilidade de doação dos seus órgãos. A Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 (Lei de Transplante de Órgãos), dispõe

⁷ Vide “O que é Síndrome Pós Aborto?”, de WANDA FRANZ, Ph.D (Professora Associada de Recursos Familiares Universidade de West Virginia Morgantown, WV 26505 U.S.A.), traduzido do National Right To Life News 14 (1):1-9, 1987 - WHAT IS POST-ABORTION SYNDROME? - por Herbert Praxedes (Professor Titular do Departamento de Medicina Clínica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense – UFF. Muito interessante, a referência, em Parecer da Dra. Marli Virgínia Gomes Macedo Lins e Nóbrega, Ginecologista e Obstetra, sobre abortamento de anencéfalos, a estudo realizado na Finlândia, com mulheres entre 15 e 49 anos de idade, no período compreendido entre os anos de 1987 a 2000, publicado no dia 10 de março de 2004, no jornal americano de Ginecologia e Obstetrícia, onde ficou constatado “que as mulheres tem 2,95 mais chance de morrer de aborto do que de um parto” e que “a pratica de qualquer abortamento aumenta significativamente o risco de mortalidade para a mulher mesmo em países desenvolvidos e onde essa prática é legalizada.” No dia 15 de junho de 2005m promovida pela Associação das Mulheres em Ação, foi realizada em Lisboa, Portugal, a conferencia “ A Realidade Ibérica da Saúde Sexual e Reprodutiva”, na qual foi um dos oradores o professor catedrático e psiquiatra espanhol Aquilino Lorente, que afirmou: “As conseqüências de um aborto para a mulher são muitíssimo graves, elas passam a sofrer de stress crônico, a taxa de suicídio aumenta e as depressões não respondem aos fármacos”. O psiquiatra Pedro Afonso, do Hospital Júlio de Matos, contou um pouco da sua experiência como médico e como voluntário no centro de apoio de mulheres grávidas e mães de risco de Santa Isabel, na capital portuguesa: “Um aborto acarreta sempre muitos riscos físicos e psíquicos para as mulheres. “ Também se manifestou, a espanhola Esperanza Moreno, de 38 anos, que colaborou no primeiro livro editado na Espanha com testemunhos de mulheres que abortaram e disse: “Abortei há 11 anos, era solteira e já tinha um filho. Foi a pior experiência de minha vida, ainda hoje sofro do síndrome pós aborto... As clinicas parecem matadouros e nós cordeiros. Estamos sozinhas, angustiadas, envergonhadas, sentimos culpa e nunca mais esquecemos a experiência”. Fonte: Portugal Diário, 15 jun. 2005.

sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante prevê, em seu artigo 3º que “retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. Desta forma, fica evidenciada, sem sombras de dúvidas, quando o ser humano pode ser considerado falecido.

Cumpra especificar quando se dá a morte encefálica. O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n.º 1.480 de 08/08/1997, fixou parâmetros para caracterizar da “morte encefálica”. De acordo com a Resolução, em seu segundo “considerando”, “a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte”. No último dos “considerando” aduz que “ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros”. O artigo 3º dessa afirma categoricamente que “a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida”.

Partindo-se do pressuposto que são legítimos os critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina para estabelecer a morte encefálica, muito embora críticas discorrendo que só foi estabelecida a morte encefálica para justificar a extração precoce de órgãos vitais para fins de transplante, evidente que não se pode chegar ao ponto de afirmar que o anencéfalo é um ente humano “morto” pelo fato de não emitir ondas cerebrais. Entrementes, a Resolução aponta uma “parada total e irreversível das funções encefálicas”. Desta forma, conclui-se, por óbvio, que só pode parar aquilo que está animado. Só pode vir a morrer aquilo que um dia esteve vivo.

Assim, o Conselho Federal de Medicina não se refere à ausência de funções encefálicas, mas à sua perda, à sua parada. Desta feita, é pré-requisito à morte que o ser humano tenha estado anteriormente vivo. Conforme se depreende da Lei de Transplantes só poderia haver a extração dos órgãos para transplante com a constatação da morte encefálica (consiste na cessação total e definitiva de todo encéfalo, e não somente do cérebro. Como é cediço, o encéfalo é fracionado em três partes: cérebro, cerebelo e o tronco encefálico, portanto a cessação total e definitiva não consiste apenas no cérebro, mas sim, em todo o encéfalo, para assim constatar a morte encefálica. Pelo fato do feto anencefálico possuir o tronco encefálico ele pode desenvolver-se e crescer no ventre materno, apesar de não possuir boa parte do cérebro. O tronco encefálico é responsável por

certos sistemas vitais, tal como os batimentos cardíacos. Portanto não está correto em dizer que o feto anencéfalo esteja morto, visto que há atividade sistema nervoso central). E em nenhum momento a referida lei fala em morte cerebral, o que levaria o intérprete a conclusão de que a simples parada do funcionamento cerebral seria um sinal convincente para a morte.

