

DIREITO À VIDA ENQUANTO DIREITO INDISPONÍVEL: ASPECTOS SOBRE A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO – ELEVADA DIGNIDADE E CARÊNCIA DE TUTELA PENAL

Raimundo Amorim de CASTRO ¹

RESUMO: Este artigo analisa o direito à vida no contexto dos direitos indisponíveis, bem como dos instrumentos jurídicos processuais e seu acesso efetivo, elemento provocador de transformações no Estado Democrático de Direito. Finalmente, aborda aspectos controversos sobre o aborto, bem jurídico de elevada dignidade e carência de tutela penal.

Palavras-Chave: Direito à Vida. Direito Indisponível. Dignidade Humana. Aborto. Tutela Penal.

ABSTRACT: This paper analyzes the right to life in the context of the unavailable rights, as well as the procedural instruments and their effective access, provocative element of transformation in the Democratic State of Law. Finally, it is addressing controversial issues on legal abortion, because it involves high dignity values and lack criminal supervision.

Key-Words: Right to Life; Right Unavailable. Human Dignity. Abortion. Criminal Supervision.

INTRODUÇÃO

O direito à vida situa-se entre os direitos indisponíveis, isto é, aqueles direitos dos quais os titulares não podem abrir mão. No domínio da vida, a questão do aborto é a que mais desperta controvérsias e questionamentos multidisciplinares prós ou contra - quer filosófico, sociológico, religioso e jurídico.

A luta pelo reconhecimento no Estado democrático de direito e o seu respectivo aperfeiçoamento, em sua dimensão ampliada, da própria democracia – concebida como direito, deve ser um elemento substancial provocador de transformação na sociedade através de instrumentos jurídicos processuais, bem como seu acesso efetivo, exigindo-se o cumprimento dos direitos fundamentais e o respeito aos direitos humanos.

Não se pode deixar de reconhecer que fatores sócio-econômico e cultural influenciam muito as mulheres ao decidir abortar. As mulheres pobres geralmente procuram procedimentos clandestinos, com altos riscos à vida e saúde.

¹Doutorando em Direito Público pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP. Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (ITE) – Bauru/SP. Membro do Núcleo de Pesquisa e Integração da ITE. Policial Federal Aposentado.

Já as mulheres de melhor poder aquisitivo procuram clínicas com atendimento médico, com boas condições de higiene e praticam o chamado “turismo abortivo”.

O movimento feminista no Brasil tem elaborado campanhas no sentido de legalização do aborto voluntário na fase inicial da gestação primado pelo direito de autodeterminação da mulher sobre seu próprio corpo.

É possível ponderar bens de igual valor, neste contexto vida *versus* vida?

A vida, um bem jurídico, é colocada no ápice da hierarquia dos valores de elevada dignidade; no caso do aborto tem demonstrado carência de tutela penal. Assim, em decorrência da repulsa que me vem à mente cada vez que me deparo com uma situação de afronta àquilo que o legislador constitucional fez questão de tutelar tendo em vista a dignidade da pessoa humana, faço-me o seguinte questionamento: estaríamos banalizando os direitos indisponíveis?

A vida humana, como todo processo biológico, constitui um fenômeno em contínua evolução. Evolução que sofre importantes saltos qualitativos, que permite diferente valoração jurídica. As condutas de manipulação genética podem e devem ser objeto nos casos mais graves de tutela penal, neste sentido foi editado a Lei nº 8.974/95, que regulamenta os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da CF/88.

É evidente que quando se trata de criminalização de bens jurídicos penais, o Direito Penal tem uma função protetiva de bens jurídicos, não de valores puramente morais, não de particulares concepções de vida, mas dos valores essenciais para uma vida digna na comunidade.

1 Direitos Indisponíveis e de Ordem Pública

O que são direitos indisponíveis? São os direitos originários pertinentes à própria natureza humana. É o embrião dos demais direitos. São os direitos constitucionalmente catalogados dos quais a pessoa não pode abrir mão, como os direitos da personalidade, à vida, à liberdade e à saúde, e à segurança.

Os direitos da personalidade são, ao mesmo tempo, absolutos, extrapatrimoniais ou extrapecuniários, intransmissíveis ou indisponíveis,

impenhoráveis e imprescritíveis, irrenunciáveis, vitalícios e necessários e, finalmente, ilimitados.

