

Algumas questões sobre o aborto

Aberto Silva Franco

Como citar este artigo: FRANCO, Alberto Silva. Algumas questões sobre o aborto.
Revista do Instituto de Ciências Penais, Belo Horizonte, v. 1, p. 15-86, 2006.



ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO

ALBERTO SILVA FRANCO ¹

Desembargador Aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo; É membro fundador do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

Dedico o presente trabalho às mulheres que defendem a tutela do próprio corpo e a autodeterminação da maternidade, e ainda enfrentam, numa sociedade de cariz machista, os riscos de punição por fazer uso de seu direito à liberdade, à igualdade, e sobretudo, à sua dignidade como pessoa humana.

Dedico-o também ao amigo de todas as horas, Geraldo Roberto de Sousa, esse ser humano dotado da imensa capacidade de estar sempre à disposição das pessoas, e em particular, para esclarecê-las sobre as dificuldades no manejo da língua portuguesa.

E mais do que tudo isso, porque admira, compreende e valoriza as mulheres.

1

ALGUMAS QUESTÕES SOBRE O ABORTO

SUMÁRIO

ALBERTO SILVA FRANCO ¹

1. - ORIGEM ETIMOLÓGICA.....	19
2. - A TEMÁTICA DO ABORTO.....	19
3. - O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL.....	20
4. - INVOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA.....	21
4.1 - Vida humana independente e vida humana em formação.....	23
4.2 - Momentos de reconhecimento de vida humana, no processo de gravidez.....	26
4.2.1 - Fecundação.....	27
a. Fecundação e a doutrina da Igreja Católica.....	33
b. Fecundação e o Pacto de San José da Costa Rica.....	37
4.2.2 - Nidação.....	40
4.2.3 - Atividade cerebral.....	41
4.2.4 - Compromisso relacional: mãe/filho.....	43
5. - A FIGURA TÍPICA DO ABORTO.....	47
6. - PONTO NUCLEAR: HAVERÁ, NO ABORTO, DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO ?.....	51
6.1 - Direitos fundamentais em oposição: regras de harmonização.....	51
6.2 - Perspectiva concepcional (fecundação) ou perspectiva biológico-evolutiva (nidação e atividade cerebral).....	53
6.3 - Perspectiva do compromisso relacional mãe/ filho.....	58
7. - SOLUÇÃO DE PRAZO.....	60
7.1- Caráter constitucional da solução de prazo.....	63
8. - SISTEMA DE INDICAÇÕES.....	64

8.1 - Causas de justificação.....	66
8.1.1 - Concurso ou concorrência de causas de justificação.....	69
8.1.2 - Efeitos das causas de justificação.....	71
8.2 - Indicações em espécie.....	72
8.2.1- Aborto terapêutico (médico ou necessário).....	72
8.2.2 - Aborto ético (humanitário, criminológico, sentimental, de gravidez resultante de estupro). 75	
8.2.3 - Aborto embriopático (fetopático, eugênico ou eugenésico).....	76
a.A nova denominação do tema.....	77
b.Características da indicação embriopático	78
c.Requisitos exigíveis para a indicação embriopática.....	79
d.Natureza jurídica da indicação embriopática.....	80
8.2.4 - INDICAÇÃO ECONÓMICO-SOCIAL.....	82
9. - JUIZ CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO ABORTO.....	82
10. - CONCLUSÕES.....	83

1 – ORIGEM ETIMOLÓGICA

As dificuldades para balizar a área de compreensão do aborto remontam à própria origem da palavra. *Aborto* procede do vocábulo latino da 4ª declinação, *abortus, us* que se origina, por sua vez, do preverbo *ab* representativo da idéia de afastamento ou separação com o pretérito do indicativo *ortus sum* do verbo *orior, oriri*, que significava *surgir, nascer, formar-se, começar, levantar-se, provir*. No baixo latim, no entanto, passou-se a usar o preverbo *ab* mais o pretérito do indicativo *orsus sum* do verbo *ordior ordiri*, que queria dizer *tramar, urdir, provocar*¹. Essa confusão entre os verbos *orior* e *ordior* encontra explicação no fenômeno de etimologia denominado atração paronímica², pelo qual se dão os mesmos empregos ou empregos equivalentes a palavras que, na origem, só se aproximavam pela forma. Deste modo, o verbo composto *aborior*, que significava *morrer, desaparecer* e, num significado mais raro e, até certo ponto, censurado pelos gramáticos, *abortar*, incluiu também a idéia de *urdir* e *provocar*. E, então, o vocábulo *abortus, us* assumiu, numa primeira acepção, o sentido de ato capaz de provocar o não-nascimento, ou seja, o *abortamento* e, numa segunda acepção, o de *feto*.

2 – A TEMÁTICA DO ABORTO

Escrever sobre aborto constitui tarefa árdua porque, nessa matéria, se entrecruzam vertentes jurídicas, sociais, médicas, bioéticas, religiosas, etc. e, qualquer que seja a perspectiva escolhida, as diferentes vertentes se infiltram e se fazem presentes.

Por ser um tema multifacetado, é imensa a dificuldade de traçar a área de significado do tipo de aborto. E isso em verdade porque se

¹Ernout, A. e Meillet, A *Dictionnaire Étymologique de la Langue Latine – Histoire des Mots*, 3ª. Ed. Tomo II, Paris: Librairie C.Klincksieck, 1951, pp. 828e 830.

exige, nesse fato delituoso, como pressuposto lógico, que se investigue o conceito de vida, e, tal pesquisa alarga a reflexão sobre o ser humano, como pessoa, para abarcar os momentos anteriores ao próprio nascimento. Questionar um dos pólos da existência humana constitui sempre matéria complexa. Vida é, sem dúvida, "um fenômeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos, próprios de todo processo biológico"³. As valorações dessas mutações e desses saltos qualitativos são feitas, no entanto, com base em dados de procedências diversas e variáveis no tempo, o que impede a formação de um unívoco suporte conceitual. Isto significa que o conceito de vida subordina-se, em conseqüência, a um contínuo processo cultural de construção e de desconstrução, que só seria evitável em face de manifestação explícita do legislador e, em especial, do legislador constituinte, sobre a matéria⁴.

3 – O DIREITO À VIDA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à vida é um dos direitos fundamentais reconhecido no texto da Constituição Federal (*caput* do art. 5º) a todos os que se encontrem no País. Ao incluir o direito à vida entre outros direitos fundamentais, o legislador constituinte não realizou nenhuma valoração axiológica. Cada um e todos esses direitos fundamentais situam-se num mesmo patamar, não havendo em nível constitucional nenhum tipo de superposição ou de graduação de um em relação ao outro. Vale ressaltar, no entanto, que nenhum desses direitos pode ser interpretado fora do contexto do art. 1º da Constituição Federal que se erige como coluna vertebral, para a interpretação e para a eventual colidência desses direitos

³Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., *Comentários al Código Penal de 1995*, Coord. Tomás S. Vives Antón, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p.767.

⁴ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., *ibidem*, observam que "a proteção penal deriva sempre de uma valoração e que esta constitui um fenômeno eminente e genuinamente cultural: é o legislador, representante da soberania popular, o único com poder para decidir quando começa e quando termina a tutela da vida; é o legislador, e de maneira fundamental o constituinte, que deve considerar-se absolutamente livre para determinar quando começa e até onde chega a intervenção repressiva do Estado". Cobo del Rosal, M e Carbonell Mateu, J.C. (*El aborto en el Código Penal em Criminología y Derecho Penal a servicio de la persona*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, pp. 673/674) acrescentam que o "legislador, e de maneira fundamental o constituinte, deve considerar-se absolutamente livre na hora de formular seus critérios axiológicos e isso deve ser ressaltado de maneira específica quando enfrentamos questões tão sumamente

fundamentais, a saber, o princípio da dignidade da pessoa humana. É, portanto, tal princípio que baliza e, de certo modo, matiza o conteúdo de todos os direitos fundamentais, permitindo dar à própria Constituição o toque de unidade e de harmonia. Mas é evidente que tal princípio não deve ter a textura de uma norma programática, de um recurso ético vazio. A dignidade da pessoa humana deve ser consagrada em concreto, e não idealmente, na atuação do Estado e na conduta de cada pessoa humana. Com razão, acentuando a dúplici dimensão da dignidade humana, Ingo Wolfgang Sarlet, enfatiza que a “dignidade representa, simultaneamente, expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito de sua própria existência), bem como necessidade de sua proteção e/ou assistência por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação”⁵.

4 – A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA

O princípio constitucional do direito à vida apresenta a característica de ser inviolável – tal como os demais princípios elencados no *caput* do art. 5º da Constituição Federal – e por isso, à primeira vista, pode ensejar a idéia de que se trata de princípio “que não se pode infringir, que não se pode ou deve atacar, que deve estar ao abrigo de qualquer violência”, enfim, “sagrado”⁶. Tal idéia deve ser considerada em termos. O legislador constituinte, ao afirmar que o princípio constitucional é inviolável não quis dizer que sua violação seja impossível e que *a norma constitucional inviolável* seja equivalente à *norma que não deve ser violada*. Essa “característica – a característica de não dever ser violada – faz parte já do conceito de direito, com o que, se entendesse nesse sentido a declaração constitucional, resultaria ela tautológica, pois se limitaria a expressar que os direitos fundamentais das pessoas são direitos”⁷. Destarte, a declaração constitucional de inviolabilidade de direitos fundamentais deve ter outro alcance, ou seja, o de obstar que o legislador ordinário possa menoscabar, em seu conteúdo, tais direitos, e que, para a legislação infraconstitucional, torna-se “intangível o campo

⁵Sarlet, Ingo Wolfgang, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais em Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp.198/235.

⁶Silva, Antônio de Moraes, *Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, vol.V, Lisboa: Editorial Confluência, 1953, p.1033.

dos direitos fundamentais, subtraindo-os ao raio de ação da lei e colocando-os sob o amparo direto da Constituição”⁸.

Mas o que, além da limitação imposta ao legislador ordinário, o texto constitucional levou em conta, ao declarar o direito à vida como direito fundamental?

Antes de tudo, a proclamação de que o direito à vida tem uma precedência lógica⁹, mas não valorativa, em relação aos demais direitos fundamentais. Com efeito, “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 se 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”¹⁰.

Depois, que deste direito constitucional à vida derivam para o Estado duas classes de deveres: “o dever de respeitar as vidas humanas (*Achtungspflicht*) e o dever de proteger as vidas humanas frente aos ataques homicidas procedentes de outros particulares (*Schutzpflicht*)”¹¹.

Nessa classe de deveres, é evidente que não se inclui o dever de eliminar os riscos para a vida decorrentes da convivencialidade. Nas sociedades modernas, em pleno processo de desenvolvimento tecnológico, os riscos são comuns e cada vez mais presentes (os perigos derivados da circulação viária, da manipulação de certas energias, como a energia atômica, da deterioração do meio ambiente, do desrespeito à

⁸ Vives Antón, Tomas S., ob. cit., p. 84.

⁹ Segundo Queralt Jiménez, Joan Josep, (*Derecho Penal Español- Parte Especial*, 2ª ed., Barcelona: Bosch, 1992, p. 39), “a vida é, e isso não é pouco, o *prius* lógico e o *substrato material* que permite reunir” os valores fundamentais do ordenamento jurídico, mediante o gozo dos direitos e das liberdades públicas fundamentais e demais direitos legalmente estabelecidos e reconhecidos aos cidadãos”. No mesmo sentido, manifesta-se Vives Antón, Tomás S. (ob. cit. p. 187), ao enfatizar que “o direito à vida é a projeção de um valor superior do ordenamento jurídico constitucional – a vida humana – e se encontra indissolúvelmente relacionado com o valor jurídico fundamental da dignidade da pessoa humana. Ambos os valores, e os direitos que os encarnam, são considerados como o ponto de arranque, como o *prius* lógico e ontológico para a existência e especificação dos demais direitos”.

¹⁰ Silva, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 23ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2004, p. 197.

¹¹ Rodríguez Mourullo, Gonzalo. *Derecho a la vida y la integridad personal y abolición de la pena de muerte*, em *Derecho y Constitución*, Madrid:Edersa, 1982, p. 63.

biodiversidade ou da utilização de determinadas técnicas no campo do genoma humano ou da engenharia genética) não havendo como suprimi-las a menos que se pretenda estancar o próprio progresso humano. O Estado, por maiores que sejam os riscos à vida que o emprego dessas novas tecnologias pode significar, não pode proibi-las, restando-lhe apenas estabelecer, com rigor, deveres objetivos de cuidado para que tais riscos não desbordem os limites do que seja social e razoavelmente tolerável.

4.1 – Vida humana independente e vida humana em formação

É discutível se a proteção do direito à vida, elevado à categoria de direito fundamental, é destinada, com exclusividade, à vida humana após o nascimento ou é endereçada também ao não nascido, isto é, àquele cuja vida está em processo evolutivo de formação e, portanto, em direta e imediata dependência da vida da mãe, embora distinto desta.

Para Vives Antón, citado por Carbonell Mateu e González Cussac, “o nascituro não é, pelo menos por si mesmo e de modo direto, um bem jurídico constitucional. E isto porque a Constituição proclama o direito à vida em relação às pessoas, condição que juridicamente só se alcança com o nascimento. E o mesmo ocorre com a proclamação da dignidade das pessoas. Por conseguinte, o nascituro não é pessoa a partir da ótica do ordenamento jurídico e a proclamação do direito à vida e da dignidade, não o atinge diretamente. Poderá argüir-se a necessidade de outorgar proteção jurídico-penal ao nascituro e isso ninguém põe em dúvida. Mas, desde logo, técnica e valorativamente falando, não é um direito constitucional. Pode e deve entender-se como um interesse ou bem jurídico, com certa relevância constitucional enquanto reflexo dos direitos à vida e à dignidade”¹².

Apesar desse entendimento, tem-se afirmado ser regra inafastável, na interpretação de normas constitucionais relativas a direitos fundamentais, a atribuição a tais direitos do sentido que maior eficiência lhes dê. “A versão *aggiornata* do princípio põe o acento tônico na idéia da otimização ou maximização dos direitos fundamentais. A interpretação procurará dar aos direitos fundamentais uma concretização

¹² Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p. 768/769.

socialmente efectiva e captar o seu vigor *irradiante* e *actuante*. Na dúvida, a interpretação deve estender o âmbito da eficácia da norma e não enveredar por uma *marcha em direção ao vazio*, ou seja, para restrições ao conteúdo dos direitos fundamentais”¹³.

Assim, embora o texto constitucional nada diga a respeito do não nascido, tudo está a indicar que sua vida é um bem relevante que a Constituição se obriga a tutelar de forma que não sofra violação. Se a Constituição considera que é inviolável o direito à vida e que todos, indistintamente, possuem tal direito, é evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido na sua plenitude, abarca não somente a vida independente, mas também a vida humana em formação. Ademais, a caracterização da vida humana dependente, como bem jurídico constitucional, se vincula também ao princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que se exige do Estado o dever de respeitar a vida humana, e, nessa circunstância, uma vida em formação representará, num momento determinado do processo de gestação, um valor merecedor de tutela.

Estender a proteção constitucional à vida humana em formação não significa, contudo, a necessidade de conceder-se um tratamento jurídico igualitário para a vida humana fora do claustro materno e para a vida humana dependente¹⁴. Embora Günther, citado por Enrique Peñaranda Ramos, tenha sustentado que “o embrião, o feto ou nascituro e o já nascido não podem ser fragmentados artificialmente em bens jurídicos distintos” e que “tal perspectiva ignora os dados biológicos e contradiz o sentimento de justiça, na medida em que desfavorece a igualdade de valor (continuidade/identidade) da vida do nascido e do

¹³ Gomes Canotilho, José Joaquim. *Direito Constitucional*, 3ª. ed., Coimbra:Almedina, 1983,p.239.

¹⁴Cobo del Rosal, M e Carbonell Mateu J.C. (ob. cit., pp. 673 e 674) observam que a “vida é um fenómeno em constante evolução caracterizado por mutações e saltos qualitativos essenciais em todo processo biológico. Isso poderia permitir a consideração do carácter de ser vivo outorgado ao nascituro. Mas é necessário ressaltar que a proteção penal deriva sempre, e em todo caso, de uma valoração e que esta constitui um fenómeno eminente e genuinamente cultural” (...) Destarte, “os saltos qualitativos que se produzem no fenómeno biológico da vida são tidos em conta na hora de valorar os ataques que contra ela se produzem. O nascimento pressupõe o mais importante desses saltos, até o ponto em que a diferenciação entre a vida anterior e a posterior a ela não tem tão somente carácter quantitativo. Consideramos, por isso, mais correto falar de vida em formação como bem jurídico protegido: esta não está inteiramente formada. E dentro desta vida em formação devem ser assinaladas marcadas diferenças quantitativas na valoração: vale mais quanto mais se aproxima o momento do nascimento”.

não nascido”¹⁵, força é convir que a tese da equivalência entre vida humana pré-natal e pós-natal constitui um exagero indefensável. “A tese da igualdade de valor de ambos os bens é de todo ponto de vista insustentável, pois na história das idéias filosóficas e religiosas e tanto no direito histórico como no vigente, a constante que predomina é a da valoração diferenciada da vida humana em formação e da vida dos nascidos. O fato de atribuir-se, como faz o nosso vigente Código Penal¹⁶, à vida do nascituro um valor menor do que à vida do homem já nascido e, conseqüentemente, se castigue a destruição do fruto da concepção com menos severidade do que a morte de outro homem vivo”¹⁷ não significa incompatibilidade com a interpretação que abrange, na locução *direito à vida*, a tutela da vida do não nascido. Além disso, todos os direitos humanos tem suas lógicas limitações, inclusive os direitos fundamentais. O direito à vida não tem caráter absoluto. “A proteção do direito à vida, por exemplo, é compatível com o regramento da legítima defesa que permite, quando ocorram os requisitos exigidos pela lei, a morte do agressor”¹⁸. Ou, como afirma Arthur Kaufmann, “o princípio da proteção absoluta da vida impõe-se sempre com a limitação tácita de que existem homicídios *justificados*, como, por exemplo, na legítima defesa ou na guerra”¹⁹. Bem por isso, a distinta penalidade prevista para a destruição da vida do nascituro e do homem já nascido não é incompatível com o princípio constitucional do direito à vida, não sendo, de modo algum, inconstitucional, também, o sistema penal em que a proteção à vida do não nascido cedesse, ante situações conflitivas, em

¹⁵ Peñaranda Ramos, Enrique, *La protección de la vida y la salud humanas entre sus fases prenatal y postnatal de desarrollo*, em *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª. Época, n. 11, enero 2003, pp. 165/247.

¹⁶ Na legislação penal brasileira, há uma clara separação entre a vida pós-natal e a vida pré-natal na medida em que se formulam, com autonomia, as figuras delituosas do homicídio e do aborto, e se atribui, do ponto de vista de cominação punitiva, um valor menor à vida do nascituro em confronto com a vida do nascido.

¹⁷ Rodrigues Mourullo, Gonzalo, ob.cit., p. 70. No mesmo sentido, Arroyo Zapareto, citado por Peñaranda Ramos, Enrique, (ob. cit., p.207): não é diversa a manifestação do Tribunal Constitucional da Espanha ao proclamar que “a vida é uma contínua sujeição, por efeitos do tempo, a mudanças qualitativas de natureza somática e psíquica que têm um reflexo no status jurídico público e privado do sujeito vital, e dentro dessas mudanças, no desenvolvimento do processo vital, tem particular relevância o nascimento”.

¹⁸ Cerezo Mir, José, *Interrupción voluntaria del embarazo*, em *La Reforma Penal*, Madrid: Instituto Alemán, 1982, p. 34.

¹⁹ Kaufmann, Arthur, *Relativización de la protección jurídica de la vida?* em *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p. 43.

mais hipóteses do que aquelas em que cede a proteção penal outorgada à vida humana independente²⁰.

4.2 – Momentos de reconhecimento de vida humana, no processo de gravidez

Declarar que a Constituição Federal de 1988, referindo-se ao direito à vida, incluiu a vida intra-uterina no âmbito de sua proteção, é assertiva ainda pouco esclarecedora, limitada mesmo, uma vez que não se define, no texto constitucional, o momento a partir do qual se reconhece, no processo de gestação, a presença de vida humana. Há algum tempo, o conceito de gestação estava diretamente vinculado à idéia de um fenômeno de desenvolvimento, com sede no útero materno, desde o momento da fecundação até o do nascimento. "O produto da concepção progredia em etapas – zigoto, embrião pré-implantatório, embrião e feto – que se findavam no parto, com secção do cordão umbilical e o nascimento de uma criança não mais dependente da mãe. As técnicas de reprodução assistida puseram em xeque a validade do conceito na medida em que deram viabilidade à fecundação em laboratório e, portanto, fora do claustro materno. O processo gestatório poderia, a partir daí, desencadear-se não apenas através de uma fecundação ocorrida no corpo de uma mulher, mas também por meio de uma fecundação obtida numa lâmina laboratorial. Este fato científico, concreto, definido, incontestável, recolocou, no plano das discussões, o conceito de vida humana, o que significa fixar o momento a partir do qual se deve considerá-la existente e, deste modo, merecedora de tutela jurídico-penal. E, nesse nível, não se poderia fugir a um questionamento bastante complexo. Qual a área de significado de vida? A vida é tão somente um processo biológico? Instantâneo ou gradual? Os gametas já são vida? Que tipo de definição deve ser atribuído ao zigoto, à mórula ou ao blastocisto²¹? Já existe neles um ser humano individuado? O pré-embrião, no seu transitar para o útero da mulher ou, no seu

²⁰ Rodríguez Mourullo, Gonzalo, ob. cit., p. 70.