A Resolução 1.752/2004 do Conselho Federal de Medicina afirma que o anencéfalo é um natimorto cerebral, isto quer dizer, um feto viável que foi expulso morto do ventre materno, um nascido morto. Conforme visto a pouco, a morte não pode ser certificada apenas com a ausência do cérebro, mas sim, a ausência ou parada de todo o encéfalo (inclusive o tronco encefálico). Portanto não há falar em natimorto pelo fato de o anencéfalo não possuir os hemisférios cerebrais, desta forma, o anencéfalo é um ser humano vivo. Não sendo possível a retirada de seus órgãos enquanto esse estado perdurar. Destarte, a doação de órgãos de crianças anencefálicas recém nascidas, não pode fugir do padrão e regras utilizadas para a doação de órgãos em geral.

Imprescindível trazer à baila breve trecho do parecer apresentado pelo Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, José Néri da Silveira (2005, p. 79/80), contrário à interrupção da gravidez dos fetos anencefálicos, afirma que “examinando a possibilidade de doação de órgãos do recém-nascido anencefálico, o documento em análise, - após anotar que ‘a retirada dos órgãos complexos (fígado, rim e principalmente o coração) deva ser realizada em condições de relativa compensação hemodinâmica, ou seja, num momento em que o coração ainda pulsa de maneira válida e em grau de assegurar aos órgãos interessados uma perfusão suficiente’, - enfrenta o problema concernente à morte cerebral, eis que as legislações respeitam em geral ‘o princípio da necessidade da completa e definitiva suspensão das funções de todo o encéfalo’(...)

Do que ficou esclarecido nos itens anteriores, à vista de pronunciamentos de natureza científica, quanto às partes do sistema nervoso de que portador o anencéfalo, bem assim do funcionamento dos órgãos e dos sistemas vitais de circulação e respiração, não há como afirmar que se trata, aí, de ser morto, quer no ventre materno, quer na vida extra-uterina. Ao contrário, na primeira situação, cuida-se de *conceptus sed non natus*, que se desenvolve na fase intra-uterina, podendo alcançar a maturação e ter nascimento com vida. O feto anencefálico é ser humano vivente e, assim, porque portador da vida e da dignidade de ser humano, possui a proteção da Constituição, das leis civis e penais. A grave

deficiência no nível encefálico superior ou cortical de seu sistema nervoso, na expressão de Arthur Guyton, surgida no curso do desenvolvimento fetal, não lhe altera, à evidência, a natureza de ser humano, presente desde sua concepção, a qual o acompanha até a morte. Também, sequer, à luz da ciência, consoante se anotou acima, caberia ver morte encefálica no ser humano com anencefalia. Há unidades de níveis medular e encefálico inferior do sistema nervoso desses seres humanos, cujo funcionamento basta, por si só, a afastar a caracterização de suspensão definitiva de todas as funções do encéfalo. A morte encefálica não se dá apenas com a ausência ou suspensão definitiva das atividades do sistema nervoso de nível superior ou cortical, mas de ‘todas as funções do encéfalo’.”

Se mesmo assim o médico, seguindo a resolução do Conselho Federal de Medicina, resolver retirar órgãos vitais de um bebê recém nascido anencéfalo para fins de transplantes, mesmo com a anuência dos pais, incorrerá no crime de homicídio. Nesse sentido é o que estabelece a Lei de Transplantes impondo sanções a quem realizar a remoção de órgãos em sua discordância, na forma que segue:

Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei:

(...)

§ 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte:

Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

A ninguém é concedido o direito de tirar a vida do outro a pretexto de expulsar seu próprio sofrimento. O ser humano em gestação, mesmo quando padeça de anencefalia, é uma pessoa distinta da mãe, com uma vida e dignidade a serem também protegidas e respeitadas. De outra banda, encontramos várias mulheres que tiveram uma experiência humana extremamente gratificante levando a termo a gestação de uma criança anencéfala. Finalmente, não se pode dizer que antecipar a morte do próprio filho seja um alento para a mãe que sofre justamente por gestar uma criança que conta com poucos dias de vida.

É bem verdade que grande parte das crianças anencéfalas têm pouco tempo de vida, podendo vir a falecer dentro de alguns dias ou horas depois de nascida ou viver meses e poucos anos. Mas isto não serve para fundamentar a abreviação de sua vida. A vida deve ser respeitada por seu valor intrínseco, e não pela sua expectativa de duração. Pensar o contrário seria abrir precedente robusto para a eutanásia e para o extermínio de todos

aqueles que se imagina ter menos tempo de vida pela frente, como é o caso dos idosos e dos doentes incuráveis.

5.1 Estudo Jurisprudencial

Atualmente, segundo estudos de Débora Diniz⁸, deparamo-nos com mais de 350 alvarás judiciais autorizando a prática da interrupção seletiva da gravidez (ISG), dada pela anomalia física apresentado pelo feto.

Na tentativa de se alcançar uma solução a essa celeuma instalada, em 18 de junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), ingressou com uma ADPF nº54, buscando obter entendimento da Corte Suprema para o caso. Foi requerido a interpretação conforme preceitos constitucionais dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal, com eficácia para todos os casos e efeito vinculante, ou pelo recebimento da ADPF como ação direta de inconstitucionalidade (ADIn).