Todos esses direitos superiores compõem os direitos humanos e direitos fundamentais que são independentes na configuração paradigmática do Estado Democrático de Direito. Os direitos fundamentais, na qualidade de normas constitucionais, não dependem somente de seu reconhecimento normativo para que sejam eficazes. Para sua plena efetivação, prescindem esses direitos de um real sistema de proteção em que os indivíduos possam dispor de meios pertinentes para assegurá-los, o que implica a prescrição de garantias constitucionais e recursos jurisdicionais adequados.

Os direitos fundamentais e os direitos humanos identificam-se, fundamentalmente, por suas características materiais, na medida em que se expressam como os direitos; isso deriva da relação com a dignidade da pessoa humana e da imprescindibilidade em um sistema democrático.

Para a existência de um sistema democrático efetivo não basta que o Estado catalogue tais direitos em sua Constituição e passe a se autodenominar democrático – todos os estados em regime ditatorial consideram-se democráticos, sem as garantias de tais direitos.

Na perspectiva de que somente podemos vislumbrar esses direitos no plano democrático, entendemos que são pressuposto e consequência da democracia. Sendo assim, esses direitos devem ser compreendidos como fundamento da dignidade da pessoa humana, em um sentido universal, e, de outro modo, como fundamento de uma ordem jurídica justa que propugna pela paz social.

No plano paradigmático do Estado Democrático de Direito, ocorre a reaproximação entre sociedade civil e Estado, que continua sendo constitucional e de direito.

No aperfeiçoamento do Estado democrático de direito e, em sentido mais amplo, da própria democracia – concebida como direito, deve-se provocar a transformação da sociedade através de instrumentos jurídicos processuais bem como seu acesso efetivo, exigindo-se o cumprimento dos direitos fundamentais e o respeito aos direitos humanos.

2 Proteção aos Direitos da Personalidade: Efetividade do Processo e Acesso à Justiça

O desenvolvimento dos direitos da personalidade nos revela que a preocupação de defender a pessoa humana contra as agressões a esses direitos foi raramente apreendida pelo legislador e, quando o foi, isso se deu com muita lentidão. Vimos, ainda, que coube à jurisprudência a tarefa de proteger a intimidade do ser humano, sua imagem, seu nome, seu corpo, proporcionando-lhe meios adequados para a defesa de tais valores personalíssimos, contra a agressão de seus semelhantes. Essa proteção consistia em propiciar à vítima meios de fazer cessar a ameaça ou a lesão, bem como dar-lhe o direito de exigir reparação do prejuízo, caso o ato lesivo já houvesse causado dano, exercida, principalmente, através da ação de responsabilidade (LEITE, 2001, p. 160-161).

A ação processual consiste no exercício do direito público subjetivo de provocar a jurisdição para a resolução do conflito de interesses, qualificado por uma pretensão resistida – conceito carnelluttiano de lide – ou para cancelar direitos que, sem a intervenção do Estado-jurisdição, não podem ser reconhecidos validamente.

A ação processual é imanente ao Estado Democrático de Direito, pois é instrumento garantidor dos direitos constitucionalmente assegurados, e consequência inafastável do monopólio da jurisdição pelo Estado.

O professor Cândido Rangel Dinamarco coloca a questão da instrumentalidade do processo sob duas formas:

[...] o seu endereçamento negativo, ou seja, a função de advertir para as limitações funcionais (das formas, lá, aqui, do próprio sistema processual). O lado negativo da instrumentalidade do processo é já uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é fim em si mesmo e portanto as suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes. O significativo valor metodológico da instrumentalidade, vista como fator limitativo do valor do próprio sistema processual, constitui apenas um dos aspectos ou desdobramentos que ela é capaz de assumir ou proporcionar. O endereçamento positivo do raciocínio instrumental conduz à idéia de efetividade do processo, entendida como a capacidade de exaurir os objetivos que o legitimam no contexto jurídico-social e político. O empenho em operacionalizar o sistema, buscando extrair dele todo o proveito que ele seja pontencialmente apto a proporcionar, sem deixar resíduos de insatisfação por eliminar e sem se satisfazer com soluções que não sejam jurídica e socialmente legítimas, constitui o motivo

central dos estudos mais avançados na ciência processual da atualidade (DINAMARCO, 2000, p. 266-267).

A visão sistêmica do processo, sobretudo pelo aspecto positivo da instrumentalidade, traz à baila uma questão importantíssima para o direito processual moderno, qual seja, a efetividade da prestação jurisdicional ou simplesmente efetividade do processo.

Ainda, segundo Dinamarco, “[...] a efetividade do processo envolve a investigação de outros aspectos fundamentais: a admissão em juízo (acesso à justiça); o modo de ser do processo; a justiça das decisões; e sua efetividade” (DINAMARCO, 2000, p. 271).