²¹ Conforme Zarraluqui, Luis, *Procreación asistida y derechos fundamentales*, Madrid: Tecnos, 1998, pp. 183, 184 e 188, zigoto é a primeira célula, diplóide (com dois pró-núcleos), com potencialidade para desenvolver um ser humano, produzida pela fecundação de um óvulo por um espermatozóide; mórula é a massa sólida de células semelhante a uma amora, originada da divisão celular do zigoto e anterior à fase do blastocisto e este é o conjunto de células que resulta da divisão do zigoto no momento da implantação na parede uterina, etapa que segue à da mórula e na qual as células internas se dispõem ao redor de uma cavidade central, acumulando-se outras num dos pólos.

desenvolvimento acompanhado no laboratório, possui, em resumo, vida? Ou o conceito de vida exige algo mais? A vida para assumir a característica de vida humana requer determinadas propriedades como a unicidade, ou seja, a qualidade de ser único e a unidade, ou seja, a qualidade de ser um só? Ou, além dessas propriedades que não separam ainda a vida humana do processo biológico animal, seria exigível para que houvesse vida humana o início da atividade cerebral²²? Ou, deixando-se de lado o processo puramente biológico, a vida com características humanas só seria reconhecível quando a mulher, por ato de vontade, confere ao embrião a qualidade de pessoa²³? As respostas às inúmeras indagações estão longe de guardar uniformidade e põem à luz a terrível carga emotiva e religiosa que está inserida no conteúdo do conceito de *vida*. Para que não se permaneça numa perplexidade imobilista, torna-se imprescindível que se separem, no processo de gravidez, algumas das mais significativas etapas de desenvolvimento biológico graduadas como início da atividade humana, submetendo-as a uma perspectiva crítica. Além disso, não se pode perder de vista o conceito de vida humana, não-biológico, mas cultural e ético, estabelecido a partir do compromisso relacional que a mulher estabelece para com o filho. Embora a definição de vida humana esteja longe de lograr um ponto conceitual aglutinador, deve ela servir, pelo menos, para que se extraia de um desses entendimentos os necessários consectários lógicos.

4.2.1 – Fecundação

“Para os que dizem que a vida é um processo instantâneo, encontra-se ela identificada no momento da fecundação”, isto é, quando “de duas realidades distintas – o óvulo e o espermatozóide– surge uma realidade nova e diversa – o zigoto– com uma potencialidade própria e uma autonomia genética, pois que seu desenvolvimento, ainda que dependa da mãe para subsistir, vai realizar-se de acordo com seu próprio programa genético”²⁴.

²² Relatório da 1ª. Subcomissão, constituída por Alberto Silva Franco, Jair Leonardo Lopes, Luiza Nagib Eluf e Paulo Sérgio de Moraes Pinheiro, destinado ao Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal a ser proposto pelo Ministério da Justiça.

²³ Ferrajoli, Luigi, *A questão do embrião entre direito e moral* em *Revista do Ministério Público*, Lisboa, ano 24, nº. 94, abril/junho, 2003, pp. 9/30.

²⁴ Lacadena, Juan Ramón, *Status del embrión previo a su implantación*, em *La Vida Humana: Origen y Desarrollo*, Madrid: Universidad Pontificia Comillas, 1989, p. 36.

Essa postura, que corresponde mais a uma crença, a uma posição idealista e sagrada, enfim a um ato de fé, não é abonada pelo conhecimento científico atual. A vida não começa num momento determinado, por assim dizer mágico, pois, em verdade, “é um processo contínuo que provém da noite dos tempos e se dirige para o futuro. Os gametas têm vida que recebem de seus produtores, sem descontinuidade e se fundem entre si para dar lugar ao zigoto, de que nascerá outro homem, que produzirá células germinativas que se unirão a outras para formar outro novo homem. E assim sucessivamente. Não é a vida que tem começo, mas sim a individualização de quem possui este bem”²⁵. Por outro lado, falar-se de vida biológica, de caráter humano, serve apenas para diferenciar a vida originária de células germinativas do ser humano das que provêm de outras formas de vida, como a animal e a das plantas. Os gametas contêm vida, “mas isto não converte tais células em membros plenos e completos do gênero humano, isto é, em uma pessoa”²⁶.

Além disso, no posicionamento dos que adotam a concepção como o momento inaugural da vida humana, há ainda inquestionável superposição entre os conceitos de vida, do ponto de vista biológico, e de vida humana, entendida como pessoa. No entanto, não há confundir os dois conceitos²⁷. “Dentro deste contexto, a justificativa é que a vida humana é diferente da vida animal porque o homem é um ser capaz de

²⁵ Zarraluqui, Luis, ob. cit., p.92.

²⁶ Zarraluqui, Luis, ob. cit., p. 99.No mesmo sentido, Velásquez José Luis (*Del homo al embrión. Ética e biología para el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa Editora, 2003, p.58) ao asseverar que “se se afirma que um óvulo fertilizado é potencialmente um ser humano quando ocorrem determinadas circunstâncias, nada nos impede que diga o mesmo em relação aos gametas”.

²⁷ Sartori, Giovanni (em *O Estado de São Paulo*, de 2 de março de 2005, Caderno Nacional A8) ressalta a distinção entre os dois conceitos: “para começar, vida não é a mesma coisa que vida humana. Até as moscas, os piolhos e os mosquitos são pequenos seres vivos, são vivos. E mesmo assim confesso que eu os como com satisfação. Os animais e os peixes eram antes seres vivos. (...) “A cruzada da Igreja é a favor da *vida nascente*. Aquela das plantas também? E a dos tavões (espécie de mosca) também? É lógico que não. E por que não? Pergunto novamente: qual é a diferença entre uma vida qualquer e a vida humana? Outrora a resposta era a alma, pois é a alma que determina a existência do homem. Mas hoje a alma é esquecida, a Igreja quase não fala mais sobre ela. A omissão é espantosa. Mas é assim”. No mesmo sentido, Eco, Umberto (*Mais Darwin, menos Santo Tomás*, em *O Estado de São Paulo*, de 02.03.2005) ao perguntar “se não se faz uma certa confusão entre a defesa da vida e a seja qual for a forma em que se manifesta, levaria a definir como homicídio não só espalhar o próprio sêmen sem fins fecundativos, como também comer frango e matar mosquitos, para não falar do respeito devido aos vegetais”.

refletir sobre si próprio e, portanto, é dotado de autoconsciência. O animal não sabe que deve morrer; o homem sabe. O animal sofre fisicamente porque tem um sistema nervoso, mas o homem também sofre psicologicamente e espiritualmente. Digamos, então, que a vida humana começa a ser diferente, radicalmente diferente daquela de qualquer outro animal superior, quando começa a *dar-se conta*"²⁸.

Mas não é só.

A defesa da tese favorável à fecundação como marco inicial da pessoa humana fundamenta-se ainda em dois outros argumentos. Afirma-se, de um lado, que o produto da fecundação, ou seja, o zigoto, está vivo e dispõe do ADN²⁹ próprio da espécie humana³⁰, e que, por via de conseqüência, o óvulo, fecundado pelo espermatozóide, seria, sob tal ângulo, uma pessoa³¹. De outro, assegura-se, no zigoto, a existência não de uma pessoa real, mas sim de uma pessoa em potência, isto é, "algo que deu início a um processo biológico de desenvolvimento que culminará com a produção de uma pessoa real"³².

Tais argumentos são, contudo, de precária consistência.

A presença do código genético não é peculiaridade específica e ir repetível do zigoto. "A posse do código genético humano" (...) não pode ser, por si só, um critério suficiente e completo de personalidade moral. Qualquer célula de um ser humano contém o código genético completo e individualizado de seu portador, sem que este mero fato torne

²⁸Sartori, Giovanni, ob. cit., p. A8.

²⁹ Segundo Houaiss, Antônio, (*Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, Rio de Janeiro: Editora Objetiva, 2001, pp.88 e 291), ADN significa "a sigla de ácido desoxirribonucléico", que, no idioma inglês, corresponde à sigla DNA. Por sua vez, "ARN é a sigla do ácido ribonucléico" que, no idioma inglês, corresponde à sigla RNA.

³⁰Cerezo Mir José, ob. cit., p., 35 enfatiza que "a vida humana começa com a concepção, quer dizer, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide. A partir de então, fica fixado o código genético do novo ser".

³¹Guimarães, Ana Paula (*Alguns problemas jurídico-criminais da procriação medicamente assistida*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, pp.153 e 154) observa que "a pesquisa genética permite-nos conhecer e acompanhar o desenvolvimento do embrião desde o momento da concepção. Depois da fusão entre as duas células feminina e masculina inicia-se um novo sistema absolutamente único de vida humana", já que "o ser humano em formação possui um dinamismo próprio, uma vida própria e actual que se vai desenvolvendo e aperfeiçoando. Não vive por si, mas vive para si. É já um ser e não uma parte da mãe que o gera".

³² Valdés, Margarita, *El problema del aborto – tres enfoques*, em *Bioética y Derecho*, México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 132/150.

tal célula valiosa por si mesma. Quanto às células iniciais de um embrião ou feto humano que têm a capacidade de desenvolver-se até formar um ser humano propriamente dito, a única coisa que o argumento do código genético pode demonstrar é apenas que o valor do embrião ou do feto não depende de que já seja pessoa (no sentido moral), mas sim de sua capacidade para ser pessoa no futuro”³³. E o zigoto revela, sob esse ângulo, incapacidade de desencadear a embriogênese visto que não dispõe ainda “de toda informação necessária para o processo embriogenético que determinará as características biológicas do futuro indivíduo”. Seu “potencial de capacidade informativa é adquirido com o tempo por interação de outras moléculas”³⁴ e sobretudo, com o intercâmbio de informações com a própria mãe. Ademais, cabe acrescentar que não é de todo exato afirmar “que a constituição genética do embrião, em fase de zigoto, seja irrepitível”. Até a segunda semana, o embrião pode dividir-se e dar origem a gêmeos, o que vale dizer que o apregoado valor da irrepitibilidade não é uma característica que se pode atribuir ao organismo em desenvolvimento, mas sim ao corpo cromossômico”³⁵. Por fim, a impropriedade argumentativa mostra-se ainda mais explícita quando se enfrenta a questão dos embriões crioconservados em laboratórios de reprodução assistida. Se cada embrião crioconservado tem um código genético humano único e contém uma vida humana potencial, não seria caso de criar-se a “obrigação de implantá-los para que completem seu desenvolvimento, ou de mantê-los com vida latente indefinidamente”³⁶, ou de proibir que se pusesse fim voluntariamente à referida vida?

O segundo argumento – o zigoto não é uma pessoa real, mas, sim, uma pessoa em potencial e, por isso, deve ser preservado – não merece melhor sorte. Antes de tudo porque, na medida em que se afirma que o zigoto é um ser humano em potência, confirma-se que *não é* um ser humano. “O ente potencial não tem em si valor senão na medida em

³³Ruiz Miguel, Alfonso, *El aborto: problemas constitucionales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp.45/46. Valdés, Margarita acentua também que “todas nossas células vivas contêm o ADN humano” e, nem por isso, aceitaríamos que “cada uma delas seja uma pessoa”.

³⁴Romeo Casabona, Carlos María, *El derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp.149/150.

³⁵Velásquez, José Luis, *Del homo al embrión. Ética y biología para el siglo XXI*. Barcelona: Gedisa Editorial, 2003, ob.cit., pp.52/53.

³⁶Ruiz Miguel, Alfonso, ob. cit., p. 46.

que alberga a promessa de ser valioso. Com freqüência, rechaçou-se a equivalência do potencial com o atual, assinalando-se que se algo é potencialmente valioso, significa que, de pronto, ainda não é esse algo valioso e, portanto não pode assumir o valor que ainda não tem. A partir da arte, podemos ver que a idéia de potencialidade não tem solidez a menos que seja contextualizada, pois um pigmento, uma porção de argila ou um bloco de mármore podem chegar a ser uma obra de arte única, mas isto não converte tais materiais em arte potencial. Têm valor porque potencialmente podem chegar a ser algo valioso, mas esse valor potencial não possui o mesmo *status* daquele em que eventualmente se tornará”³⁷.

Além disso, na área de significado da potencialidade tanto se incluem a possibilidade física como a probabilidade.

“A potencialidade entendida como possibilidade física faz alusão ao conjunto de circunstâncias que favorecem o desenvolvimento e o nascimento de um ser humano. Se ocorrem determinadas circunstâncias, como o encontro de um óvulo e de um espermatozóide, a devida implantação no útero e a ausência de anomalias, então terá lugar o nascimento de uma pessoa”. (...) Mas “o óvulo fertilizado não representa a única possibilidade de estar-se diante de uma pessoa potencial. Ao se afirma que um óvulo fertilizado é potencialmente um ser humano quando ocorrem determinadas circunstâncias, não há nada que nos impeça dizer o mesmo dos gametas. Se determinadas circunstâncias sucedem em relação ao óvulo (o encontro com o espermatozóide) e determinadas circunstâncias ocorrem no que tange ao espermatozóide (o encontro com o óvulo) e não se empregou um anticonceptivo, então estaremos diante da possibilidade de um novo ser humano. Mais ainda, admitir que os gametas são pessoas potenciais conduz a admitir que as entidades que se combinam com anterioridade para formá-los são também pessoas potenciais. De modo que não são apenas o óvulo e o espermatozóide unidos que têm potencial de chegar a ser um ser humano, também o tem o óvulo mesmo que não seja fecundado.” (...) “Esta linha de argumentação leva à conclusão de que tudo encerra a possibilidade de ser qualquer coisa e, então, a utilidade do conceito de possibilidade desaparece.

³⁷ Kottow, Miguel, *Bioética del comienzo de la vida ¿Cuántas veces comienza la vida humana?*, em *Bioética*; Conselho Federal de Medicina, vol. 9, n.2, 2001, pp.25/43.

As conseqüências não acabam aqui. Se temos de ser coerentes, não bastaria impedir qualquer interferência orientada para interromper o processo de formação do embrião; ter-se-ia de dissuadir as mulheres da menstruação mensal e os homens de praticar a masturbação, pois em ambos os casos está se atentando contra uma vida em potência" ³⁸.

Já a potencialidade, sob o ângulo da probabilidade, guardaria pertinência se se comprovasse a proporção com que cada fecundação produz uma gravidez viável que se finda com o nascimento de um ser humano. O embrião, resultante do zigoto, "é uma entidade com escassas probabilidades de chegar a desenvolver as propriedades que farão dele uma pessoa" ³⁹. Calcula-se que 50% dos ovos fecundados são abortados, de forma espontânea, por diversas causas, no período compreendido entre a fecundação e a nidacão. Dos embriões implantados, por sua vez, apenas 30% conduzem a um feto com possibilidade de desenvolver-se. "A estatística demonstra que o destino habitual do embrião implantado não é atingir o estágio de pessoa, mas, sim, morrer por antecipação. A probabilidade de que uma concepção produza um recém-nascido é muito inferior à probabilidade de que ocorram abortos ainda que não medeie ou se tenha produzido intervenção humana deliberada" ⁴⁰.

Por fim, mesmo após a fecundação, com a formação do pré-embrião e o início do processo de sua fixação nas paredes do útero, o quadro biológico não sofre nenhuma mudança substancial. Durante as duas semanas do processo de implantação, "o zigoto não oferece nenhum indício de possuir seu próprio ácido ribonucléico (ARN⁴¹); não possui sua própria linguagem capaz de transmitir informação hereditária às células, embora disponha de seu próprio ácido desoxirribonucléico (ADN ou DNA), isto é, a totalidade da informação genética. Dessa forma, nessa fase do desenvolvimento embriológico, o pré-embrião desenvolve-se sob o influxo do ARN do oócito que já existia antes da fecundação. Não obstante, neste período, os zigotos têm a possibilidade de formar

³⁸Velásquez, José Luis, ob. cit., pp.58/59.

³⁹ Velásquez, José Luis, ob. cit., p.59.

⁴⁰ Velásquez, José Luis, *ibidem*.

⁴¹ V. Nota 29.

gêmeos" (...) "por não ter-se produzido a diferenciação"⁴². Se a massa celular se divide em duas metades e as duas têm a possibilidade de crescer, cada uma delas pode desenvolver-se até formar um organismo adulto.

A evidência experimental demonstra também a existência de indivíduos que são mosaicos ou quimeras genéticas, produzidas pela fusão de dois embriões distintos exatamente antes da nidação"⁴³.

a – Fecundação e a doutrina da igreja católica

Em recente homilia, pouco antes de ser eleito pelo Colégio Cardinalício, o Papa Bento XVI incitou os católicos a que não fossem *crianças na fé* e considerou, de acordo com São Paulo (Ef.4,14), que se achavam nesse estágio aqueles que são "batidos pelas ondas e levados ao sabor de qualquer vento de doutrina". E acrescentou: "quantos ventos de doutrina conhecemos nestes últimos decênios, quantas correntes ideológicas, quantos modos de pensamento..." Assim, ser *adulto na fé, ter uma fé clara*, é freqüentemente catalogado como fundamentalismo, ao passo que o relativismo, isto é, o deixar-se levar *ao sabor de qualquer vento da doutrina*, aparece como a única atitude à altura dos tempos atuais. Vai-se constituindo "uma ditadura do relativismo que não reconhece nada como definitivo"⁴⁴.

Quem ler esse texto e conhecer a posição da doutrina atual da Igreja Católica, em relação à questão do aborto, ficará realmente surpreso ao verificar que a controvérsia entre a animação imediata e a animação retardada foi levada *ao sabor dos ventos da doutrina* durante séculos e só a partir de 1869, com a *Encíclica Apostolicae Sedis* do Papa Pio IX, é que se "eliminou a referência a fetos inanimados, trazendo como

⁴² Velásquez, José Luis, (ob. cit., p.52) salienta que, "produzida a singamia, o sistema recém nascido não está totalmente determinado como se tratasse de um projeto ou um programa. O óvulo fecundado pode dividir-se(...) mas no transcurso dessas divisões não se sabe quais células formarão a placenta e quais formarão o feto. Nessa fase, o embrião encontra-se num estado de indiferenciação que não permite falar de programa ou de projeto algum. A complexidade dos fatores, que intervêm, e a grande quantidade de mudanças, que ocorrem, obrigam a desvalorar qualquer versão de preformismo (a concepção que sustenta que o óvulo fecundado é um homúnculo ou uma pessoa em miniatura, cujo desenvolvimento consiste num aumento quantitativo das características que estão presentes desde o começo) já que não coincide com a realidade empírica do processo".

⁴³ Zarraluqui, Luís, ob.cit., p.93.

⁴⁴ Ratzinger, Joseph, *Fé adulta não segue ondas da moda*, em *O Estado de São Paulo*, de 20 de abril de 2005, Caderno Especial H9.

conseqüência a sanção canônica da excomunhão para o indivíduo que cometa qualquer interrupção da gravidez, inclusive nos primeiros estágios da gestação”⁴⁵. Até então o debate sobre o tema foi acirrado e a Igreja Católica manteve, no decorrer de séculos, pontos de vista conflitantes, deixando à evidência que o relativismo não é apenas um procedimento atual, mas algo que está nela inserido na noite dos tempos. A intolerância e a intransigência da Igreja Católica, nessa matéria, datam, portanto, pouco menos de cento e quarenta anos.

A questão do aborto, sob a perspectiva religiosa, está fulcrada na determinação do momento em que se dá, no decorrer do processo de desenvolvimento embrionário, a infusão da alma no corpo. Para os que defendem a animação imediata – tese que, a final, se tornou predominante – a incorporação da alma se dá a partir do momento da fecundação, já que “se constitui uma vida plenamente humana, que possui uma dignidade e um valor similares aos de qualquer ser humano já nascido”⁴⁶.

Para a corrente adversa, que tinha fundamentação teórica na doutrina epigenética de Aristóteles e em dois tópicos do Antigo Testamento⁴⁷, o processo de conversão do ser humano era gradual e não instantâneo, de forma que Deus introduzia a alma não no momento da concepção, mas, apenas, quando se iniciava no embrião a atividade intelectual. A animação não era instantânea, mas retardada e tal retardamento vinculava-se também ao sexo: no quadragésimo dia, em

⁴⁵ **Martinez**, Stella Maris, *Manipulação Genética e Direito Penal*. São Paulo: IBCCRIM, n. 6, 1998 p.75.

⁴⁶ **Gafo**, Javier, citado por **García-Velasco**, José Luis Ibáñez y, *La despenalización del aborto voluntario en el ocaso del siglo XX*, Madrid: Siglo Veintiuno Editores, 1992, p.144. Nessa linha de entendimento, há o magistério mais recente dos Papas Pio XII, Paulo VI e João Paulo II. Em manifestação também atual o Cardeal **Agnelo**, Geraldo Majella (*Em defesa da vida humana*, **Folha de São Paulo**, de 29 de agosto de 2004, p.A3) destacou que, “existindo uma seqüência do DNA típica e exclusivamente humana, cada ser que a possui pertence à humanidade e é um ser humano. E se é ser humano, é uma pessoa, possui subjetividade jurídica. E se de pessoa se trata, devem ser-lhe reconhecidos todos os direitos fundamentais das outras pessoas e, entre estes, o direito à vida e à integridade física”.

⁴⁷ Segundo **Martinez**, Stella Maris (ob cit., p.72), a tese da animação retardada “tinha seu fundamento bíblico em duas passagens do Antigo Testamento: a do Gênese que relata a criação do homem como dois momentos diferentes, um primeiro no qual o seu corpo é formado com barro e outro posterior em que Deus lhe insufla o espírito (o que os levava a reafirmar que somente no momento em que o feto assumia a forma humana era dotado de alma); e a referência do livro do Êxodo à mulher grávida que era lesionada numa briga e, por causa disso, perdia o feto do que derivava a distinção do *corpus formatum* e do *corpus informatum*, assinalando-se que só, no primeiro caso, podia ocorrer o homicídio”.

se tratando de homem, e no nonagésimo, de mulher. "Para a tese da animação retardada, a alma racional somente se infunde quando o embrião humano está suficientemente conformado para recebê-la; existe, em conseqüência, um espaço de tempo, 40 ou 90 dias" (...) "no qual o embrião já existe, mas não é plenamente humano por carecer de alma racional. Por isso, (...) pode distinguir-se, dentro do processo embriológico, uma fase subumana, na qual não se pode falar ainda numa plena hominização do feto e uma fase já plenamente humana" ⁴⁸.

