ISSN Impresso 1809-3280 | ISSN Eletrônico 2177-1758
www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas

DIREITO E LIBERDADE

A APLICAÇÃO DA EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE DO ART. 128, II, DO CÓDIGO PENAL AOS CASOS DE ANENCEFALIA: PREVALÊNCIA EXCEPCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA SOBRE O DIREITO À VIDA

THE APPLICATION OF THE EXCULPATORY OF THE ART. 128, II, OF THE CRIMINAL CODE IN THE CASES OF ANENCEPHALY: EXCEPTIONAL PREVALENCE OF THE HUMAN DIGNITY OVER THE RIGHT TO LIFE

Daniel Robson Linhares de Lima*
Giulliana Silveira de Souza Lima**

RESUMO: Pressupondo que o feto anencéfalo é um ser vivo, apesar da moléstia, admite-se a aplicação da analogia *in bonam partem*, com o aborto sentimental, quando interrompida a gestação, pois o art. 128, II, do CP foi recepcionado pela nova ordem constitucional, por proteger a dignidade da genitora, considerando-a prevalente sobre a vida intra-uterina, através da técnica da ponderação de valores constitucionais, pois nem mesmo o direito à vida é absoluto. Assim, *ubi eadem ratio, ibi idem jus*, já que a maioria das gestantes experimenta sofrimento inexigível e incompatível com sua dignidade, diante da perspectiva de inviabilidade de desenvolvimento extra-uterino.
Palavras-chave: Anencefalia. Direito à vida. Aborto. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: Assuming that the anencephalic fetus is a living being, despite the disease, it is assumed the application of analogy in *bonam partem*, with the sentimental abortion, when interrupted the pregnancy, as the art. 128, II, of the Criminal Code was welcomed by the new constitutional order, to protect the dignity of the parent, considered prevailing over the life in the womb, through the technique of balancing of constitutional values, since not even the right to life is absolute. Thus, *ubi eadem ratio, ibi idem jus*, since most pregnant women experience unenforceable distress which is incompatible with their dignity at the prospect of impossibility of an outside the uterus development.
Keywords: Anencephaly. Right to life. Abortion. Human dignity.

* Especialista em Processo Penal pela Fundação Escola Superior do Ministério Público – FESMP. Professor da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN e da Universidade Potiguar – UnP. Promotor de Justiça no Rio Grande do Norte.

** Professora da Escola da Magistratura do Rio Grande do Norte – ESMARN. Juíza de Direito no Rio Grande do Norte. *Email:* giullianasilveira@tjrn.jus.br.

1 INTRODUÇÃO

A interrupção voluntária da gravidez humana gera conflitos diversos, em razão das implicações valorativas que apresenta[1]. Aspectos morais, religiosos e jurídicos são considerados na discussão de tão relevante tema.

No Brasil, há uma regulamentação específica a respeito do assunto, inserida no Código Penal, criminalizando o abortamento em geral e excepcionando certos casos expressamente enumerados pelo direito positivo. Uma circunstância, porém, não foi prevista e, atualmente, vem gerando intensos debates na comunidade jurídica: a do feto portador de anencefalia.

Com efeito, a relevância do tema ganhou proporções imensuráveis após o ajuizamento, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 54/2005, perante o Supremo Tribunal Federal, com o propósito de obter que a Corte Suprema, interpretando o Código Penal à luz da Constituição, declare que os arts. 124 e 126 do Decreto-Lei n° 2.848, de 7.12.40, que tipificam o crime de aborto, não se apliquem nem à gestante nem aos profissionais de saúde, no caso de antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, reconhecendo às mulheres grávidas que se encontrem nessa situação o direito de interromperem a gestação, sem necessidade de autorização judicial prévia, ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A entidade sustentou violação à dignidade da pessoa humana submeter a gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar a termo uma gravidez inviável, que lhe afeta a integridade física e psicológica. Assinalou infringir o direito de liberdade da gestante aplicar-lhe a vedação do Código Penal relativa ao aborto, quando de aborto não se trata, à vista da falta de potencialidade de vida do feto. Também argumentou que transgride o direito à saúde da gestante obrigá-la a levar a termo uma gravidez inviável, quando há procedimento médico adequado para minimizar-lhe o sofrimento físico