O tema do acesso à justiça é um dos mais debatidos entre os processualistas da atualidade. Essa verticalização tem suscitado grandes debates doutrinários. É oportuno citar as palavras de Kazuo Watanabe:

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa (WATANABE, 1988, p. 128).

Seguindo essa linha de raciocínio, Bezerra ensina:

[...] o que é necessário é uma mudança na legislação e na própria postura dos operadores do direito; mudança na postura ética, para se alcançar mudança no aspecto social. O problema do acesso à justiça é efetivamente um problema ético-social, no que diz respeito ao plano da realização dos direitos (BEZERRA, 2008, p. 102).

Isso é conseqüência do modelo militar ditatorial implantado em nosso país, em 1964, de completa exclusão de participação popular. Acostumamo-nos a aguardar sempre as decisões do Estado, vale dizer das elites dominantes. Amargamos com o autoritarismo infiltrado nas malhas dos poderes.

Depois de um século de extensos e profícuos estudos sobre os conceitos e as categorias fundamentais do direito, notadamente do direito processual, os doutos atentaram para um fato muito singelo e muito significativo: a sociedade, como um todo, continuava ansiosa por uma prestação jurisdicional efetiva. Aspirava-se, cada vez mais, por uma tutela que fosse mais pronta e mais consentânea com uma justa e célere realização ou preservação dos direitos subjetivos violados ou ameaçados; por uma justiça que fosse amoldável a todos os tipos de conflito jurídico e que estivesse ao alcance de todas as camadas sociais e todos os titulares de interesses legítimos e relevantes; por

uma justiça, enfim, que assumisse de maneira concreta e satisfatória a função de realmente implementar a vontade da lei material, com menor custo e adequadamente preparados, do ponto de vista técnico, e amplamente confiáveis, do ponto de vista ético. Houve uma mudança de paradigmas: o direito que havia assentado suas bases sob o individualismo liberal e uma justiça individual cede lugar a uma justiça social.

No Brasil, a tutela penal foi a precursora na defesa dos direitos indisponíveis ou da personalidade, punindo, com rigor, os crimes cometidos contra a vida, a integridade física, moral e psíquica.

A cessação da ameaça ou lesão dependia de ordem judicial para que o requerido interrompesse aquele procedimento lesivo. Do mesmo modo, a reparação do dano exigia determinação judicial de caráter condenatório. Conferia-se à vítima, assim, a prerrogativa de reclamar perdas e danos. Aliás, poderia ocorrer a hipótese de cumulação de pedidos, ou seja, de um lado o de que cessasse a violação do direito e, simultaneamente, o de reparação do dano causado até o momento da cessação. Cumpre salientar que, ainda hoje, permite-se que o lesado se socorra de meios judiciais para fazer cessar a ameaça ou lesão, ou, ainda, para buscar o ressarcimento do dano causado.

3 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Esses direitos indisponíveis foram constitucionalmente catalogados pelo legislador constituinte. A Constituição Federal, no artigo 1º, inciso III, coloca a dignidade humana como fundamento da república. Isto significa que o princípio da dignidade humana é aquele princípio informador e conformador de todo o ordenamento jurídico. O cidadão é a razão de ser do Estado brasileiro.

Sobre a dificuldade de uma compreensão jurídico-constitucional a respeito da dignidade da pessoa humana, Ingo Wolfgang Sarlet ensina:

Consoante com o já anunciado, não há como negar – a despeito da evolução ocorrida especialmente no âmbito da Filosofia – que uma conceituação clara do que efetivamente é a dignidade da pessoa humana, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, revela-se no mínimo difícil de ser obtida. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacada na doutrina, decorre certamente (ou menos também) da circunstância de que se cuida

de um conceito de contornos vagos e imprecisos, característica necessariamente polissêmica, bem como por um forte 'apelo emotivo', muito embora tais atributos não possam ser exclusivamente atribuídos à noção de dignidade da pessoa. Uma das principais dificuldades, todavia, – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que as demais normas jusfundamentais não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc), mas sim, de uma qualidade tida para muitos – possivelmente a esmagadora maioria – como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito da proteção da dignidade, pelo menos na sua condição jurídico-normativa (SARLET, 2007, p. 212-213).

Em seguida acrescenta:

Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, algo vivenciado concretamente por cada ser humano, já que não se verifica maior dificuldade em identificar claramente muitas das situações em que é espezinhada e agredida, ainda que não seja possível estabelecer uma pauta exaustiva de violações da dignidade. Além disso, verifica-se que a doutrina e a jurisprudência – notadamente no que diz com a construção de uma noção jurídica de dignidade – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito e concretizar o seu conteúdo, ainda que não possa falar, também aqui, de uma definição cética por parte de alguns no que diz com a própria possibilidade de uma concepção jurídica da dignidade (SARLET, 2007, p. 213-214).