Esta polêmica sobre a animação do feto – imediata ou retardada – teve largo curso na história da Igreja e, embora tenha, a final, prevalecido a tese da animação imediata (a união do corpo – como conseqüência da fecundação – com a alma – que se recebe de Deus – ocorre nesse primeiro momento) ⁴⁹, força é convir que a tese da animação retardada teve uma vigência cronológica superior e contou com o apoio, em diferentes épocas históricas, de pensadores religiosos como São Jerônimo, Teodoro, Santo Agostinho e, sobretudo, São Tomás de Aquino⁵⁰. São Tomás de Aquino "tem uma visão muito biológica da formação do feto: Deus introduz a alma somente quando o feto já adquiriu, gradativamente, primeiro, alma vegetativa e, depois, alma sensitiva. Apenas depois disso, em um corpo já formado, é criada a alma racional (Suma Teológica, I, 90) ⁵¹. O embrião só tem alma sensitiva (Suma Teológica, I, 76,2 e I, 118,2). Na Suma contra os Gentios (II,89), diz-se que existe uma gradação na geração 'por causa das formas

⁴⁸ **García-Velasco**, José Luis Ibáñez y, ob.cit., p. 144.

⁴⁹ De acordo com **Martinez**, Stella Maris, (ob.cit., p. 73), a teoria da animação imediata foi considerada herética pelo Papa Anastácio II, mas recebeu apoio do Papa Sixto VI e do Papa Inocêncio XI.

⁵⁰ Segundo **Eco**, Umberto (ob.cit.), "a posição de Tomás (que, ao longo dos séculos, a Igreja nunca negou expressamente, condenando, aliás, a oposta de Tertuliano) é a seguinte: os vegetais têm alma vegetativa que, nos animais, é absorvida pela alma sensitiva, enquanto nos seres humanos essas duas funções são absorvidas pela alma racional, que é o que dá ao homem o dom da inteligência e o torna *uma substância individual de natureza racional*".

⁵¹ São Tomás de Aquino, conforme **Dworkin**, Ronald, *El dominio de la vida*, Barcelona: Editorial Ariel, 1994, p.59, repelia a animação imediata porque "uma alma humana plena, que é essencialmente intelectual, não pode ser a forma de uma criatura que nunca teve a figura material necessária, nem sequer o mais rudimentar estágio de pensamento ou sensibilidade". **Joseph Donceel**, S.J., expressa essa idéia do modo seguinte: "se forma e matéria são estritamente complementares (...) pode haver uma alma humana real somente num corpo dotado dos órgãos necessários para as atividades espirituais do homem. Sabemos que o cérebro e, especialmente, o córtex são os órgãos principais dessas atividades sensitivas mais elevadas sem as quais não é possível atividade espiritual alguma".

intermediárias das quais vem dotado o feto desde o início até obter sua forma final'. É por isso que, no Suplemento à Suma Teológica (80,4), lê-se esta afirmação aparentemente revolucionária hoje: depois no Juízo Final, quando os corpos dos mortos ressurgirem para que a nossa carne também participe da glória celeste (quando, então, segundo Agostinho, reviverem na plenitude de sua beleza e complexidade adulta não só os nascidos mortos, como também os em forma humanamente perfeita, os enganados da natureza, os mutilados, os concebidos sem braços ou sem olhos), dessa 'ressurreição da carne' não participarão os embriões. Neles ainda não havia sido infundida a alma racional e, portanto, não são seres humanos" ⁵².

O empenho e a inflexibilidade com que a Igreja Católica defende, na atualidade, a animação imediata⁵³ – que não passa, em verdade, de um postulado religioso não demonstrado cientificamente, nem evidente por si mesmo – servem apenas para obstar que se visualize um passado religioso, era debatido em campo aberto e não se transformara ainda numa postura fundamentalista. Aliás, bem mais perigoso do que a *ditadura do relativismo*, é o fundamentalismo, que põe à mostra o rosto do fanatismo, isto é, a conduta de "quem procura a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso e ficando indiferente perante os enormes danos que a sua atuação provoca a milhões de seres humanos" ⁵⁵.

⁵² Eco, Umberto, ob.cit.

⁵³ Vale ressaltar com Guimarães, Ana Paula (ob. cit., p. 148) que "embora a Igreja tenha sido desde sempre um dos mais fortes pilares da política antiabortiva, a verdade é que nem sempre o aborto foi considerado reprovável. Quando assim o foi, a sanção impunha-se porque se considerava que através do aborto se pretendia ocultar um dos pecados capitais – a luxúria – e não precisamente porque se pretendesse defender uma vida, já que a função específica da sexualidade é a reprodução".

⁵⁴ Dworkin, Ronald (op.cit., p. 56) chama a atenção para a posição oficial da Igreja Católica, tomada há pouco mais de um século e acrescenta que "durante períodos consideráveis, se houve alguma opinião dominante dentro da hierarquia eclesiástica, esta foi exatamente a contrária: que o feto se converte numa pessoa não no momento da concepção, mas somente numa etapa posterior da gravidez, posterior, além disso, ao período durante o qual sucedem na atualidade quase todos os abortos".

⁵⁵ Hare, Richard, citado por Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.19.

intermediárias das quais vem dotado o feto desde o início até obter sua forma final'. É por isso que, no Suplemento à Suma Teológica (80,4), lê-se esta afirmação aparentemente revolucionária hoje: depois no Juízo Final, quando os corpos dos mortos ressurgirem para que a nossa carne também participe da glória celeste (quando, então, segundo Agostinho, reviverem na plenitude de sua beleza e complexidade adulta não só os nascidos mortos, como também os em forma humanamente perfeita, os enganados da natureza, os mutilados, os concebidos sem braços ou sem olhos), dessa 'ressurreição da carne' não participarão os embriões. Neles ainda não havia sido infundida a alma racional e, portanto, não são seres humanos" ⁵².

O empenho e a inflexibilidade com que a Igreja Católica defende, na atualidade, a animação imediata⁵³ – que não passa, em verdade, de um postulado religioso não demonstrado cientificamente, nem evidente por si mesmo – servem apenas para obstar que se visualize um passado de dezessete séculos⁵⁴, no qual a questão do aborto, do ponto de vista religioso, era debatido em campo aberto e não se transformara ainda numa postura fundamentalista. Aliás, bem mais perigoso do que a *ditadura do relativismo*, é o fundamentalismo, que põe à mostra o rosto do fanatismo, isto é, a conduta de "quem procura a afirmação de seus próprios princípios morais, deixando que estes ultrapassem os interesses reais das pessoas de carne e osso e ficando indiferente perante os enormes danos que a sua atuação provoca a milhões de seres humanos" ⁵⁵.

⁵² Eco, Umberto, ob.cit.

⁵³ Vale ressaltar com Guimarães, Ana Paula (ob. cit., p. 148) que "embora a Igreja tenha sido desde sempre um dos mais fortes pilares da política antiabortiva, a verdade é que nem sempre o aborto foi considerado reprovável. Quando assim o foi, a sanção impunha-se porque se considerava que através do aborto se pretendia ocultar um dos pecados capitais – a luxúria – e não precisamente porque se pretendesse defender uma vida, já que a função específica da sexualidade é a reprodução".

⁵⁴ Dworkin, Ronald (op.cit., p. 56) chama a atenção para a posição oficial da Igreja Católica, tomada há pouco mais de um século e acrescenta que "durante períodos consideráveis, se houve alguma opinião dominante dentro da hierarquia eclesiástica, esta foi exatamente a contrária: que o feto se converte numa pessoa não no momento da concepção, mas somente numa etapa posterior da gravidez, posterior, além disso, ao período durante o qual sucedem na atualidade quase todos os abortos".

⁵⁵ Hare, Richard, citado por Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.19.

b- Fecundação e o pacto de San José da Costa Rica

O art. 4º.1 do Pacto de San José da Costa Rica estatui que "toda pessoa tem o direito de que se respeite a sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado de vida arbitrariamente". Extraem alguns doutrinadores do referido dispositivo o entendimento de que se estabeleceu, em nível constitucional, a fecundação como sendo o momento a partir do qual a vida da pessoa humana deve ser penalmente tutelada.

Tal entendimento merece alguns reparos.

Em primeiro lugar, cabe verificar se se trata de norma de extrato constitucional. Sob esse ângulo, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, considerou que normas constantes de tratados internacionais estavam equiparadas a normas de direito interno e, portanto, tinham a configuração de normas infraconstitucionais. É verdade que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o § 3º no art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo que "os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais". É inquestionável que o Pacto de San José da Costa Rica se traduz numa convenção internacional sobre direitos humanos, mas sua aprovação se deu antes do novo § 3º do art. 5º, da CF. Não cabe, portanto, equiparar a regra do art. 4º.1, do Pacto de San José da Costa Rica à emenda constitucional. O argumento de que o novo § 3º do art. 5º da Constituição Federal poderia retroagir para atingir a convenção internacional já aprovada não tem razão de ser. Antes de tudo porque, para a atribuição de *status* de emenda constitucional, é necessário que as normas da convenção ou do tratado sobre direitos humanos sejam aprovadas, em *dois turnos*, em cada Casa do Congresso Nacional, por *quorum* qualificado, ou seja, *três quintos* dos votos. Ora, nenhum dos requisitos exigidos pelo novo cânon constitucional foi levado em conta na aprovação do Pacto de San José da Costa Rica. Nada obsta que se proceda, no futuro, a uma nova votação nas duas casas congressuais, o fim de que as normas dessa convenção, obedecidas as condições estabelecidas e respeitado o poder de iniciativa, se transformem em emendas constitucionais. No momento, no entanto, na linha de entendimento já expressado pela maioria dos membros do Supremo

Tribunal Federal, a regra do art. 4.1, do Pacto de San José da Costa Rica tem valor de preceito infraconstitucional.

Em segundo lugar, vale ressaltar que o art. 4.1, do Pacto de San José da Costa Rica não estabeleceu nenhum dever de criminalização ao Poder Legislativo dos Estados conveniados, ao dispor que a vida deve ser protegida desde o momento da concepção. A exigência dessa tutela não está adstrita, com exclusividade. Ao direito penal e, portanto, à figura típica do aborto⁵⁶. É sabido que o controle repressivo só deve atuar quando os demais controles sociais formais se revelem fragilizados ou inerciados, já que se trata da *ultima ratio* no arsenal do legislador. Há, inquestionavelmente, outros meios de proteção do momento da concepção, como "uma adequada política social de inclusão dos necessitados, a criação de aconselhamento psicológico às gestantes⁵⁷ ou mesmo a implantação de políticas voltadas ao planejamento da família" que "seriam alternativas à ampla proibição penal do aborto"⁵⁸. Vale ressaltar com Albin Eser que "a protecção efectiva da vida intra-uterina só é possível com a ajuda das grávidas e por isso dificilmente o será através de medidas penais repressivas que contra elas tem sido praticadas"⁵⁹. Assim, criar um estatuto jurídico próprio, em relação ao embrião ou ao feto – que não é coisa, nem pessoa – parece ser um procedimento recomendável nos termos do Pacto de San José da Costa Rica. Pretender a tutela penal a partir da concepção é algo, no entanto, que não decorre, de forma explícita, do texto do referido pacto.

⁵⁶ Karam, Maria Lúcia (*Proibições, crenças e liberdade: o debate sobre o aborto*, em *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, n. 13, no prelo) ressalta, com propriedade, que a "atuação do Estado na proteção da vida, como na proteção de quaisquer outros direitos fundamentais do indivíduo, longe está de necessariamente se fazer com a intervenção do sistema penal" (...) "Aqui basta constatar que o que os dispositivos garantidores da proteção de direitos fundamentais do indivíduo, constantes das declarações universais de direitos e das Constituições dos Estados democráticos, estão a ordenar ao Estado são intervenções positivas que criem condições materiais-econômicas, sociais e políticas para a efetiva realização daqueles direitos, o que, mesmo para quem ilusoriamente acredita na reação punitiva, não implica em intervenção do sistema penal".

⁵⁷Previne-se "a interrupção voluntária da gravidez graças a instrumentos, como o aconselhamento e apoio às grávidas que vão além da repressão penal. Trata-se de uma espécie de *estratégia do abraço*, como observa Koch, Hans Georg (*O princípio e o termo da vida, como problemas do direito da medicina* em *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 14, vls. 1 e 2 de janeiro/junho de 2004, p.158).

⁵⁸A citação provém da excelente dissertação de mestrado de Sarmiento, Paulo Henrique de Moraes, *Aborto: dos limites e da subsidiariedade do direito penal frente aos direitos fundamentais da mulher*, defendida na Universidade Metodista de Piracicaba e em vias de publicação.

⁵⁹ Eser, Albin, citado por Koch, Hans Georg, ob. cit., p.158, nota 27.

Em terceiro lugar, é imprescindível que se observe que o texto do art. 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica não atribuiu um caráter absoluto ao direito à vida tomando-se a concepção como inflexível ponto de partida da pessoa humana. Note-se, de pronto, que há uma restrição a relativizar tal direito. A expressão *em geral* constante do texto da referida convenção constitui, sem nenhuma margem de dúvida, uma válvula de escape através da qual se admite que, em situações determináveis, o direito à vida não pode, nem deve ser protegido desde a fecundação.

Por último, mesmo que se admita, em dessintonia com a posição majoritária dos membros do Supremo Tribunal Federal, que o art. 4.1 do Pacto de San José da Costa Rica tenha a força de norma constitucional, não se pode extrair de seu contexto a conclusão de que há perfeita equivalência entre o conceito de concepção e o conceito de pessoa humana. O artigo acima mencionado não se traduz numa definição constitucional sobre a questão, que, permanecendo em aberto, demanda outro nível de considerações. A concepção, como já foi anteriormente analisada (item 4.2.1) não passa de um momento do processo gradual de formação da vida. E esse processo se desdobra em diversos outros momentos – não necessariamente identificadores de vida humana –, que não autorizam, por isso, uma valoração jurídica uniforme da vida pré-natal. Antes, “é possível deduzir uma graduação nessa valoração e, em conseqüência, o ordenamento jurídico pode escalonar de forma coerente os mecanismos de proteção”⁶⁰. Mas, em lugar desses mecanismos de proteção ajustáveis a um processo biológico-evolutivo da vida, o que importa mais, como será enfatizado, em seguida (item 4.2.4), é o momento em que a mãe integra o embrião no seu projeto de vida, no seu próprio corpo, porque é a partir desse ato de vontade que a gestante cria a pessoa humana que passa a exigir tutela até mesmo de caráter penal. Não há, portanto, possibilidade de fusão entre os conceitos de concepção e de pessoa humana.

4.2.2 – Nidação

⁶⁰ Romeo Casabona, Carlos Maria, *Los delitos contra la vida y la integridad personal y los relativos a la Manipulación genética*, Granada, 2004, p.157.

A nidação é o termo final do processo de fixação do ovo na mucosa uterina da mulher, o que ocorre no décimo quarto dia a partir da fecundação. Para alguns autores, é aí que se inicia a vida humana porque, é nesse momento que o ser humano se individualiza⁶¹, não havendo mais oportunidade de ocorrer a segmentação embrionária⁶². Para tal individualização, é mister, no entanto, "que se dêem duas propriedades: a *unicidade* – qualidade de ser único – e a *unidade* – realidade positiva que se distingue de toda outra; quer dizer, ser um só" ⁶³. Com a nidação, a formação celular também "adquire transcendência, ou seja, entra em contato com outro indivíduo da espécie, estabelecendo com o mesmo – sua mãe – uma relação de alteridade". Além disso, sem a implantação, "o zigoto não encontra desenvolvimento pleno, sendo certo que, mantido num meio de cultivo, ou freia o seu desenvolvimento ao chegar ao estágio de trinta blastômeros⁶⁴, ou se divide de forma indefinida até alcançar uma mola de grande tamanho, mas sem lograr maior diferenciação" ⁶⁵.

Vale ressaltar, por fim, que todo o processo biológico que se finaliza com a nidação, ou seja, com a implantação do ovo na parede do útero é uma comprovação da teoria da gradualidade, em detrimento da teoria da instantaneidade⁶⁶. Destarte, se se considera existir vida humana a partir da nidação, e não da fecundação, o uso de anticoncepcionais destinados a impedir a fecundação ou a própria implantação do zigoto não pode ter enquadramento punitivo⁶⁷.

⁶¹ A equação *vida humana* (quando esta se considera produzida) = *ser humano individualizado* é enfatizada no Relatório Palácios, informe da *Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humana*, 1986, p.36.

⁶² Sobre a teoria da segmentação, vide Martínez, Stella Maris, ob.cit., pp.80/81.

⁶³ Lacadena, Juan Ramón, ob. cit., p.37.

⁶⁴ Houaiss, Antônio (ob. cit., p.467) define blastômero como "qualquer uma das várias células resultantes das divisões iniciais do zigoto, que formam as fases do embrião denominadas de mórula e de blástula"

⁶⁵ Martínez, Stella Maris, ob.cit., p. 85.

⁶⁶ García-Velasco, José Luis Ibañez y (ob.cit., p. 162) observa que o número de abortos espontâneos ou seletivos, na Espanha, antes da nidação é da ordem de 600.00, por ano. "Para a teoria da gradualidade seria uma simples etapa biológica de seleção natural do zigoto-organismo vivo, mas não ser humano formado; para a teoria da instantaneidade, que se traduz na humanização imediata do zigoto de um dia, significaria a perda espontânea anual de 600.000 seres humanos, por estarem dotados, desde o primeiro dia da fecundação, de alma, corpo e vida humana plenos".

Mas, ainda que se admita que a nidacão no útero materno atribua ao produto da fecundação as duas características relevantes da unicidade e da unidade e torne impossível qualquer forma de segmentação, nem por isso se pode concluir pela presença de uma vida humana plena. A nidacão é “apenas um estágio do processo paulatino de corporização e hominização; a comprovação do caráter gradual e não instantâneo de formação do ser humano; é uma fase obrigatória, mas não suficiente. Não há confundir, portanto, vida humana na sua plenitude, com um processo biológico que é comum ao próprio animal”⁶⁸.

4.2.3 – Atividade cerebral

“O início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, com a constituição dos hemisférios cerebrais (a denominada telencefalização), no terceiro mês de gravidez, permitirá distinguir o organismo vivo humano do organismo dos demais primatas e só então poderá cogitar-se de um processo biológico convocado a converter-se numa vida humana, isto é, uma vida com características próprias e atributos da espécie humana”⁶⁹. A atividade elétrica do encéfalo provoca uma mudança qualitativa no

⁶⁷ **Figueiredo Dias, Jorge de** (*Comentário Conimbricense ao Código Penal*, Parte Especial, Tomo 2, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.172) adverte que se reduz hoje “a declaração meramente simbólica a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez, nos primeiros tempos desta, seguramente nas primeiras quatro semanas. Num tempo em que se fabricam e se administram a chamada *after-morning pill*, os dispositivos intra-uterinos destinados a impedir a nidacão, os antiprogestagênicos (a antiprogesterona ou, mais especificamente, o RU486 ou Nifepristona) e determinados análogos das prostaglandinas, a manutenção da punibilidade durante aquele prazo revela-se de concretização judicial praticamente impossível, totalmente ineficaz, e portanto absolutamente desnecessária do ponto de vista de protecção do bem jurídico e, nesta medida sim, porventura inconstitucional”. Já **Guimarães, Ana Paula** (ob. cit., p.154, n.363), de modo um tanto incoerente, com sua aceitação da teoria da animação instantânea, assevera que a ausência de tutela penal “fica a dever-se a razões de outra ordem. São razões de eficácia que justificam a tutela penal da vida humana apenas a partir da nidacão pois, como sabemos, os anticoncepcionais normalmente utilizados como meio de regulação da natalidade têm por efeito ou impedir a concepção, ou impedir a implantação do embrião. Proteger penalmente a vida desde a concepção equivaleria a sancionar condutas que fazem parte do quotidiano, como a utilização de dispositivos intra-uterinos e das “pílulas da manhã seguinte”.

⁶⁸ Relatório mencionado na nota n.26. **García-Velasco, José Luis Miguel y** (ob.cit., p.161) enfatiza que “tampouco a nidacão do óvulo fecundado no útero parece acrescentar algo relevante de forma a determinar o começo da vida humana. Os que assim pensam (...) confundem vida humana com o processo biológico animal e vêem, em qualquer fenómeno biológico, a própria vida humana”.

processo puramente biológico da vida e estabelece os primeiros níveis de comunicação que dão identidade à pessoa humana. O registro desses sinais, detectáveis por meio de eletro encefalograma, revelaria o aparecimento da pessoa.

Em reforço desse posicionamento, alguns autores estabelecem como pólos do fluir vital, de um lado, o despertar cerebral e, de outro, o silêncio cerebral. Tem-se entendido que o momento de cessação da atividade cerebral marca, de modo determinante – embora possa ser possível a manutenção de algumas funções vitais – o findar da vida humana, em face da irreversibilidade dessa cessação. Se “a medida que se aceita na atualidade para determinar a morte de um ser humano é a presença de um eletro encefalograma plano, quer dizer, a cessação da atividade cortical superior, não parece haver razão suficiente para não adotar igual posicionamento para considerar que, embora em formação, a vida humana já começou”⁷⁰. Deste modo, em sentido inverso, o início da atividade cerebral teria o significado do principiar da “*humanidade* de um ser vivo”⁷¹.

