



A INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA E O CRIME DE ABORTO: ASPECTOS GERAIS E ABORTISMO IDEOLÓGICO

Vinícius de Souza¹

RESUMO

O presente artigo destina-se ao estudo do direito à vida do nascituro no ordenamento jurídico pátrio, ante os ataques à vida nascente pela prática abortiva, verificando-se, por meio de uma pesquisa bibliográfica, as bases legais e naturais do direito de existir, a constatação do início da vida humana, bem como as definições, classificações, histórico e tipificação legal da prática abortiva. Toda a discussão tem por base a inerência, inalienabilidade e universalidade do direito à vida do nascituro. Ademais, tal direito vem devidamente respaldado no ordenamento pátrio, sobretudo nos artigos 5º, caput, e 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988; artigos 1º a 5º, do Pacto de São José da Costa Rica; artigo 2º, do Código Civil Brasileiro; artigo 7º, do Estatuto da Criança e do Adolescente e artigos 124 a 128, do Código Penal.

Palavras-chave: Direito à vida. Aborto. Nascituro.

ABSTRACT

This article is intended to study the right to life of unborn children in Brazilian law, against the attacks on unborn life by abortion practice, verifying, through a literature search, the legal bases and natural right to exist, the evidence of early human life, as well as definitions, classifications, historical and legal classification of abortion practice. All discussion is based on the inherent, inalienable and universal right to life of the unborn. Moreover, this right is properly supported in order of country, particularly in Article 5, caput, and 1, section III of the Constitution of 1988, Articles 1 to 5, the Pact of San José, Costa Rica, Article 2 of the Civil Code Brazil; Article 7 of the Child and Adolescent and articles 124 to 128 of the Criminal Code.

Key-words: Right to life. Abortion. Unborn.

INTRODUÇÃO

Atualmente, verifica-se a polemização de fatos fundamentais à vida humana, principalmente acerca de seus termos inicial e final. Para uns, trata-se de evolução humana e científica, da qual o homem deve gozar em plenitude, independente dos meios utilizados para tanto. Para outros, trata-se de exageros tecnológicos e desvios éticos.

Neste contexto, emergem posições jurídicas relativistas do direito à vida, principalmente no que concerne ao nascituro, ser humano concebido e ainda não nascido. Isto, pois sua existência e reconhecimento como ser humano, por vezes, obsta a consecução de interesses individuais egoístico e o gozo de determinadas liberdades. Consequentemente, a vida humana nascente é atacada pela instrumentalização e pelo extermínio arbitrários, sobretudo pela prática abortiva.

Assim, faz-se importante a delimitação dos direitos, objetivando-se salvaguardar o que de mais juridicamente intenso, inerente e incondicional há no

¹ Graduado em Direito pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos. Advogado.

Artigo decorrente de monografia apresentada junto à FAESO, em maio/2011, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Endereço eletrônico: vinicius02souza@hotmail.com

próprio ser humano: o direito à vida. Verifica-se, pois, indispensável a ponderação acerca do início da vida humana, da tutela constitucional da vida do *conceptus*, da tipificação penal que objetiva proteger o bem jurídico “vida”, bem como dos intentos e argumentos referentes à legalização do aborto e sua insustentabilidade ante a inviolabilidade da vida humana desde a concepção.

DIREITO À VIDA

A vida humana², fundamento necessário de tudo o que diz respeito ao indivíduo e à sociedade humana (LEÃO JÚNIOR, 2005), é conceito de dissenso, tomada ora como fim em si mesma, ora como instrumento destrutivo, ora instrumento destruído. Para o Direito, como primeiro valor jurígeno, a vida ocupa postos soberanos nas legislações, pois é *direito-fundante*, sobre o qual se arrima e para o qual se ergueu o edifício jurídico (HADDAD, 2005). Isto, pois sem assegurar-se o direito à vida, não há ordenamento que se sustente como justo ou que, ao menos, almeje a justiça, o sentido comum do *dever ser*. Neste sentido afirmou o Vice-Presidente emérito da Corte Constitucional Italiana, Massimo Vari (apud LEÃO JÚNIOR, 2005, p. 224): O primeiro, e em particular o mais fundamental de todos os princípios, é o que se refere ao direito à vida do ser humano. Na verdade, o direito à vida é o primeiro de todos os direitos do homem. Trata-se de um direito inalienável para o desenvolvimento de todo o povo livre e soberano [...]

Direito inerente, pois todo ser humano possui uma dignidade própria, a vida está acima de todo preço (LOBO, 2002 apud REIS, 2006), não admitindo equivalência ou relativização, pois é valor absoluto natural (KONINCK, 1995 apud MELLO, 2005), e só existe enquanto “é” em sua integralidade. Trata-se, pois, da maior dignidade do ser humano (REIS, 2006), valendo este por si mesmo, e não como gerador de riquezas ou fonte de utilidade (LOBO, 2002 apud REIS, 2006).

Assim, o direito à vida ocupa o altar magno do conteúdo jusnatural. Este, por sua vez, tradutor do *quantum* do justo que subjaz no ser humano propõe-se a dar conformação aos direitos fundamentais, objetivando preservar a dignidade humana naquilo que tem de mais sagrado e mais intocável (VASCONCELOS, 1998 apud SALES, 2004, p. 37).

Nesta perspectiva, o direito à vida, integrante do rol dos direitos fundamentais, é autêntico “*excludendi alios*” (DINIZ, 2009, p. 22) que exige, no mínimo, um comportamento negativo dos entes da sociedade no sentido de não ser atacado, ferido, violado. Ademais, como condicionante dos demais direitos da personalidade, a vida deve ser protegida “contra tudo e contra todos” (DINIZ, 2009, p. 21), desde o seu início até o seu fim natural. Neste contexto, para J. J Canotilho (2002 apud REIS, 2006), a primeira função dos direitos fundamentais é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado.

Todavia, surgem divergências jurídicas acerca das circunstâncias e fundamentos do direito à vida (existência), do início e término da tutela da vida e da valoração da própria vida, sobretudo no que tange à existência do conceito e à inviolabilidade de sua vida, diante das exigências sociais do bem-estar.

Assim, sendo o direito à vida decorrente da própria condição humana e inviolável, insta afirmar que a constatação do termo inicial vida humana – marco do princípio

² A expressão vida, do latim *vita*, de *vivere* (viver, existir), designa propriamente a força interna substancial que anima, ou dá ação própria aos seres organizados, revelando seu estado de atividade (SILVA, 1967). É algo que oscila entre exterior e interior (CHAVES apud TOMASZEWSKI, 2006), uma questão em aberto, um projeto incompleto (RATZINGER, 2005 apud NALINI, 2005).

da tutela jurídica do direito de existir – há de decorrer de bases sólidas e empíricas, sem descaracterizar-se o seu conteúdo transcendente.

O INÍCIO DA VIDA HUMANA

O início da vida humana é questão que permeou sobretudo o trabalho científico, filosófico e teológico da humanidade. O própria concepção de vida foi objeto de divergências: já se afirmou até que a vida era a propriedade geral da matéria, sendo que Spinoza acreditava que todos os corpos naturais eram dotados de alma e que as pedras poderiam pensar, enquanto que Diderot atribuía vida até mesmo às moléculas que compõem as substâncias orgânicas (PUSSI; PUSSI, 2005).

No medievo, o ocidente cristão, devido a escassez científica, debruçou-se em disputas teológicas escolásticas acerca do momento da criação do corpo e efusão da alma e sua relação com o início da vida humana (BILLIER; MARYOLI, 2005, p. 120). Somente na metade do século XIX, a biologia descobriu como acontece a concepção: encontro e fusão do gameta feminino (óvulo) com o gameta masculino (espermatozóide) para a formação do zigoto (ALONSO, 2005).

Porém, ante um turbilhão de interesses ideológicos e a relevância do tema, pode-se afirmar que, no intento de assegurar o direito mais fundamental ao homem, a definição e a constatação da vida e de seu início necessariamente são funções da própria biologia, enquanto empírica. A vida humana, pois, deve ser respondida com base em dados objetivos, médicos-científicos, e não com base em crenças, suposições, posicionamentos ideológico-culturais, interesses diversos ou ficções jurídicas (LEÃO JÚNIOR, 2005, p. 219).

Para a ciência, a vida humana, num quase consenso científico, tem início na concepção, isto é, na fecundação de gameta feminino pelo gameta masculino (LEJEUN, 1981 apud ALONSO, 2005; MOORE; PERSAUD, 2008; FRANÇA, 2001; RAMOS, 2007). Conforme Legeune (1991 apud MATHIAS SOUZA, 2005, p. 160) “no princípio do ser humano há uma mensagem, essa mensagem contém a vida e essa mensagem é uma vida humana”. Assim, pode-se declarar que o zigoto, resultado da união do ovócito com o espermatozóide, é célula totipotente altamente especializada que contém carga genética própria e única. Ou seja, com o *crossing-over* dos cromossomos e a produção de uma recombinação genética (MOORE; PERSAUD, 2008), têm-se um ser humano geneticamente ímpar (MARTINS, 2008, p. 97).

Outrossim, o novo ser, desde a concepção, detém poder de regulamentação sobre seu desenvolvimento (MARTINS, 2005), característica que corrobora à devida separação valorativa entre seu organismo e o organismo materno.

Ademais, o desenvolvimento embrionário/fetal, a partir da concepção, é dotado de continuidade (MARTINS, 2008). Na embriologia humana, o desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um ovócito de uma fêmea é fertilizado pelo espermatozóide de um macho e que não termina no nascimento (MOORE; PERSAUD, 2008). Assim afirmam Moore e Persaud (2008, p. 24):

Embora seja costume dividir-se o desenvolvimento humano nos períodos *pré-natal* (antes do nascimento) e *pós-natal* (após o nascimento), o nascimento é meramente um evento dramático durante o desenvolvimento, resultante de uma mudança de ambiente.

Então, conforme a predominante teoria concepcionista, a vida humana tem início na concepção, não havendo estágios demarcados ou saltos evolutivos, sendo que tudo o

que prossegue a fecundação faz parte do desenvolvimento do mesmo ser – geneticamente único.