Está, portanto, compreendida como qualidade integrante e, em princípio, irrenunciável da própria condição humana; Ela pode e deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada) já que existe – ou é reconhecida como tal – em cada ser humano como que lhe é inerente.

Na esteira do que dispõe a Declaração Universal da Onu, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido – e a doutrina majoritária conforta esta conclusão – primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa.

Segundo as palavras de Canotilho: “[...] a dignidade da pessoa humana baseia-se no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna da *dignitas-homini* (Pico Della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu projecto espiritual” (CANOTILHO, 1998, p. 219).

4 Direito à Vida

É importante ressaltar que diante do catálogo de direitos indisponíveis constante na constituição, visando contribuir com o debate, a partir da ótica jurídica numa dimensão emancipatória dos direitos humanos, focalizaremos o direito à vida.

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, *caput*, declara que 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.

Os cientistas denominam o genoma de retrato de quem somos, nos colocando em relação direta com o resto da natureza. É a evolução exposta, de forma que todos possam ver, onde não há maiores diferenças entre a espécie humana e o resto da natureza. Nessa medida dir-se-ia que o DNA é a imagem científica do ser humano.

A importância da descoberta do genoma humano reside na possibilidade de se personalizar a medicina, ou seja, realizar tratamentos que se baseiam em conhecimento mais detalhado da fisiologia de cada pessoa, uma vez que o código genético da pessoa determina, em muitos casos, sua reação a um medicamento, inclusive efeitos colaterais (GOMES, 2001, p. 169).

Nesse diapasão, às esperanças de cura insere-se um biopoder sem limites, desenvolvidos a partir de métodos tecnológicos sofisticados de cerceamento da liberdade e aumento da opressão racial e étnica, além do biopoder implícito ao saber manipular a vida via transgenicidade, hibridismo e clonagem.

Diante deste quadro dantesco, a dignidade da pessoa humana assumiria um caráter axiológico indelével. A eugenia negativa visando não só mitigar o defeito genético, mas evitar a sua reprodução. Citar-se-á como exemplo dessa prática o homicídio ou infanticídio de recém-nascidos portadores de defeitos genéticos ou disformes, aborto eugênico, controle de natalidade, impedimento de uniões procriativas de indivíduos com riscos genético.

O patrimônio genético, como sendo a origem e o cerne da própria vida, passou a ter tratamento jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 225, § 1º, inciso II e V, *in verbis*:

Artigo 225 da CF/88: [...].

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público

[...]:

[...]

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e à manipulação de material genético;

[...]

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Nesse sentido, o legislador infraconstitucional preocupado para que esse uso de conhecimentos genéticos não traga prejuízos em vez de progresso, elaborou a Lei nº 8.974/95 que estabelece normas para o uso de técnicas de engenharia genética e liberação no meio ambiente de organismos geneticamente modificados (OGM), além de ter autorizado o Poder Executivo a criar a Comissão Técnica de Biossegurança (CNTbio).

A vida humana, como todo processo biológico, constitui um fenômeno em contínua evolução. Evolução esta que sofre importantes saltos qualitativos, que permite diferente valoração jurídica. As condutas de manipulação genética podem e devem ser objeto, nos casos mais graves, de tutela penal.

A Lei nº 8.974/95, que regulamenta os incisos II e V do § 1º do artigo 225 da Constituição da República, dispõe:

Artigo 1º: Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismo geneticamente modificado (OGM), visando a proteger a vida e a saúde do homem, dos animais e das plantas, bem como o meio ambiente.

No artigo 13 constituem crimes:

I – a manipulação genética de células germinais humanas;

II – a intervenção em material genético humano in vivo, exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se princípios éticos tais como o princípio de autonomia e o princípio de beneficência, e com a aprovação prévia da CTNbio;

Pena: Detenção de três meses a um ano.

O Ministério Público da União e dos Estados tem legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao homem, aos animais, às plantas e ao meio ambiente, em face do descumprimento da mencionada lei, que acrescenta em seu artigo 14: “Sem obstar a aplicação das penas previstas nesta lei, é o autor obrigado, independente da existência de culpa, a

indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade” (CASTRO FILHO, 2001, p. 358).