A relação de igualdade lógica entre os dois momentos – o início e o fim da vida humana – não é, contudo, acolhida por outros doutrinadores na medida em que entendem ser tais momentos conceitualmente diversos. “Não é comparável o caso da morte cerebral, onde se detecta uma suspensão irreversível da função, com o do embrião onde essa emissão elétrica é a culminação do processo de formação do sistema nervoso central, desenvolvimento inequivocamente iniciado com o aparecimento do sulco neural”⁷². O critério aproximativo das duas realidades – vida e morte – mostra-se inaceitável, apesar de inexistir em ambas atividade elétrica cerebral. É que “enquanto numa a cessação da atividade cerebral significa o fim de uma atividade vital, no embrião

⁶⁹ Relatório mencionado na nota n.26. Nesse sentido, manifesta-se também García-Velasco, José Luis Miguel y (ob.cit., p.163), ao ressaltar que “apenas o início da atividade cerebral, ao nível cortical superior, pode ser considerado como sinal distintivo do puramente animal, mas, inclusive a partir deste momento, que se inicia no terceiro mês de gravidez, é que poderá chamar-se de um processo biológico que está convocado a converter-se em vida humana independente. Mas ainda não o é”.

⁷⁰ Queralt Jiménez, Joan Josep, ob. cit., p.43.

⁷¹ Lorenzo Copello, Patricia, *El aborto no punible*, Barcelona:Bosch, 1990, p.83.

⁷² Martinez, Stella Maris,, ob. cit., p. 87.

significa que ainda não se manifestou a potencial atividade elétrica do cérebro que representa a formação do sistema nervoso central”⁷³.

A questão torna-se mais complexa quando é posto em xeque o critério da morte cerebral e se busca, em substituição, identificar a morte através do critério da morte neo-cortical, isto é, se abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e se prioriza, em seu lugar, outros aspectos (entre os quais o da comunicação), como expressão de identidade da pessoa. A vida humana só deve ser protegida se ela contém, ao menos, “potencialidade para as relações humanas”⁷⁴. A vida em formação deve ser, portanto, reconhecida, como vida humana, quando o embrião tiver capacidade de intercambiar comunicações com sua própria mãe e ser por ela aceito como filho, o que, efetivamente, tem condições de ocorrer até doze semanas (três meses) desde a fecundação. De qualquer modo, “enquanto não se demonstrar *cientificamente* a existência da vida humana (...), exigir responsabilidade penal pelo *aborto*, é pôr o direito penal a serviço de concepções ideológicas que se fundamentam em especulações. E especulações são a tradição teológica sobre a animação do feto (que, por sinal, acontecia antes no masculino do que no feminino), tradição que, com idêntica base científica – quer dizer, nenhuma –, mudou de posicionamento a respeito da aparição da alma (= a condição humana para os crentes) no feto, colocando-a no mesmo instante da concepção”⁷⁵.

4.2.4 – Compromisso relacional: mãe/filho

Qualquer dos marcos postos em destaque, como começo da vida humana – fecundação, nidadação ou atividade cerebral – provoca, de imediato, reações contrastantes, de mão e de contramão, dificultando sobremaneira uma tomada de posição, tantos são os argumentos numa e noutra direção. Nenhum posicionamento está livre de ser analisado,

⁷³ Guimarães, Ana Paula, ob.cit., p. 159. Martínez, Stella Maris manifesta-se também contrária à adoção do critério de equivalência entre o despertar cerebral e o silêncio cerebral, não sendo razoável a transferência para o embrião do critério da morte cerebral, uma vez que não seria pertinente proclamar a qualidade de pessoa “a uma criatura vivente muito menos evoluída, que não possui ainda nem sequer os princípios do órgão suscetível de emitir tais impulsos”.

⁷⁴ Mc Cormick, Richard, citado por Hooft, Pedro Federico, *Anencefalia e interrupción del embarazo: una vision integradora a la luz de la Bioética y dos Derechos Humanos*, em *Bioética y Derecho*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p.377.

⁷⁵ Queralt Jiménez, Joan Josep, ob. cit., p.44.

sob as mais variadas perspectivas e nessa análise, não faltam toques fundamentalistas, que não suportam a mais leve restrição, ou mesmo argumentos brandidos como artigos de fé, aos quais a razão não tem acesso. Desalojar essas interferências é tarefa inglória. Bem por isso, para fugir dessa situação de difícil deslinde, parece mais adequado que se aparte, para a determinação do conceito de começo de vida, tanto de uma visão estritamente concepional como de uma postura de caráter biológico-evolucionista⁷⁶. Para isso, é mister que sejam postas algumas premissas que poderão dar suporte a um novo conceito de começo de vida que não se amarre aos critérios já explicitados.

Em primeiro lugar, as inovações tecnológicas, que acompanharam a segunda metade do século vinte e invadiram os anos iniciais do século vinte e um, provocaram uma verdadeira revolução no que se refere à reprodução humana que, de um processo absolutamente natural, regido “pelo acaso ou pela imprevisibilidade” se tornou “uma função biológica programável”⁷⁷.

Em segundo lugar, a precocidade do diagnóstico pré-natal que permitiu uma ampla antecipação de problemas eventualmente detectados no processo de gestação e as sempre renovadas técnicas de reprodução humana, com uma sofisticação cada vez maior, para a concepção da vida em laboratório, propuseram vários questionamentos para os quais são exigíveis decisões pessoais, sobretudo, da mulher grávida ou em vias de engravidar-se, o que lhe atribui uma margem bem mais ampla de liberdade, como autodeterminação de sua vontade.

⁷⁶ Kottow, Miguel (op. cit., p.32) observa, com precisão absoluta, que “tanto a visão concepional como a evolutiva não lograram estabelecer de forma convincente o começo da vida humana e o início da vida pessoal caindo, pois, em falácias naturalistas que concluem valorações morais com base em dados biológicos arbitrariamente selecionados. Destacar a concepção como o início do ser humano em toda a sua integridade significa homologar um zigoto como uma pessoa, recorrendo a um entendimento frágil de potencialidade e relegando a um segundo plano todos os demais elementos necessários para a ontogênese humana e pessoal, desde a mãe e o processo fisiológico da gestação até as diversas etapas de socialização. A perspectiva evolutiva, por sua vez, gera descrições de desenvolvimento às quais espúria e arbitrariamente se concede o *status* moral, mas carece de argumentos convincentes para afirmar que a aparição da crista neural, por exemplo, seja o sinal mais valioso de humanidade do que algum outro aspecto do desenvolvimento embrionário ou fetal, e antes de tudo, não justifica conceder às pessoas um valor moral superior ao dos seres humanos de racionalidade deficiente”.

⁷⁷ Kottow, Miguel, ob. cit., p.37.

Em terceiro lugar, as “transformações sociais, tais como a fragmentação da família, o nascimento de filhos na ausência de vínculos matrimoniais ou de casais, a inserção da mulher no trabalho, o precário apoio popular para o cuidado e a educação das crianças, além de outros fatores, geraram o desejo de determinar quando se terá filhos e quantos”⁷⁸.

Em quarto lugar, o pensamento feminista pôs em destaque a importância que representa, para a mulher, a tutela de seu próprio corpo. “A autodeterminação da maternidade, por exemplo, antes que uma liberdade de abortar, é uma liberação desse tipo de servidão pessoal que se apresenta na obrigação da mulher de ser mãe e na instrumentalização de seu corpo para um fim que não é seu porque não é querido. Trata-se, em resumo, de uma liberdade do corpo, no sentido já recordado na definição de Mill da liberdade como soberania de cada um sobre seu próprio corpo e sobre sua própria mente, e a máxima kantiana segundo a qual nenhum ser humano pode ser tratado como coisa. Pois o corpo feminino foi durante muito tempo e ainda hoje, em relação a múltiplas questões, continua sendo uma *coisa*, um *objeto* em lugar de um sujeito de direito ou de direitos. E, portanto, a afirmação da liberdade feminina consistiu no passado e consiste ainda hoje antes de tudo numa luta de liberação dos corpos das mulheres”⁷⁹.

Em quinto lugar, o princípio da separação entre direito e moral⁸⁰ permite “a única convenção que torna compatível a tutela do feto e, em geral, do embrião como pessoa potencial, e a tutela da mulher precisamente porque, sendo pessoa, não pode ser tratada (...) como um

⁷⁸ Kottow, Miguel, ob. cit., p.37.

⁷⁹ Ferrajoli, Luigi, Prólogo ao livro de Pitch, Tamar, *Un derecho para dos. La construcción jurídica de Género, Sexo y Sexualidad*, Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp.13/14.

⁸⁰ Mathieu, Lillian (*Les repères pour une sociologie des croisades morales*, em *Déviance e Société*, Genebra: Centre National de la Recherche Scientifique) chama a atenção sobre a concepção hierarquizada entre normas morais e normas jurídicas, segundo Christine Boutin: “Eu estou a serviço da vida, portanto, contra o aborto. E a Igreja, neste domínio, refere-se a uma lei natural que, de fato, se impõe a todos. Aos católicos, como aos não-católicos”. E acrescenta a manifestação de Xavier Dor, fundador de uma associação anti-abortista: “Deve-se afirmar o reino social de Nosso Senhor Jesus Cristo. Certamente, ele não é deste mundo, nem segundo este mundo. Ele é além deste mundo, antes e depois dele, mas também nele e isto de maneira superior porque o filho do homem se encarnou: seu domínio é o das almas e o das instituições, estas guiando àquelas”.

meio para fins alheios: a convenção segundo a qual o embrião é merecedor de tutela *se e só quando* pensado e desejado⁸¹ pela mãe, como pessoa”⁸².

Por último, um Estado Social e Democrático de Direito, como o Brasil, tem caráter laico e não está subordinado a nenhuma religião e, por isso, “não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem seu atuar. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que ‘favorece a igualdade entre os crentes e os não-crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais’. Transpor esse muro seria, como afirma Walzer citando Locke, ‘revolver o céu com a terra’; mesclar dimensões que não têm um processo tranqüilo de acomodação e correr o risco da própria tirania na medida em que se objetiva impor aos não-crentes os parâmetros de conduta religiosa própria dos crentes”⁸³.

Todos esses argumentos confluem para uma conclusão: a vida humana não está inserida no zigoto, nem pode ser reconhecida nas diversas etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente no momento em que se estabeleça efetivamente o nexo ou a relação mãe/filho, isto é, quando a mãe incorpora “a vida humana dependente ao próprio projeto de vida”⁸⁴ ou, dito de forma mais explícita ainda, quando a mãe “por ato de vontade” confere ao embrião “o valor de pessoa”, portanto, quando “*cria a pessoa*”. “A procriação é um ato criativo, como

⁸¹ Maturana, H.R., citado por Kottow, Miguel (ob. cit., pp.34/35), ressalta que “a humanização do embrião ou feto não é um fenômeno que tenha lugar como parte de seu desenvolvimento, mas sim se inicia quando a gravidez começa a ser um estado desejado pela mãe e esta se desdobra em seu sentir e reflexão, dando origem em seu ventre a um ser que tem um nome e um futuro”.

⁸² Ferrajoli, Luigi, *A questão do embrião entre o direito e a moral*, em Revista do Ministério Público, ano 24, n.94, abril/junho de 2003, pp.9/30.

⁸³ Franco, Alberto Silva, *Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, em Revista dos Tribunais, vol. 833, Março de 2005, p. 412. As citações entre aspas simples provieram de Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, trad. Heriberto Karam, Maria Lúcia (ob. cit., no prelo).

⁸⁴ Kottow, Miguel, ob.cit. p.34.

o *fiat lux*: fruto não só de um processo biológico, mas também de um ato de consciência e de vontade. Com ela a mãe dá não só o corpo, mas também a forma de pessoa ao nascituro, pensando-o como filho. Por outras palavras: se é verdade que, para nascer, o embrião precisa da (decisão da) mãe, então essa decisão muda a sua natureza, fazendo dele uma (futura) pessoa”⁸⁵.

Não merece acolhida o argumento de que seria “desastrosa”⁸⁶ a definição de começo de vida humana a partir do compromisso relacional mãe/filho em razão de não estar fixado, no tempo, o momento em que deve ser exercido o ato de vontade da mãe assumindo o projeto existencial do filho. Como enfatiza Luigi Ferrajoli três meses a partir da concepção bastam para que a mãe atribua ao filho a qualidade de pessoa. “Não porque três meses signifiquem algo no plano biológico, mas apenas porque representam o tempo necessário e suficiente para permitir a mulher tomar uma decisão: para consentir o exercício da liberdade de consciência, ou seja, a autodeterminação moral da mulher e também a sua dignidade como pessoa”⁸⁷. Além disso, vale acentuar com Miguel Kottow, que “uma vez aceita a gravidez e iniciada a relação mulher-mãe com o embrião-filho, começa também o cuidado dos interesses do filho e sua proteção por parte da mãe. Se esta proteção pudesse ser arbitrariamente revogada, não seria legítima proteção porque um aborto procurado posteriormente à aceitação da gravidez constitui uma ocisão dificilmente escusável. A exceção será possível se após assumir a gravidez, a mãe ou o filho sofram um processo que põe em risco sua capacidade de viver. Nesse caso, é legítimo desvincular a relação de proteção já que as circunstâncias determinaram que tal vínculo está destinado a não ser viável”⁸⁸.

5 – A FIGURA TÍPICA DO ABORTO

Embora o aborto faça parte do rol de tipos compreendidos entre os crimes contra a vida, é necessário que se trace uma linha demarcatória bem visível entre ele e o homicídio. Não há confundir os dois bens jurídicos tutelados. De um lado, a vida humana intra-uterina. De outro, a vida

⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p.16.

⁸⁶ Sarmento, Paulo Henrique de Moraes, Vide nota 57.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi ob. cit., p.15.

⁸⁸ Kottow, Miguel, op. cit., p.35.

humana fora do ventre materno. Essas diferenças encontram ressonância na extrema diversidade do *quantum* punitivo cominado para uma e outra dessas figuras criminosas e, ainda, no fato de que o aborto não admite a modalidade culposa. Ademais, há uma peculiaridade especial no aborto, ou seja, a circunstância de ocorrer uma *duplicidade na unidade*: a mulher (autora ou vítima) é portadora do bem jurídico (vida intra-uterina) e, ainda, titular de direitos próprios⁸⁹.

A legislação penal brasileira não definiu, de forma expressa e pormenorizada, o tipo objetivo do aborto, ou seja, os elementos configuradores deste fato criminoso. *Provocar* (item 1) é o verbo indicador da ação criminosa e se trata de verbo comum aos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal. Como tal, *provocar* não se traduz, numa conduta carregada de ilicitude, como seria o caso dos verbos *matar*, *subtrair*, *caluniar*, *injuriar*, etc. e, por isso, exige complementação. Destarte, a estrutura típica só se torna definível com a referência explícita ao objeto direto do comportamento criminoso, ou seja, ao vocábulo *aborto*⁹⁰, cuja área de significado e de extensão deve ser preenchida logicamente a partir da configuração do bem jurídico tutelado. Cuida-se, aqui, de elemento normativo do tipo e, portanto, necessitado de valoração. A esses dados tipológicos, acrescentam-se, no auto-aborto, a mulher grávida como sujeito ativo e, nas demais hipóteses, a mulher gestante, enquanto concorda ou dissente das manobras abortivas.

Como deve ser axiologicamente completada, a noção jurídica de aborto não pode ser encerrada numa espécie de moldura fixa, ou seja, numa prisão conceitual. O elemento normativo do tipo comporta sempre espaços livres que permitem alargar ou restringir a área de delimitação do conceito, de acordo com compreensão a ele emprestada pelo intérprete ou pelo julgador. É evidente que não se trata, no caso, de puro arbítrio interpretativo. Fatores culturais, os dados sociais, o processo biológico de desenvolvimento embrionário, as inovações tecnológicas no campo da biomedicina, os diagnósticos pré-natais idôneos a identificar

⁸⁹ **Damião da Cunha, J.M.**, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.149).

⁹⁰ **Marques, José Frederico** (*Tratado de Direito Penal - Parte Especial - vol. 4*. São Paulo: Edição Saraiva, 1961, p. 149) adverte que "a conduta delituosa que no tipo se encerra é descrita como provocar aborto; e para a sua elucidação cabal e exata, necessário se torna, como é óbvio, que se fixe a noção jurídica de aborto. Isto significa que nos diversos tipos sobre o crime de aborto, formula o juiz uma apreciação de valor para dar o conceito de aborto - o que constitui, como fala Mezger, juízo de valor não genuíno ou impróprio, destinado à integração do tipo".

antecipadamente problemas no curso da gestação, etc. são alguns elementos que podem decididamente influir no conceito jurídico de aborto. Ao empregar a palavra *aborto*, na construção tipológica, o legislador penal aludiu à interrupção da gravidez e à morte do embrião ou do feto, mas não definiu explicitamente o momento a partir do qual é reconhecível vida humana que pode ser interrompida por manobra abortiva. Sob esse ângulo, o legislador foi omissivo e criou, para o conceito jurídico de aborto, margens de indefinição que exigem complementação. E essa complementação pode ser feita em diversas direções.

No direito penal brasileiro, são detectáveis diferentes posicionamentos. A maior parte dos penalistas, manifesta-se no sentido de haver vida humana e, portanto, tutelável pelo direito penal a partir da concepção. Nesse sentido, Nelson Hungria⁹¹ asseverou que, "o código ao incriminar o aborto, não distingue entre óvulo fecundado, embrião ou feto: interrompida a gravidez, antes de seu termo normal, há o crime de aborto. Qualquer que seja a fase da gravidez (desde a concepção até o início do parto, isto é, até o rompimento da membrana amniótica) provocar sua interrupção é cometer o crime de aborto". No mesmo sentido, Aníbal Bruno⁹², Euclides Custódio da Silveira⁹³, Cezar Roberto Bitencourt⁹⁴, José Henrique Pierangeli⁹⁵, Paulo José da Costa Junior⁹⁶ e Álvaro Mayrink da Costa⁹⁷.

Em outra direção, encaminha-se o entendimento de Heleno Cláudio Fragoso: "a lei não especifica o que se deva entender por *aborto*,

⁹¹ Hungria, Nelson, *Comentários ao Código Penal*, 2ª. ed., vol. 4, Rio de Janeiro: Forense, 1953, p.277.

⁹² Bruno, Aníbal, *Direito Penal— Parte Especial*, tomo 4, Rio de Janeiro: Editora Forense, 1966, pp.161/162.

⁹³ Silveira, Euclides Custódio, *Crimes contra a pessoa*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973, p.19.

⁹⁴ Bitencourt, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, vol. 2, São Paulo:Edição Saraiva, 2001, p.157.

⁹⁵ Pierangeli, José Henrique, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 111.

⁹⁶ Costa Junior, Paulo José da, *Código Penal Comentado*, 8ª. ed., São Paulo:DPJ, 2005, p.388.

⁹⁷ Costa, Álvaro Mayrink da, *Direito Penal— Parte Especial*, 5ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001, pp. 181/182.

que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto”⁹⁸. No mesmo sentido, ressalta Luiz Regis Prado que “o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno. Destarte, o aborto tem como limite mínimo necessário para sua existência a *nidação*, que ocorre cerca de quatorze dias após a concepção”⁹⁹. De igual parecer, Rogério Greco: “temos a *nidação* como termo inicial para a proteção da vida, por intermédio do tipo penal de aborto. Portanto, uma vez implantado o ovo no útero materno, qualquer comportamento dirigido finalisticamente no sentido de interromper a gravidez, pelo menos à primeira vista, será considerado aborto (consumado ou tentado)”¹⁰⁰. Na mesma linha de direção, vai Celso Delmanto, ao salientar que “a vida se inicia quando o ovo é implantado no útero materno”¹⁰¹.

Já, no Relatório formulado pela Primeira Subcomissão para a feitura do Esboço de Projeto da Parte Especial do Código Penal, ficou consignado que a vida é “um acontecer gradual e segmentado, um processo biológico dinâmico que representa a soma de períodos relativos” e que somente “a partir do despertar cerebral, surge na sua inteireza a pessoa humana, como titular do direito individual à vida e merecedora, portanto, de tutela constitucional penal”¹⁰².

⁹⁸ **Fragoso**, Heleno Cláudio, *Lições de Direito Penal – Parte Especial*, 4ª.ed., São Paulo: José Bushatsky, 1977, p. 362.

⁹⁹ **Prado**, Luiz Regis, *Curso de Direito Penal Brasileiro*, Parte Especial, vol. 2, 4ª. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, pp.109/110.

¹⁰⁰ **Greco**, Rogério, *Curso de Direito Penal*, Parte Especial, vol. 2 Niterói: Editora Impetus, 2005, p.271. Também no sentido de que é na nidação que se reconhece o momento inicial do conceito de vida humana, **Franco**, Alberto Silva, *Aborto por indicação eugênica em Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992, pp.80/108. Tal posicionamento já sofreu, contudo, mudança em, manifestação posterior: *Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*, em *Revista dos Tribunais*, 2005 vol. 833.

¹⁰¹ **Delmanto**, Celso *et alii* Código Penal Comentado, 6ª. ed., Rio de Janeiro: Edição Renovar, 2002, p.268.

¹⁰² Vide nota n.26.

Destarte, no direito penal brasileiro, o conceito de aborto não se traduz num círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere; ao contrário, trata-se de tipo que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição, não apenas jurídica, que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada. Há, portanto, na noção de aborto, espaços que demandam preenchimento e a doutrina brasileira trouxe à baila os posicionamentos referentes à visão concepional e à perspectiva biológico-evolutiva que já foram objeto de consideração em itens anteriores. O único posicionamento até agora não incluído refere-se ao do compromisso relacional mãe/filho.

6 – PONTO NUCLEAR: HAVERÁ, NO ABORTO, DIREITOS FUNDAMENTAIS EM CONFLITO?