1 No que diz respeito às dimensões dos valores, Paulo Afonso Linhares lembra: "o filósofo Ortega y Gasset assevera que os valores têm basicamente três dimensões, a saber: 1) qualidade: positiva ou negativa; 2) hierarquia: mais importante – menos importante; 3) matéria: aquilo de que se trata e que estabelece a base de diversos tipos de valores. Esta última, a dimensão material, é subdivida em quatro tipos principais, que são os valores de utilidade, os valores vitais, os valores espirituais e os valores religiosos" LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos Fundamentais e Qualidade de Vida.** São Paulo: Iglu Editora, 2002. p. 28.

e psicológico, sendo certo que, em relação ao feto, nada se pode fazer. As articulações de ordem jurídica encontrariam sustentação nos arts. 1º, III, 5º, II, 6º e 196 da Lei Maior.

Os partidários da tese esposada pela argüente recusam à interrupção da gravidez a designação de *aborto,* ou *abortamento*. Asseveram tratar-se de uma *antecipação terapêutica de parto*, porque o aborto pressupõe, necessariamente, a existência de vida intra-uterina; mas, no direito brasileiro, a ausência de funcionamento do cérebro equivaleria à morte, segundo a chamada Lei de Transplantes (Lei nº 9.434/97), que permite a doação de órgãos após constatada a morte encefálica, situação menos grave do que a própria ausência de encéfalo[2].

A complexa tese jurídica requer, na modesta ótica dos autores deste ensaio, uma análise mais cuidadosa, com o escopo de demonstrar se a fundamentação subsume-se adequadamente à vigente realidade jurídica constitucional do Brasil.

2 O ANENCÉFALO COMO SER VIVO

Observa-se, na doutrina pátria, uma nítida tendência a se considerar como marco inicial da vida a formação do ovo ou zigoto[3]. O encontro dos

2 "Anencefalia significa ausência do encéfalo. Ou melhor, uma mal formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, na qual se verifica 'ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de mal formação e destruição dos esboços do cérebro exposto'. Verifica-se ainda ausência dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado" (DAHER, Marlusse Pestana. **Anencéfalos, Sujeitos de Direito.** Disponível em: <http://secure.jurid.com.br/jurid/jurid.exe/carregahtml?arq=detalhe.html&ID=6460>)

3 "Diego León Rábago, In: "La Bioética para el Derecho", México, ed. Faculdade de Direito, Universidade de Guanajuato, 1. ed., 1998, p. 207, explica demonstrar a genética suficientemente que, desde o momento mesmo em que surge à vida o zigoto, já há um ser humano. Keith L. Moore, citado por Rábago, define o zigoto como a célula resultante da fecundação de um óvulo pelo espermatozóide e acrescenta que um zigoto é "o começo de um novo ser humano". Rábago, no ponto, ainda esclarece que não se devem confundir as células germinativas, óvulo e espermatozóide, com o zigoto. Aquelas são originadoras, este é o originado. Noutro passo, complementa que, com o surgimento do zigoto, se inicia o processo contínuo do desenvolvimento do ser humano, o qual abrange sua integração orgânica e seu crescimento, conforme as determinações de seu código genético. Por virtude do fenômeno vital da divisão, crescimento e diferenciação celulares, o zigoto se converterá em preembrião, em embrião, em feto, em criança, em jovem, em adulto e em velho. Como sinala, ademais, Rábago, enquanto tudo isso sucede por determinação do código genético, contido já no zigoto, as transformações que se operam são morfológicas, porém não essenciais. Existe uma identidade

gametas[4]. Desse modo, os defensores da tese contrária à argüição entendem ser impossível a interferência no desenvolvimento normal do feto por meios artificiais, condenando o proceder.

Alguns países fazem distinção quanto ao tempo de gravidez, para fins de intervenção estatal[5]. Mas não é o momento inicial da vida que está sendo debatido, e sim a própria existência da vida quando presente a anencefalia.