A re-significação da vida e da morte e a incessante busca de sentido da condição humana tem os seus reflexos nas mais diversas arenas, envolvendo a filosofia, a literatura, a religião, a medicina, a história, a antropologia, dentre tantas outras.

Neste contexto, alguns questionamentos devem ser aventados:

O direito à vida, ou outro direito, compreendido como superior – fundamental e humano –, exige a tutela do Estado. Os direitos fundamentais obrigam os direitos públicos. Mas como ficam as questões que envolvem situações limites, como, por exemplo, a necessidade de se prolongar a vida de um canceroso em fase terminal; reanimar um idoso que já não mais deseja a vida, tratar de um recém-nascido detentor de anomalias incuráveis? Podemos esterilizar ou fazer experiências com débeis mentais? Que dizer de um banco de espermas, cujos doadores são ganhadores de Prêmio Nobel? Temos o direito de criar a vida por outros meios, que não o natural? Até que ponto podemos manipular os genes para determinar a personalidade ou identidade dos indivíduos? Com os avanços biotecnológicos, o direito à vida tem sido objeto de várias indagações interdisciplinares, procurando destacar as relações das várias possibilidades de sua manipulação e as questões de ordem moral, social e jurídica (FABRIZ, 2003, p. 271-272).

A proteção jurídica da vida humana vem propiciando as relações entre o Biodireito e o Direito, inclusive em nível constitucional e da jurisprudência dos Tribunais Constitucionais. A vida é concebida como bem jurídico constitucionalmente protegido, daí as restrições à utilização abusiva de técnicas genéticas. A vida humana, como bem jurídico, é objeto de tutela por parte do direito (BARACHO, 2000, p. 12-13).

Na esteira destes ensinamentos, Fabriz acrescenta:

Se às ciências da vida cabe o livre exercício do especular em torno das várias possibilidades dos elementos que integram a vida, cabe ao Direito proceder ao enquadramento legal, no sentido de se preservar a integridade da vida e da pessoa humana. Nesse enquadramento, os instrumentos jurídicos a serem criados, diante dessas novas demandas, devem buscar inspiração no campo da Ética e, a partir dela, a oferta de um núcleo de preceitos que venha a responsabilizar os possíveis abusos cometidos, principalmente àqueles afetos à vida (FABRIZ, 2003, p. 273).

5 O Direito à Vida *versus* o Aborto

A problemática do aborto têm despertado acirradas polêmicas no mundo todo. A questão relativa ao tratamento jurídico que deve ser conferido ao aborto coloca em campos opostos os defensores do direito à autodeterminação da mulher, à livre escolha e os que defendem o direito à vida do nascituro.

A proposta do movimento feminista está traduzida pela posição assumida pelas Jornadas Brasileiras para o Aborto Legal e Seguro, que defende a legalização da interrupção voluntária da gestação nas primeiras 12 semanas de gestação, com ampliação do prazo para 20 semanas, em caso de gravidez resultante de violência sexual, e, em qualquer momento, nas hipóteses de risco à vida ou grave risco à saúde da gestante ou de grave anomalia fetal incompatível com a vida ou grave risco à saúde da gestante ou de grave anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina.

Daniel Sarmiento ensina:

Ademais, a cristalização de novos valores sociais sobre o papel da mulher no mundo contemporâneo, o reconhecimento da igualdade de gênero e a mudança de paradigma em relação à sexualidade feminina, com a superação da ótica que circunscrevia a legitimidade do seu exercício às finalidades reprodutivas, são componentes essenciais de um novo cenário axiológico, absolutamente diverso daquele em que foi editada a legislação repressiva de cuja revisão ora se cogita. Hoje, não há mais como pensar no tema da interrupção voluntária da gravidez sem levar na devida conta o direito à autonomia reprodutiva da mulher, questão completamente alheia às preocupações da sociedade machista e patriarcal do início da década de 40 do século passado. Parece assente que, embora esta autonomia não seja absoluta, ela não pode ser negligenciada na busca da solução mais justa e adequada para problemática do aborto, seja sob o prisma moral, seja sob a perspectiva estritamente jurídica (SARMENTO, 2007, p. 04-05).

No Brasil, o legislador infraconstitucional prevê nos artigos 124 a 128 do Código Penal de 1940, a criminalização do aborto, nas formas consumadas e tentadas.

A Constituição de 1988 não tratou expressamente do aborto voluntário, seja para autorizá-lo, seja para proibi-lo. Isto não significa, por óbvio, que o tema da interrupção da gravidez seja um “indiferente constitucional”. Muito pelo contrário, a matéria está fortemente impregnada de conteúdo constitucional, na medida em que envolve o manejo de princípios e valores de máxima importância consagrados na nossa Carta Magna (SARMENTO, 2007, p. 23).