No aborto, o princípio do direito à vida é posto em jogo, mas, nesse mesmo jogo, confronta-se com outros princípios fundamentais de igual valor, ou seja, os direitos constitucionais da mulher: o direito à liberdade, sob o ângulo da autodeterminação da maternidade e o direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação, e todos esses direitos remetidos ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Como equacionar direitos fundamentais em situação de enfrentamento?

6.1 – Direitos fundamentais em oposição: regras de harmonização.

Nos ordenamentos constitucionais da modernidade, convivem princípios jurídicos e regras jurídicas. Os princípios ou direitos fundamentais, positivados ou não¹⁰³, representam o conjunto de valores que dão fundamento à Constituição. Ou dito de forma mais precisa, “espelham a ideologia da sociedade, seus postulados básicos, seus fins. Os princípios dão unidade e harmonia ao sistema, integrando suas diferentes partes e atenuando tensões normativas”¹⁰⁴.

¹⁰³ A existência de princípios não positivados restou evidente no texto do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, onde ficou consignado que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela dotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

¹⁰⁴ Barroso, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, em *Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.1/48.

E servem também como guias de orientação para o intérprete. Por sua vez, as regras são proposições de caráter normativo, descritivas de condutas. "Por exemplo, a cláusula constitucional que estabelece a aposentadoria compulsória por idade é uma regra. Quando o servidor completa setenta anos, deve passar à inatividade, sem que a aplicação do preceito comporte maior especulação. O mesmo se passa com a norma constitucional que prevê que a criação de uma autarquia depende de lei específica" ¹⁰⁵.

Princípios e regras apresentam ainda diversidade de estrutura quer no que tange à explicitação dos fins objetivados, quer no que se refere aos efeitos que pretendem produzir. Assim, quanto à primeira diversidade, "as regras descrevem comportamentos, sem se ocupar diretamente dos fins que as condutas descritas procuram realizar", ao passo que os princípios "estabelecem estados ideais, objetivos a serem alcançados, sem explicitarem necessariamente as ações que devem ser praticadas para que esse fim seja alcançado" ¹⁰⁶.

Por fim, quanto à forma de aplicação ¹⁰⁷, "as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma do *tudo ou nada* ("all or nothing"). Se os fatos nela previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos. Uma regra somente deixará de incidir sobre a hipótese de fato que contempla, se for inválida; se houver outra mais específica ou se não estiver em vigor". Já, "os princípios contêm, normalmente, maior carga normativa, um fundamento

¹⁰⁵ Barroso, Luis Roberto, ob.cit.,p.31.

¹⁰⁶ Barcellos, Ana Paula de, *Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional*, em *Nova Interpretação Constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.49/118.

¹⁰⁷ Na nota n. 61 do artigo de Barroso, Luis Roberto (ob.cit.,p.31), ficou consignado, com base em Alexy, Robert que "as regras veiculam *mandados de definição*, ao passo que os princípios são *mandados de otimização*. Por essas expressões se quer significar que as regras (*mandados de definição*) tem natureza bi-unívoca, isto é, só admitem duas espécies de situação, dado seu substrato fático típico: ou são válidas e se aplicam ou não se aplicam por inválidas. Uma regra vale ou não vale juridicamente. Não são admitidas gradações. A exceção da regra ou é outra regra, que invalida a primeira, ou é a sua violação. Os princípios se comportam de maneira diversa. Como *mandados de otimização*, pretendem eles ser realizados da forma mais ampla possível, admitindo, entretanto, a aplicação mais ou menos intensa de acordo com as possibilidades jurídicas existentes, sem que isso comprometa sua validade. Esses limites jurídicos, capazes de restringir a otimização do princípio, são (i) opostos que excepcionam em algum ponto e (ii) outros princípios da mesma estatura e ponderação".

ético, uma decisão política relevante e indicam uma determinada direção a seguir. Ocorre que, em uma ordem pluralista, existem outros princípios que abrigam decisões, valores ou fundamentos diversos, por vezes contrapostos. A colisão de princípios, portanto, não é só possível, como faz parte da lógica do sistema, que é dialético. Por isso, a sua incidência não pode ser posta em termos de *tudo ou nada*, de validade ou invalidade”¹⁰⁸. Equaciona-se o conflito entre os princípios constitucionais, através da técnica da ponderação. Por ela, “procura-se estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos. Como não existe um critério abstrato que imponha a supremacia de um sobre o outro, deve-se, à vista do caso concreto, fazer concessões recíprocas, de modo a produzir um resultado socialmente desejável, sacrificando o mínimo de cada um dos princípios ou direitos fundamentais em oposição. O legislador não pode, arbitrariamente, escolher um dos interesses em jogo e anular o outro, sob pena de violar o texto constitucional” (...) “Não há, aqui, superioridade formal de nenhum dos princípios em tensão, mas simples determinação de solução que melhor atende o ideário constitucional na situação apreciada”¹⁰⁹.

6.2 – Perspectiva concepcional (fecundação) ou perspectiva biológico-evolutiva (nidação e atividade cerebral)

Examinada a temática do aborto, sob qualquer das perspectivas mencionadas, não se pode fugir a uma resposta positiva sobre eventual conflito entre direitos fundamentais. Tais direitos, chamados à colação, estão em rota de colisão e não se acomodam, à primeira vista, num espaço de composição. Mas, como já foi anteriormente lembrado (item 6.1), o conflito entre direitos fundamentais não se equaciona com base na regra do *tudo ou nada*, pois um direito fundamental não deixa de existir se contrastado por outro da mesma categoria. Saber com que peso cada um deles deve atuar na faixa de atrito constitui, portanto, o único instrumental em condições de, sem sacrificar totalmente um desses direitos, obter a solução desejável.

¹⁰⁸ Barroso, Luis Roberto, *O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, em **Direitos Humanos e Globalização. Fundamentos e Possibilidades desta Teoria Crítica**, Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, pp.293/326.

¹⁰⁹ Barroso, Luis Roberto, *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*, em **A Nova Interpretação Constitucional**, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp.32/33.

Não há dúvida de que, na hipótese do aborto, um dos direitos fundamentais em jogo é o direito à vida, direito esse que está visceralmente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo ambos o motor de arranque capaz de dar suporte a outros direitos fundamentais. Já se pôs em destaque o caráter constitucional da inviolabilidade do direito à vida (item 4) e já se considerou que a tutela constitucional concedida ao direito à vida da pessoa humana se estende também à vida intra-uterina, embora os níveis de proteção penal sejam diversificados em relação à vida humana independente e à vida humana dependente (item 4.1). Discutiu-se, por outro lado, se havia sobreposição entre os conceitos de vida biológica e de vida humana na fecundação (item 4.2.1), ou se a vida humana só seria detectável na nidacão (item 4.2.2) ou na atividade cerebral do embrião (item 4.2.3).

A esses questionamentos sobre o direito à vida, contrapõem-se os direitos constitucionais da mulher, os quais, do ponto de vista axiológico estão no mesmo degrau do direito à vida. E quais direitos constitucionais da mulher estão sendo violados com a ampla incriminação do aborto?

Antes de tudo, o direito inviolável à liberdade (art. 5º, *caput*, da Constituição Federal) compreendida como liberdade positiva, isto é, a de "reger-se por si mesmo, de ser o próprio dono"¹¹⁰. Sob esse ângulo, no campo da liberdade pessoal está contida a liberdade sexual, "que compreende não apenas a faculdade de ter ou não relações sexuais e com quem, mas também a liberdade de ter relações sexuais desprovidas de todo propósito procriador"¹¹¹. E inclui-se, ainda, nessa liberdade sexual, o direito da mulher à autodeterminação sobre seu próprio corpo, em matéria de maternidade. Depois, vem o direito da mulher à igualdade— direito inviolável e abrigado pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*)—, na medida em que a penalização do aborto a reduz à condição de instrumento da procriação, em evidente desigualdade em

¹¹⁰ Vives Antón, Tomás S., *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 393. Expressando o discurso da liberdade positiva, Berlin, Isaiah, citado por Vives-Anton, afirma: "desejo que minha vida e minhas decisões dependam de mim mesmo, não de forças externas de nenhum tipo. Quero ser o instrumento de meus próprios atos de vontade, e não dos atos de outros homens. *Quero ser um sujeito, não um objeto*; mover-me por razões, por propósitos conscientes próprios, não por causas que me afetem de fora. Quero ser alguém, não ninguém, um executor- decidor, não alguém por quem se decide; *autodirigido*, não guiado pela natureza externa ou por outros homens como se fosse uma coisa ou um escravo, incapaz de desempenhar um papel humano, isto é, de conceber metas e políticas próprias e alcançá-las".

¹¹¹ Garcia-Velasco, José Luiz Ibáñez y, ob. cit., p.187.

relação aos demais seres humanos. Por fim, o direito da mulher à sua própria dignidade, na medida em que perde a soberania sobre si mesma e, como ser humano, "não pode ser tratado por ninguém (isto é, nem por outro, nem por ele próprio) como um simples meio, antes deve ser tratado como um fim; e precisamente nisto consiste a sua dignidade (a sua personalidade)"¹¹².

Com razão, Tomás S. Vives Antón acrescenta que "se a proclamação da liberdade como primeiro *valor superior* do ordenamento jurídico não é uma mera frase de retórica; se se concede algum significado ao livre desenvolvimento da personalidade e ao direito à intimidade e, em definitivo, se queira *tomar a sério* os direitos da mulher" (...), não se pode negar "que pertence ao conteúdo essencial, ao *núcleo duro* desses direitos, a possibilidade, configurada com amplitude suficiente para que possa ser razoavelmente exercida, de rechaçar uma maternidade não desejada por quaisquer motivos". E, sublinhe-se, "esta última expressão, porque por muito que eticamente possam repugnar os móveis de uma decisão cuja transcendência não deve ser minimizada, uma Constituição democrática deve ser neutra diante deles. O reconhecimento da liberdade implica na ausência de qualquer tipo de constrictão frente às diversas opções morais. A decisão de reger-se por uns ou outros princípios morais, por mais desprezíveis e egoístas que possam parecer seus motivos (e inclusive a decisão de prescindir de todo princípio moral), não pode ser, por si só, objeto de um juízo jurídico" (...) "O direito da mulher ao livre desenvolvimento de sua personalidade comporta, por conseguinte, que as razões pelas quais pode interromper sua gravidez sejam suas próprias razões, não as que o legislador considere oportuno impor-lhe"¹¹³.

¹¹² Kant I., citado por Ferrajoli, Luigi, ob. cit., p. 15, nota 4.

¹¹³ Vives Antón, Tomás S., ob.cit. p.211. Roxin, que, em matéria de aborto, ocupa uma posição conservadora moderada, enfatiza, conforme citação feita por Vives Antón (ob. cit., p. 196), que "o intolerável no estado de coisas no direito vigente consiste em obrigar-se a mulher a dar à luz a um filho uma vez que foi concebido, mas depois é ela apenas quem deve ver o modo de resolver a situação que a lei lhe impôs. Isto é desumano e indigno de um Estado social (...) se o Estado impõe a uma mulher o dever de trazer o feto ao mundo, aquele terá de cuidar simultaneamente para que a criança possa viver em condições humanamente dignas e desenvolver-se livremente, não recaindo sobre os pais um peso que supera desproporcionadamente as cargas normais da paternidade. E se o Estado não está em situação de criar essas condições, tampouco é-lhe lícito exigir à mulher que dê à luz a seu filho, mas sim terá de permitir a interrupção da gravidez e assumir, inclusive, a responsabilidade por esse fato".

Esboçado o conflito entre princípios fundamentais, de igual grau axiológico, como encontrar uma solução a partir de um juízo de ponderação?

De início, fica extremamente difícil atribuir um peso absoluto ao direito à vida¹¹⁴, tendo-se como ponto de partida a concepção, de forma a excluir todo e qualquer direito à mulher grávida. Se o processo biológico da vida e a vida humana se confundem na fecundação; se ontologicamente a concepção, é determinante da vida humana na sua plenitude, não há direito da mulher a ser considerado, em relação ao filho. A maternidade, na mulher, deixa de ser uma opção e se converte numa missão a ser cumprida, uma atividade obrigatória. A mulher, em consequência, passa a ser o instrumento da criação humana, “não como *criadora* em si, em união com o homem”. Por isso, “não tem direito algum a respeito do nascituro, em nenhum dos perfilados momentos da gestação (zigoto, embrião, feto)”.

O direito à vida não pode ser compreendido nessa perspectiva absolutista mesmo porque “não existe nenhum direito humano consagrado pelas Constituições que se possa considerar absoluto, no sentido de sempre valer como máxima a ser aplicada aos casos concretos, independentemente da consideração de outras circunstâncias ou valores constitucionais. Nesse sentido, é correto afirmar que os direitos fundamentais não são absolutos. Existe uma ampla gama de hipóteses que acabam por restringir o alcance absoluto dos direitos fundamentais”¹¹⁵. E não é preciso muito pensar para demonstrar que o direito à vida não pode ser encarado dessa forma. Se assim o fosse, como explicar a existência de vida humana na concepção obtida em lâmina laboratorial, em centros de reprodução assistida? Como entender que, nessa hipótese, o descarte de embriões constitua violação do direito

¹¹⁴ Beristain, Antonio (*Interrupción voluntaria del embarazo; reflexiones teológico-jurídicas*, em *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol.34, fasc. 2/3, maio/dezembro 1981, pp.385/397), com sua reconhecida autoridade de teólogo católico, deixou consignado que “convém que tanto os juristas como os teólogos levem em conta a necessidade de *desabsolutizar* certos direitos muito importantes, mas não inquestionáveis, para chegar à solução dos problemas do aborto. No campo teológico, *deve-se reconhecer a necessidade de relativizar o direito à vida do zigoto, do embrião e do feto*. Por outro lado, no setor jurídico, urge não tomar absoluto o direito da mãe – e também do pai – a respeito de seu corpo e a respeito do fruto da concepção”.

¹¹⁵ Tavares, André Ramos, *Elementos para uma teoria geral dos princípios na perspectiva constitucional*, em *Dos Princípios Constitucionais*, São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p.38.

à vida que não se enquadraria, obviamente, no tipo do aborto – que pressupõe o processo de gestação no útero da mulher – e seria naturalmente ajustado à figura do homicídio? Como admitir, do ponto de vista lógico que a vida humana dependente comportasse, na área penal, uma dúplici tipologia: homicídio, em se tratando de embrião resultante de técnicas de reprodução assistida e aborto, em se cuidando de embrião formado no corpo da própria mulher? Não seria gritante incoerência a adoção desse entendimento: tutela penal maior, em relação à vida dependente produzida em laboratório, e infinitamente menor, no tocante à vida dependente implantada no útero materno? E aí como justificar essa diferenciação, no tratamento penal, em face do princípio fundamental da igualdade? Além disso, em face da recente Lei 11.105/05, que prevê o emprego de embriões crioconservados para a obtenção de células-tronco – técnica que provoca a destruição desses embriões – não se estaria legalmente autorizando a prática de homicídio? Todas essas indagações são reveladoras da inadequação da tese da concepção, como marco inicial da vida humana, demonstrando, de forma inequívoca, que o preceito fundamental do direito à vida não é absoluto: tem limitações – e muitas – decorrentes, sobretudo, do fantástico progresso tecnológico na área da biomedicina.

Mas a nidação ou a atividade cerebral do embrião representariam saltos qualitativos de tal ordem no processo biológico de evolução do embrião que um ou outro desses momentos teria o condão de confirmar o começo da vida humana? Tais questões (itens 4.2.2 e 4.2.3), reveladoras de inequívoco progresso na embriogênese, são ainda insuficientes para a formulação de um juízo seguro sobre a realidade de uma vida humana plena. É patente que, nessa fase de desenvolvimento do embrião, criam-se relações mais transparentes entre ele e a mãe, e se evidencia, ao mesmo tempo que, com a progressão da gravidez, são postos em xeque outros bens jurídicos dignos de proteção, tais como a vida, a liberdade, a saúde física ou psíquica, a autodeterminação e a dignidade da mulher, criando-se, assim, um conflito de interesses entre o embrião de um lado, e sua mãe de outro.

Destarte, direito à vida e direito à liberdade da mulher, sob as várias angulações já mencionadas, estão em evidente conflito para cujo equacionamento é mister que se desenvolva um raciocínio de ponderação, isto é, que se atribua a cada um desses direitos fundamentais um determinado peso, Partindo-se da premissa de que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, torna-se necessário, levando-se em

conta o processo de gravidez, que se façam concessões recíprocas entre os referidos direitos fundamentais, de forma a não sacrificar nenhum deles por inteiro.

Se é exato que o direito à vida pode antecipar-se ao nascimento e que, portanto, a figura típica do aborto confirma essa ampliação do conceito de vida, não é menos exato que não se pode equiparar a vida humana em formação com a vida humana independente. Há um inequívoco desnível de valor entre esta e aquela, e tal desnível repercute quando se tem de fazer uma ponderação entre princípios fundamentais. Assim, em havendo, até o terceiro mês¹¹⁶ de gravidez, um período de absoluta incerteza do ponto de vista científico, quanto à presença de vida humana em sua plenitude, força é convir que não se pode, nessa fase, maximizar o direito à vida, em detrimento do exercício, por parte da gestante, de direitos fundamentais que lhe são também constitucionalmente garantidos, entre os quais se incluem o direito à liberdade, em diversas facetas, e o próprio direito à igualdade. Por outro lado, superado o prazo de três meses, permitir à mulher, a não ser em situações fáticas determinadas, a prática do aborto, seria atribuir-lhe um direito ilimitado em detrimento do direito à vida humana, nessa altura, já consolidada. A composição entre os direitos fundamentais em choque conduz, portanto, à aceitação da chamada solução de prazo, conjugada com a de indicações¹¹⁷.

6.3 – Perspectiva do compromisso relacional mãe/filho

A acolhida da perspectiva relacional (item 4.2.4) enseja resposta negativa à indagação sobre conflito de direitos fundamentais, pois é a mãe quem, por ato de sua vontade, confere ao filho o valor de pessoa.

¹¹⁶ **Muñoz Conde**, Francisco (*Derecho Penal*– Parte Especial, 8ª. ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1991, p.87) entende que “a eleição do prazo de três meses para determinar o começo da vida humana e com ele o da proteção jurídico-penal é tão arbitrário como qualquer outro (fecundação, nidacão), mas tem a vantagem de resolver muitos problemas sem ter que recorrer ao Direito Penal ou a argumentos justificativos, mais ou menos hipócritas, para impedir sua intervenção nos três primeiros meses da gravidez”.

¹¹⁷ **Carbonell Mateu**, J.C. e **González Cussac**, J.L. (ob. cit., p.777) põem em destaque “a tremenda peculiaridade que representa o fato de que os interesses fetais somente podem ser desenvolvidos no interior da grávida, que é a portadora da vida. Trata-se de uma *dualidade na unidade*: são dois seres distintos, mas um corpo suporta o outro. Durante um período de tempo, tem de predominar a *unidade* e, por conseguinte, a decisão cabe à grávida; transcorrido esse prazo, predomina a *dualidade* e apenas em determinados e graves casos poderão ser sacrificados os direitos do nascituro”.

Nessa situação, "pessoa é só o embrião destinado pela mãe a nascer, e está, portanto, excluída qualquer possibilidade de conflito entre a autodeterminação da maternidade e a tutela da pessoa potencial representada pelo embrião, não existindo antes daquele ato de autodeterminação, nenhuma pessoa"¹¹⁸. Em face desse entendimento, não tem logicamente pertinência a intervenção do direito para equacionar a problemática da personalidade ou não do embrião. Não é através de figura criminosa que se poderá solucionar a questão de ser o aborto um fato moral ou imoral. Num Estado laico que separa, com nitidez, os campos do direito e da moral, não se pode transformar o direito penal num instrumento impositivo de uma determinada moral, em detrimento de quem dela discorde. Além disso, em desconformidade com o conteúdo de qualquer outra norma penal, "a proibição do aborto equivale também a uma obrigação – a obrigação de ser mãe, de agüentar uma gravidez, de dar à luz, de criar um filho – em contradição com todos os princípios liberais do direito penal. E não só. Em contradição com o princípio da igualdade, que quer dizer igual respeito e defesa da identidade de cada um, a penalização do aborto tira à mulher a autonomia sobre o próprio corpo e a sua dignidade de pessoa, reduzindo-a a coisa ou a instrumento de procriação submetida a fins que não os seus. Como não ver nisto tudo uma lesão de liberdade pessoal, considerada *inviolável*?" (...) "Lesão, repare-se, não de um direito específico de aborto, mas do direito da pessoa sobre si mesma, de que o direito de aborto é apenas um reflexo. Não de um entre muitos direitos da pessoa, mas do primeiro e fundamental direito humano: *o direito sobre si mesmo*, sobre a própria pessoa e sobre o próprio futuro expresso pela clássica máxima de John Stuart Mill: *sobre si próprio, sobre sua mente e sobre seu corpo, o indivíduo é soberano*"¹¹⁹.

Eventual conflito entre a mãe e o filho por ela aceito, como expressão de sua liberdade de querer a gestação, só seria configurável a partir do momento em que a mãe pretendesse revogar sua manifestação de vontade. Aí, sim, o direito à vida de quem já foi reconhecido como futura pessoa merece proteção, inclusive de caráter penal. Deu-se à mulher, respeitado o princípio do pluralismo moral, a oportunidade de fazer sua opção. Se a exerceu, dentro do prazo de três meses, no sentido de ter o filho, não há cogitar, fora de casos excepcionais, da interrupção

¹¹⁸ Ferrajoli, Luigi, ob.cit. p.17

¹¹⁹ Ferrajoli, Luigi, ob.cit.,p.22

voluntária do processo de gestação. Ademais, a opção pela gravidez pode dar-se muito tempo antes de completar-se o prazo de três meses, como, por exemplo, no caso em que a mãe procura um centro de reprodução humana com a finalidade de gerar um filho. Se houver sucesso, e a mulher engravidar-se, é evidente que, desde então, ficou explicitada sua vontade de acolher esse filho como pessoa. Na eventualidade de gestação múltipla, não há cogitar, portanto, de redução embrionária. Por outro lado, ultrapassado o prazo de três meses, é evidente que houve aceitação tácita da gravidez posto que, nesta altura do tempo e com os inequívocos sinais do processo gestatório, a mulher já fez sua opção pela maternidade. Vale, por fim, enfatizar que o prazo de três meses não foi determinado em razão da evolução do processo de gravidez, mas exatamente porque, dentro desse lapso temporal, a mulher terá margem adequada e razoável de tempo para tomar sua decisão de aceitar ou de recusar o filho.