Diversamente, porém, em que pese a comprovação científica da totipotencialidade do embrião, da individualidade genética do ser humano desde a concepção e da continuidade do desenvolvimento a partir desta, para os adeptos da *teoria da nidação* a vida humana tem início quando o concepto se implanta na parede do útero, decorrendo daí todo o restante do processo da gravidez. Assim, antes da nidação, haveria somente um aglomerado de células que constituiria posteriormente os alicerces do embrião. Neste sentido, segundo Scarparo (1991, apud SOUZA, 2008, p. 05), não seria viável falar-se de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, passando a ser alimentado pela mãe. De outro norte, para a teoria genético-desenvolvimentista, a concepção não seria suficiente para individualizar o ser humano, sendo necessário um desenvolvimento mais adiantado para que o novo “ser” possa configurar-se como indivíduo humano. Para os adeptos, até o 14º dia de evolução os denominados “pré-embriões” poderiam ser utilizados em pesquisas científicas.

Já para a teoria das primeiras atividades cerebrais³, o critério para a constatação do início da vida há de ser o mesmo que identifica a morte: a atividade cerebral. Para os adeptos desta teoria, uma vez que a morte do ser humano é indicada pela cessação das atividades cerebrais, a vida do indivíduo humano inicia-se com a formação da placa neural do nascituro, o que ocorre por volta do 14º dia após a fecundação (SOUZA, 2008).

Portanto, lançam-se sobre o Direito verdadeiras luzes, as quais o *jurídico* não poderia conceber se não fossem os avanços científicos acerca da vida humana e da grandiosidade de seu início. Neste íterim, para a melhor doutrina jurídica, a constatação do começo da vida humana é questão da Biologia (MARTINS, 2005; TAVARES, 2009), segundo a qual a vida tem início com a fecundação do gameta feminino pelo gameta masculino (DINIZ, 2010; CAPEZ, 2008; GRECO, 2010; DELMANTO et al., 2010).

Ademais, para os filósofos que se ocupam da natureza essencial dos entes, o embrião humano é um ente vivo da espécie humana, e esta noção é quase pacífica (RAMOS, 2003 apud PUSSI; PUSSI, 2005). Somente pelo fato de estar vivo, o embrião já deve ser protegido com o maior cuidado, pois constitui fim em si mesmo e não instrumento alheio, ainda que para o bem de outrem (RAMOS, 2003 apud PUSSI; PUSSI, 2005). Trata-se, pois, de um respeito máximo conferido também pela filosofia, contra a relativização e redução do valor da vida humana embrionária e fetal.

O DIREITO À VIDA DO NASCITURO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Em que pese a característica positivista do Direito pátrio, é importante apontar a presença do direito natural no ordenamento jurídico. Neste sentido, afirma Arnaldo Vasconcelos (1998 apud SALES, 2004) que a atual Constituição Federal ampliou a presença dos princípios atinentes ao jusnaturalismo em, pelo menos, três dos seus temas fundamentais: a democracia, os direitos e garantias fundamentais e as grandes linhas programáticas que compõem o perfil ideológico da Lei Maior de 1988. Neste sentido, como direito natural, o direito à vida integra o rol dos direitos fundamentais previstos na Carta Magna brasileira.

³ Refutando-se a corrente da necessidade das atividades cerebrais, aponta Marlene Nobre (2005, apud MATHIAS DE SOUZA, 2005) que as descobertas realizadas pela neurocientista Cadance Pert demonstram que a memória humana está presente não somente no cérebro, mas também em todo o corpo, através da ação dos neuropeptídeos, que fazem a interconexão entre os sistemas nervoso, endócrino e imunológico.

Atualmente, no ordenamento brasileiro, apesar do supedâneo máximo do direito à vida no *caput* do artigo 5º, da CRFB/88, e no Pacto de São José da Costa Rica⁴, o direito do nascituro de não ser exterminado vem respaldado por um verdadeiro conjunto de traços legais que formam um sistema coerente, apesar da necessidade de melhorias legislativas. Assim, a vida humana nascente é objeto da tutela penal, ao tipificar-se como delito a prática abortiva (artigos 124 a 127, CP).

A inviolabilidade do direito à vida na Constituição Federal de 1988 e nos Tratados Internacionais

O direito à vida, o mais fundamental de todos os direitos e pré-requisito à existência e exercício dos demais (MORAES, 2004), está assegurado, de forma clara e direta (MARTINS, 2005; TAVAREZ, 2009) no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

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

Assim, verifica-se do texto constitucional a inviolabilidade do direito fundamental à vida, e não de “direitos concernentes à vida” como na Lei Magna pretérita⁵. Segundo o jurista Ives Gandra S. Martins (2008), a referida disposição constitucional, acerca da inviolabilidade do direito à vida, é importante inovação na tutela jurídica da vida, ressaltando-se tratar-se de cláusula inviolável e de aplicabilidade imediata.

Diversamente da Constituição de 1934, que assegurava tão somente o direito de prover a própria subsistência e a de sua família (artigo 113⁶), da Lei Maior de 1937, que dispunha acerca do direito de subsistir mediante trabalho honesto, e da Carta Magna de 1967, que assegurava a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida (artigo 150), a Constituição Federal de 1988 não deixou de pairar dúvidas, ou pelo menos deveria ter deixado, com a disposição legal do *caput* do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, garantido expressamente a inviolabilidade do direito à vida.

A referida disposição constitucional assume duas vertentes: os direitos de permanecer existente e de adequado nível de vida (TAVARES, 2009). Ao direito de permanecer existente, indubitavelmente superior ao adequado nível de vida, inclusive pressuposto lógico deste, é que se presta o presente trabalho.

Neste íterim, é inequívoca a proteção constitucional da vida do nascituro, conforme Chinellato e Almeida (apud TOMASZEWSKI, 2006), sem distinção de qualquer natureza, pois todos são iguais perante a lei, conforme reza o próprio artigo 5º, da CRFB/1988.

⁴ Afirmam Daniela Rodrigues Valentim e Roberto Mendes Mandelli Júnior (2006, p. 02), acerca do tema: “[...] a proteção dos direitos humanos, iniciada no imediato Pós-Segunda Guerra vem obtendo sucesso, quer pelas experiências ministradas no tocante às violações contra os direitos fundamentais acarretadas pelas práticas do Nazifacismo, quer pela semelhança de valores culturais e econômicos existentes no plano interno dos Estados-membros.” Para os autores (VALENTIM; MANDELLI JÚNIOR, 2006, p. 02): “os princípios que servem de base para o Pacto de São José da Costa Rica foram consagrados inicialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, obedecendo uma tendência de integração entre o sistema regional e o sistema universal de proteção destes direitos [...]”.

⁵ Constituição Federal de 1967. Artigo 150. “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...]” (BRASIL, 1967)

⁶

Nesta esteira, Ingo W. Sarlet (2009), tomando-se como referência a doutrina e jurisprudência alemã, que assegura há muito a tutela constitucional da vida e da dignidade antes do nascimento, aponta o reconhecimento evidente e necessário do direito à vida ao embrião. Afirma o autor (SARLET, 2009, p. 220), nestes termos:

[...] verifica-se evidente que não se pode reconhecer, simultaneamente, o direito à vida como algo intrínseco ao ser humano e não dispensar a todos os seres humanos igual proteção, numa nítida menção à humanidade do embrião e, com ainda maior razão, à condição humana do nascituro.

Ademais, além da previsão do *caput* do artigo 5º, da CRFB/88, o *excludendi alios* conferido ao conceito vem assegurado, também, pelo fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Esta, bússola do direito (HADDAD, 2005), vem prevista como fundamento da República, logo no artigo 1º, inciso III, da CRFB/1988⁷. Tal princípio, que independe de inclusão expressa em texto normativo para produzir efeitos (REIS, 2006) e cujo valor é essencial (PINHO, 2005 apud REIS, 2006) é inegavelmente assegurado ao nascituro. Assim, cabe ao Estado assegurar-lhe o direito de nascer e subsistir, pois sem a proteção incondicional do direito à vida, os fundamentos da República Federativa do Brasil não se realizam (BULOS, 2009).

Diversamente, porém, André Ramos Tavares (2009) entende que o valor tutelado no desenvolvimento embrionário não é a vida propriamente dita, mas um valor menor que também encontra guarida no Direito. Todavia, entende o autor (TAVARES, 2009) que o Direito pode conceder valor idêntico aos “pré-embriões” e à vida humana nascida. Neste sentido, destaca-se, ainda, a posição de Alexandre de Moraes (2004), para quem a Constituição protege a vida intrauterina, pois a gestação gera um “*tertium*”, que possui vida humana, com existência distinta da mãe, apesar de alojado em seu ventre.

Fala-se, ainda, na impossibilidade de tutela do direito à vida do embrião extra-corpóreo devido a ausência de expectativa de nascimento. Em que pese a doutrina brasileira majoritária reconhecer a tutela constitucional e jusfundamental da vida humana intrauterina ainda não nascida, há divergências acerca da proteção integral da vida humana embrionária extra-uterina (SALET, 2009). Todavia, acertadamente, vê-se que já foi agredida a inviolabilidade do direito à vida no momento em que foi fecundado, concebido, o referido embrião sem a devida expectativa de que este fosse implantado. Neste sentido, para Maria Helena Diniz é clara a proteção da vida tanto para o embrião intrauterino quanto para o extrauterino (DINIZ, 2009). É o entendimento mais adequado ante à inviolabilidade do direito à vida, e a constatação da vida desde a concepção.

Quanto aos pactos internacionais, vale afirmar que, normalmente, é de forma genérica que dispõem acerca do direito à vida. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) dispõe, sobre o direito à vida, em seu artigo III: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”. No artigo V, o referido tratado prevê a integralidade e a dignidade da vida humana, dispondo que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. Já a Convenção sobre os Direitos da Criança, por sua vez, promulgada no país através Decreto nº 99.710/1990, assim dispõe:

Artigo 6º.

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

⁷ Constituição Federal de 1988. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana.

Verifica-se da citada Convenção, o reconhecimento da inerência do direito à vida e a proteção desta com *status* de inviolabilidade, pois os Estados-partes deverão assegurar ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento do ser humano em fase de crescimento. Para o jurista Ives Gandra S. Martins (2010), a citada disposição pactual, somada às previsões da Convenção Americana de Direito Humanos, alcançam o nascituro, sujeito de direitos, reconhecendo-lhe o a dignidade humana inerente e a inviolabilidade do direito à vida.