Seguindo esta linha de raciocínio, Canotilho e Vital Moreira enfatizam:

Sendo a Constituição a norma fundamental de cada comunidade e impondo, assim, os seus princípios a todo o ordenamento jurídico, refletindo ela as concepções dominantes de uma sociedade, espelhando o que nesta há de mais essencial e de mais consensual, parece-nos estar apta para desempenhar o papel de orientadora do legislador penal na escolha dos fatos a criminalizar. Pelo menos parece-nos fazer sentido perguntar pela existência desta função orientadora por parte da Constituição quanto à tarefa criminalizadora/descriminalizadora, ou seja, quanto à definição dos bens jurídicos-penais (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 1984, p. 163).

Preocupado com este aspecto problemático do conceito de bem jurídico e conseqüentemente, com a insegurança que ainda reina neste domínio, diz-nos Costa Andrade: “Do ponto de vista crítico é forçoso reconhecer que ainda não se conseguiu converter o bem jurídico num princípio operativo suscetível de demarcar com alguma consistência as margens do legitimamente crimínavel” (ANDRADE, 1985, p. 75 e 81).

Num Estado de direito formal, o Direito Penal protegerá penalmente uma liberdade e uma igualdade meramente formais, enquanto que nos Estados de direito material haverá a preocupação em dar um conteúdo material a estes valores. Um Estado de direito material guia-se, nas palavras de Figueiredo Dias, por “[...] considerações axiológicas de justiça na promoção e realização de todas as condições – sociais, culturais e econômicas – de livre desenvolvimento da personalidade de cada homem” (DIAS, 1981, p. 39).

6 Um Caso de Interrupção de Gravidez que Comoveu o Brasil

Diante do passionalismo que a diversidade temática oferece e, para uma melhor compreensão focalizaremos um caso que se tornou público e que foi noticiado por toda imprensa, falada, escrita e televisionada.

A Folha de São Paulo noticiou matéria assinada pelo jornalista Matheus Magenta, datada de 08 de março de 2009, intitulada: **Menina de 09 anos estuprada interrompe gravidez de gêmeos em Recife/PE.**

A menina de nove anos de Alagoinha/PE (a 230 Km do Recife), que estava grávida de gêmeos, realizou o aborto na manhã desta quarta-feira. De acordo com o hospital que realizou o procedimento, o estado de saúde dela é bom. Há suspeita que o padrasto tenha engravidado a garota.

A gravidez foi interrompida por volta das 10:00 horas. De acordo com Fátima Maia, diretora do CISAM (Centro Integrado de Saúde Amaury de Medeiros), ligados à universidade de Pernambuco, a menina vai passar às 16:00 horas desta quarta por uma curetagem – procedimento cirúrgico para remover os restos fetais depois de um aborto provocado.

Para os casos previstos expressamente na legislação, como o estupro e o risco de morte para a mãe – que aplicam a esse caso, segundo Maia, não é preciso autorização da Justiça nem boletim de ocorrência.

O padrasto da garota, um rapaz de 23 anos, foi preso, no município de Alagoinha, suspeito de estupro. O suspeito mantinha relações sexuais com a garota há cerca de três anos.

O padrasto confessou o crime e, em depoimento, admitiu também ter estuprado sua outra enteada, de 14 anos de idade, portadora de deficiência física e mental, afirma a polícia. A Polícia Civil não revelou o nome do suspeito para que o nome da criança seja preservado.

Este caso provocou não somente repulsa, como também comoção, para toda sociedade brasileira frente à barbárie contida. O fato enquadra-se nas regras do artigo 128, incisos I e II do Código Penal.

A interrupção da gravidez de uma menor de 09 anos, uma criança, grávida de gêmeos, cujo organismo ainda não desenvolvido o suficiente para maternidade, correria sérios riscos caso levasse adiante essa gravidez. Grandes questionamentos uns contra, outros a favor.

É possível ponderar bens de valor igual? Neste caso, vida *versus* vida? A vida da mãe tem mais valor que a vida do nascituro?

Deste modo, podemos verificar, como, quer a busca de uma reconstrução do Direito Penal à luz de indicações constitucionais, quer o próprio princípio da proporcionalidade, podem-nos ajudar a individualizar graus de importância dos valores, pelo menos a individualizar bens primordiais, ponto de partida essencial para a afirmação de imposições constitucionais de criminalização.