7 – A SOLUÇÃO DE PRAZO

O sistema de prazo defende a interrupção da gravidez consentida nos três primeiros meses (doze semanas), ainda que não motivada pela gestante, mas desde que realizada por médico. A linha de demarcação entre a permissão e a proibição do aborto deve ser traçada, tendo em vista o momento em que ele venha a ser realizado.

A razão de ser da adoção desse critério temporal objetivo está assente em dois argumentos relevantes.

De um lado, o fato de que “durante esse período, o aborto resulta menos perigoso para a vida e a integridade da mulher” (...) e ao mesmo tempo, “dado o caráter progressivo da valoração da vida em formação, esta seria inferior” em confronto “com o livre desenvolvimento da personalidade da mãe”. “A consideração de que, nas doze semanas do prazo, o aborto seria impune” fundamenta-se no fato de que a partir de então “o embrião passa a ser feto” e, “por conseguinte, começam, com propriedade, os sinais de vida. Há um salto qualitativo, próprio do fenômeno biológico da vida: é o momento em que começa a atividade cerebral”¹²⁰.

¹²⁰ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p.776.

Por outro lado, a objetividade do critério de prazo tem o condão de igualar todas as mulheres, sem distinção de categorias sociais ou econômicas¹²¹. Todas elas, portanto, no período das doze semanas (três meses), exercitando o direito à liberdade pessoal e do direito à dignidade humana, – direitos fundamentais que se vinculam estreitamente ao livre desenvolvimento da personalidade e à autodeterminação da própria vida na específica condição feminina – têm o direito de optar pela maternidade ou não¹²².

Dois argumentos contrastantes com o sistema de prazo também devem ser analisados.

O primeiro diz respeito ao perigo de que o aborto se converta num método habitual de controle da natalidade, com o abandono do recurso a outros meios preventivos da gravidez. E, por via de conseqüência, num aumento significativo da taxa de abortos. O argumento não pode prosperar. Não há falar em controle da natalidade, através do aborto. A nenhuma mulher pode a conduta do aborto parecer um ato positivo e desejável. Provocar o aborto sempre constituirá um gravoso problema para a mulher e lhe acarretará, via de regra, a necessidade de valorar sua posição pessoal, máxime em face de questões familiares, éticas ou religiosas. É evidente que a toda mulher é preferível o emprego de meios anticonceptivos a apelar para o aborto. Por outro lado, não há fugir à consideração de que a atipicidade do aborto realizado no prazo de doze semanas provocará, de início, um aumento da taxa de abortos, com o desaparecimento dos abortos clandestinos¹²³, mas, a curto prazo, diminuirá o número de mulheres mortas ou com

¹²¹ Gimbernat Ordeig, Enrique (*Por un aborto libre em Estudios de Derecho Penal*, Madrid, Tecnos, 1990, pp.59/65) enfatiza que a “solução de prazo contém duas vantagens: despenaliza-se o aborto durante as primeiras semanas e com isso a interrupção da gravidez fica autorizada para todas as mulheres – independentemente da classe social a que pertencem – e se evitam os abortos clandestinos com seus conseqüentes riscos para a vida e para a integridade física das grávidas”.

¹²² Casabona, Carlos Romeo (ob. cit., p. 297), apesar de discordar do sistema de prazo, salienta que “o prazo de doze semanas permite à mulher comprovar a certeza da gravidez e tomar pausadamente a decisão de abortar ou de prosseguir na gravidez”.

¹²³ Karam, Maria Lúcia (ob. cit., *Discursos Sediciosos*, n. 13 – no prelo) acentua que “quando o aborto é proibido, embora, naturalmente, mulheres privilegiadas tenham acesso a clínicas particulares bem equipadas e com profissionais preparados, as mulheres das classes subalternizadas se submetem a condições precárias, realizando o aborto por seus próprios meios ou com pessoas (profissionais ou não) despreparadas, geralmente em condições não-higiênicas, o que resulta em grande número de complicações para a saúde e mortes. Calcula-se que pelo menos cerca de um terço das mulheres que realizam abortos em condições precárias sofram sérias complicações em sua saúde”.

conseqüências sérias para sua saúde, e a linha estatística se inflectirá rapidamente no sentido decrescente¹²⁴.

O segundo refere-se à afirmação de que, no prazo de doze semanas (três meses) de gravidez, ocorre uma desproteção real e absoluta do embrião. Trata-se, no entanto, de assertiva sem fundamento. Se, em verdade, se cria, em nível administrativo, um sistema de assessoramento ou outros métodos dissuasórios para a mulher grávida, dá-se ao embrião uma tutela bem mais efetiva e se substitui, com gritante vantagem, a ameaça penal. Aliás, para que "a proibição penal do aborto não passe a ser, em última instância, uma incompleta, quando não totalmente hipócrita, declaração de princípios em favor da proteção da vida em gestação", é mister acrescentar-se ao Direito Penal, "uma ampla profilaxia individual e social na qual devem ser incluídas não apenas a adequada formação sexual e assessoramento sobre métodos anticoncepcionais, mas também um conjunto de medidas suficiente sobre política social e sobre a ajuda à grávida e à mãe"¹²⁵. "Com outras palavras, o futuro de uma luta eficaz contra o aborto não está no Direito Penal (a resposta aqui é modesta e muito limitada: a mais idônea é a solução de prazo), mas sim na via preventiva articulada por uma política social avançada, exigível e inerente ao Estado Social e Democrático de Direito"¹²⁶.

¹²⁴Karam, Maria Lúcia (ob. cit., *Discursos Sediciosos* n. 13— no prelo) relata que, embora possa haver um aumento real, "em razão do crescimento na demanda resultante da maior facilidade e da maior segurança proporcionadas pela realização do aborto na legalidade, o que se verificou foi que, a médio e longo prazo, aquela tendência desapareceu, registrando-se, ao contrário, quedas significativas na quantidade de abortos. Nos Estados Unidos da América, por exemplo, registraram-se essas tendências, com um aumento no número de abortos nos anos imediatamente seguintes à decisão do caso *Roe v. Wade*, em 1973, que conduziu à legalização do aborto em todo o país, e um posterior declínio a partir dos anos 80". Por outro lado, "como apontado em trabalho publicado pela Organização Mundial da Saúde, nos Estados Unidos da América, a taxa de mortes de mulheres decorrentes de aborto é de 0,6 por 100.000 procedimentos, o que faz a prática lá legalizada ser tão segura quanto uma injeção de penicilina".

¹²⁵ Eser, Albin, *Reforma de la regulación del aborto en el derecho penal alemán em Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989, p.739.

¹²⁶ Barreiro, Agustín Jorge, *El aborto en la reforma penal española*, em *Estudios penales y criminológicos*, vol. 17, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela., 1994, p. 190.

7.1 – Caráter constitucional da solução de prazo

Embora a Constituição Federal proclame a inviolabilidade do direito à vida (item 4), constitui ponto pacífico o reconhecimento da existência de outros princípios fundamentais, também invioláveis, sem que se possa estabelecer entre eles uma ordem hierárquica, de caráter axiológico. Se esta afirmação corresponde à verdade, torna-se inevitável a presença de situações conflituais que indicam, de forma inquestionável, que todos os princípios fundamentais são relativos e, por isso, são condenados, um em relação ao outro, a ceder espaço. Nessa linha de raciocínio, o direito à vida também deve ser relativizado tanto no que se refere à vida humana em formação como à vida humana independente¹²⁷, e, portanto, “da *inviolabilidade* da vida humana, não pode tirar-se argumento contra a existência de justificações do facto, ou mais latamente contra a consagração de cláusulas de impunidade de condutas que atentem contra os bens jurídicos *vida* ou *vida intra-uterina*”¹²⁸. Não se pode extrair, portanto, do princípio da inviolabilidade do direito à vida a conclusão de que haja para o legislador infraconstitucional “uma imposição (implícita) absoluta de criminalização”, pois “é livre para decidir, de acordo com as concepções político-criminais que o guiem e com respeito pelos princípios da necessidade, da subsidiariedade e da adequação da tutela penal, do sentido e da extensão com que deseje consagrar cláusulas de justificação ou de impunidade do facto”¹²⁹. Destarte, nada obsta que se fixe, em nível de legislação ordinária, o prazo de doze semanas (três meses), como marco final para a impunidade da interrupção da gravidez, uma vez que somente, no referido prazo, o embrião completa o processo biológico que o converte em feto. Daí considerar-se que, “conferindo-se, assim, razoável extensão a este prazo, nem por isso se concluirá logo ser tal extensão particularmente lesiva do direito à vida do feto; pelo contrário, corresponde à experiência da vida e mesmo a estudos feitos de que o decurso de um certo prazo já de

¹²⁷ Eser, Albin, citado por Guimarães, Ana Paula (ob. cit., nota 274, p. 121) enfatiza que “dever-se-ia tomar consciência de que contrariamente ao que pretende certa filosofia barata, tão-pouco no que respeita às pessoas nascidas, se pode falar de uma proteção *absoluta* da vida, existindo apenas uma proteção de princípio, que é relativizada por diversas espécies de licenças para matar (como na legítima defesa, nas mortes causadas em teatro de guerra, na pena de morte)”. E, de acréscimo, na própria indústria de produção de armas.

¹²⁸ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p.171.

¹²⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 171.

gravidez pode levar a grávida a um reforço das contra motivações à interrupção e assim a decidir-se a favor do feto, não contra ele”¹³⁰.

Não há, portanto, com a acolhida da solução de prazo, cogitar de qualquer agravo ao princípio fundamental do direito à vida. Ademais, “não mereceria censura constitucional (...) um sistema que combinasse equilibradamente o sistema de indicações com o sistema dos prazos, principalmente se tal sistema se combinasse por sua vez com um consistente e adequado sistema de aconselhamento”¹³¹.

8 – SISTEMA DE INDICAÇÕES

A discussão do sistema de indicações tem seu ponto de partida na consideração de que, ao revés do sistema de prazo, a vida intra-uterina constitui um interesse dominante em todo o processo de gravidez, a não ser que, no decorrer dela, ocorra algum fato concreto que conceda maior importância à autodeterminação da vontade da mulher ou à sua dignidade da pessoa humana¹³². De acordo com “o esquema regra-exceção: a regra é o castigo do aborto; a exceção permite o aborto voluntário em certos casos expressamente regulados (indicações)”¹³³. A legislação comparada apresenta um repertório de situações singulares ou excepcionais que fundamentam o sistema de indicações: *a indicação terapêutica ou médica* (exclui-se a ilicitude do aborto em qualquer momento da gravidez, se é ele considerado necessário para evitar um grave perigo para a vida ou para a saúde, física ou psíquica, da gestante); *a indicação ética ou criminológica* (exclui-se a ilicitude do aborto se a gravidez decorre de um delito de caráter sexual praticado contra a vontade da mulher ou resulta de aplicação de técnicas de reprodução assistida não consentida pela mulher); *a indicação embriopática ou eugênica* (exclui-se a ilicitude do aborto se existem riscos medicamente demonstrados de que o embrião ou o feto é portador de graves problemas físicos ou psíquicos); *a indicação econômico social* (exclui-se a ilicitude do aborto se por razões de variada procedência – elevado número de filhos, poucos recursos econômicos, difícil situação familiar, gravidez decorrente de

¹³⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 174.

¹³¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p.172.

¹³² Rodríguez Mourullo, Gonzalo ob. cit., pp.73/74.

¹³³ Romeo Casabona, Carlos María, ob. cit., p.294.

relações extraconjugais, etc. – torna-se indesejável à gestante ter um novo filho).

No Código Penal Brasileiro, de 1940, duas indicações são mencionadas pelo legislador: a *indicação necessária* que, em verdade, se traduz na indicação médica ou terapêutica mais restrita, na medida em que se refere apenas à hipótese em que o aborto é permitido quando não houver outro meio para *salvar a vida* da gestante, e a *indicação no caso de gravidez resultante de estupro*, mais conhecida como indicação ética ou criminológica. Ambas as indicações estão condicionadas à intervenção médica e estão enquadradas na afirmação legal de que *não se pune*, nesses casos, o aborto.

Apesar de a terminologia empregada ser equívoca, é ponto quase pacífico, na doutrina brasileira, que as hipóteses permitidas de aborto se incluem entre as causas de justificação. José Frederico Marques observa que “o que se declara não punível é o fato, então o que existe é a licitude penal desse fato”¹³⁴. Na mesma linha de compreensão, Euclides Custódio da Silveira, ao afirmar que se “trata de dois casos especiais de exclusão de ilicitude penal e não da culpabilidade”¹³⁵. Os doutrinadores brasileiros mais modernos não discordaram desse entendimento. Cezar Roberto Bitencourt observa, com propriedade, que “é uma forma diferente e especial de o legislador excluir a ilicitude de uma infração penal sem dizer que *não há crime*, como faz no art. 23 do mesmo diploma legal. Em outros termos, o Código Penal, quando diz que *não se pune o aborto*, está afirmando que o aborto é lícito naquelas duas hipóteses que excepciona no dispositivo em exame”. Não diverge desse posicionamento, Luiz Regis Prado, ao asseverar que, no caso do aborto necessário, ocorre o estado de necessidade “porque a conduta do médico visa afastar de perigo atual – ou mesmo iminente – bem jurídico alheio (vida da gestante), cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe)”. Já, em se tratando de aborto ético, cuida-se também de causa de justificação, mas de natureza excepcional ou singular, em relação à norma não-incriminadora geral¹³⁶.

¹³⁴ Marques, José Frederico, ob. cit., vol.4, p. 174.

¹³⁵ Silveira, Euclides Custódio, ob. cit., p.126.

¹³⁶ Prado, Luiz Regis, ob. cit., p. 122.

José Henrique Pierangeli¹³⁷ entende existir causas de justificação nos dois incisos do art. 128 do Código Penal. Apenas Rogério Greco¹³⁸ faz restrição quanto ao caso de aborto resultante de estupro que, no seu entender, se acomoda melhor à hipótese de inexigibilidade de conduta diversa do que a de causa de justificação.

O enquadramento do sistema de indicações, como causas de justificação, exige que se faça uma análise mais aprofundada da questão da exclusão de antijuridicidade, antes de examinar as indicações feitas pelo legislador penal.

8.1 – Causas de justificação

As relações entre o tipo e o ilícito constituem um dos pontos nucleares da atual dogmática penal. Qual das duas categorias deve ganhar prioridade na montagem do sistema penal. Não vem a pêlo, nos limites do presente artigo, uma discussão de maior amplitude sobre a questão, mas tão-somente uma tomada de posição a partir da qual se possam extrair conclusões. Sob esse enfoque, deve ter guarida o pensamento de Figueiredo Dias, que privilegia o ilícito em relação ao tipo, ao afirmar que “a função que a categoria da ilicitude cumpre no sistema do facto punível é, em suma, definir – não em abstrato, mas em concreto, isto é, relativamente a singulares condutas – o âmbito do penalmente proibido e dá-lo a conhecer aos destinatários potenciais das suas normas, motivando por esta forma tais destinatários a comportamentos de acordo com o ordenamento jurídico-penal. Só a partir daqui ganha o tipo o seu verdadeiro significado”¹³⁹. Todo tipo é, portanto, na sua essência, o recorte de um comportamento havido por ilícito, o que importa dizer que, sem esse ilícito, não há como configurar o tipo. A estrutura tipológica separa-se, no entanto, em dois instrumentos diversos que lidam com o ilícito e que se complementam do ponto de vista funcional: de um lado, os tipos incriminadores e, de outro, os tipos justificadores ou causas de justificação. Os primeiros “constituem o conjunto de circunstâncias fácticas que diretamente se ligam à *fundamentação* do ilícito e onde, por isso, assume primeiro papel o

¹³⁷ Pierangeli, José Henrique, ob. cit., pp. 120/121.

¹³⁸ Greco, Rogério, ob. cit., p. 287.

¹³⁹ Figueiredo Dias, Jorge de, *Código Penal*, Parte Geral, Tomo 1, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 253.

configuração do *bem jurídico* protegido e as condições a ele ligadas, sob as quais o comportamento que as preenche por ser considerado ilícito". Já os segundos "assumem o caráter de limitação (negativa) dos tipos incriminadores", "constituem, no seu *modus particularis*, formas delimitadoras do conteúdo do ilícito" (...) e "podem por isso ser vistos como verdadeiros (*contra*)tipos, *funcionalmente complementares* dos tipos incriminadores"¹⁴⁰. Destarte, não se estabelece entre tipos incriminadores e justificadores "uma relação de regra/exceção, ou de afirmação/negação" mas, na realidade, "uma relação de complementariedade funcional na valoração de uma concreta acção como lícita/ilícita. Sem prejuízo, todavia, de esta complementariedade de funções ser realizada por duas vias diferentes: os tipos incriminadores constituem uma via provisória de —*fundamentação do ilícito* e os tipos justificadores uma via definitiva de *exclusão de ilicitude, prima facie* indiciada pela subsunção da acção concreta a um tipo incriminador"¹⁴¹.

Os dois enfoques, um positivo e outro negativo, com que o ilícito é encarado tipologicamente, apartam-se, no entanto, diante de uma acção concreta. É que o princípio da legalidade, constitucionalmente consagrado, sujeita o tipo incriminador à lei anterior, que explicita a conduta proibida, e comine previamente a pena, ao passo que o tipo justificador, que exclui o ilícito, está fora da área de incidência daquele princípio constitucional e de seus corolários. Seria, realmente, um contra-senso subordinar os tipos justificadores a uma camisa de força legal¹⁴², pois, nessa situação, o princípio da legalidade perderia o seu significado

¹⁴⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob.cit.,p.254.

¹⁴¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 362.

¹⁴² Busato, Paulo César (*Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia*, em *Revista de Estudos Criminais*, n. 16, ano IV 2004, pp. 127/145) ressalta, com propriedade, que "o direito, no tema da justificação, não pode ficar adstrito a uma interpretação estreitamente positivista, mas sim deve transcender a norma para buscar seu sentido, esclarecendo a fundamentação pela qual uma determinada conduta deve ser considerada justificada perante o sistema de controle social. Esta fundamentação evidentemente guarda uma *ratio* eminentemente social e, por isso mesmo, configura um ponto sensível à evolução da sociedade em que se insere. Por isso, não se pode restringir o âmbito da justificação apenas a causas legais, senão que devem ser admitidas também causas supralegais de justificação. Nesse sentido, comenta Toledo, Francisco de Assis (*Princípios básicos de Direito Penal*, 5ª. ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p.171): as causas de justificação, ou normas permissivas, não se restringem, numa estreita concepção positivista do direito, às hipóteses expressas em lei. Precisam igualmente estender-se àquelas hipóteses que, sem limitações legalistas, derivam necessariamente do direito vigente e de suas fontes. Além disso, como não pode o legislador prever todas as mutações das condições materiais e dos valores ético-sociais, a criação de novas causas de justificação, ainda não traduzidas em lei, torna-se uma imperiosa necessidade para a correta e justa aplicação da lei penal".

"teleológico, político-criminal, constitucional e dogmático (...) de constituir uma garantia contra intervenções arbitrárias do poder punitivo do Estado e, por conseguinte, uma trave-mestra de todo o sistema jurídico-constitucional e legal de garantia dos direitos e liberdades do cidadão. Destarte, *nem as concretas causas de justificação precisam ser certas e determinadas, como se exige dos tipos incriminadores; nem elas estão sujeitas à proibição da analogia; nem se está impedindo de (eventualmente) fazer valer causas supra legais de exclusão de ilicitude; nem relativamente a elas vale o princípio da irretroactividade da lei penal*"¹⁴³. Vale enfatizar ainda com Jescheck que "em virtude do carácter ilimitado de suas fontes (...) uma enumeração exaustiva de todas as causas imagináveis de justificação não é possível, nem numa lei, nem numa exposição científica. Tampouco poderá o legislador atual regular por si mesmo todas as causas de justificação, uma vez que, em parte, escapam de sua competência, como, por exemplo, as regras gerais de Direito Internacional ou as causas de justificação supralegais. Deve observar-se finalmente que as relações exteriores e as representações valorativas dominantes na sociedade variam, de forma que continuamente podem surgir novas causas de justificação ou desaparecer as já existentes, ou estender-se ou reduzir-se. Daí que uma normatização legal não deva sequer ser fechada"¹⁴⁴.

Não se alegue, para efeito da exclusão de nova causa de justificação, construída por analogia ou por mera interpretação, o argumento de que, nesse caso, haveria um alargamento, para o agente, da área de justificação, em detrimento de terceiro e tal alargamento seria produzido sem embasamento legal. "Decerto que uma tal aplicação pode ter efeitos perversos de encurtamento da liberdade de terceiros por força do dever de suportar a acção justificada. O que não constituirá novidade ou coisa estranha, uma vez que a causa de justificação intervém por princípio em situações de conflito, com o propósito de o superar. Sendo por isso compreensível que, em situações tais, se tente até ao limite possível a *concordância prática* entre o efeito justificador e o dever de suportá-lo de terceiros, nomeadamente de terceiros não implicados.

¹⁴³ Figueiredo Dias, Jorge de, ob., cit. p.363.