À época, o Ministro Marco Aurélio, numa decisão monocrática e em caráter liminar, concedeu autorização para que houvesse a interrupção da gravidez, constata a anomalia através de laudo médico.

Tal decisão tem como principais argumentos constitucionais os seguintes:

1. viola a dignidade da pessoa humana submeter a gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar a termo uma gravidez inviável, que afeta sua integridade física e psicológica (CF, art. 1º, IV),

2. viola o direito de liberdade da gestante – “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” – aplicar a ela a vedação do Código Penal relativa ao aborto, quando de aborto não se tratava, à vista da falta de potencialidade de vida do feto (CF, art. 5º, II).

⁸ Débora Diniz - Doutoranda em Antropologia Social pela Universidade de Brasília - UnB e Pesquisadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília – Aborto seletivo no Brasil e os Alvarás judiciais - disponível em: <<http://www.portalmédico.org.br/revista/bio1v5/abortsele.html>>. Acesso em 16 jul. 2006.

3. viola o direito à saúde da gestante obrigá-la a levar a termo uma gravidez inviável, quando há procedimento médico adequado para minimizar seu sofrimento físico e psicológico, sendo certo que em relação ao feto nada se pode fazer (CF, arts. 6º e 196). (Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29128,1>>. Acesso em: 03 set. 2005).

Posteriormente, supramencionada decisão de tão relevante que era, foi derrubada pelo Pleno do STF, por 7 votos contra 4. Conforme segue:

"Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, resolveu questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República, no sentido de assentar a adequação da argüição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, na qual se pretende obter posicionamento do STF sobre o aborto de feto anencéfalo (...). Ressaltou-se, também, o que consignado na ADPF 33 MC/PA (DJU de 6.8.2004), por seu relator, Min. Gilmar Mendes, quanto ao caráter acentuadamente objetivo da ADPF e a necessidade de o juízo da subsidiariedade ter em vista os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional — a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. Assim, incabíveis estas, como no caso de controle de legitimidade do direito pré-constitucional, possível a utilização daquela. Em acréscimo aos fundamentos do relator, o Min. Carlos Britto asseverou que há possibilidade do emprego da interpretação conforme à Constituição, tendo em conta a pluralidade de entendimentos quanto ao conteúdo e alcance dos citados artigos do CP, bem com o a diversidade de decisões dela resultantes. O Min. Gilmar Mendes retomou fundamentos por ele adotados na citada ADPF 33 MC/PA. O Min. Sepúlveda Pertence, também acompanhando o voto do relator, mas, ressaltando a tese de que só o cabimento de um processo objetivo outro obstará a utilização da ADPF, entendeu ser patente a relevância da controvérsia constitucional e que apenas uma medida extrema, como a utilizada, com efeitos *erga omnes* e eficácia vinculante, seria capaz de reparar a lesão ocorrida ou obviar a ameaça identificada. Refutou, ainda, o fundamento de que a ADPF se reduziria a requerer que fizesse incluir uma 3ª alínea no art. 128 do CP, por considerar que a pretensão formulada é no sentido de se declarar, em homenagem aos princípios constitucionais aventados, não a exclusão de punibilidade, mas a atipicidade do fato. Por sua vez, o Min. Nelson Jobim, Presidente, ressaltou que o art. 128 e seus incisos pressupõe em sempre que há vida possível do feto, e que essa potencialidade de vida nos conduz a examinar o art. 124 para discutir se, sob sua égide, se inclui um tipo de feto que não tenha essa possibilidade, a fim de verificar se essa interpretação é ou não compatível com o caput do art. 5º da CF, que se refere à inviolabilidade do direito à vida. Concluiu estar tanto aí quanto na insegurança jurídica das decisões contraditórias a controvérsia constitucional posta. Vencidos os Ministros Eros Grau, Cezar Pelus o e Ellen Gracie que não conheciam da ação por considerar, em síntese, que o pedido de interpretação conforme dos artigos implicaria ofensa ao princípio da reserva legal, criando mais uma hipótese de excludente de punibilidade. Vencido, da mesma forma, o Min. Carlos Velloso que julgava incabível a argüição, em razão de a pretensão da argüente equivaler, em última análise, a uma declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, de disposições legais pré-constitucionais. Determinou-s e, por fim, o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do art. 6º, § 1º da Lei 9.882/99." (ADPF 54-QO, Rel. Min. Marco Aurélio, Informativo 385) (Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/legislacao/constituicao/pesquisa/artigo.asp#ctx1>>. Acesso em: 08 set. 2004)

A apreciação quanto ao mérito dessa questão ainda está por acontecer, para tanto, basta designar data para a audiência pública com o fim de serem ouvidas as entidades convocadas que logo em seguida teremos conhecimento se será decretada a atipicidade do aborto ou sua não punibilidade.

Enquanto o Supremo Tribunal Federal não julga o mérito dessa questão alguns juízos de instâncias inferiores da Justiça vão permitindo que as gestantes interrompam a gravidez quando se deparam com esses casos.