Aliás, encontra-se na Convenção Americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Brasil no Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992, diversas disposições referentes ao direito à vida do ser humano não nascido. Assegura o referido Pacto, em seu artigo 4º, n. 1, que o direito deve ser protegido pela lei desde a concepção, dispondo, *in verbis*:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente. (BRASIL, 1992)

A citada norma é fortalecida pelo artigo 1º, n. 1, do mesmo texto legal, dispondo-se que os Estados-partes são obrigados a respeitar os direitos reconhecidos no Pacto, bem como a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa, sem discriminação alguma de qualquer natureza⁸. Ademais, no n. 2 do mesmo artigo, escusando-se de qualquer dúvida quanto ao sujeito da proteção, se nascituro ou nascido, a Convenção declara que pessoa é todo ser humano.

O artigo 2º, do Pacto de São José da Costa Rica, por sua vez, dispõe acerca do dever estatal de realizar adequações legislativas, e de outras naturezas, necessárias à efetivação dos direitos e liberdades previstos no Pacto. O tratado é abrangente, assegurando a todo ser humano o direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica, conforme seu artigo 3º: “Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

Além do direito à vida do nascituro, expressamente estampado, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos pode, ainda, com base em seu artigo 5º, ser aplicada com o fito de vedar e criminalizar a prática de processos abortivos diretos, pois estes consistem, por vezes, além da privação arbitrária da vida, em tratos cruéis, desumanos e degradantes em detrimento da integridade física, psíquica e moral do *conceptus* e total desrespeito à sua inerente dignidade humana.

Há certa discussão acerca da expressão “em geral” contida no artigo 4º do Pacto de São José da Costa Rica. Para André Ramos Tavares (2009), esta expressão ressalva uma possibilidade de quebra da diretriz concepcionista do tratado, através de disposição legislativa, em atendimento ao princípio da proporcionalidade. Diversamente, para Ives G. S. Martins (2005) a expressão ‘em geral’ é comando de natureza formal, de que a lei deverá explicitar a garantia da vida desde a concepção, que é o que ocorre em geral. Para o autor, não há a previsão de que a lei poderá retirar o direito à vida após a concepção, “pois, de outra forma, o ser humano (nascituro) estaria sendo privado de sua vida arbitrariamente” (MARTINS, 2005, p. 29).

Ressalte-se, ainda, que o referido tratado internacional ingressou no ordenamento jurídico brasileiro como cláusula inviolável (MARTINS, 2005). Isto, pois, por força do parágrafo 2º, do artigo 5º, os tratados internacionais sobre direitos fundamentais são

⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos. Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

cláusulas pétreas no ordenamento pátrio (MARTINS, 2005)⁹. Assim, verifica-se que, em consonância com a inviolabilidade prevista no artigo 5º, *caput*, da CRFB/1988, o direito à vida é assegurado pelo Estado, desde a concepção, conforme as disposições do Pacto de São José da Costa Rica.

ABORTO

CONCEITO, TIPOS E MEIOS

O aborto, do latim *ab ortus* (privação do nascimento), para a embriologia moderna, é a expulsão do útero de um embrião ou de um feto antes de se tornar viável (MOORE; PERSAUD, 2008), enquanto que para a obstetrícia é a interrupção da gravidez, espontânea ou propositada, desde o momento da fecundação do óvulo pelo gameta masculino até a vigésima primeira semana de gestação (CROCE; CROCE JÚNIOR, 1998).

Segundo Capez (2008, p. 119), para verificação do aborto não é obrigatória a expulsão do conceito, pois pode ocorrer que este sofra processo de mumificação ou maceração, ou, ainda, que seja dissolvido e reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise. Nesta esteira, “aborto” seria expressão menos técnica, sendo mais correto utilizar-se, para se referir à prática, da expressão abortamento (SÉGUIN, 1999). Neste sentido, para a Medicina Legal, abortamento é o conjunto de meios e manobras empregadas objetivando interromper a gravidez (CROCE; CROCE JÚNIOR, 1998), com a consequente destruição do produto da concepção (CAPEZ, 2008).

Quanto ao tipo e motivação, verificam-se variadas formas de classificar ou nomear o aborto. Inicialmente, há duas modalidades de aborto: o aborto espontâneo ou natural e o aborto acidental ou provocado (MIRABETE; FABBRINI, 2007). O aborto espontâneo decorre de problemas com a própria gestação, por má formação do produto da concepção ou por complicações da saúde da gestante. Já o acidental pode decorrer de traumas variados sofridos pela gestante. Porém, o que importa ao presente trabalho é aborto provocado, ou seja, o aborto desejado e produzido.

Guilherme de Souza Nucci (2006) indica a qualificação do aborto em: aborto natural (oriundo de causas patológicas), aborto acidental (causas exteriores e traumáticas), aborto terapêutico ou necessário (por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante¹⁰), aborto sentimental (praticado quando gravidez resultante de estupro), aborto eugênico ou eugenésico (objetiva evitar o nascimento de criança com defeitos genéticos) e aborto econômico-social (por razões econômicas e/ou sociais da gestante ou do Estado).

Antônio José Eça (2005), por sua vez, classifica o aborto em: aborto terapêutico, aborto em caso de estupro, aborto eugênico e aborto econômico. O aborto terapêutico se divide em duas modalidades: o aborto necessário (para salvar a vida da gestante) e o aborto para encerrar enfermidade grave da gestante. O aborto em caso de estupro, previsto pela lei penal, também denominado de aborto sentimental é realizado para livrar a mãe de traumas psicológicos provenientes do crime sofrido. Já o aborto eugênico é utilizado para eliminar nascituros portadores de enfermidade ou deficiência física, transmitidas, ou não, pelos genitores, e que provavelmente dificultem ou inviabilizem a vida pós-natal (EÇA, 2005).

⁹ Constituição Federal de 1988. Art. 5º [...] § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

¹⁰ Ressalta-se que a legislação penal brasileira atual não pune a prática do aborto terapêutico quando não há outro meio de salvar a vida da gestante (artigo 128, inciso I, do Código Penal Brasileiro).

Quanto aos meios abortivos, a Medicina Legal prefere denominá-los em mecânicos e tóxicos, pois nestes últimos ocorrem verdadeiras intoxicações do organismo materno, atingindo, devido à circulação placentária, o nascituro (FRANÇA, 2001). Delton Croce e Delton Croce Júnior (1998) preferem dividir os meios abortivos em químicos, farmacológicos, físicos (mecânicos, térmicos ou elétricos), cirúrgicos ou psíquicos.

Os meios abortivos tóxicos podem ser de origem mineral ou vegetal. Dentre as vegetais, são de origem brasileira: jalapa, sene, sabina, apiol, arruda, quinino, centeio espigado, cabeça-de-negro, quebra-pedra, flor de rara beleza (*Thuia occidentalis*) (FRANÇA, 2001), salsaparrilha, esporão de centeio, dentre outros, que podem matar o ser humano concebido devido à intoxicação da gestante, por via sistêmica, e deslocamento do ovo (CROCE, CROCE JÚNIOR, 1998). Dentre os meios tóxicos minerais, são mais utilizados o fósforo¹¹, o arsênico, o antimônio, o bário, o chumbo¹² e o mercúrio. As conseqüências do uso de tais substâncias são diversas, como a intoxicação da gestante, sem que haja o aborto; a intoxicação e morte da gestante ou a intoxicação da gestante, com posterior cura, e a morte do feto (FRANÇA, 2001). Elida Sá (SÉGUIN, 1999), aponta o uso da injeção salinada, geralmente no quarto mês de gravidez, que “queima o feto”, o qual entra em sofrimento, debatendo-se no interior do útero, até ser expulso, já morto.

Quanto aos meios abortivos mecânicos, Genival Veloso de França (2001) apresenta a seguinte divisão quanto ao local de aplicação: a) na cavidade vaginal (tamponamentos, duchas alternadas de água fria e quente, cópulas repetidas); b) no colo uterino (cauterização, esponjas e dilatadores mecânicos); c) na cavidade uterina (punção das membranas¹³, desprendimento das membranas e o esvaziamento do útero pela curetagem, pela aspiração à vácuo e pela histerotomia). Maria Helena Diniz menciona, em sua obra “*O estado atual do biodireito*”, a descrição de um aborto realizado por meio mecânico. Aponta, a renomada jurista (DINIZ, 2009, p. 78):

[o nascituro] sente dor, medo e tem apego pela vida, como ficou demonstrado em uma ecografia filmada cientificamente pelo Dr. Nathanson, realizada numa gestante no momento do aborto, **perdendo a tranquilidade ao perceber o instrumento à procura da bolsa amniótica, tendo seu coração acelerado e tentando nervosamente mudar de local para escapar. Quando o instrumento o alcança, encolhe seu corpo até o limite superior do útero, e sua boca se abre em agonia, como para pedir auxílio, de modo que instrumento vai retirando pedaços de um ser humano aterrorizado, arrancando-lhe primeiro as pernas, depois os intestinos, fazendo-o lutar violentamente com os braços até que sua cabeça caia.**

França (2001) menciona os métodos específicos de Boero, que consiste na injeção trans-hipogástrica, após o esvaziamento da bexiga, de 2 ml de formol a 40 por cento no saco amniótico. A punção da cavidade uterina por agulha de 1,5 a 2 mm de diâmetro interno visando à extração de líquido amniótico é processo abortivo por indução, sendo, após, introduzida mesma quantidade de solução glicosada ou de cloreto de sódio.

Nos procedimentos abortivos físicos, é possível, ainda, a aplicação de calor ou eletricidade diretamente sob o abdome materno. Porém, os mais utilizados em tal processo são os meios mecânicos, de variedade grandiosa e cruenta, como pela introdução de laminarias, agulhas de tricô, varetas de bambu, como bem salientam Delton Croce e Delton C. Júnior (1998, p. 453). Vale citar o método Karman, onde há a aspiração do concepto por pressão negativa, “pela introdução de uma cânula, após a dilatação do colo do útero com *velas seriadas de Hegar* conectada a um recipiente completamente vazio, ao qual se adapta uma

¹¹ Na Grécia e na Finlândia, foi muito usado cabeças de fósforo maceradas em leite (FRANÇA, 2001).

¹² Na Inglaterra utilizou-se muito o chumbo em forma de pululas (FRANÇA, 2001).