¹⁴⁴ Jescheck, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, Parte General, trad. Manzanares Samaniego, José Luis, 4ª. ed., Granada: Editorial Comares, 1993, p. 294. Roxin, Claus (*Derecho Penal, Parte General*, tomo1 – trad. Luzón Peña, García Conlledo e Vicente Remesal, Madrid:Civitas, 1997, p.575) também conclui no sentido de que "devido à pluralidade de formas e às mudanças da vida social, não é possível nem um *numerus clausus* dos princípios reguladores decisivos, nem uma sistematização fechada e concludente das causas de justificação".

Uma vez mais, porém, esta concordância prática não deve afectar a aplicação da causa justificativa segundo o seu sentido teleológico-funcional; e, de toda maneira, não parece que tenha a ver com o princípio *nullum crimen sine lege*¹⁴⁵

8.1.1 – Concurso ou concorrência de causas de justificação

Trata-se de tema pouco versado na doutrina penal brasileira, mas que tem também relevância prática, além de interesse teórico. Cuerda Riezu ocupa-se de várias modalidades concursais que podem exercer um papel na esfera das causas justificativas, “reconhecendo a possibilidade de um concurso real, de um concurso ideal e de um concurso de leis, por relação de alternatividade, subsidiariedade e especialidade”¹⁴⁶. Não se pretende, como é óbvio, aprofundar a questão. No entanto, em dois aspectos bem definidos, a questão em exame pode interessar à problemática do aborto.

O primeiro aspecto diz respeito à hipótese em que os requisitos de diversas causas de justificação se mostrem, em princípio, adequáveis a um determinado caso concreto. Numa situação dessa ordem, se “o fato já não representa um injusto porque interveio uma causa de justificação”, não há razão para que o juiz se refira às restantes causas de justificação. (...) E a partir de um ponto de vista lógico não é possível recorrer a outras causas de justificação quando já se fez presente uma, produzindo o efeito da conformidade com o Direito. E a partir de um ponto de vista formal, tampouco existem razões para que todas as causas de justificação aplicáveis a um fato, em face da realização de seus pressupostos, tenham que aparecer no teor da sentença absolutória.

¹⁴⁵ Figueiredo Dias, Jorge de, ob.cit., p. 365. O referido autor (ob.cit.p.369) acrescenta que a justificação “opera sempre em uma situação conflitual, em que se debatem interesses contrapostos que, em concreto, almejam prevalência. Assim se compreende que teleológica e funcionalmente, a justificação resulte da preponderância jurídica, em situação, de um interesse perante o outro ou, como costuma dizer-se numa fórmula mais curta, da *prevalência do interesse juridicamente preponderante*. Por isso a situação de justificação implica sempre um *sopeso jurídico* dos interesses conflitantes”.

¹⁴⁶ Cuerda Riezu, Antonio, *Sobre el concurso entre causas de justificación em Causas de Justificación y de Atipicidade en Derecho Penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, p.253.

Basta, pois, que se demonstre a presença de uma só causa de justificação”, cabendo ao juiz eleger a que mais se ajuste¹⁴⁷ às peculiaridades do caso concreto.

Outro aspecto – e este é de maior relevância – refere-se ao problema de concurso de leis, cuja solução pode se obtida ou através da relação de especialidade ou através da relação de subsidiariedade. No primeiro caso, existindo uma causa de justificação específica, “não cabe recorrer ao amparo da causa justificante genérica”; no segundo caso, “embora não se realizem os maiores requisitos da (causa) específica, cabe amparar a conduta na causa justificante genérica de menores requisitos, que atuará como subsidiária”¹⁴⁸.

O aborto legal consagrado nos incisos do art. 128 do Código Penal depende, entre seus requisitos, que tenha sido praticado por médico. Figure-se a hipótese em que não seja possível localizar um médico para realizar o aborto de gestante, cuja vida esteja em grave risco, e a ação é realizada por um estudante de medicina. Nessa situação, ou se aplica a causa de justificação específica ou se admite que, subsidiariamente, se leve em conta a causa de justificação genérica. Não há fugir desse impasse. Se a causa de justificação específica é excludente de outras causas de justificação, a conduta do estudante de medicina será havida como criminosa. Se, contudo, se entender que as indicações no aborto não têm o condão de afastar as causas de justificação genéricas, é óbvio que, subsidiariamente, – e esta é a interpretação mais correta – possa ter incidência uma delas e, nesse passo, a conduta do estudante de medicina será havida como lícita, posto que a vida da gestante corria perigo e a ação dele encontrava amparo no estado de necessidade¹⁴⁹. Correto, portanto, tendo em vista a argumentação acima, o entendimento de José Henrique Pierangeli no sentido de que, “se o perigo se apresenta atual ou iminente, pessoas sem formação em medicina, como parteiros, fisioterapeutas, ou mesmo pessoas sem formação paramédica podem

¹⁴⁷ Cuerda Riezu, Antonio, ob.cit., pp.242/243.

¹⁴⁸ Luzón Peña, Diego-Manuel, *Causas de atipicidad y causas de justificación*, em *Causas de Justificación y de Atipicidad en Derecho Penal*, Pamplona: Editorial Aranzadi, 1995, pp. 40/41.

¹⁴⁹ Nesse sentido, a interpretação de Luzón Peña, ob.cit., p. 40, e de Cuerda Riezu, ob.cit., p.255, se não fosse possível a localização do médico. Caso contrário, Cuerda Riezu entende não excluída a ilicitude.

atuar e a licitude de suas condutas deriva dos arts. 23, I, e 24, e não do art. 128, I, do CP”¹⁵⁰.

8.1.2 – Efeitos das causas de justificação

É evidente que, se comprovados os requisitos de uma causa de justificação, o fato posto em prática é considerado lícito e, por via de consequência, a exclusão de ilicitude se comunica a todos quantos tenham nele interferido. Na questão referente ao aborto, interessa, em particular, a situação pessoal do médico e dos membros da equipe que tenha tomado parte na realização do aborto. Se a prática do aborto, na indicação necessária, na indicação médica ou na indicação embriopática, “representa o exercício, por parte da mulher, de uma série de direitos constitucionais, não se compreende como poderia ser castigado como responsável pela prática do aborto o médico que leva a cabo a extração do feto”, se presentes os pressupostos daquelas indicações. “Quem materializa um direito alheio não pode ser juridicamente responsável por essa materialização. O que o direito contempla como justo – neste caso a realização do aborto – não pode engendrar uma responsabilidade criminal”¹⁵¹. Destarte, a impunidade do médico que realiza a intervenção abortiva “é uma consequência coerente com um juízo de justificação da lesão do bem jurídico e não de exigibilidade puramente exculpante, que liberaria de pena unicamente a pessoa que se encontra nesta situação: a mulher”¹⁵².

¹⁵⁰ Pierangeli, José Henrique, ob. cit., p.120. No mesmo sentido, Prado, Luiz Regis (ob. cit., p.120.) ao declarar que, “se o aborto for praticado por pessoa não habilitada legalmente a exclusão de ilicitude também ocorre com lastro no estado de necessidade justificante (arts. 23, I e 24 CP), mas é preciso a existência de perigo atual para a vida da gestante”; e Bitencourt, Cezar Roberto (ob. cit., p.170) ao declarar que pessoa não habilitada, como a enfermeira, diante da situação concreta de perigo, não responderá pelo crime de aborto, mas terá lícitada sua conduta com base no art. 24 do CP.

¹⁵¹ Vives Antón, Tomás, *Sobre la responsabilidad del médico en los supuestos de aborto consentido*, em *La libertad como pretexto*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, pp.219/223.

¹⁵² Arroyo Zapatero, Luis, *La indicación eugenésica em Estudios de Derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa*, Madrid: Universidad Complutense, 1986, p. 59. Igual entendimento expressa Eser, Albin (*Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica*, em *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p.36), ao observar que “exculpação tem um caráter pessoal e somente poderia redundar em proveito da grávida, que é quem se encontra em situação excepcional, mas não em proveito do médico”.

8.2 – Indicações em espécie

A legislação penal brasileira, datada de sessenta e cinco anos atrás, apontou apenas as indicações, terapêutica (médica ou necessária para salvar a vida da gestante) e ética (criminológica ou gravidez resultante de estupro) como as duas únicas hipóteses que tornariam lícito o aborto, desde que praticado por médico. O mundo não parou no ano de 1940. A partir da última Guerra Mundial até os anos iniciais do Século XXI, as transformações sociais, políticas e econômicas deixaram marcas universais. No mundo globalizado, onde o desenvolvimento tecnológico quase impossível de ser acompanhada no campo das ciências biomédicas, não há como manter o discurso jurídico ancorado no passado e preso a amarras de caráter estritamente religioso. O descompasso entre a legislação penal brasileira, em matéria de aborto, e a mundividência atual é gritante. Nada justifica manter a pauta do direito penal aferrolhada a textos legais atacados por uma ancilose insuperável. Se o legislador penal não teve a capacidade de atualizar-se, espera-se, pelo menos, do juiz constitucional – ou até mesmo do juiz ordinário –, através de um processo hermenêutico mais crítico e mais criativo, a abertura de espaço entre as palavras da lei e o preenchimento desse espaço com uma visão da modernidade. E isso se torna francamente factível a partir da verificação de que as causas de justificação não fazem parte de um rol fechado e exaustivo de exclusões de ilicitude, mas sim de uma lista franqueada à construção analógica.

8.2.1 – Aborto terapêutico (médico ou necessário)

A indicação terapêutica exige, para sua configuração que o aborto só seja realizado se não houver outro meio de salvar a vida da gestante. O legislador penal requer, portanto, um duplo requisito, isto é, que ocorra um perigo de vida para a gestante e que, para salvá-la, não haja outro meio, que não seja a intervenção abortiva. A realidade desse perigo à vida da gestante e a inexistência de meio alternativo de salvação dessa vida são as questões principais que devem ser enfrentadas no exame do inciso I do art. 128 do Código Penal. De não menor importância, são as questões referentes ao juízo de avaliação dessa situação de perigo à vida e o consentimento ou não da gestante.

Não vem a pêlo, no entanto, a discussão aprofundada e pomenorizada da indicação feita no texto legal¹⁵³. O que se pretende colocar na mesa de discussão é o alargamento do aborto terapêutico – causa de justificação – para o fim de alcançar a situação em que não haja perigo de morte, mas sim de grave perigo de lesão à saúde física ou psíquica da gestante, hipótese a que se contrapõe a doutrina penal brasileira, sem maiores considerações.

No Estado Democrático e Social de Direito, configurado pela Constituição Federal de 1988, a saúde é um dos direitos sociais (art. 6º), compartilhado por todas as pessoas e, ainda um dever do Estado (art. 196). Sob a rubrica *saúde* (Seção II do Capítulo II do Título VIII da CF), diversas normas constitucionais foram elaboradas. Instrumentos internacionais de direitos humanos reconheceram, de forma clara e explícita, o direito à saúde. Destarte, a saúde apresenta-se como pressuposto inafastável para o necessário desenvolvimento da pessoa humana. Resulta daí a direta e imediata vinculação entre os conceitos de saúde e de vida, de forma que são “muitas as situações em que *saúde, vida e morte* se convertem numa trilogia indissolúvel”¹⁵⁴. Na medida em que a saúde se transformou num bem jurídico constitucional dotado de validade, encontra suporte o argumento de que “é também um valor e, como tal se realiza nas condutas humanas que lhe conferem efetividade na convivência societária”¹⁵⁵. Desta maneira, partindo-se da consideração de que os tipos de justificação não necessitam ter o mesmo teor de concretude e de determinação exigíveis dos tipos incriminadores e de que, ademais, comportam o recurso à analogia, não há razão lógica para que não se inclua também na indicação terapêutica, além da vida da gestante, sua saúde física ou psíquica. É evidente que a montagem analógica do tipo justificador, para que não haja risco de transformar-se em mera indicação econômico-social, exige que se trate de um perigo que apresente atualidade e que se refira a uma lesão cumulativamente dotada de gravidade e de irreversibilidade, sendo certo que a ação abortiva executada por médico deve constituir-se na única opção para a

¹⁵³ Bitencourt, Cezar Roberto (op. cit., p. 170) observa, com inteira propriedade, que “a previsão do art. 128, I, é absolutamente desnecessária, pois em estado de necessidade todas as condutas proibidas no Código Penal são excepcionalmente autorizadas, afastando-se a proibição”.

¹⁵⁴ Bidart Campos, Germán J. *Salud: Derecho- Bien Jurídico-Valor em Bioética: entre utopias y desarraigos*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2002, p.72.

¹⁵⁵ Bidart Campos, Germán J., ob. cit., p.75.

remoção do perigo. A interrupção da gravidez pode ocorrer em qualquer passo do processo gestatório e a lesão grave e irreversível tanto pode atingir a saúde física¹⁵⁶, como a saúde psíquica da gestante " ¹⁵⁷.

Vale ressaltar que a situação enfocada, embora não faça parte da indicação terapêutica constante do art. 128, I, do Código Penal apresenta, em sua relação, uma semelhança substancial. Tem-se, na essência de ambas as hipóteses, a causa de justificação do estado de necessidade: a conduta abortiva executada, por médico, objetiva eliminar o perigo atual, que não provocou por sua vontade, de lesão à saúde, física ou psíquica de gestante, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. Numa situação dessa ordem, torna-se evidente que o mal causado (a morte do concepto) é menor do que aquele que se pretende evitar (a saúde física ou psíquica da mulher), sendo certo que, no balanceamento valorativo dos bens em conflito, a saúde física ou psíquica da mulher, enquanto pressuposto necessário ao exercício do direito à vida independente se sobrepõe à tutela, por extensão, que se concede à vida intra-uterina. Destarte, ainda que se considerasse inadmissível, na espécie, a aplicação da analogia para incluí-la na indicação terapêutica, força é convir que a hipótese contemplada tem arrimo no estado de necessidade genérico. Todas as indicações são, em verdade, hipóteses de estado de necessidade e se o legislador se descurou em decidir, de forma expressa, um determinado conflito de interesses e esse conflito existe – é real – "pode ter aplicação o estado de necessidade genérico; será o Tribunal quem resolve o conflito" ¹⁵⁸.

¹⁵⁶ É sabido e ressabido, em termos médicos, os sérios agravos que a gravidez representa para a saúde física da mulher quando se mostra atacada de enfermidades extremamente graves, como a miastenia, a esclerose múltipla, o lúpus, a epilepsia, etc.

¹⁵⁷ De acordo com Luzón Peña, Diego (*Indicaciones y causas de justificación en el aborto em Estudios Penales*, Barcelona: PPU, 1991, pp.350/351), pondo-se de lado "os casos de intensas depressões ou tendências suicidas", "mais frequente do que o perigo de uma enfermidade psíquica originada *ex novo* pela gravidez", será "o agravamento de quadros psiquiátricos já existentes, como deformações psicossomáticas da personalidade, desenvolvimentos neurastênicos, depressões endógenas e reativas". O argumento de que o conceito de saúde psíquica é elástico demais não pode ser acolhido, como observa Vives Antón (ob.cit., p.782), visto que "os transtornos da saúde psíquicas podem resultar muito mais graves e ter piores efeitos para quem os sofre do que qualquer alteração física".

¹⁵⁸ Vives Antón, Tomás S., ob. cit., p.782.

8.2.2 – Aborto ético (humanitário, crimonológico, sentimental, de gravidez resultante de estupro)

A indicação de aborto no caso de gravidez resultante de estupro, tal como definida no inciso II do art. 128 do Código Penal, é foco de alguma divergência, na doutrina brasileira, quanto à sua natureza jurídico-penal. A maior parte dos doutrinadores entende que a hipótese se ajusta entre as causas de justificação, tratando-se de caso de exclusão de ilicitude.

Rogério Greco, no entanto, defende posicionamento diverso, incluindo-a entre as hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa: não se pode “exigir da gestante que sofreu a violência sexual, a manutenção de sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável”¹⁵⁹. Mas não lhe assiste razão. Há, indubiosamente, na indicação em tela, uma nítida opção do legislador penal ante um conflito de interesses bem delimitado: de um lado, o direito à vida do embrião ou do feto, resultante de violação sexual e, de outro, o direito da mulher à “sua dignidade e o futuro desenvolvimento de sua personalidade e à sua liberdade de decisão”, ou seja, “a decisão de suportar ou não as conseqüências de uma gravidez, não simplesmente não desejada, mas ante a qual não pôde precaver-se e cuja origem, o ato sexual, foi totalmente não consentido”¹⁶⁰. Se o legislador penal obrigasse a mulher, na situação em foco, a manter a gravidez, teria, por certo, lesado o princípio-chave do ordenamento constitucional brasileiro, ou seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que atribui à mulher a condição de simples meio ou instrumento para a gestação de filho que lhe foi imposto e não era desejado. Trata-se, inquestionavelmente, de situação fática, cujos requisitos se ajustam ao estado de necessidade, de forma que o aborto realizado pela mulher terá, sem nenhuma margem de dúvida, o caráter de lícito¹⁶¹.

¹⁵⁹ Greco, Rogério, ob. cit., p. 287.

¹⁶⁰ Luzón Peña, Diego-Manuel, ob. cit., p. 352.

¹⁶¹ Cobo del Rosal, M e Carbonell Mateu, J.C. (ob. cit., p. 690) asseveram que “a conduta adequada à norma, a justa, por conseguinte, é neste caso a prática do aborto. Não se trata pois, de um caso de não exigibilidade da conduta adequada à norma (que daria lugar à inculpabilidade); mas sim de uma plena justificação, fundada na prevalência do livre desenvolvimento da personalidade da grávida que se veria negado se a obrigasse a continuar com a gestação. O interesse – sem dúvida, digno – da vida em formação cede ante o interesse superior do livre desenvolvimento da personalidade da grávida”.

Reconhecida a ocorrência de uma causa de justificação, não há motivo para que não seja ela estendida a outras situações que guardem semelhança substancial como, por exemplo, nos casos em que a gravidez resultou de ato sexual contra a vontade da mulher, qualquer que seja a sua tipificação, ou de inseminação artificial não consentida.

Na primeira hipótese, seria pertinente dizer-se que toda a gravidez, que decorreu de ofensa à liberdade ou à autodeterminação sexual da mulher, comporta a realização do aborto e que, portanto, na ação abortiva, não há cogitar de ilicitude¹⁶². Na segunda hipótese – situação inimaginável no ano de 1940, mas que se tornou real, em razão do desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida – é evidente que o fato que propiciou a gravidez não tem a mesma contextura traumática de um ato violador da liberdade sexual da mulher, mas é inquestionável que “a imposição da maternidade à mulher, desprezando-se brutalmente sua vontade e dignidade, é essencialmente idêntica à da violação”¹⁶³ de caráter sexual. Em ambas as hipóteses, doutrina e jurisprudência abonam o alargamento da causa de justificação do aborto ético.

8.2.3 – Aborto embriopático (fetopático, eugênico¹⁶⁴ ou eugenésico)

¹⁶² **Bitencourt**, Cezar Roberto (ob.cit.,p.169) ressalta que “atualmente, doutrina e jurisprudência admitem, por analogia, o aborto sentimental, quando a gravidez resulta de atentado violento ao pudor, que é tão indigno e repugnante quanto o crime de estupro. Embora tecnicamente distintos, a semelhança de situações e de gravidade do resultado justifica essa orientação. Com efeito, em razão das situações em que esses horrendos crimes ocorrem, e da semelhança tanto nas consequências pessoais quanto nas morais, seria profundamente injusto punir o médico pelo crime de aborto ou simplesmente desautorizá-lo por puro prurido técnico-dogmático”. No mesmo sentido, **Greco**, Rogério (ob. cit., p.289). Em sentido contrário, **Prado**, Luiz Régis, ob. cit., p.122 e **Pierangeli**, José Henrique, ob. cit., p.121.

¹⁶³ **Luzón Peña**, Diego-Manuel, ob. cit., p.354.

¹⁶⁴ Sobre aborto eugênico, **Franco**, Alberto Silva, ob. cit., pp.80/108. O referido autor tomou parte nos trabalhos destinados a um Esboço de Anteprojeto da Parte Especial do Código Penal e, na oportunidade, nesse esboço, foi incluído, no art. 143, o inciso quarto, com a seguinte redação: “Art. 143, Não constitui crime o aborto praticado por médico...IV se se comprova, através de diagnóstico pré-natal que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima quarta semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daqueles que realizarem o aborto ou sob cuja direção ele for realizado. Parágrafo único- O aborto, nas hipóteses referidas nos incisos I a IV do presente artigo, deve ser antecedido de expresso consentimento da gestante e, no caso de ser doente mental, de seu representante legal, e será praticado em estabelecimento hospitalar público ou credenciado pelo Poder Público”. As propostas reformuladoras da Parte Especial do Código Penal dormem até hoje, a sono solto, nos escaninhos do Ministério da Justiça e a legislação penal brasileira permanece, desse modo, num distanciamento amedrontado, em relação à questão do aborto.

a. Nova denominação do tema

A questão era tratada sob o título de aborto por indicação eugênica, o que de pronto acarretava resistência, em virtude da expressão eugênica provir do vocábulo *eugenia*. É sabido que algumas palavras, além de seu *significado descritivo*, são dotadas de *significado emotivo*¹⁶⁵. *Eugenia* é uma delas na medida em que gera alto nível de rejeição por estar estreitamente ligada ao conceito de Francis Galton¹⁶⁶ e, sobretudo, à legislação penal do período nazista. A lei para a purificação da raça (*Erbgesundheitsgesetz*) introduziu, por motivo da chamada saúde do povo (*Volksundheit*), a justificação de casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação de glândulas sexuais, etc.). E, em razão dessa lei, foram praticados fatos extremamente dolorosos, em particular contra judeus, homossexuais e opositores do regime hitleriano. Embora o aborto por indicação eugênica nada tenha a ver com o conceito de *eugenia*, força é convir que se tornou necessário, para evitar toda e qualquer equivocidade, que se excluísse a expressão *eugenia* e se pusesse em seu lugar palavra cuja área de significado não produzisse nenhum tipo de reação emocional¹⁶⁷. "Não porque devam temer-se as palavras ou se queira cobrir a realidade com o manto da hipocrisia, mas porque, segundo a sua teleologia própria, esta indicação nada tem a ver com as preocupações eugênicas e *tudo* tem a ver com os interesses da grávida e com o sofrimento que porventura possa causar-lhe a continuação da gravidez e o nascimento de uma criança pesadamente lesada na sua saúde e (ou) no seu corpo"¹⁶⁸.