Nesse interstício, a Justiça do Rio de Janeiro, Rondônia, Rio Grande do Sul, Minas Gerais, Santa Catarina dentre outras autorizaram o aborto de fetos anencefalos. Conforme se depreende:

RIO DE JANEIRO

MANDADO DE SEGURANÇA. ANENCEFALIA. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO PARA QUE A REQUERENTE SEJA SUBMETIDA À CIRURGIA. PRESENÇA DO “FUMUS BONI IURIS” E DO PERICULUM IN MORA”.

Se, os laudos médicos acusam a presença de feto anencefalo, através de realização de exames de ultra-sonografia realizados em 21.03.2003, e em 25.03 do mesmo ano, demonstrando que a anencefalia é um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural, levando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana, de etiologia multi fatorial, é uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando a óbito intra-útero ou no período neonatal precoce e a gestação é freqüentemente complicada por polidramnia a qual se ocorre no último trimestre poderá acarretar graves conseqüências para a saúde da gestante, justificada a necessidade de realização de cirurgia para remoção do feto anencefalico, conduta atípica por não atingir nenhum bem jurídico penalmente tutelado, presentes o “fumus boni iuris” e o “periculum in mora”, concede-se a segurança. (TJRJ, 8ª Câmara Criminal, processo nº 2003.004.00030, rel. Dês. Maria Raimunda T. Azevedo, votação unânime, julgado em 26/06/2003.

RONDÔNIA

01.000244-8 Apelação Criminal Origem : 501200.10102-1 Porto Velho/RO (1ª Vara do Tribunal do Júri)

Apelante : Ministério Público do Estado de Rondônia

Apelados : Rosângela Cardoso da Silva e Rubem Gonçalves de Barros

Advogados: Simone de Melo (OAB/RO 1.322) e Geórgida Fabiana Moreira de Alencar Costa (OAB/RO 910)

Relatora : Juíza Ivanira Feitosa Borges

Revisor : Desembargador Valter de Oliveira

EMENTA

Recurso de apelação. Pedido de autorização para ABORTO. Concessão. Reforma da decisão. Inviabilidade. Perda do objeto. Tratando-se de autorização judicial para interrupção de gravidez em razão de anomalia fetal (anencefalia) constada por exames médicos, resulta em perda do objeto o recurso que pretende a reforma da sentença, uma vez constatada o óbito do nascituro durante o processamento do presente recurso.

RIO GRANDE DO SUL

EMENTA: ABORTO. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DE GESTAÇÃO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO PELO JUIZ CRIMINAL, EM PRIMEIRO GRAU. INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO CRIMINAL E, CONCOMITANTE, DE AGRAVO DE INSTRUMENTO, VISANDO A OBTENÇÃO DA MEDIDA ANTES DO JULGAMENTO DA APELAÇÃO, DEFERIDA PELO RELATOR E CONFIRMADA PELA CÂMARA. O processo não é um fim em si mesmo, é instrumento à realização do direito, aliando-se a situação exposta, que é realmente gravíssima e não pode esperar o procedimento atinente a apelação criminal. Se, do ponto de vista médico, não há outra alternativa, senão a interrupção terapêutica de gestação, cabe ao juiz equacionar diante das circunstâncias únicas do caso e, juridicamente, encontrar solução, tanto para conhecimento do recurso, a falta de recurso adequado, como para seu julgamento, uma e outra vinculadas, no caso concreto, ao valor prevalecente da saúde e da vida da gestante. Estudos médicos, que demonstram a procedência do pedido e enfatizam a existência de sério risco a vida da gestante, além do estado do conceito, cuja saúde não se pode cientificamente estabelecer devido às múltiplas malformações, nem sua vida salvar, lamentavelmente. A existência de perigo atual a saúde da gestante e, para mais disso, de risco iminente a sua vida, em maior ou menor grau, são bastantes em si a caracterização da necessidade do aborto, como único meio seguro para resguardo da pessoa da gestante, caso não haja interrupção natural da gestação. Em medida ou proporção adequada, deve-se exigir a existência de perigo sério a vida da gestante, entretanto, não a ponto de exigir que lhe seja iminente ou quase atual a própria morte, porque já então poderá ser tardia qualquer intervenção médica. Conhecimento e provimento do recurso. (15 fls.) (AGRAVO REGIMENTAL Nº 70002099836, CÂMARA DE FÉRIAS CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. CARLOS CINI MARCHIONATTI, JULGADO EM 09/03/01)

MINAS GERAIS

AUTORIZAÇÃO JUDICIAL – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – CONSTATAÇÃO DE MÁ-FORMAÇÃO CONGÊNITA DO FETO COM PREVISÃO DE ÓBITO INTRA-UTERINO OU NO PERÍODO NEONATAL – ADMISSIBILIDADE DA PRETENSÃO AINDA QUE TAL HIPÓTESE NÃO SE ENCONTRE ENTRE AS CAUSAS AUTORIZADORAS DE ABORTO, PREVISTAS NO ART. 128 DO CP.