A doutrina prevaiente nos Tribunais Constitucionais da Comunidade Européia confirma a tendência à liberalização da legislação sobre o aborto, em razão da proteção de direitos de autodeterminação das gestantes, embora

reconheça também a preservação dos direitos do nascituro na medida que em que progride a gestação.

Este posicionamento relativizado, que reconhece a tutela constitucional da vida intra-uterina, atribui a ela uma proteção mais débil do que a concedida à vida de alguém já nascido é a que tem prevalecido amplamente nas sociedades pluralistas e democráticas.

É importante ressaltar que é impossível questionar a legalização do aborto sem debater o problema da proteção jurídica da vida humana intra-uterina. É óbvio que a interrupção voluntária da gravidez implica, por consequência, na eliminação desta vida.

Neste caso da garota de Alagoinha, setores da Igreja Católica, religião majoritária em nosso país, ameaçaram de excomunhão todo o corpo clínico de médicos que realizaram o aborto; os religiosos partiram da premissa que aquele corpinho embora de criança estava apto para engravidar, quem poderia afirmar que ela não conseguiria levar esta gravidez de gêmeos até o fim?

Convém ressaltar que não se pretende afirmar uma força moralizadora, em sentido estrito do Direito Penal, ou seja, no sentido de impor particulares morais ou mesmo a moral dominante, violentando a liberdade individual e a concepção pluralista do Estado de Direito Democrático. Desde a primeira Constituição da República de 1891, o Estado brasileiro é laico. Embora a Constituição Federal de 1988, proclame como direito fundamental a liberdade religiosa (artigo 5º, inciso VI). Ela foi além, consagrando, no seu artigo 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, obrigando todos os poderes da República uma posição de absoluta imparcialidade.

Neste contexto, o Direito Penal tem uma função protetiva de bens jurídicos; não de valores puramente morais, não de particulares concepções de vida, mas dos valores essenciais para uma vida digna em comunidade.

7 Elevada Dignidade e Carência de Tutela Penal

Afirmar, nos leva a entender que a temática, colocada nestes termos, seria de muito simples resolução, o que nem sempre será o caso. Sabemos bem que as hierarquias de valores são meramente tendenciais, que não basta estarmos perante um valor primordial, mas teremos ainda que averiguar quais as condutas que mais o põem em causa (o que nem sempre será pacífico), que, assim, há graus de gravidade das condutas e da própria culpa que devem ser levados em conta. Neste diapasão, pode haver um conflito de interesses em jogo que terão de ser levados em conta, de acordo com uma ponderação de bens. E que tudo implica uma margem de liberdade de avaliação e decisão para o legislador.

Neste sentido, Maria da Conceição Ferreira da Cunha esclarece:

Ora, o caso mais polêmico, 'mais rico em sugestões' e que, assim, poderá ser considerado paradigmático das situações em que, face a uma elevada dignidade do bem, se colocam problemas quanto à carência de tutela penal, parece-nos ser o do aborto. Foi, de resto, em relação a ele que os problemas das imposições constitucionais de criminalização começaram a suscitar maior interesse e discussão. Situando-se numa das áreas mais sensíveis, não estaremos de certo imunes à paixão que nos desperta, mas a nossa intenção é a de encontrar uma solução justa e coerente, que tenha em conta os valores essenciais e necessidade da sua proteção, os conflitos de interesses e o dramatismo da situação alheia a preconceitos infundados dos diferentes ventos que nesta área se fazem sentir (CUNHA, 1995, p. 363).

É fato inconteste que milhares de abortos são praticados todos os dias no mundo todo. Essa elevadíssima cifra negra, para muitos autores, é que a criminalização do aborto deveria ser posta em questão. Neste contexto, como agravante, haveria de levar em consideração os perigos do aborto clandestino com conseqüências danosas para a vida e a saúde da mulher. Sem contar os desníveis sociais que colocam as mulheres pobres no extremo da selvageria em decorrência dos graves riscos a que submetem-se. Enquanto que as mulheres ricas e bem aquinhoadas à prática do *turismo abortivo*.

Diante de tamanha complexidade perante a situação descrita, qual será a melhor solução? Cunha pontifica:

De fato, defendemos já que um número elevado de violações da norma jurídico-penal e de cifras negras são preocupante sinal de alarme [...]. Não que o fenômeno do crime seja eliminável, nem sequer o das cifras negras.