Indicação embriopática veio, então, em substituição a indicação eugênica.

¹⁶⁵ Carrió, Gennaro, *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1971, p. 19.

¹⁶⁶ Lacadena, Juan-Ramón (*Manipulación Genética em Fundamentación de la Bioética y Manipulación Genética*, Madrid:UPCM, 1988, pp.162/168) observa que Francis Galton cunhou a expressão eugenia (*eugenics*) "querendo significar a perfeição hereditária para abarcar a totalidade do estudo dos fatores, sob controle social que podem melhorar ou prejudicar as qualidades raciais das gerações humanas futuras, tanto do ponto de vista físico, como mental". Partindo, portanto, da consideração galtiana de que a eugenia "é a ciência da melhora da linhagem humana", Lacadena, Juan-Ramón criticou o emprego da locução aborto *eugênico ou eugenésico* não só porque tal aborto "representa uma solução de situações problemáticas familiares ou individuais, mas não tem repercussão em nível de população humana e, portanto, não tem sentido eugenésico *per se*" como também "porque não deixa de ser surpreendente que uma sociedade como a de nossos dias, tão sensibilizada contra qualquer forma de racismo, segregação ou marginalização, tenha aceito o adjetivo eugenésico, sem deter-se para pensar no significado que Galton deu ao termo".

¹⁶⁷ Sobre a distorção terminológica ainda Arroyo Zapatero, Luis *ob.cit.*, pp. 47/60.

¹⁶⁸ Figueiredo Dias, Jorge de, *Comentário Conimbricense do Código Penal*, Parte Especial, tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p.186.

b. Características da indicação embriopática

Embriopatia é um termo médico que significa "afecção decorrente de desenvolvimento embrionário anormal"¹⁶⁹, isto é, qualquer alteração de caráter patológico sofrida pelo embrião ou pelo feto. Assim, leva-se em conta não apenas um estado de morbidez de que sejam afetados o embrião ou o feto, como também qualquer tipo de malformação genética que repercuta no respectivo desenvolvimento. Dito de modo mais preciso, cuida-se de "uma lesão do estado de saúde (em sentido amplo) que ou deixa ao nascituro pequenas possibilidades de sobrevivência (cistinose, doença de Tay-Sachs, de Nieman-Pick, de Krabbe, de Farber) ou lhe causa danos irreparáveis, físicos (paralisias, cardiopatias, cegueira, microcefalia, anoftalmia, micromélia ou bebês de Talidomida) ou psíquicos (psicose, oligofrenia, epilepsia)"¹⁷⁰. É evidente que não se incluem na hipótese enfocada doenças sem gravidade que podem ser curadas, nem tampouco lesões que, em nível de cirurgia, possam ser corrigidas, como por exemplo os casos de lábio leporino ou de fenda palatina, etc.

A indicação embriopática fundamenta-se, assim, ou na certeza de que embrião ou feto sofrem de doença grave ou de malformação congênita ou, num significativo juízo de probabilidade sobre a ocorrência, de uma ou de outra. Em ambas situações detectadas por profissional da área médica, a doença grave ou a malformação congênita não têm condições de cura. Destarte, a indicação "estará presente sempre que o grau de probabilidade, posto em conexão com a incurabilidade da doença ou malformação prevista, por um lado, e a condição psíquica da mulher, por outro, torne a continuação para esta da gravidez num peso e num sofrimento que não é razoavelmente de lhe exigir"¹⁷¹.

A identificação de graves doenças ou de malformações congênitas, no processo de gestação, viabilizou-se com o extraordinário progresso assumido nas últimas décadas pelas ciências biomédicas e, sobretudo, com a antecipação de problemas genéticos, em razão da maior sofisticação dos diagnósticos pré-natais. O melhor conhecimento

¹⁶⁹ Houaiss, Antonio, ob. cit., p. 1120.

¹⁷⁰ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 185.

¹⁷¹ Figueiredo Dias, Jorge de, ob. cit., p. 184.

da problemática do embrião e do feto tem permitido aumentar a certeza diagnóstica e reduzir sensivelmente o juízo de probabilidade quanto à ocorrência de graves doenças ou de malformações congênitas. Nelson Hungria afirmava, algumas décadas atrás, a ilegitimidade do que denominava de aborto eugênico, sob fundamento de que não seria possível "nenhuma prova irrefutável (...) no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um degenerado"¹⁷². A ciência biomédica, através do diagnóstico pré-natal, mostrou a total improcedência dessa afirmação. Hoje, é possível com o emprego de diferentes técnicas, com riscos variáveis, conhecer o estado do embrião ou do feto antes mesmo de vê-lo nascido. O diagnóstico pré-natal abre, na atualidade, um amplo espectro de possibilidades que atendem às mais diversas finalidades, quer a de preservar melhor a saúde da gestante, quer a de permitir a adoção de providências que favoreçam, corretivamente, o embrião ou o feto, quer ainda a de neles identificar anormalidades incuráveis. Nesse último caso, quando as doenças graves incuráveis ou as malformações congênitas permitem a conclusão de ocorrência de vida humana condenada à natimorte, ou de vida humana com pequena possibilidade de sobrevivência e sem o mínimo teor de qualidade de vida, a perspectiva da indicação embriopática não pode ser excluída.

c. Requisitos exigíveis para a indicação embriopática

Requisito comum a todas as causas de justificação do delito de aborto é, sem dúvida, o de que o aborto seja efetuado por médico e, evidentemente, em hospital público, ou privado credenciado pela Administração Pública.

A indicação embriopática possui, no entanto, requisitos próprios tais como: a) a verificação certa ou com alto grau de probabilidade de que o embrião ou o feto apresente doença grave e incurável, ou malformação congênita; b) o prazo para a realização do aborto e c) parecer emitido por dois especialistas.

O primeiro requisito foi examinado no item acima. O segundo requisito diz respeito ao prazo máximo de vinte e quatro semanas dentro do qual deve ser realizado o aborto embriopático e "tal prazo se explica porque algumas provas diagnósticas somente podem ser realizadas quando o feto adquiriu certo desenvolvimento e é necessário determinado

¹⁷² Hungria, Nelson, ob. cit., p.301.

lapso de tempo para sua avaliação e conseqüente adoção da decisão de abortar; por outro lado, quanto mais tardio é o diagnóstico, maior é o grau de sua certeza, não se podendo olvidar, no entanto, que a partir do prazo estabelecido, o feto já é viável”¹⁷³. Tal prazo deve ter, por termo inicial, não a concepção¹⁷⁴, mas sim, a nidação do óvulo fecundado no útero da gestante, o que se concretiza por volta do décimo quarto dia após a concepção. Destarte, torna-se prorrogável o termo final do prazo de vinte e quatro semanas para a realização do aborto embriopático. Por fim, seria necessário, do ponto de vista da ética médica, que esse tipo de aborto fosse precedido de parecer de dois especialistas que não se confundam, obviamente, com os executores da prática abortiva.

d. Natureza jurídica da indicação embriopática

Há, na doutrina penal, o entendimento de que o aborto não seria punível no caso de o embrião ou o feto estiverem afetados por grave doença incurável ou por malformação congênita pois, nessa situação fática, não se poderia exigir da mãe a continuidade da gravidez¹⁷⁵. Este posicionamento jurídico não deve ter acolhimento pois reconhece, na hipótese, não uma causa de justificação, que apresenta similitude com o estado de necessidade, e sim uma causa excludente de culpabilidade. Mas tal entendimento não é convincente. Não há cuidar de inexigibilidade de outra conduta, no caso em que se mostra possível em momento anterior à culpabilidade evidenciar-se a falta de relevância penal da conduta posta em prática. Há, no caso em exame, um conflito entre o direito à vida, mesmo em se cuidando de embrião ou feto com doenças graves ou malformações, e “o direito ao livre desenvolvimento da personalidade da mulher para quem continuar a gravidez pode acarretar um trauma muito grave. Parir e assumir uma maternidade nessas condições é evidentemente um fato que terá uma influência muito transcendente em sua vida”. É natural, portanto, que a ordem jurídica, “em consideração

¹⁷³ **Romeo Casabona**, Carlos María, *El diagnóstico antenatal y sus implicaciones juridicopenales*, em *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Barcelona: PPU, 1988, p.112/113.

¹⁷⁴ A contar da concepção manifesta-se **Arroyo Zapatero Luis** (ob. cit., p.56), por entender que “a partir da fecundação ocorre a existência real do bem jurídico, o novo ser”.

¹⁷⁵ **Prado**, Luiz Regis, ob.cit.,p. 122.No mesmo sentido, **Torres**, José Henrique Rodrigues, *Abortamento nos casos de malformação fetal*, São Paulo: *Revista da Escola Paulista de Magistratura*, vol. 2, n. 3, jan./fev.2001, pp.101/111 e **Coutinho**, Luiz Augusto, *Anencefalia: Novos rumos para a Ciência Jurídica*, em *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, ano 5, n. 29, dez/jan.2005, pp. 32/45.

ao valor superior que tem o livre desenvolvimento de sua personalidade conceda à grávida a possibilidade legal de escolher se quer ou não assumir uma tarefa evidentemente não desejada e que a natureza desgraçadamente lhe encarregou"¹⁷⁶. O aborto embriopático situa-se, portanto, na mesma linha conceitual, do aborto necessário e do aborto ético, na medida em que se define também como causa de justificação que se fundamenta, sobretudo, na impossibilidade de obrigar-se a mulher à maternidade não desejada, quando tal maternidade se revela um sacrifício sério e extremamente gravoso para sua pessoa. Ou melhor, "dito com outras palavras, o conteúdo mínimo dos direitos constitucionais da mulher (...) obriga a considerar-se conforme ao direito a prática do aborto nos casos a que aludem as indicações terapêutica, ética e eugenésica"¹⁷⁷.

Nessa linha de compreensão, nada obsta que se reconheça a causa de justificação do aborto embriopático e por várias razões. Antes de tudo porque, como já foi enfatizado anteriormente, os tipos justificadores dispensam a certeza e a determinação dos tipos incriminadores e admitem a analogia. Depois, porque, para a configuração do aborto embriopático, não há necessidade de nenhuma formatação legal: a ciência médica empresta os conceitos caracterizadores. Ainda, através do emprego da analogia, já reconhecida, na atualidade, em relação ao aborto ético, é possível alargar-se a área de incidência do aborto necessário para nele incluir a hipótese em que a maternidade pode representar um grave dano à saúde física ou psíquica da mulher. Por fim, se reconhecido esse alargamento, não há como não incluir a hipótese do aborto embriopático como um especial caso em

¹⁷⁶ Carbonell Mateu, J.C. e González Cussac, J.L., ob. cit., p.785. Em outra passagem no artigo *El aborto en el Código Penal Español (Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona*, ob.cit.,p. 691), Cobo del Rosal e Carbonell Matteu, assinalaram que, no caso, se dá prevalência à dignidade da pessoa humana, pois se "deve ter em conta que a maternidade colocaria a grávida ante o dever de tutela, educação e sustento de um indivíduo, que lhe é exigível de maneira muito específica, pressupondo uma absoluta mutação da vida da mãe. Nessas condições parece lógico conceder especial relevância ao seu consentimento. A característica, pois, desta indicação não é a de diminuir o valor da vida em formação, mas sim a de incrementar o da liberdade da grávida".

¹⁷⁷ Vives Antón, Tomas S., ob. cit., p.222.

que a maternidade representa um agravo oneroso à saúde psíquica da gestante¹⁷⁸.

8.2.4 – Indicação econômico-social

A partir do momento em que se compatibiliza o sistema de prazo com o sistema de indicações e se reconhece que, nas doze primeiras semanas (três meses), o aborto será havido como fato atípico, não interessando os motivos que levaram grávida a fazê-lo, a questão da indicação econômico-social perde o seu relevo, máxime porque ultrapassado o referido lapso temporal¹⁷⁹, a conduta da gestante passa a ter enquadramento típico e só terá excluída a sua ilicitude em face de uma das três indicações: aborto necessário, aborto ético ou aborto embriopático.

9 – JUIZ CONSTITUCIONAL E A QUESTÃO DO ABORTO

Em face das considerações até agora expendidas, cai por terra o argumento tão em voga, em nível do Supremo Tribunal Federal, de que o juiz constitucional se tomaria um legislador positivo caso viesse a incluir nova causa de justificação no rol de excludentes referido na Parte Geral do Código Penal, ou alargasse, por via da analogia, o campo de incidência de causa de justificação aderida a um determinado tipo da Parte Especial.

Para o reconhecimento de nova causa de justificação, basta que o juiz constitucional faça uso dos instrumentos hermenêuticos que tem a seu dispor e interprete, com largueza, o conteúdo dos direitos fundamentais que apontam a ideologia e os fins pretendidos pela

¹⁷⁸ Sobre o aborto embriopático, há ainda o artigo de Lillie, Hans, *Aborto Eugenésico*, em *Biología y Derecho – Perspectivas en Derecho Comparado*, Bilbao-Granada: Fundación BBV e Comares, 1998, pp. 175/189.

¹⁷⁹ Como observa Gimbernat Ordeig (ob. cit., p. 64), “se se estende a indicação social a outros casos de *angustiosa necesidad* até chegar a nela compreender, em determinadas circunstâncias, o caso mais freqüente de gravidez não desejada: o da mãe solteira, deve ser ela rechaçada porque pressupõe uma regulação que, admitindo o critério básico da solução de prazo – os interesses da grávida devem prevalecer frente ao do embrião, independentemente da *moralidade* com que tenha sido concebido – não tem nenhuma de suas vantagens: ante o temor de que a instância oficial decida que não concorrem os requisitos de uma indicação social, a maioria das mulheres seguirão inclinando-se pelo aborto clandestino – inclusive as que poderiam ter obtido uma eventual autorização para a interrupção da gravidez – e com isso, pelo risco de perder a vida ou a saúde”.

sociedade em que está inserido¹⁸⁰. "À jurisdição não cumpre apenas e tão-somente uma estrita aplicação da lei, deverá antes considerar" (...) "que uma sua actividade juridicamente criadora é uma ação evolutiva que nas sociedades modernas terá de ver-se como irreversível". Um certo protagonismo da função judicial torna-se, portanto, inafastável, em razão da necessária revisão dos problemas das fontes do direito e da separação dos poderes. "Aquele, pela impossibilidade de continuar a identificar o direito com a legislação; esta, pela superação definitiva do poder judiciário entendido como de *quelque façon nulle*, e a actuar como *la bouche de la loi* e os juízes *êtres inanimés* enquanto apenas servidores da lei e *qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* (Montesquieu), numa estrita tarefa exegético-aplicadora. A revisão desses problemas e ainda a consideração daquele que impõem o reconhecimento e a definição de uma *ordem jurídica translegal*. Ordem essa que o referido poder normativo-juridicamente criador da jurisdição concorre a constituir e a manifestar (...) e que acaba por nos remeter ao próprio sentido atual do Estado-de-Direito, longe já de poder pensar-se nos termos só normativísticos e garantísticos tradicionais"¹⁸¹.

10 – CONCLUSÕES

De tudo quanto foi exposto e sustentado nos itens anteriores, mostram-se pertinentes as seguintes conclusões:

- a) - a inviolabilidade do direito à vida participa do rol dos direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal;
- b) - o direito à vida tutela tanto a vida humana independente, como também a vida humana em formação;
- c) - não há uma definição nem de carácter constitucional, nem de carácter legal, a respeito do momento em que se reconhece a vida humana, no processo de gestação;

¹⁸⁰ Martins, Leonardo: Como assevera (*Do Direito à Vida de anencéfalos e do Direito à Liberdade da Mulher Gestante na ADPF 54, Associação Juizes para a Democracia*, ano 8, n.33, jan. De 2005, p.5), não há inconstitucionalidade na manifestação do juiz constitucional favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, acentuando que "esconder-se atrás de um mal compreendido princípio da separação de poderes ou um positivismo infraconstitucional estéril que esvazia o carácter de liberdade da CF e que ignora situações de precariedade da mulher neste momento especial e muitas vezes dramático de sua vida, pelo contrario, é violá-la".

¹⁸¹ Castanheira Neves, A., *Entre o legislador, a sociedade e o juiz ou entre sistema, função e problema*, em *Boletim da Faculdade de Direito*, vol. 74, Coimbra: Universidade de Coimbra, 1998, pp. 1/44.

d) - a carência de critério legal identificador propicia a indicação de diferentes momentos do desenvolvimento da gravidez como o marco definidor da vida humana;

e) - a fecundação é apresentada como o instante inaugural da vida humana e, em favor desse posicionamento de inequívoco caráter religioso, manifestam-se alguns penalistas e, em particular, a Igreja Católica;

f) - a nidação e a atividade cerebral, com argumentação de fundo mais científico, são apontadas também como pontos reveladores da presença de vida humana no processo biológico-evolutivo da gravidez;

g) - a vida humana não está, contudo, nem na concepção, nem em outras etapas do desenvolvimento embrionário, mas somente a partir do momento em que a mãe a reconhece, incorporando-a no próprio projeto de vida, isto é, quando ela, por ato de vontade, *cria* a pessoa;

h) - o conceito de aborto, em termos penais, não se traduz num círculo fechado, hermético, no qual nenhuma avaliação metajurídica interfere, ao contrário, trata-se de figura típica que comporta alargamentos ou restrições, conforme a aferição que se dá ao momento em que se reconhece a presença, na gravidez, de vida humana individualizada e personalizada;

i) - a palavra *aborto*, contida no tipo, constitui um elemento normativo e, portanto, necessitado de preenchimento valorativo;

j) - na incriminação do aborto, estão em jogo tanto o direito à vida humana em formação, como os direitos constitucionais da mulher, e todos esses direitos estão articulados com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual dá o toque da unidade e de harmonia à própria Constituição Federal;

k) - a inviolabilidade do direito à vida e a inviolabilidade do direito à liberdade, sob o ângulo da autodeterminação da maternidade e do direito à igualdade, sob o enfoque de tornar a mulher instrumento da procriação são direitos fundamentais de igual valor axiológico;

l) - tais direitos fundamentais entram em conflito, caso se acolha a perspectiva concepional ou a perspectiva biológico-evolutiva, como momentos definidores da vida humana;

m) - no entanto, tais direitos fundamentais não entram em atrito, caso se reconheça que cabe à mãe, por ato de vontade, conferir ao filho o valor de pessoa;

n) - em se tratando de direitos fundamentais, não cabe anular um direito em detrimento do outro, mas procurar, por meio de recíprocas concessões, encontrar uma fórmula de composição, fazendo valer a técnica da ponderação;

- o) - o sistema de prazo pode marcar adequadamente a linha de separação entre a permissão e a proibição do aborto, traduzindo-se na fórmula de composição dos direitos fundamentais em colisão;
- p) - o prazo de três meses (doze semanas), dentro do qual o aborto pode ser praticado sem nenhum enquadramento típico corresponde às expectativas da denominada animação retardada, acolhida pela Igreja Católica durante dezessete séculos; é o momento segundo o qual no processo biológico da vida ocorre um salto qualitativo, transformando-se o embrião em feto, e é o termo final do prazo dentro do qual a mulher poderá tomar sua decisão pela aceitação (transformando-o em pessoa) ou pela recusa do filho;
- q) - partindo-se da consideração de que nenhum direito fundamental é absoluto, pois comporta limitações, o sistema de prazo dá predomínio aos direitos constitucionais da mulher no prazo de três meses, mas, depois desse lapso temporal, dá plena proteção ao direito à vida;
- r) - o sistema de prazo tem embasamento constitucional e dispõe de espaço no conceito penal de aborto, na medida em que tal conceito é omissivo no que tange ao momento definidor da vida humana;
- s) - o sistema de prazo combina equilibradamente com o sistema de indicações para o qual a vida intra-uterina passa a constituir um interesse dominante, no processo de gravidez;
- t) - o sistema de indicações constitui causas de justificação que podem excluir a ilicitude do aborto, em situações determinadas;
- u) - as causas de justificação não necessitam ser certas e determinadas como os tipos incriminadores e não estão sujeitas à proibição da analogia;
- v) - as causas de justificação comunicam-se a todos os que tenham interferido no aborto, inclusive o médico e os membros de sua equipe;
- w) - o aborto terapêutico – enquanto causa de justificação – não pode configurar-se apenas quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, cabendo o alargamento de seus limites para abranger, por se tratar de semelhança substancial, a hipótese em que ocorrer, em qualquer passo do processo de gestação, lesão grave e irreversível que possa atingir a saúde física ou psíquica da gestante;
- x) - o aborto ético – enquanto causa de justificação – pode ser estendido, por via analógica, como tem sido considerado pela doutrina e pela jurisprudência, a outros agravos contra a liberdade e autodeterminação sexual da mulher, além do estupro;

y) - o aborto embriopático – enquanto causa de justificação – não necessita de formatação legal na medida em que, para sua configuração, empresta conceitos da ciência médica e pode, por meio da analogia, adequar-se também ao aborto terapêutico na medida em que a maternidade representa um agravo oneroso à saúde psíquica da gestante;

z) - cabe ao juiz constitucional fazer uso dos instrumentos hermenêuticos que tem a seu dispor, para criar tantas causas de justificação quantas se mostrem imprescindíveis em face de novas realidades da ordem jurídica e social, e não se apavorar com a perspectiva de deixar de ser o ventríloquo fastidioso da normal legal.