Para a CNTS, a situação do anencéfalo é similar à da pessoa acometida de morte cerebral. É que, se a Lei nº 9.434/97[6] permite a doação de órgãos

absoluta entre o zigoto e o preembrião, o embrião, o feto, a criança, o adulto e o velho. Trata-se do mesmo ser que passa por diversas etapas de desenvolvimento (op. cit., p. 207-208). Nesse mesmo sentido, a geneticista Eliane S. Azevêdo, in: "A bioética no século XXI", organizadores Volnei Garrafa e Sérgio Ibiapina Ferreira Costa, editora UnB, 2000, pág. 87, esclarece que existe identidade genética absoluta em todas as células somáticas do organismo humano e entre estas e a célula somática inicial, o zigoto. O zigoto "tem o projeto e a auto-suficiência para, interagindo com o ambiente, construir uma pessoa humana geneticamente única". A seguir, observa a citada geneticista (op. cit., p. 88): "não obstante o grande número de multiplicação celular experimentado por nosso organismo desde o estágio unicelular pós-fertilização, até a morte por extrema idade, o DNA de todos as células permanece o mesmo". Assim, diante das informações também da Genética, quanto à natureza do zigoto e do desenvolvimento do organismo celular, não há deixar de acolher o entendimento de que, desde o instante da concepção, existe vida humana, dotada das virtualidades e potencialidades da pessoa humana" (SILVEIRA, José Néri da. **Revista Consultor Jurídico,** Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/static/textos/249045,5.shtml>. Acesso em: 29 ago. 2004).

4 "Por outro lado, especialistas em Medicina, Biologia, Genética e respectivas ciências afins e ancilares, apresentam sólidos argumentos em favor do início do ciclo vital de um "indivíduo humano", no instante da concepção, isto é, união do óvulo e do espermatozóide - "fusão dos gametas"; o novo ser (ente) humano, unicelular, já tem o seu próprio código genético; o seu próprio "genoma", resultante dessa fusão, diferente porém do genoma do pai e do genoma da mãe, o qual permanecerá o mesmo, imutável, até o fim da sua vida, conferindo-lhe individualidade, o que quer dizer que ele é e sempre será idêntico a si mesmo e diferente de todos os demais. Sérgio Ferraz, jurista, professor, advogado, seguindo o pensamento dos aludidos especialistas, assim se expressa: "Uma coisa é indiscutível: desde o zigoto, o que se tem é vida, diferente do espermatozóide e do óvulo; vida diferente do pai e da mãe, mas vida humana, se pai e mãe são humanos. Pré-embrionária no início, embrionária, após, mas vida humana. Em suma, desde a concepção há vida humana nascente, a ser tutelada". (MIOTTO, Amida Bergamini. **O direito à vida.** Desde que momento? Disponível: <http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc26298>).

5 "É ponto pacífico nos diversos ordenamentos jurídicos pesquisados que o início do processo biológico denominado vida humana tem seu apogeu com a fusão dos pronúcleos masculino e feminino, respectivamente do espermatozóide e do óvulo. Teorias existem que procuram determinar que a partir do momento em que ocorre a fusão do material genético feminino com o masculino forma-se um pró-embrião que neste estado permanecerá até o momento em que ocorrer o processo biológico denominado nidação. Embasando-se neste argumento alguns Estados despenalizam o abortamento proporcionado nesta época. Como exemplo tem-se a França onde é liberado o uso da chamada "pílula do dia seguinte", conhecida no Brasil como "contracepção de emergência"." (COLETTI, Luigino. **Interrupção voluntária da gestação:** abortamento voluntário. Disponível: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>)

6 "Art. 3º A retirada post mortem de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. § 1º Os prontuários médicos, contendo os

após a morte encefálica, situação muito mais grave é a ausência de cérebro, ou melhor, de encéfalo.[7] Em outras palavras, se o direito permite o desligamento dos aparelhos que mantêm em funcionamento o organismo do paciente que sofreu morte encefálica, com mais razão deve admitir a antecipação do parto do feto anencefálico, "desligando-o", por assim dizer, do "aparelho" que o mantém em funcionamento, a saber, o organismo materno.