¹³ A punção das membranas, muito usada curiosas, parteiras e leigos, normalmente é realizada através de sondas de borracha, agulhas de crochê, penas de ganso, varetas de bambu, palitos de picolé, dentre outros instrumentos comuns (FRANÇA, 2001).

seringa hipodérmica para fazer vácuo”, ou faz uso de aspiração elétrica de pressão regulada (CROCE ; CROCE JÚNIOR, 1998, p. 453). Ademais, são indicados, ainda, pela medicina legal, o meios psíquicos de realização do aborto, que ocorrem com o choque moral, o susto, o terror, dentre outros impactos mentais (CROCE; CROCE JÚNIOR, 1998).

Histórico da reprovação do aborto

A história da prática do aborto está diretamente relacionada com a história dos costumes, do Direito e da ciência. Esta prática humana nem sempre foi considerada criminosa pelo Estado, tendo reflexos também na religião e, principalmente, na moral.

O Código de Hamurabi (2.235-2.242 a.C) já trazia referências ao aborto, cominando pena à conduta abortiva¹⁴ (DHNET, 2011). Já os assírios puniam a mulher grávida pelo autoaborto com a empalação e a privação da sepultura (FRANÇA, 2001).

Na antiguidade, devido o pudor com as partes íntimas femininas, característica pertinente aos costumes, eram as mulheres que orientavam a gestação e realizavam os abortos (GALEOTTI, 2004 apud JACOBSEN, 2009), sendo que, entre os povos hebreus e gregos, predominou, inicialmente, a indiferença do Direito em face da prática abortiva, pois o feto era considerado como parte integrante do organismo materno (CAPEZ, 2008; PRADO, 2008).

Lembra Ives Gandra S. Martins (2008) que Hipócrates (467 a.C.) já dispunha em seu Juramento¹⁵ a proibição da prática abortiva pelo médico. No mundo Greco-romano a mulher que abortasse apenas era punida se ofendesse aos interesses do marido (JACOBSEN, 2009). Já Aristóteles (384 - 322 a.C.), referindo-se aos interesses coletivos, apontava o aborto como meio de controle demográfico, desde que praticado antes do surgimento da alma (VAN DEURSEN, 2011).

Entre os anos 23 e 79 d.C., Plínio, o Velho, julgava a prática abortiva como um desvio feminino que tornaria o ser humano inferior às bestas (VAN DEURSEN, 2011). A Lei das XII Tábuas e as leis da República não tratavam do aborto, podendo a gestante dispor livremente do produto da concepção (*partus antequam edatur mulieris pars est vel viscerum*), desde que não desatendesse os interesses do genitor (PRADO, 2008).

Conforme leciona Prado (2008, p. 103), com o reinado do Imperador Septimius Severus (193-211 d.C.), o aborto passou a ser considerado lesão à paternidade e às expectativas de descendência, cujas penas cominadas eram o desterro, a *damnatio in metallum*, a *relegatio* e a *confiscatio*, chegando à pena de morte se presente o propósito de lucro (PRADO, 2008, p. 103).

Com o cristianismo, adveio uma maior afirmação do valor infinito do indivíduo e uma restituição do direito à inteligência natural, passando o aborto passou a ser efetivamente reprovado no meio social. (BILLIER; MARYIOLI, 2005). Neste contexto, com os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio, o aborto, entendido então como a morte de um ser humano, foi equiparado ao delito de homicídio (PRADO, 2008). Tratava-se, pois, de evolução filosófica que acentuava a valorização do ser humano em atenção a ele mesmo

¹⁴ Dispunha o Código de Hamurabi: 209° - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto. 210° - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele. 211° - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos. 212° - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina. 213° - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos. (DHNET, 2011)

¹⁵ O juramento de Hipócrates é uma declaração solene tradicionalmente feita por médicos por ocasião de sua formatura (MARTINS; MARTINS; MARTINS FILHO, 2008).

(PRADO, 2008). Conforme, João Manoel Carvalho Santos (apud Elida Sá, 1999, p. 174) leciona que somente com o desenvolvimento e o progresso das idéias humanas, pôde-se afirmar a noção de ser ilícito matar o filho e destruir o feto.

Na Idade Média, houve certa divergência entre os teólogos cristãos acerca do *quantum* de reprovabilidade atribuída à prática abortiva, sendo para alguns teólogos delito se exterminasse feto animado, enquanto para outros, como o Papa Sixto V, não valeria tal distinção, sendo o abortamento crime em qualquer caso (PRADO, 2008). Aliás, a Igreja Católica Apostólica Romana, ao longo da sua história bimilenária, contrapondo-se à prática do aborto direto como uma “desordem moral grave, enquanto morte deliberada de um ser humano inocente” (JOÃO PAULO II, 1995), manifestando-se em diversas ocasiões¹⁶ (SEPER; HAMER, 1974). Além de pautar-se em argumentação teológica criacionista e em imposição de conseqüências canônicas¹⁷, a referida instituição religiosa invoca preceitos e princípios jurídicos e políticos para refutar a prática abortiva. Atribuiu-se ao aborto o adjetivo de crime abominável e abjurável, sendo autêntica ameaça à coletividade (JOÃO PAULO II, *Evangelium Vitae*, 1995), defendendo-se o nascituro como pessoa desde a concepção e como hipossuficientes frente ao Estado.

Todavia, conforme Maria Helena Diniz (2009), o aborto surgiu como crime diante do Estado pela primeira vez na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 (d.C) e na *Criminalis Carolina* de 1532 (d.C), distinguindo-se, porém, a morte do feto animado, com pena capital, da morte do feto inanimado, aborto punido com castigo a ser atribuído por peritos judiciais.

Ademais, houve alterações acerca do crime de aborto com a formação dos Estados Modernos. Neste sentido, para Giulia Galeotti¹⁸ (2004 apud JACOBSEN, 2009), autora da obra, a linha divisória fundamental da história do aborto encontra-se no século XVIII, quando, a partir dos descobrimentos da medicina e sob a ratificação dos Estados nacionais após a Revolução Francesa, começou-se a privilegiar a vida do feto, futuro trabalhador e soldado. Para a autora e jurista (GALEOTTI, 2004 apud JACOBSEN, 2009), a partir da Revolução Francesa a questão do aborto passou a ter um alcance público, ao mesmo passo em que o índice de natalidade começou a representar uma matéria de força do Estado.

A descoberta do óvulo, em 1827, transformou a idéia da concepção, confirmando-se o início da vida já na fecundação (VAN DEURSEN, 2011). Tal constatação fortaleceu as posições teológicas e filosóficas reprovadoras do abortamento direto. Neste sentido, afirma Giulia Galeotti (2004, p. 58 apud JACOBSEN, 2009) que “*desde que existe la certeza de que el embrión presenta sus componentes desde el comienzo, toda disquisición acerca de la infusión del alma – sea cual fuere la manera de ver la cuestión – pierde significado*”.

Ao longo do século XIX, até as décadas de 1960 e 1970, a tendência fundamental assumida pelo Estado foi a de proteger a vida do feto mediante uma repressão mais intensa à prática abortiva, (GALEOTTI, 2004 apud JACOBSEN, 2009), passando o nascituro, sobretudo devido as constatações científicas, a ter visibilidade pelo Estado como um

¹⁶ Em Didaché, Apologia em favor dos Cristãos, Apologeticum, Concordantia discordantium canonum (847), Santo Tomás de Aquino em Comentário sobre as Sentenças, Sisto V em *Constitutio Effraenatum* (1588), Pio XI na Encíclica *Casti connubii*, João XXIII na Encíclica *Mater et Magistra* (1961); o Concílio Vaticano II em *Gaudium et spes* (n. 51) e Paulo VI, em 1972, na Alocução *Salutiamo con paterna effusione* (SEPER; HAMER, 1974).

¹⁷ O Código de Direito Canônico prevê, no Cân. 1398, a aplicação da excomunhão *latae sententiae*, ou seja, *ipso facto*, de imediato, ao agente e partícipe do aborto provocado, ressalvada a hipótese de incursão na excludente do Cân. 1323 e na atenuante do Cân. 1324.

¹⁸ Autora de *Historia del Aborto*.

futuro cidadão (GALEOTTI, 2004 apud VAN DEURSEN, 2011), deixando de caracterizar-se como exclusiva propriedade dos genitores, passando a integrar a coletividade.

Todavia, apesar da constatação científica acerca da concepção como termo inicial da vida, não se extinguiu a relativização da vida, constatada sobretudo nas empreitadas estatais ideológicas. Neste contexto, na Alemanha hitlerista, o aborto eugênico foi estimulado, na tentativa de fazer-se uma raça superior, livres de anomalias e más-formações graves, recomendando-se o abortamento, dentre outros casos, nas hipóteses de epilepsia e psicopatias diversas. Na mesma época, na Suécia, Inglaterra (FRANÇA, 2001).

No Brasil o Código Criminal do Império de 1830¹⁹ não criminalizava o aborto praticado pela própria gestante, mas tão somente o aborto consentido e aborto sofrido (BITENCOURT, 2009). O texto legal ainda punia o fornecimento de meios abortivos, ainda que não fosse praticado o aborto (art. 200). O Código Penal Republicano (1890), por sua vez, dispunha sobre o crime de aborto em seus artigos 300, 301 e 302. O código legal da República, trazendo já a possibilidade da não expulsão do produto da concepção na prática do aborto, punia o provocar, traçando penalidade diferentes para os mencionados casos.

Afirma-se, por fim, que, ao longo da história, a consideração do aborto como crime, seja com relação à tipicidade e previsão legal, seja com relação à reprovabilidade da conduta do abortamento, oscilou entre extremos, sempre sofrendo influência de interesses diversos, hígidos ou não.

O crime de aborto no Código Penal

O Código Penal Brasileiro, Decreto - Lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940, dispõe acerca do delito de aborto em seus artigos 124 a 128, dispostos no Capítulo I “Dos Crimes Contra a Vida”, do Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa”, da Parte Especial, com o fito de proteger a vida humana intra-uterina e a vida da gestante. O mencionado texto legal traz as figuras delitivas do aborto provocado pela gestante²⁰ ou o consentimento da gestante a que outro lhe provoque o abortamento (artigo 124), do aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (artigo 125), do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (artigo 126), além da forma qualificada de abortamento (artigo 127) e de causas excludentes de punibilidade (artigo 128 e incisos).