Ementa Oficial: Afigura-se admissível a postulação em juízo de pedido pretendendo a interrupção da gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se achar prevista dentre as causas autorizadas do aborto, dispostas no art. 128 do CP, a má-formação congênita exige situação anômala específica à adequação da lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto. (ApCiv 264.255-3 – 3a Câm. – j. 23.09.1998 – rel. Juiz Duarte de Paula – Comarca de Belo Horizonte – RT 762/147)

SANTA CATARINA

ABORTO – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL INSTRUÍDO COM LAUDOS MÉDICO E PSICOLÓGICO – FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA – ADMISSIBILIDADE DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ EIS QUE EVIDENCIADO RISCO À SAÚDE DA GESTANTE, ESPECIALMENTE PSICOLÓGICA.

Ementa Oficial: Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médico e psicológico favoráveis, deliberada com plena

conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez. (ApCrim 98.003566-0 – 2ª Câmara – j. 05.05.1998 – rel. Des. Jorge Mussi – Comarca de Videira – RT 756/652). (disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br>>. Acesso em 17 jul. 2006).

De outra banda, as autorizações para a realização do aborto no caso de anencefalia não tem sido a regra em nossos Tribunais. Levado a apreciação no Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC nº 32.159, a Relatora Min. Laurita Vaz⁹, primeiramente, embasa sua decisão na impossibilidade de se autorizar o aborto, verificada a anencefalia, por se tratar de uma modalidade de aborto que não encontra amparo no rol do artigo 128, do Código Penal. Reconhecendo que o magistrado não pode ser um mero expectador das alterações corriqueiras do dia-a-dia, mas atuar como um efetivo membro da sociedade, capaz de exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, que em todas suas decisões atue com a máxima coerência possível, utilizando-se da hermenêutica para adequá-la à realidade que se encontra. Entretanto, ressalta que há de se impor limites, muitas vezes encontrados na própria Lei, com o fim de se evitar arbitrariedades escabrosas.

É o que se extrai da ementa que segue:

HABEAS CORPUS Nº 32.159 - RJ (2003/0219840-5)

EMENTA

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro. 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal. 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido,

⁹ Inteiro teor do acórdão do HABEAS CORPUS Nº 32.159 está disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisoies/doc.jsp?livre=32.159+&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 17 ago. 2006.

tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal. 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador. 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental. (grifamos)

A Ministra Laurita Vaz ainda cita percuciente parecer do Ministério Público Federal para o caso, que aponta motivos mais que suficientes para se negar esse abominável ato que consiste o aborto, *in verbis*:

“Não é correto, como faz a il. Des. Gizelda Leitão Teixeira, dizer da invocação constitucional “como garantidora do direito à vida, nada mais”. Ora, o direito à vida é tudo, por isso que nada mais se considera quando ele é questionado, caindo, então, no vazio tal questionamento. Não são assim, “velhos e surrados argumentos de defesa pura e simples da vida” como estabeleceu a il. Desembargadora. Qualquer argumento em favor da vida jamais será velho e surrado. O que é preciso compreender-se – e agora sim surge a incidência do princípio da razoabilidade – é que vida intra-uterina existe. É que, mesmo nesse estágio, sentimentos de acolhida, carinho, amor, passam por certo, do pai e da mãe, mormente desta para o feto. Se ele está fisicamente deformado – por mais feio que possa parecer isto jamais impedirá que a acolhida, o carinho, o amor flua à vida, que existe, e enquanto existir possa. Isso, graças a Deus, está além da ciência. Foi isso que gerou a mudança nos planos do casal, para acolher, pelo tempo que possível for, a menina que geraram.”

Sobre a temática de difícil solução e das mais variadas opiniões, imperioso ressaltar importante parecer apresentado pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, José Néri da Silveira (2005, p.91), mostrando-se contrário à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos.

Atendendo pedido feito pela União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro, Néri da Silveira elaborou sua opinião concluindo que “todos enquanto se desenvolvem no útero materno são protegidos, em sua vida e dignidade humana, pela Constituição e leis”. E mais adiante afirma ser “o feto anencefálico é ser humano vivo e em desenvolvimento no útero materno, embora a anomalia que o acomete, tendo a sua vida e a dignidade humana a

proteção da ordem constitucional e legal. A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela malformação encefálica, que atinge parte das funções encefálicas (as de nível superior ou cortical), subsistindo, porém, as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, na nomenclatura do professor Arthur Guyton, com a presença de tronco encefálico e ‘porções variáveis do diencéfalo’, possuindo organismo vivo, dotado de órgãos e sistemas vitais, conforme a ciência o revela, não cabendo ver, nele, destarte, um morto no ventre materno ou sequer um ser com morte cerebral, na existência extra-uterina”.

Assim, ao permitir o aborto em tais casos estaríamos dando um primeiro passo a conquista de condições mais propícias à reprodução e melhoramento genético da espécie humana, onde apenas os escolhidos sobrevivem. O que seria, nada mais nada menos, justificar o que Hitler tentou buscar nas experiências nos campos de concentração nazistas. E isso, num Estado Democrático de Direito, seria um ultraje, uma inversão de valores, pois, ao invés de se efetivar a vida, estaríamos a promover a morte.