Atribui-se ao Dr. Luís Roberto Barroso, subscritor da vestibular e um dos mais eminentes constitucionalistas brasileiros, a afirmação de que o direito pátrio não define o que é vida, e sim o que é morte, no caso, a morte encefálica. Corroborando, vozes diversas proclamam que o anencéfalo já está morto[8]. Samantha Buglione chega a afirmar que "Ser contra a decisão liminar do STF é ser contra a lei de transplantes"[9], reforçando a ilação da vestibular. O Min. Joaquim Barbosa, em seu voto proferido no Habeas Corpus 84.025-6 (RJ), referiu-se à circunstância de que o feto "está biolo-

resultados ou os laudos dos exames referentes aos diagnósticos de morte encefálica e cópias dos documentos de que tratam os arts. 2º, parágrafo único; 4º e seus parágrafos; 5º; 7º; 9º, §§ 2º, 4º, 6º e 8º; e 10, quando couber, e detalhando os atos cirúrgicos relativos aos transplantes e enxertos, serão mantidos nos arquivos das instituições referidas no art. 2º por um período mínimo de cinco anos. § 2º As instituições referidas no art. 2º enviarão anualmente um relatório contendo os nomes dos pacientes receptores ao órgão gestor estadual do Sistema Único de Saúde. § 3º Será admitida a presença de médico de confiança da família do falecido no ato da comprovação e atestação da morte encefálica."

7 "Anencefalia significa ausência do encéfalo. Ou melhor, uma mal formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, na qual se verifica 'ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de mal formação e destruição dos esboços do cérebro exposto'. Verifica-se ainda ausência dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado" (DAHER, Marlusse Pestana. **Anencéfalos, Sujeitos de Direito.** Disponível: <http://secure.jurid.com.br/jurid/jurid.exe/carregahtml?arq=detalhe.html&ID=6460>)

8 "Assim, propomos um consenso inicial: feto anencefalo é humano, pessoa e tem direitos. Porém, está morto. Sobre o feto incidem todos os direitos que incidem sobre os mortos. Sim, o feto anencefalo é portador de direitos. Isso ajuda a perceber que o conflito não é apenas sobre normas, pressupostos éticos e diferentes parâmetros para definir a verdade, mas é sobre a "morte fato". No mundo do Direito não há, em texto legal algum, uma definição sobre o que é vida. O Direito pode até dar pistas (e inclusive aqui há controvérsias) sobre quando a vida humana começa; mas o Direito não define vida – ele define morte. E morte, conforme a lei de transplantes, é quando o cérebro não desenvolve mais suas atividades, morte é a morte cerebral. Tanto aquele que morre por morte cerebral quanto o anencefalo poderão ter um breve período de vida autônoma: os órgãos irão funcionar ou sem os aparelhos ou sem a mãe, mas será um tempo que não permitirá que se siga o ciclo da vida: nascer, crescer e morrer. O feto anencefalo não irá morrer, ele está morto. Viver implica não apenas no fato vida, mas na potencialidade de viver a vida, de seguir o ciclo da vida." (BUGLIONE, Samantha. **Dignidade vazia:** o debate da interrupção da gestação nos casos de fetos anencefálicos. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5874>).

9 Idem.

gicamente vivo, mas juridicamente morto".

Em verdade, não é possível sustentar, com segurança científica, a ausência de vida no ventre materno, em relação ao feto desprovido de encéfalo.[10] Também do ponto de vista jurídico, não há consenso[11].