Para fins penais, aborto – delito material – é a interrupção intencional da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção, ou seja, com a morte do nascituro (DELMANTO et al., 2010; CAPEZ, 2008), sendo irrelevante a expulsão do concepto do corpo da gestante. Faz-se necessária a prova de que o nascituro se encontrava vivo quando do emprego dos meios ou manobras abortivas²¹, não sendo exigível, porém, a comprovação da viabilidade do concepto (CAPEZ, 2008). Ademais, é imprescindível que a morte do nascituro seja resultado direto da prática abortiva (CAPEZ, 2008).

¹⁹ Código Criminal do Império de 1830. Art. 199. Occasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada. Penas - de prisão com trabalho por um a cinco annos. Se este crime fôr commettido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

²⁰ Já fora sustentado, por razões políticas, a imputabilidade da tentativa de auto-aborto e de aborto consentido sob a motivação de ser inconcebível a punibilidade de auto-lesão (CAPEZ, 2008).

²¹ Caso não seja obtida a referida prova da vida intrauterina, pode estar caracterizado o crime impossível pela absoluta impropietade do objeto, nos termos do artigo 17, do Código Penal.

Em caso de emprego de meio relativamente inidôneo para a prática abortiva, ou seja, como na ingestão de substância apta ao aborto, porém em quantidade insuficiente para a consumação, responderá o agente pela forma tentada de aborto (CAPEZ, 2008)²².

O elemento subjetivo no crime de aborto é o dolo, direto ou eventual, ou seja, consiste na vontade livre e consciente de interromper a gravidez, matando o produto da concepção ou, pelo menos, assumindo o risco de matá-lo (CAPEZ, 2008; BITENCOURT, 2009; MIRABETE; FABBRINI, 2007). Para Bitencourt (2009), este dolo eventual pode decorrer também da dúvida do agente acerca do estado de gravidez²³. Para o autor, quem desfere violento pontapé no ventre de mulher visivelmente grávida, acarretando a expulsão e conseqüente morte do feto, pratica o crime de aborto, e não de lesão corporal gravíssima (BITENCOURT, 2009), enaquanto que, para Heleno C. Fragozo (apud BITENCOURT, 2009), na mencionada hipótese, o agente que quis praticar apenas lesão corporal na gestante, responderá, tão somente, pelo delito do artigo 129, parágrafo 2º, inciso V, do Código Penal²⁴.

Não há modalidade culposa para o delito de abortamento (MIRABETE; FABBRINI, 2007), restando somente a eventual reparação de dano (BITENCOURT, 2009). Para a doutrina, a imprudência de gestante que causa a interrupção da gravidez não é conduta punível, enquanto que o terceiro que, culposamente, causa o aborto responde por lesão corporal culposa (MIRABETE e FABBRINI, 2007; CAPEZ, 2008).

Ademais, é possível o cometimento do crime de aborto por conduta omissiva quando o sujeito ativo tem a posição de garantidor, nos termos do artigo 13, § 2º, do Código Penal²⁵, dando indispensável o elo causal-normativo entre a omissão do agente e o conseqüente resultado. Assim, o aborto por omissão pode ser imputado ao médico e à parteira que não toma medidas devidas para evitar os abortos espontâneo e acidental (MIRABETE; FABBRINI, 2007), bem como diante da negativa do devido atendimento hospitalar público, dentro das possibilidades do caso concreto.

Início da proteção no crime de aborto

Quanto ao marco inicial da proteção penal da vida do concepto, a doutrina divide-se entre a teoria concepcionista e a teoria da nidação. Para a primeira corrente, configura-se o crime de aborto o extermínio do nascituro desde a concepção, conforme os artigos 5º da CRFB/88, 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, 2º do Código Civil e 7º do ECA; enquanto que para a segunda há fato típico somente a partir da nidação, haja vista a permissão estatal da utilização do Dispositivo Intra-Uterino (DIU). Neste sentido, Capez (2008) afirma que a aplicação da teoria da nidação é sustentada tanto pela teoria da imputação objetiva, uma vez que o Estado não pode autorizar o uso do DIU e ao mesmo tempo tipificá-lo como delito, quanto pela teoria social da ação, de Hans Welzel, pois trata-se de prática contraceptiva socialmente aceita.

²² Haverá, também, crime impossível na hipótese em que o agente realiza manobras abortivas supondo erroneamente a existência de gravidez (CAPEZ, 2008)

²³ Neste sentido, o agente que mata mulher que sabe estar grávida responde, em concurso formal, pelos crimes de homicídio e de aborto.

²⁴ Código Penal. Artigo 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem: Pena - detenção, de três meses a um ano. § 2º Se resulta: [...] V - aborto: Pena - reclusão, de dois a oito anos.

²⁵ Código Penal. Artigo 13. [...] § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

Figuras delitivas

O artigo 124, do Código Penal, contém duas figuras delitivas: “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos”. Prevê o tipo penal, na primeira parte, o auto-aborto (praticado pela própria gestante), sendo delito de mão própria (DELMANTO et al., 2010). Neste caso, quem fornece os meios abortivos, para que a gestante pratique o abortamento em si mesma, responde, a título de partícipe, pelo delito do artigo 124, do Código Penal (DELMANTO et al., 2010).

O sujeito passivo do tipo do artigo 124 (Código Penal) será sempre o nascituro, sendo o objeto jurídico tutelado tão somente seu direito à vida (CAPEZ, 2008; DELMANTO et al., 2010; MIRABETE; FABBRINI, 2007). Na segunda parte do artigo 124, do Código Penal, está previsto delito de “aborto consentido”, onde a gestante consente que outrem lho provoque o abortamento de seu conceito. Assim, a gestante que consente incide neste artigo, enquanto que o aborteiro incorre nas penas do artigo 126 (Código Penal).

O artigo 125, do Código Penal, dispõe acerca do aborto provocado sem consentimento da gestante: “Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de três a dez anos”. Neste delito de pena mais grave, onde o agente pratica a conduta típica mediante o emprego de violência, ameaça ou fraude, tutela-se a vida do nascituro e da gestante, além da incolumidade desta (MIRABETE; FABBRINI, 2007).

Responde o autor do aborto pelo artigo 126, do Código Penal, desde que haja consentimento expresso ou tácito da gestante²⁶. Assim dispõe o texto legal:

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

Conforme reza o citado artigo, aplica-se a pena do artigo 125, a saber, reclusão de três a dez anos, se a gestante não for maior de 14 anos de idade e/ou alienada ou débil mental, ou se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Prevê, ainda, a lei penal brasileira, além das formas mencionadas do delito de aborto, formas qualificadas no artigo 127, aumentando-se as penas de um a dois terços se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

O artigo 128 do Código Penal

Dispõe o 128, do Código Penal, *in verbis*:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Há divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da previsão legal do artigo 128 do Código Penal. Para uns, como é o caso de Fernando Capez (2008) e Delmanto et

²⁶ Neste caso, a gestante responde pelo artigo 124, 2ª parte, Código Penal, não admitindo-se co-autoria entre esta e o aborteiro.

al. (2010), trata-se de causas excludentes de ilicitude/antijuridicidade. Isto, pois, segundo Mirabete e Fabbrini (2007) prevê o citado artigo casos de aborto legal, ou seja, circunstâncias que tornam lícita a prática do fato. Em mesmo sentido, para Damásio E. de Jesus (apud CAPEZ, 2008), haveria causa especial de exclusão de pena somente se o Código Penal dissesse ‘não se pune o médico’, o que não ocorre, pois a lei menciona ‘não se pune o aborto’.

De outro norte, há juristas que interpretam o artigo 128 (Código Penal) como causa excludente de punibilidade. Nesta esteira, está Ives Gandra S. Martins (2005, p. 25), para quem a lei penal “proibiu o aborto, admitindo - não sua legalidade -, mas sua impunibilidade em duas hipóteses”. Outrossim, entende Maria Helena Diniz (2009) que as disposições do referido artigo são hipóteses de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. Continua a renomada jurista (DINIZ, 2009), que a ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação de uma pena (DINIZ, 2009). Concluindo, afirma que diante da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, CRFB/1988) não há a possibilidade de haver aborto legal no Brasil (DINIZ, 2009).

Quanto às figuras típicas do artigo 128, traz o Código Penal o aborto necessário ou terapêutico (inciso I) e o aborto sentimental ou humanitário (inciso II). Acerca do primeiro, lembram Delmanto et al. (2010) e Capez (2008) da necessidade do preenchimento de dois requisitos para a aplicação da referida causa excludente de ilicitude/punibilidade: a) que corra perigo a vida da gestante; b) a inexistência de outro meio para salvar a sua vida. Para Capez (2008) trata-se de espécie de estado de necessidade, optando-se pela preservação da vida da gestante (bem maior) em detrimento da vida do concepto (bem menor). Todavia, em que pese a opção pelo estado de necessidade, verifica-se não serem bens jurídicos axiologicamente diferentes, pois a vida é direito inerente à própria condição humana que, por sua vez, é a mesma na gestante e no feto. Mas, a opção pela vida da gestante em detrimento da vida do nascituro decorre da adoção da chamada teoria unitária que, por sua vez, aceita a justificativa do estado de necessidade mesmo quando se trate de bens jurídicos de igual valor. Esta, por sua vez, conforme Paulo José da Costa Jr. (apud Delmanto et al. 2010, p. 173). Além disso, tendo em vista a igualdade de valores, mais correta está a adoção do estado de necessidade exculpante, uma causa excludente de culpabilidade e não de antijuridicidade²⁷.

Afirma Capez (2008, p. 134) que para mencionado estado de necessidade não é exigido o requisito da atualidade do perigo, bastando “a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante”, cabendo ao médico “fazer prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante”. Porém, conforme depreende-se do próprio texto legal, a lei penal traz a impunibilidade do aborto como último recurso, ou seja, quando não há outra forma de salvar a vida da gestante, o que não pode ser constatado anteriormente à própria situação de risco. Outrossim, atualmente, para que uma doença não tenha solução é necessário, no mínimo, encontrar-se em seu estágio altamente avançado ou tratar-se de doença incurável, em que pese toda evolução medicinal existente.