Como bem lembra Roberto Martins, citado por Ives Gandra Martins (2005, p. 34), nos Estados Unidos, a Suprema Corte americana, no caso Dred Scott, em 1857, defendeu a escravidão e o direito de matar o escravo negro, à luz dos seguintes argumentos: 1) o negro não é uma pessoa humana e pertence a seu dono; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade perante a lei ao ser liberto, não havendo antes qualquer preocupação com sua vida; 4) quem julgar a escravidão um mal, que não tenha escravos, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros, pois a escravidão é legal; 5) o homem tem o direito de fazer o que quiser com o que lhe pertence, inclusive com seu escravo; 6) a escravidão é melhor do que deixar o negro enfrentar o mundo.

Em 1973, no caso Roe vs. Wae, os argumentos utilizados, naquele país, para hospedar o aborto foram os seguintes: 1) o nascituro não é pessoa e pertence à sua mãe; 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano; 3) só adquire personalidade ao nascer; 4) quem julgar o aborto mau, não o faça, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros; 5) toda mulher tem o direito de fazer o que quiser com o seu corpo; 6) é melhor o aborto, do que deixar uma criança malformada enfrentar a vida.

CONCLUSÕES

Hodiernamente convivemos com uma ideologia individualista e hedonista, tendentes a reduzir o ser humano a objeto de consumo, mormente aqueles que se encontram no início e no final de sua existência, visto sua total vulnerabilidade. Essa tendência atual revela-se muito perigosa, pois se contrapõe a secular tradição da manutenção à dignidade do ser humano consolidada na Constituição Federal e tratados internacionais.

Mas em virtude dessa forte pressão econômica que objetiva relativizar a dignidade do ser humano e o direito à vida, inicia-se uma busca desenfreada de hipóteses de exclusão da pena em caso de aborto provocado. Já se manifestaram favoráveis ao aborto, dentre outras instituições, nos casos de anencefalia fetal, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e o Ministério da Justiça. A primeira instituição defende que a anencefalia é uma espécie de patologia que transforma o feto num ser subumano ou inumano, por isso não se trata de aborto, pois este só acontece para os seres humanos. Já o Ministério da Justiça manifestou-se no sentido de que o projeto de lei apresentado pela Deputada Jandira Feghali, que acrescenta ao artigo 128 do Código Penal o inciso III, que prevê uma nova hipótese de exclusão de antijuridicidade ao crime de aborto. Contudo, ainda reconhecem que o feto anencéfalo é um ser humano, apesar de sua malformação.

Apesar de os argumentos serem diferentes em ambas as instituições defensoras do extermínio dos fetos anencéfalos num ponto elas se tocam. Enfatizam o sofrimento, real, da mãe por estar grávida de um filho com malformação grave e propõem como “solução” a falsa idéia de que a eliminação ou morte desse filho como se ele ainda não existisse, ou pelo fato da inviabilidade da vida extra-uterina. Entretanto, omitem o fato de que, quando o diagnóstico de anencefalia é feito, por volta dos três meses de gravidez, a mãe já tem a certeza da existência de seu filho, até mesmo em razão de sua movimentação.

Todavia não podemos nos esquecer que a vida tem seu início a partir da concepção, e deste momento em diante uma nova vida se apresenta. E como consequência do direito à vida está o direito ao nascimento natural, com ou sem vida. O direito à vida não é apenas uma garantia à vida ou de vida, mas a garantia de ter a expectativa de viver, e, por conseguinte, de nascer.

Assim, conforme se depreende dos ensinamentos de Maria Helena Diniz, a “vida humana é amparada juridicamente desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide”, porque, “se não se pode recusar humanidade ao bárbaro, ao ser humano em coma profundo, como maior razão ao embrião e ao nascituro. A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar”.

Devemos abandonar essa linha utilitarista que se prendem os abortistas, quando se compreende a vida como dotada de valor apenas se puder ser vivida com o mínimo de dor e o máximo de prazer.

eticamente, a anencefalia não pode ser vista como uma injustiça com os pais, uma vez que a ética não alcança a natureza, toda dor advinda dela, entretanto, espera-se de um ser ético que, como tal, enfrente eticamente a situação. Se a natureza foi pesarosa a uma mãe, não é motivo para que seja injusta com sua prole, tirando dela seu bem mais valioso. Mãe e filho são seres diferentes, dotados de iguais direitos e de idêntica dignidade, por mais que seja indesejada a situação do feto. A dignidade humana, inobstante todos os defeitos do feto, permanece inteira na pessoa. O respeito ao processo natural da gestação, no caso, preserva a integridade ética da mulher e disso ela deve ser informada. O extermínio voluntário agride mãe e filho.

Não se evidencia que a proposição de aborto das crianças anencéfalas é de conteúdo eugênico, pois objetiva matar o que padece de malformação grave no útero de sua mãe, ao invés de se investir na prevenção, como determina o Texto Constitucional (art. 198, II).

A defesa da vida e dignidade de cada indivíduo humano guia-nos à construção de uma sociedade mais justa e solidária para todos, que está contido nos objetivos fundamentais de nossa República (art. 3º, IV, da Constituição Federal), socorrendo-se de valores permanentes para a formação e realização individual e social, sem trilhar o caminho trágico da desqualificação e eliminação do mais fraco e indefeso, mas, ao contrário, integrando-a na sociedade e beneficiando-se todos dos esforços realizados para a superação de dificuldades.