O nascimento com vida é incompatível com a situação de morte. Por óbvio, como qualquer criança, é possível que o anencéfalo venha a ser natimorto. Aliás, enfatize-se que isso ocorre em mais da metade dos casos. Todavia, não se trata de fenômeno necessário. É possível, reitere-se, o nascimento do feto anencefálico e seu posterior falecimento. Tanto é assim que, ao recém-nascido, é-lhe

10 "O conceito de morte, todavia, não é tranqüilo e pacífico. Há dois conceitos de morte, cada um dos quais apresentando uma série infindável de requisitos para seu reconhecimento: morte encefálica e morte clínica. Na morte encefálica ou, simplesmente, morte cerebral (apesar de o encéfalo não conter apenas o cérebro) consiste na cessação da atividade elétrica desse principal órgão do corpo humano, que se caracteriza pelo traçado permanentemente nulo do EEG. Já a morte clínica tem um conceito mais rígido, exigindo, mais, a parada irreversível da atividade cardíaca. A esse último conceito aderiu a Lei nº 5.479/68, que versava sobre remoção e transplante de órgãos, ao elencar, em seu art. 5º, § lº, os seguintes requisitos para a afirmação do óbito: ausência de atividade cerebral, comprovada pelo traçado absolutamente linear do eletroencefalograma, e ausência de batimentos cardíacos por mais de cinco minutos. Já a lei vigente - Lei 9.434/97, posicionou-se diferentemente, ao adotar o primeiro conceito, o de morte cerebral ou encefálica, para autorizar a retirada, post mortem, de tecidos, partes e órgãos do corpo humano destinados a transplante ou tratamento. 11. Penso que o verdadeiro conceito de morte é o de morte clínica, quando, então, se dá a parada irrecuperável do coração e o corpo se torna verdadeiramente um cadáver (carne dada aos vermes). Entrementes, a adoção do conceito de morte encefálica justifica-se pelas necessidades atuais da medicina. Todavia, posso prever certos questionamentos que daí poderão advir. Eis alguns: 12. Qual será a data da morte, indicada no atestado de óbito? A data da parada cerebral ou da parada cardíaca, coincidente esta com a retirada do órgão vital? O morto cerebral já se considera um cadáver? Poderá ser vítima de algum crime, como homicídio, lesão corporal ou furto? E como ficará sua posição perante o direito sucessório? Com a morte encefálica, abre-se a sua sucessão? Ou nesse estado, poderá receber herança para depois transmiti-la a seus herdeiros? Vamos supor que um descendente do morto cerebral venha a morrer antes da morte clínica dele. Quem herda de quem? O morto cerebral herdaria do filho e depois transmitiria os bens aos seus próprios herdeiros? Ou, ao contrário, seria o filho, que antes já herdara do pai (morto cerebral), que, ao morrer, transmitiria os bens a seus herdeiros? 13. Ora, penso que essas e outras questões devem ser respondidas em consonância com os termos da legislação vigente que, como se viu, optou, de forma cristalina e indubitável, pelo conceito encefálico de morte. Nem se diga que tal posicionamento só seja válido para os fins de transplante e tratamento. Caso contrário, um tiro desferido sobre o morto cerebral seria homicídio, mas não a retirada do seu coração para fins terapêuticos. O direito não é um sistema harmônico?" (ALVARENGA, Dílio **Procópio Drummond de. Anencefalia e aborto.** Texto extraído do Jus Navigandi. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5167>).

11 "O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo, ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Lluziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina." (MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 12. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002. p. 64).

conferida uma declaração de nascido vivo,[12] devendo-se registrar o nascimento e o óbito em seguida.[13] Se fosse evidente a consideração, pelo ordenamento jurídico encarado como sistema[14], do nascituro anencéfalo como um ser morto, deveria a legislação, como um todo, tratá-lo como natimorto, mesmo que a mãe opte por conduzir até o final sua gestação. Do contrário, teremos uma desconsideração do clássico[15] método de interpretação sistemática da lei[16].

12 Estatuto da Criança e do Adolescente: "Art. 10. Os hospitais e demais estabelecimentos de atenção à saúde de gestantes, públicos e particulares, são obrigados a: I - manter registro das atividades desenvolvidas, através de prontuários individuais, pelo prazo de dezoito anos; II - identificar o recém-nascido mediante o registro de sua impressão plantar e digital e da impressão digital da mãe, sem prejuízo de outras formas normatizadas pela autoridade administrativa competente; III - proceder a exames visando ao diagnóstico e terapêutica de normalidades no metabolismo do recém-nascido, bem como prestar orientação aos pais; IV - fornecer declaração de nascimento onde constem necessariamente as intercorrências do parto e do desenvolvimento de neonato; V - manter alojamento conjunto, possibilitando ao neonato a permanência junto à mãe."