Neste sentido, leciona Cezar R. Bitencourt (2009, p. 146) leciona que “o requisito básico fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave”, pois “o aborto deve ser o único meio de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime”. Afirma, ainda, o autor

²⁷ Lecionam Delmanto et al. (2010) que, segundo a teoria diferenciadora do estado de necessidade, sendo o bem sacrificado de menor valor que o bem salvo, há o estado de necessidade justificante (excludente de ilicitude); enquanto que sendo os bens de mesmo valor, há o estado de necessidade exculpante (excludente de culpabilidade).

(BITENCOURT, 2009), tratar-se de obrigação do médico, na posição de garantidor, conforme o artigo 23, inciso III, primeira parte, do Código Penal ²⁸, a prática do aborto terapêutico.

Ressalta-se que é dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal para o abortamento terapêutico (DELMANTO et al, 2010; BITENCOURT, 2009), ressalvados os casos de estado de inconsciência da gestante ou de inidoneidade dos interesses dos familiares (CAPEZ, 2008). Além disso, conforme a doutrina, à pessoa não habilitada legalmente que pratica o aborto para salvaguardar a vida da gestante, aplica-se a excludente de ilicitude do estado de necessidade, previsto nos artigos 23, inciso I, e 24, do Código Penal²⁹ (DELMANTO et al, 2010; BITENCOURT, 2009; CAPEZ, 2008).

Por fim, os argumentos justificantes do aborto não previstos em lei, tais como os motivos *honoris causa*, terapêutico para bem-estar e saúde preventiva e eugenésico não estão aptos a embasar decisão jurisdicional absolutória por causa excludente de ilicitude. Assim, para Fabbrini e Mirabete (2007, p. 69), “o argumento que se justifica na *lege ferenda*, não se mantém diante da lei vigente”.

O aborto sentimental, humanitário ou ético, (artigo 128, inciso II, CP) é aquele praticado pelo médico por ter a gravidez resultado de estupro (artigos 213 e 217-A, do Código Penal). A doutrina entende tratar-se de espécie de estado de necessidade ou de causa de não exigibilidade de conduta diversa (FABBRINI; MIRABETE, 2007), considerando-se a saúde psíquica da mãe e o trauma causado pelo crime sexual (DELMANTO et al, 2010; CAPEZ, 2008). Conforme Capez (2008), o Estado não poderia obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, dado os danos maiores, em especial os psicológicos, que isso lhe poderia acarretar. Todavia, verifica-se, pela previsão da inviolabilidade do direito à vida desde a concepção e pela constatação científica da vida humana a partir da fecundação, que os danos psicológicos apontados por Capez são indubitavelmente menores que, além dos prejuízos mentais do aborto à gestante, a vida humana inocente ceifada sob a égide estatal. Para Delmanto et al. (2010, p. 470), há uma contradição do ordenamento pátrio, diante da tipicidade do aborto de feto anencéfalo que não tem expectativa de vida e da ampla aceitação do aborto do feto saudável fruto de violência sexual.

São requisitos para a aplicação da referida disposição legal (art. 128, inciso II): a) gravidez resultante de estupro, seja de violência real ou presumida; b) prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal (DELMANTO et al, 2010; BITENCOURT, 2009). Não se exige autorização judicial, nem sequer processo contra o autor do estupro (DELMANTO et al, 2010; BITENCOURT, 2009; FABBRINI; MIRABETE, 2007), e, conforme Bitencourt (2009), não há qualquer limitação temporal para a prática abortiva sentimental. Já para Custódio da Silveira, Leite Fernandes e Álvaro Mayrink da Costa (apud DELMANTO et al, 2010, p. 470), são exigidas a autorização judicial e estabelecida a limitação aos três primeiros meses de gravidez para a prática do aborto sentimental. Ademais, conforme a doutrina, aplica-se a regra do artigo 128, inciso I, CP, à gravidez resultante de atentado violento ao pudor, via a analogia *in bonam partem*, pois é crime tão odioso quanto o estupro (CAPEZ, 2008; BITENCOURT, 2008; FABBRINI; MIRABETE, 2007).

²⁸ Código Penal. Artigo 23, inciso III. Art. 23 - Não há crime quando o agente pratica o fato: [...] III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

²⁹ Código Penal Brasileiro. Artigo 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I - em estado de necessidade; [...].

Artigo 24. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

A inviolabilidade do direito à vida e o abortismo ideológico

No contexto atual de ataque à vida humana embrionária, surgem posições pró-aborto, relativistas da inviolabilidade do direito à vida, pautadas sobretudo nos direitos da gestante sobre seu corpo ante a existência indesejada do nascituro que, para tais correntes, não merece uma consideração cultural de ser humano. Assim, objetivam, principalmente, a legalização do aborto provocado, a ampliação das causas excludentes de punibilidade do código penal e o aumento da permissividade de pesquisas e experimentos com embriões humanos, constituindo-se, acertadamente, em falácias jurídicas convencionais, destituídas de fundamentos científicos e jusnaturalistas.

Neste sentido, estão os apontamentos de Daniel Sarmento³⁰ (2005, p. 51), para quem o nosso sistema penal, demasiadamente repressivo, dá lugar a um número enorme de abortos clandestinos que põem em risco a vida e a saúde da mulher, sem proteger, na prática, o interesse contraposto na manutenção da vida pré-natal. Para ele (SARMENTO, 2005), a legalização do aborto é imperativo constitucional, moral e racional, compatível com o Estado Laico, atendendo-se os direitos humanos das mulheres nos ditames da doutrina do impacto desproporcional que protege os vulneráveis.

Preliminarmente, dos argumentos retro expostos, afirmar-se que um delito deve ser descriminalizado porque põe em risco a vida de quem o pratica é, por demais, argumento leviano. Se assim fosse, grande parte das condutas tipificadas como crime enquadrar-se-iam em tais critérios despenalizantes. Além disso, não se pode considerar repressivo demais um texto legal que pune o assassinato intrauterino com pena menor à aplicada ao homicídio ou infanticídio – lembrando-se que são minutos ou até mesmo segundos que podem separar o feto do nascido.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, reprovou o extermínio do nascituro, através da inviolabilidade do direito à vida, assegurada no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal/1988, bem como nos artigos 1º, 2º e 4º do Pacto de São José da Costa Rica. Em consonância legal, estão ainda o artigo 2º, do Código Civil, e o artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, já mencionados.

Ademais, o Direito é o mínimo ético necessário à justa convivência humana, e, sendo seu conteúdo justo, certamente será moral. Nesta esteira, pode-se afirmar, de acordo com Maria Helena Diniz (2009), que para a sustentação jurídica de um direito ao aborto provocado, seria necessário a comprovação científica de que o feto não é ser humano. E isto, claro, não ocorre, pois, desde a concepção há ser humano único (MOORE; KEITH, 2008; MARTINS, 2005; FRANÇA, 2001). Seria necessário, ainda, de acordo com Niceto Blázquez (apud DINIZ, 2009), em sua obra *A ditadura do aborto*, que os abortistas comprovassem, cientificamente, que o nascituro não pertence à categoria dos seres humanos, por não passar de um apêndice corporal à gestante.

A defesa do direito abortista de redefinição da vida numa concepção cultural, mais que um efeito de oratória (MATHIAS DE SOUZA, 2005), pretende constituir, finalmente, um direito que lhes confira um poder absoluto. Racionalidade há, sem dúvida, na inviolabilidade da vida humana, pré-requisito jurígeno, e principal sentido comum do *dever-ser*. Este, por sua vez, constitui um núcleo, inerente ao homem, que a todo custo deve ser protegido, sob pena de descaracterizá-lo (SALES, 2004). Além disso, o apontamento de que o

³⁰ Mestre e Doutor em Direito Constitucional pela UERJ, Professor Adjunto de Direito Constitucional da UERJ (Graduação, Mestrado e Doutorado), da Fundação Getúlio Vargas (Pós-Graduação), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e da Escola Superior de Advocacia Pública. Procurador Regional da República.

Direito Penal não protege, através da tipificação do aborto, a expectativa de vida pré-natal não prospera, pois, em sua função de *ultima ratio*, a Lei Penal deve tipificar as condutas que ofendem os direitos mais fundamentais, dentre os quais o principal: direito à vida.

Na perspectiva da legalização do abortamento, Flávia Piovesan (2005, p. 01) enfatiza uma suposta ineficiência da norma penal abortiva:

O país tem quase 2 abortos clandestinos por minuto (*Folha de S. Paulo*, 10 de dezembro de 2004). Estima-se que 1,4 milhão de abortos clandestinos foram realizados apenas em 2000. O aborto figura como a 4ª causa de morte materna no Brasil, sendo sua vítima preferencial as mulheres de baixa renda, que, destituídas de outros meios e recursos, ora são obrigadas a prosseguir na gravidez indesejada, ora se sujeitam à prática de aborto em condições de absoluta insegurança.

Todavia, o suposto número elevado de abortos clandestinos evidenciam, não a necessidade de uma reforma legislativa, mas uma ineficácia nas políticas públicas de contracepção, tão difundidas e abraçadas pelo Poder Executivo. A destituição de outros meios e recursos às mulheres não é outra coisa senão uma ineficiência do próprio Estado, longe de ser uma posição sustentável de pretensa violação do direito de existir.

Ademais, como bem leciona Maria Helena Diniz (2009, p. 84), “não é matando crianças inocentes e indefesas que se eliminarão a clandestinidade”, o problema de saúde pública provocado pelo aborto clandestino e “a pobreza de recursos materiais, espirituais e culturais”. No mesmo sentido, Bernard Nathanson³¹ (1997), ginecologista e obstetra norte-americano, conclui que não há razões sociais, econômicas, médicas, psicológicas para o aborto, pois não há razão alguma que justifique a referida prática.

Outro respaldo argumentativo abortista é o direito à liberdade gestacional e reprodutiva ante às exigências do Estado laico. Segundo Flávia Piovesan (2007 *apud* DUARTE, 2008), com fundamento nos direitos à liberdade, à vida e à saúde, o Direito deve conferir às mulheres, na qualidade de sujeitos de direito, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a interrupção da gravidez indesejada. Para Laís Amaral Rezende de Andrade (2000), a defesa da vida deturpa o princípio substancial da isonomia por igualarem os direitos do feto (vida hipotética) aos da mulher (vida concreta). Neste sentido, ainda, Silvia Pimentel, Valéria Pandjjarjian e Flávia Piovesan (2011), defendem que tanto a mutilação genital feminina, como a criminalização do aborto são manifestações da discriminação e violência de gênero imperantes numa sociedade patriarcal. Todavia, verifica-se, também, insustentáveis tais apontamentos.