BIBLIOGRAFIA

ACADEMIA DE MEDICINA DEL PARAGUAY. Declaración aprobada por el Plenario Académico Extraordinario en su sesión de 4 de Julio de 1996. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/causadup.htm>>. acesso em: 16 abr. 06.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito romano.** Rio de Janeiro: Forense, 7ª ed., 1990.

ARMELIN, Ana Paula. **Aborto eugênico.** Presidente Prudente, 2003. 87 f. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2003

AVILA, Humberto Bergmann. **A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade.** *Revista de direito administrativo.* Rio de Janeiro, 1999, n. 215, p. 175.

BARBOSA, Rui. **Obras completas de Rui Barbosa : trabalhos políticos.** Rio de Janeiro: Ministério da Cultura: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1987. v.16. p. 191.

_____. **Discursos, orações e conferências.** 4. ed. São Paulo: Iracema, 1972. t. 2.

BEAUCHAMP. T.L., CHILDRESS JF. **Principles of Bioemdcial Ethics.** 4ed. New York: Oxford, 1994:260.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 10. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL; Constituição (1988). **Constituição Federal, código civil, código de processo civil : atualizados até 11-01-2005.** 7. ed., rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BICUDO, Hélio. A vida humana tem início quando o espermatozóide adentra o óvulo. **PROVIDAFAMÍLIA,** São Paulo, dez. 1997. Disponível em: <<http://www.rovidafamilia.org.br/doc.php?doc=doc96013>>. Acesso em: 12 jun. 2006.

CARDOZO, Benjamin. 1914. **Dissenting opinion in Schloendorff v. Society of New York Hospital.** 211 N.Y. 125, 105 N.E. 92.

CHARLESWORTH M. **La bioética en una sociedad liberal.** Cambridge: Cambridge, 1996:V,131.

CHAVES, Antônio. **Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade, transplantes.** 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 25.

COIMBRA, C. G. Aborto não é solução! **Orkut,** mar. 2006. Disponível em <<http://www.orkut.com/CommMsgs.aspx?cmm=5088660&tid=2455213545053891252&start=1>>. Acesso em 06 jul. 2006.

COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA. O recém-nascido anencefálico e a doação de órgãos. **Providafamilia,** jul. 96. Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc48822>>. Acesso em: 09 ago. 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamentos dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 1998, p. 60.

CONGREGAÇÃO PARA A DOCTRINA DA FÉ – **Instrução sobre o respeito à vida nascente e a dignidade da procriação Donum Vitae**. (22 de fevereiro de 1987), I, n.1: ASS 80, 1988.

COSTA JÚNIOR, João Batista de. **Por quê, ainda, o aborto terapêutico?** Revista da Faculdade de Direito da USP, São Paulo, volume IX, p. 312-330, 1965.

DE CUPIS, Adriano. **I Diritti della Personalità**. 2ª ed. Milão, Itália: Dott A. Giuffrè Editore, 1982. p. 101 a 110.

DEUTSCH, E. **The Functions of Ethical Committees**. In: GERIN, O. di G., CEDOM, M. Les Comités d'éthique. Paris: Presses Universitaires de France, 1996

DINIZ, Débora. Aborto seletivo no Brasil e os Alvarás judiciais. **Portal Médico**, Brasília/DF. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v5/abortsele.html>> - acesso em 16 jul. 2006.

_____; RIBEIRO, D. C. R. **Aborto por anomalia fetal**. 1ª ed., Brasília: Letras Livres, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p.30.

ENGELHARDT, H.T. **Fundamentos de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1998:17.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Democracia, Constituição e Princípios Constitucionais: Notas de Reflexão no Âmbito de Direito Constitucional Brasileiro**. Disponível em: <<http://calvados.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/1757/1454>> - acesso em: 16 abr. 06.

FERNANDES, P. S. L. **Aborto e infanticídio (doutrina – legislação – jurisprudência e prática)**. 3ª ed., Belo Horizonte/MG: Edições Ciência Jurídica, 1996.

FONTELES, Cláudio. Parecer n.º 3358/CF argüição de descumprimento de preceito fundamental n.º 54-DF. **Consultor Jurídico**, Brasília/DF, ago. 04. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br//static/text/29128,2>>. Acesso em: 03 set. 2005.

FRANÇA, R. Limongi. **Instituições de direito Civil**. 4ª ed, atualizada. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p.47.

GODIM, José Roberto. Princípio do respeito à pessoa ou da Autonomia. **UFGRS**, mar. 04. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/autonomi.htm>>. Acesso em 15 jun. 06.

GUADAGNIN, Ângela. BASSUMA, Luiz. Em defesa da vida!. **ANGELAGUADAGNIN**, Brasília/DF, dez. 04. Disponível em: <http://www.angela-guadagnin.net/pdf/2006/n1029-_Separatafinal.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2006.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Ensaio de Teoria Constitucional**. Fortaleza: UFC, 1989, p. 75.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. **Dicionário Houaiss da língua portuguesa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001-2004.