13 Lei de Registros Públicos: "Art. 53. No caso de ter a criança nascido morta ou no de ter morrido na ocasião do parto, será, não obstante, feito o assento com os elementos que couberem e com remissão ao do óbito. § 1º No caso de ter a criança nascido morta, será o registro feito no livro "C Auxiliar", com os elementos que couberem. § 2º No caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo, entretanto, respirado, serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, com os elementos cabíveis e com remissões recíprocas."

14 "Apesar da crítica de Grzegorczyk, vemos a idéia de sistema como característica típica do Direito [...] Entre as várias concepções de "sistemas" elegemos o modelo organicista, que possui entre suas características a orientação teleológico/finalista. A vertente organicista é compatível com as duas abordagens sistêmicas que adotamos: o conceito de sistemas autopoiéticos (Luhmann/Teubner) e a perspectiva sistemática do direito como ordem de princípios e valores (Canaris) [...] Os temos empregados na linguagem, jurídica ou não, não possuem significados definitivos. As expressões da linguagem natural estão, pois, contextualmente ligadas. Obtêm seus significados no uso da linguagem. Daí a importância da contribuição das diversas idéias de sistemas, particularmente a obra de N. Luhmann, porquanto o contexto das normas jurídicas é sempre sistêmico e político. Ou seja, "extralegal". Todas as leis — e a Constituição não é exceção — surgem da atividade política e não têm um objetivo voltado para si mesmas, mas "funcional" no sistema social. Por meio de procedimento de aplicação, a construção da norma (a partir dos textos das leis) finda por "interferir sistemicamente" na sociedade (e, portanto, na Cultura, na Economia, na Política). Dessa maneira, a concretização e a interpretação só poderão ser compreendidas com a visão olímpica do "contexto normativo", o qual abrange não apenas o "sistema de normas" (contexto lingüístico) como também os valores sociais e culturais (contextos funcional e sistêmico)." (DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2.ed. São Paulo: Madras Editora, 2005, p. 186).

15 "Os métodos clássicos remontam a F. C. von Savigny, fundador da Escola Histórica do Direito. Criador do System dês heutigen römisches Rechts, apreende da técnica romana a idéia de unidade e sistema na elaboração e na interpretação do direito. Em uma terminologia moderna, surgiram o método gramatical, o sistemático e o histórico. Mais tarde, seria acrescentado o método teleológico". (NEVES, Carmen Nasaré Lopes. Mutação constitucional em face da hermenêutica judicial no controle por via de exceção. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/outmedia/monografias2004.pdf>). ISSN 1517-5286.

16 "Não é possível compreender integralmente alguma coisa — seja um texto legal, uma história ou uma composição — sem entender suas partes, assim como não é possível entender as partes de alguma coisa sem a compreensão do todo. A visão estrutural, a perspectiva de todo o sistema, é vital. O método sistemático disputa com o teleológico a primazia no processo interpretativo. O direito objetivo não é um aglomerado aleatório de disposições legais, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, que convivem harmonicamente. A interpretação sistemática é fruto da idéia de unidade do

Além disso, a lei de doação de órgãos tem como escopo principal salvar a vida de outrem. Realmente, quando a morte encefálica ocorre, a autorização da retirada dos órgãos passa a ser legítima, na medida em que estes são transplantados para outra pessoa, doente, mas que ainda tem condição de sobreviver. É claro que haverá hipóteses em que o paciente beneficiado terá restabelecida sua saúde física, embora não corra risco de morte, mas a maioria das intervenções médicas relacionadas com transplante de órgãos tem por finalidade utilizá-los para salvar uma vida humana. Mas o fato inquestionável é que há uma mens legis, e ela deve ser respeitada, seja para impedir o perecimento da vida ou da saúde física de um terceiro, pois o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil[17] impõe que a interpretação teleológica das normas sempre seja considerada pelo operador do direito[18].

ordenamento jurídico. Através dela, o intérprete situa o dispositivo a ser interpretado dentro do contexto normativo geral e particular, estabelecendo as conexões internas que enlaçam as instituições e as normas jurídicas. Em bela passagem, registrou Capograssi que a interpretação não é senão a afirmação do todo, da unidade diante da particularidade e da fragmentariedade dos comandos singulares." (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. Saraiva, p. 136).