Assim, pois num Estado laico não há de se conferir o direito de disposição da vida alheia aos ditames das convicções individuais e, principalmente, egoísticas. De resto, a vida não pode ser relativizada pelas entendimentos religiosas ou morais, mas necessita da constatação científica para ser protegida com maior precisão e laicidade.

A respeito da pretensa liberdade de abortar, há de se atentar às palavras de Maria Helena Diniz (2009, p. 81), para quem “não há nenhum princípio de liberdade individual que possa ser maior do que o que coloca a vida humana como o valor supremo da humanidade”, tratando-se, pois, de “bem jurídico inviolável, que tem importância tanto para

³¹ Médico, ginecologista e obstetra na cidade de nova York. Foi cofundador da Liga Nacional pelos Direitos do Aborto nos Estados Unidos, primeira organização política no mundo para promover o aborto. Foi colaborador da Federação Internacional de Planejamento Familiar e médico diretor (1970-1972) da maior Clínica abortista do mundo. Durante dois anos foram praticados nessa Clínica 60.000 (sessenta mil) abortos. Posteriormente, graças ao avanços científicos confirmando o início da vida humana na concepção, o Dr. Nathanson deixou a prática abortista e tornou-se um dos maiores defensores dos direitos humanos no seio materno.

seu titular como para a comunidade”. Trata-se de proteção jurídica de vida humana concreta (DINIZ, 2009), constatada cientificamente (MARTINS, 2005; FRANÇA, 2001; MOORE; PERSAUD, 2008), onde o conceito é sujeito hipossuficiente e indefeso ante os ataques à sua dignidade inerente (DINIZ, 2009). E, neste sentido, a criminalização do aborto não resulta da violência de gênero proveniente da sociedade, mas da necessidade estatal de punir a prática do homicídio uterino, que é realizado via tortura física incisiva e, conforme Ives Gandra S. Martins ³² (2005, p. 31), através de métodos que são “até mais violentos que os empregados para a execução de seres humanos já nascidos”.

Assim, tais tentativas de descriminalizar a prática abortiva – o assassinato uterino – são, em verdade, realizadas com o intento de instituir um tipo de aborto mais abrangente, sendo, em última instância, fruto de convicções ideológicas falaciosas. Situadas numa *cultura de morte* (SALDAÑA, 2005), numa ética do prazer, hedonista e consumista (DINIZ, 2009), tais correntes abortivas de instituição de um direito absoluto de disposição sobre a vida e a morte usam da filosofia da linguagem para galgar seus anseios. Substituem o termo *aborto* por *interrupção da gravidez*, pois este soa menos agressivo, deixando de representar materialmente um crime e uma questão de segurança pública, transportando-se para o campo médico e reprodutivo. Conforme Olavo de Carvalho (2010), a opção pelo abortismo exige, como condição prévia, a incapacidade ou a proposital recusa de apreender a noção de espécie humana. Assim leciona o filósofo, *in verbis*:

[...] para o abortista, a condição de ‘ser humano’ não é uma qualidade inata definidora dos membros da espécie, mas uma convenção que os já nascidos podem, a seu talante, aplicar ou deixar de aplicar aos que ainda não nasceram. [para os abortistas]quem decide se o feto em gestação pertence ou não à humanidade é um consenso social, não a natureza das coisas. (CARVALHO, 2010, p. 01)

Este *consenso social* abortista visa a transposição do conceito de vida da biologia para a cultura, ou seja, a vida deixa de ser um dado científico e racional para passar a ser um valor cultural e convencional a ser manipulado conforme as vicissitudes do Poder. Para Olavo de Carvalho (2010, p. 02):

[...] se a condição de ser humano é uma convenção social, nada impede que uma convenção posterior a revogue, negando a humanidade de retardados mentais, de aleijados, de homossexuais, de negros, de judeus, de ciganos ou de quem quer que, segundo os caprichos do momento, pareça inconveniente.

Também, não se pode deixar de olvidar que a prática do aborto, independente da motivação, processo ou circunstâncias constitui-se num verdadeiro holocausto silencioso de vidas humanas inocentes no momento em que mais carecem de cuidados e de amor. Trata-se, ainda, de uma modalidade de terrorismo bastante requintada e lucrativa e de uma pena capital de pequeninos seres humanos em total inocência, onde o mais preocupante não é a questão quantitativa, mas a mentalidade relativista do valor absoluto da vida humana (DINIZ, 2009), quando se tenta implantar uma *ditadura do aborto*, à arbitrariedade jurídica, ao império dos mais desnaturalizados e a uma crescente concepção materialista da vida (BLÁZQUEZ, 1992 apud DINIZ, 2009). Tudo isto em detrimento da inviolabilidade do direito à vida e da dignidade humana do nascituro.

Aliás, é nesta inviolabilidade do direito à vida, direito natural e positivado no artigo 5º, da CRFB/1988, que reside o maior obstáculo da legalização do aborto, em qualquer de suas modalidades. Isto, porque, a justiça, como legalidade derivada da legitimação do Estado de Direito, ensejou na filosofia jurídica a postulação da fidelidade ao ordenamento

³² Ives Gandra S. Martins (2005) aponta, ainda, que nos Estados Unidos existem tentativas de anestesiarem os nascituros antes do abortamento, com o intuito diminuir-lhes o sofrimento, sendo, após a prática do aborto, descartados junto ao lixo hospitalar.

jurídico e a obediência à lei (LAFER, 1988 apud DINIZ, 2009, p. 93). Ou seja, o direito fundamental e constitucional da inviolabilidade do direito à vida impede, por si só, absolutamente, qualquer forma de legalização do aborto na realidade jurídica do Brasil.

Pode-se dizer, ainda, que a inviolabilidade do direito à vida (artigo 5º, caput, CRFB/1988) obsta até mesmo a prática abortiva denominada sentimental, não punida pela legislação penal pátria. Isto, pois não há sustentação científica ou jurídica para o abortamento na gestação proveniente de estupro, onde a pena capital vem à maior vítima: o nascituro indesejado. Neste sentido, para Ives G. Martins (2005), o inciso II do artigo 128, do Código Penal de 1940, não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, devido a ausência de estado de necessidade, única possibilidade razoável de ausência de punição para o abortamento.

Outra questão polêmica na atualidade acerca do direito à vida, é o aborto de feto anencéfalo. Esta prática é sugerida quando, por constatação médica, verifica-se que o nascituro, conforme o periódico *The New England Journal of Medicine* (1989 apud COUTINHO, 2005) detém ausência parcial ou completa da abóbada craniana, bem como da ausência dos tecidos superiores com diversos graus de malformação e destruição dos rudimentos cerebrais. Para os adeptos, a liberdade da gestante em realizar o aborto de anencéfalo está pautada em suas convicções pessoais e religiosas de não prosseguir a gravidez de filho que provavelmente terá vida extrauterina curta (GOMES, 2008; BITENCOURT, 2009).

Trata-se de espécie de aborto ideológico, pois também inserida na *nova ética*, na *vida cultural* e no consenso social. É intento de liberdade, de privação do sofrimento materno, ante a não perfeição física do filho. Pode-se dizer que sua permissividade judicial é um começo à despersonalização do homem, e início de uma sociedade totalitária e desumanizada, com a mesma essência dos regimes nazistas ou comunistas (MARTINS FILHO, 2005), com traços de hedonismo e materialismo. Todavia, reconhecida a natureza humana da qual participa o anencéfalo, não será o consenso social que o há de privar desta condição.

Além disso, no caso de aborto de feto anencefálico, se não restasse demonstrado a devida aplicação da inviolabilidade do direito à vida ante uma sugerida inviabilidade da vida, deveria-se, ao menos, aplicar um princípio de preservação: *in dubio pro vita* (MONTANO, 2005). Afirma Pedro Montano (2005, p. 262): “*en la duda, abstención; es propio de un grado superior de civilización saber limitar el propio poder*”. Assim, este é princípio de salvação da vida, no caso de dúvida de sua viabilidade extrauterina. É, ainda, princípio que deve reger toda a bioética, aplicando-se na abstenção da manipulação de seres humanos em fase embrionária, ainda que não implantados no organismo gestacional.

Outrossim, proteger a vida humana portadora de anencefalia³³, independentemente do grau ou estágio da enfermidade, não é uma interferência estatal injusta, mas se constitui em verdadeiro dever do Estado, ante a hipossuficiência do *conceptus*. Isto, pois a manutenção da gravidez independe de características somáticas do feto, e, se tais deficiências que abreviam a vida fossem fundamentos legitimadores da prática, estaria também autorizado o homicídio de pacientes terminais (VILLELA, 2005). Assim, o Direito, portanto, não exige a certeza da vida subsequente para assegurar, em termos de inviolabilidade, proteção à vida atual (VILLELA, 2005).

Mais uma vez, é imprescindível destacar que a inviolabilidade do direito à vida decorre tão somente da natureza humana, e, tão somente por esta, pode, no Estado laico, ser

³³ Sobre anencefalia: Documentário *Flores de Marcela*, Direção de Glauber Filho e Produção de Luiz Eduardo Girão.

excluída ou suprimida. Não há lugar, novamente, para a transposição da vida natural para a vida cultural, em detrimento daquela. A vida natural é pressuposto lógico e direito fundante, enquanto que a vida cultural é transitória e acessória na sociedade, instrumento relativizador e relativizado, que visa destruir a própria vida humana real e, principalmente, indefesa.

CONCLUSÃO

Portanto, constatado cientificamente que a vida humana tem início na concepção, não há que se falar em conceito moral ou cultural de vida em sobreposição à própria natureza humana. Trata-se de constatação que absolutiza o termo inicial da tutela jurídica da vida, impondo, necessariamente, a positivação do direito natural à vida do *conceptus* – intra ou extrauterino –, ante a essencialidade e inerência de sua fonte. Esta inviolabilidade do direito à existência, abarcado por nosso ordenamento jurídico no *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, está em perfeita harmonia com o Pacto de São José da Costa Rica que assegura, *in suma*, desde a concepção, o *status* de pessoa ao ser humano, bem como o direito à vida desde a concepção, protegendo-se de todo extermínio arbitrário e cruel. Ademais, em que pese a divergência civilista acerca do início da personalidade jurídica da pessoa natural, é acertada a posição que confere ao nascituro, desde a concepção, a qualidade de sujeito de direitos, assegurando-lhes os direitos personalíssimos, onde o direito à vida é pressuposto existencial.