Sabemos que em relação a todos os crimes existe uma diferença entre o número de fatos praticados e o que chega ao conhecimento das instâncias formais de controlo, mas, quando esta diferença atinge um nível muito elevado, Angioni chama-lhe, como referimos já, uma 'doença do tipo legal'. Convirá no entanto recordar que o número de cifras negras se bem que indicativo de uma situação problemática, não poderá ter a última palavra nestas questões, determinando de imediato a descriminalização, por ineficácia do Direito Penal (CUNHA, 1995, p. 372-373).

Essa elevadíssima incidência de cifras negras do aborto, conduz-nos a uma mão dupla: ou à eliminação do tipo legal ou ao incremento da sua persecução penal. O juízo sobre a inidoneidade do Direito Penal teria que residir na total ineficácia do Direito Penal, neste caso, a sua intervenção ocasionaria mais danos do que benefícios e pressuporia, ainda, antes da descriminalização do tipo penal, uma análise acerca das possibilidades do Direito Penal mudar o seu tipo de intervenção adequando-se à realidade em causa.

O quadro comparativo deverá ser inferido entre o número de abortos que ocorre com e sem lei criminalizadora, uma vez que, eficácia ou aptidão da lei penal não significa freqüência da perseguição. Mesmo uma lei que raramente é obedecida pode ser efetiva, criando condutas desejadas, mais do que a mera anulação sem haver alterações de comportamentos.

É importante distinguir, antes de mais, duas questões: em primeiro lugar, a de saber se um direito fundamental contém de todo um imperativo de proteção contra a particular ofensa em causa (interrupção voluntária da gravidez); em caso afirmativo, a questão de saber como se deverá configurar tal proteção.

Um qualquer dever do Estado de proteção da vida antes do nascimento, implica no questionamento de solução mais difícil, de saber de que modo o Estado deve cumprir tal dever de proteção – em especial, se o deve fazer com os instrumentos do direito penal ou apenas com os do direito social e ou do direito privado.

CONCLUSÃO

O homem inaugurou um novo patamar do conhecimento o seu Genoma. As biotecnociências representam mais do que uma inovação tecnológica,

verdadeira revolução cultural na história da humanidade; neste sentido, são primordiais os papéis da Bioética e do Biodireito, tais avanços devem sempre refletir o princípio da dignidade humana.

Diante dos argumentos prós e contras, acreditamos que a melhor prova de que a lei penal produz algum efeito desejado consiste nas propostas que se apresentam neste campo, mesmo as mais liberais não vão ao ponto de advogar a descriminalização total do aborto.

Se a criminalização não correspondesse minimamente a nenhum dos objetivos políticos criminais, nem tivesse possibilidade de vir a corresponder, se não concedesse qualquer proteção à vida intra-uterina ou, mesmo concedendo esta proteção, se a legalização, numa comparação entre custos e benefícios, nos levaria a uma única solução conseqüente a da legalização total.

Contudo, exista uma situação indesejável, à qual não podemos fazer vistas grossas, a lei penal não é de todo ineficaz; exerce alguma função e tal acaba sendo do consenso de todos. Na nossa visão esta alguma eficácia da lei penal está ligada, precisamente ligada, à função de prevenção geral, principalmente em sentido positivo. Neste sentido, a eficácia se apresenta muito tênue pois, apesar da mera previsão legal já ter algum efeito, ao manter o código binário lícito/ilícito penal, ao afirmar a elevada dignidade que conduz a proibição, também é afetada pelo reduzidíssima aplicação do Direito. O bloqueio permanente e generalizado do código “lícito/ilícito” pelos códigos “ter/não ter” implica uma prática caracterizada pela ilegalidade.

O maior risco da legalização é sempre o de desvalorizar o bem em causa, se uma lei que raras vezes é aplicada diminui sua efetividade. Há outro argumento a considerar: quantas mulheres se contêm de praticar o aborto em decorrência deste fato ser considerado crime?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia (Decreto-Lei nº 26/84) à Luz do Conceito de “Bem Jurídico”**. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Biodireito e Direito ao Próprio Corpo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BEZERRA, Paulo César Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. 2. ed., rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa (anotada)**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1984. 2 v.

CASTRO FILHO, Sebastião de Oliveira. **Liberdade de investigação e responsabilidade ética jurídica e Bioética**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira. **Constituição e crime**: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização. Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal e Estado de direito material (sobre o método, a constatação e sentido da doutrina geral do crime). **Revista de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Forense, n.31, p. jan./jun. 1981.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Instrumentalidade do Processo**. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

FABRIZ, Daury César. Bioética e Direitos Fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira; SORDI, Sandra. Aspectos Atuais do Projeto Genoma Humano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: uma compreensão jurídico-constitucional aberta e compatível com os desafios da biotecnologia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARMENTO Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.