Implication of Worldwide Population Grow for U.S. Security and Overseas Interests - NSSM 200 – 1974. Classificado como “Confidencial” e desclassificado pela Casa Branca em 1989. Disponível em: <[http://www.acidigital.com/ vida/aborto/ legalizacao.htm](http://www.acidigital.com/vida/aborto/legalizacao.htm)> - acesso em 26 jul. 2006.

JESUS, Damásio E. de. **Código de processo penal anotado**. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Código Penal Anotado**, 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2001.

JORGE, Karen Alessandra Facholi Bachega; AMARAL, José Hamilton do. **Interrupção seletiva da gravidez do feto anencéfalo**. Presidente Prudente, 2001. 55 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001

JOÃO PAULO II (PAPA). **Catecismo da Igreja Católica**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. Encíclica Evangelium vitae. **Vaticano**, Roma-ITA, mar. 95. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/encyclicals/documents/hf_jpii_enc_250-31995_evangelium-vitae_po.html>. Acesso em 12 jul. 2006.

_____. Encíclica Humanae vitae. **Vaticano**, Roma-ITA, mar. 68. Disponível em <http://www.vatican.va/holy_father/paul_vi/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_250719-68_humanae-vitae_po.html>. Acesso em 12 jul. 2006.

KAMII, C. A.; **Criança e o número**. Campinas: Papirus, 1985.

KANT, Immanuel. . **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LENOIR, N. **L'Europe, le droit et la bioéthique**. In: GROS, H. *Espiell Amicorum Liber*, v. 1, Brussels: Bruylant, 1997. p. 641-665.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Aborto, uma questão constitucional. **Gandra-Martins**, dez. 03. Disponível em <http://www.gandramartins.com.br/artigos_detail.asp? ID=122>. Acesso em 21 jun. 2006.

_____; et al. **DIREITO fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MARTINS, Roberto. **Aborto no Direito Comparado , in A Vida dos Direitos Humanos**, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999.

MAURO, Célia Maria Boscoli; MOREIRA, Paula Pontalti Marcondes. **Aborto eugênico**. Presidente Prudente, 2001. 67 p. Monografia (Graduação) - Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, 2001

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **DIREITO internacional dos direitos humanos: estudos em homenagem à Profa. Flávia Piovesan**. Curitiba, PR: Juruá, 2004. 431 p.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**, São Paulo: Malheiros, 2002. In.: BRASIL. STJ. Resp. n. 443.310-RS Primeira Turma. Relator : Min. Luiz Fux DJ 21.10.2003

MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle da constitucionalidade. Aspectos jurídicos políticos**, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 15.

MILANESI, M.L. **O aborto provocado: estudo em mulheres não-solteiras, de 15 a 49 anos, residentes no distrito de São Paulo**. 1ªed., São Paulo: Universidade de São Paulo, 1970.

MILARÉ, Édís e COIMBRA, José de Ávila Aguiar. **Antropocentrismo x ecocentrismo na ciência jurídica**. Revista de Direito Ambiental, ano V, nº 36, outubro-dezembro 2004 – São Paulo: Editora RT (Revista dos Tribunais), 2004, p. 9-42.

Mill, J.S. **On Liberty**. Boston: Collier, 1909:5.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 1ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ORGAZ, Alfredo. **Personas Individuales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1947. p. 135 a 138.

PAGANINE, Joseana. Comissão discutirá proposta de plebiscito sobre aborto. **Câmara**, Brasília, out. 05. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/internet/agencia/materias.asp?pk=77032>>. Acesso em: 06 jul. 06.

PESQUISA CNT – SENSUS. Pesquisa de Opinião Pública Nacional. **SENSUS**, Belo Horizonte/MG, abr. 05. Disponível em <http://www.sensus.com.br/doc/PN19_042005-.doc>. Acesso em 21 jun. 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes; et al. **O DIREITO à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria Geral do Processo**. 4ª ed. Malheiros, São Paulo, 1999, p. 46

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 3.ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SECONDANT, Charles-Louis de, Barão de Montesquieu. **Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1996.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética; I - Fundamentos e Ética Biomédica**, São Paulo, Edições Loyola, 1996, p.342. traduzido por Orlando Soares Moreira do original **Manuale di bioética I. Fondamenti ed ética biomédica, Vita e Pensiero**, 3ªed. Milano: Vita e Pensiero, 1994.

SHINOMATA, Henrique Oti. Audiência pública. **Consultor Jurídico**, out. 04. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30333,1>>. Acesso em 08 set. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2001, p. 200.

SOUZA, Reindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra, Portugal: Coimbra Editora, 1995. p. 203/204.

The Belmont Report: Ethical Guidelines for the Protection of Human Subjects. Washington: DHEW Publications (OS) 78-0012, 1978. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/princip.htm>> - acesso em: 15 jul. 2006.

VAZ, Laurita. HC 032159. **STJ**, Brasília/DF, dez. 03. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/decisooes/doc.jsp?livre=32.159+&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 17 ago. 2006.