Assim, firmado entendimento acerca da inviolabilidade do direito à vida, verificam-se insustentáveis as tentativas de legalização do aborto direto, em todas as circunstâncias em que se apresentam, bem como os intentos jurídicos de ampliação dos dispositivos penais excludentes de punibilidade ao abortamento (artigo 128, Código Penal). Aliás, nesta esteira, encontra-se o obstáculo constitucional à permissividade do aborto de anencéfalo. Esta prática, por sua vez, é modalidade do aborto ideológico que visa, através da transposição da concepção da vida natural para uma acepção convencional e utilitarista, denominada de cultural e moral, atender a interesses sociais hedonistas e materialistas, relativizando-se o valor da própria vida.

Portanto, a vida é valor inestimável, absoluto, fundamental, natural, inalienável, e, conseqüentemente, inviolável. Assim, entende a melhor doutrina, em consonância com o ordenamento jurídico pátrio, em especial a Constituição Federal de 1988, e com a grandiosidade da natureza humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Marcos de; MUÑOZ, Daniel Romero. Início da vida: as fronteiras do conceito. 1999. Disponível em: <http://medicina.fm.usp.br/gdc/docs/iof_36_01_vida.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2011.

ALONSO, Félix Ruiz. A inviolabilidade da vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 398-418

ANDRADE, Laís Amaral Rezende de. Aborto, o delito e a pena. Jus Navigandi, eresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível m: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/983>>. Acesso em: 30 abr. 2011.

ARGENTINA. Código Civil de La Nación. Información Legislativa. 29, setembro de 1869. Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2011.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Sobre os Direitos da Criança. 20 de novembro de 1989. Disponível em:<http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm>. Acesso em: 05 maio 2011.

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/2decla.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2011.

BILLIER, Jean-Cassien; MARYOLI, Aglaé. História da Filosofia do Direito. Tradução de Maurício de Andrade. Barueri/SP: Manole, 2005. p. 120.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. 136-159

BRANDÃO, Dornival. Bioética e Pessoa Humana. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 568-579

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>. Acesso em: 12 dez. 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 dez. 2010.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/crianca.htm>>. Acesso em 01 maio 2011.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso 15 abr. 2011.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L5869.htm>>. Acesso em: 10 fev. 2011.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 18 mar. 2011.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 05 jan. 2011.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 abr. 2011.

- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 404-407, 413-420
- CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212). 8. ed. de acordo com a Lei n. 11.464/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARVALHO, Olavo de. Lógica do abortismo. 14 outubro de 2010. Disponível em: <<http://www.olavodecarvalho.org/semana/101014dc.html>>. Acesso em: 10 mar. 2011.
- CHINELLATO, Silmara Juny; In: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa (Org.); CHINELLATO, Silmara Juny (Coord). Código Civil Interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 2. ed. Barueri, SP: Manole, 2009. p.27-30.
- CONTE-GRAND, Julio. Un aporte desde la metodoogía jurídica a la defensa de la vida: el caso del comienzo de la existencia de lãs personas físicas em el sistema jurídico privado argentino. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 283-396.
- CORRÊA, Elídia Aparecida de Andrade; CONRADO, Marcelo. O embrião e seus direitos. In: _____; GIACÓIA, Gilberto; _____ (Coord.). Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a Ciência e o Direito. Curitiba: Juruá, 2006. p. 79-108
- CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. Manual de medicina legal. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DHNET. Código de Hamurabi. Disponível em:<<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2011.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil anotado. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 6. ed. rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- EÇA. Antonio José. O aborto. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 543-566
- FLORES de Marcela. Direção: Glauber Filho. Produção: Luiz Eduardo Girão. Eusébio/CE: Estação Luz Filmes, 2009. Documentário (16min). Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=KhYWgFozMm4> >. Acesso em: 04 abr. 2011.
- FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal. 6. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001. p. 219-251
- GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: volume I: parte geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 7. ed. rev., ampl. e atual. até 1º de janeiro de 2010. Niterói, RJ: Impetus, 2010. p. 221-249
- GUSTINI, Vicente Celso da Rocha. In: FRANCO; STOCO. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. Vol. 2: parte especial. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- HADDAD, Gilberto Jabur. O direito à vida como direito ao nascimento. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. Aborto: o legal e o existencial. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 66, 1 jun. 2003. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/4185>>. Acesso em: 01 mar. 2011.

IGREJA CATÓLICA APOSTÓLICA ROMANA. Código de Direito Canônico: promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1983. p. 581-609

JACOBSEN, Eneida. A história do aborto. Revista Eletrônica do Núcleo de Estudos e Pesquisa do Protestantismo da Escola Superior de Teologia, São Leopoldo – RS, v. 18, abr.-jan. 2009. Disponível em: <http://www3.est.edu.br/nepp/revista/018/ano08n1_10.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2011.

LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. O Direito fundamental à Vida dos Embriões e Anencéfalos. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 216-258

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. O direito à liberdade e à vida e a interrupção da gravidez por malformação fetal. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_revista_trf/emagis_odireitoaliberdade.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O Direito do Ser Humano à Vida. In:_____. (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 21-34

MARTINS, Ives Gandra da Silva. O aborto no Direito brasileiro. 19 de outubro, 2010. Disponível em: <[http://www.fecomercio.com.br/?option=com_institucional &view =interina&Itemid=20&id=3269](http://www.fecomercio.com.br/?option=com_institucional&view=interina&Itemid=20&id=3269)>. Acesso em: 03 mar. 2011.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. A questão do Aborto: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MATHIAS DE SOUZA, Carlos Fernando. Umas poucas palavras sobre o Direito à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 156-170

MELLO, Gustavo Miguez. Direito Fundamental à Vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 264-281

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. Manual de direito penal, volume 2: Parte especial, Arts. 121 a 234 do CP. 25. ed. rev. e atual. até 31 de dezembro de 2006. São Paulo: Atlas, 2007.

MONTANO, Pedro. In Dúbio pro Vita. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 260-262

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. Embriologia Básica. Com a colaboração de Mark G. Torchia. 7. ed. Tradução de Andrea Monte Costa et al. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 24-27

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. Embriologia Clínica. 7. ed. Tradução de Maria das Graças Fernandes Sales et al. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 02-03

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOREIRA, José Carlos Barbosa Moreira. O direito do nascituro à vida. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 114-122

NADER, Paulo. Curso de Direito Civil: parte geral. vol. 1. 7.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NALINI, José Renato. “A Vida É”. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 518-523

NATHANSON, Bernard N. Uma conversão à vida. In: CONGRESSO TEOLÓGICO-PASTORAL, Rio de Janeiro, 01 a 03 de outubro de 1997. A família: dom e compromisso, esperança da humanidade. Disponível em: <http://www.provida familia.org/conversao_nathanson.htm>. Acesso em: 01 maio 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal comentado. 6. ed. re., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 554-557

PANDJIARJIAN, Valéria; PIMENTEL, Silvia; PIOVESAN, Flávia. Aborto: discriminar para não discriminar. Disponível em: <<http://www.redemulher.org.br/aborto.html>>. Acesso em: 01 maio 2011.

PIOVESAN, Flávia. Respeito e dignidade às mulheres brasileiras. Carta Maior. 22 de março, 2005. Disponível em: <http://www.cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=1928>. Acesso em: 25 fev. 2011.

PIOVESAN, Flávia. Vida Digna acima de dogmas. Carta Maior. 04 de março, 2005. Disponível em: <http://cartamaior.com.br/templates/colunaMostrar.cfm?coluna_id=1895>. Acesso em: 25 fev. 2011.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Parte geral (arts. 1 a 120). 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

PUSSE, Willian Artur. PUSSE, Flávia Daniela. Células-tronco: o alfa e ômega. Arquivos do Conselho Regional de Medicina do Paraná. Curitiba: Conselho Regional de Medicina do Paraná, 2005. Disponível em: <http://www.crmpr.org.br/crm2/revista/revista_arquivo-86.2005.pdf>. Acesso em: 01 maio 2011.

REIS, Clayton. A dignidade do nascituro. In: CORRÊA, Elídia Aparecida; GIACOIA, Gilberto; CONRADO, Marcelo (Coord.). Biodireito e Dignidade da Pessoa Humana: diálogo entre a Ciência e o Direito. Curitiba: Juruá, 2006. p. 21-46

REGIS, Arthur Henrique de Pontes. Início da vida humana e da personalidade jurídica: questões à luz da Bioética. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 617, 17 mar. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6462>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

SALDAÑA, Javier. El derecho a la vida: la defensa de Tomás de Aquino y John Finnis. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005.

SALES, Gabrielle Bezerra. Teoria da Norma Constitucional. Barueri, SP: Manole, 2004. p. 35-43

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. Mundo Jurídico. 28 de junho, 2005. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto852\(a\)\(3\).rtf](http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto852(a)(3).rtf)>. Acesso em: 21 jan. 2011.

SÉGUIN, Elida Sá. Biodireito. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

SEPER, Francisco Cardeal; HAMER, Jerônimo. Declaração sobre o Aborto Provocado. Congregação para a Doutrina da Fé. Roma, 1974. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html#_ftnref18>. Acesso em: 14 jan. 2011.

SILVA, Plácido da. Vocabulário Jurídico, volume IV: q – z. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 1652

SILVEIRA, Néri da. Parecer. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 58-92

SOUZA, Priscila Boim de. Teorias do início da vida humana e a lei de biossegurança. 2008. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/1863/1773>>. Acesso: 01 maio 2011.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. rev., e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida (Org.). Lições fundamentais de direito. Londrina: Ed. do Autor, 2006.

VALENTIM, Daniela Rodrigues; MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. Convenção Americana de Direitos Humanos. 2006. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado7.htm>>. Acesso em: 03 mar. 2011.

VAN DEURSEN, Felipe. Aborto: o começo do fim. Revista Aventuras na História, 2011. Disponível em: <<http://historia.abril.com.br/cotidiano/aborto-comeco-fim-476693.shtml>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

VILELLA, João Baptista. Anencefalia, Direito & Estado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). Direito Fundamental à Vida. São Paulo: Quartier Latin/Centro de Extensão Univeritária, 2005. p. 489-493