17 "Art. 5º. Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

18 "As normas devem ser aplicadas atendendo, fundamentalmente, ao seu espírito e à sua finalidade. Chama-se teleológico o método interpretativo que procura revelar o fim da norma, o valor ou bem jurídico visado pelo ordenamento com a edição de dado preceito. A formulação teórica da interpretação teleológica é tributária dos estudos de Heck, Geny e, sobretudo, Ihering. Nada obstante, a jurisprudência norte-americana, menos fecunda em formulações abstratas, mas de grande visão pragmática, já captara a relevância superior das finalidades da norma, sobretudo na interpretação constitucional. De fato, em 1819, no julgamento do caso McCullough vs. Maryland, a Suprema Corte, ao definir a esfera de competência legislativa do Congresso, estabeleceu: "Desde que os fins sejam legítimos; desde que se situem no âmbito e nos objetivos da Constituição, todos os meios que sejam apropriados e se ajustem plenamente a tais fins, que não sejam proibidos e sejam coerentes com a letra e o espírito da Constituição, são constitucionais". [...] Carlos Maximiliano não hesita em proclamar o método teleológico como o que merece preponderância na interpretação constitucional. Também Story sustenta que provavelmente a mais segura regra de interpretação é a que se volta para a natureza e objetivos dos direitos, deveres e competências específicas, "dando às palavras que os exprimem uma força e função compatíveis com seu legítimo significado, de modo que se possa justamente assegurar e lograr os fins propostos". Em passagem freqüentemente lembrada, averbou o Ministro Espínola, quando no Supremo Tribunal Federal: "O uso do método teleológico — busca do fim — pode ensejar transformação do sentido e conteúdo que parece emergem da fórmula do texto, e também pode acarretar a inevitável conseqüência de, convencendo que tal fórmula traiu, realmente, a finalidade da lei, impor uma modificação do texto, que se terá de admitir com o máximo de circunspecção e de moderação, para dar estrita satisfação à imperiosa necessidade de atender ao fim social próprio da lei". A Constituição e as leis, portanto, visam a acudir certas necessidades e devem ser interpretadas no sentido que melhor atenda à finalidade para a qual foi criada. O legislador brasileiro, em uma das raras exceções em que editou uma lei de cunho interpretativo, agiu, precisamente, para consagrar o método teleológico, ao dispor, no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil, que na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Nem sempre é fácil, todavia, desentranhar com clareza a finalidade da norma. À falta de melhor orientação, deverá o intérprete voltar-se para as finalidades mais elevadas do Estado, que são, na boa passagem de Marcelo Caetano, a segurança, a justiça e o bem-estar social. A Constituição brasileira de 1988, em seu Título I, dedicado aos prin-

E mesmo se a ratio essendi imediata da Lei de Transplantes não seja específica, a hermenêutica constitucional recomenda não interpretar extensivamente definições jurídicas que restringem direitos fundamentais[19]. Ora, o direito à vida é fundamental, e o conceito de morte não apenas o restringe, mas simplesmente decreta-lhe o final. Destarte, se há uma noção que merece interpretação elástica, é a de vida, e não a de morte.

Como se não bastasse, a adoção daquele conceito para atingir os fetos acometidos da moléstia acarreta conseqüências de ordem prática surpreendentes. Uma genitora que, por sua religiosidade ou outra razão particular, optasse por conduzir até o final a sua gestação, não poderia registrar o nascimento e, posteriormente, a morte do seu filho. Também não poderia questionar seus eventuais direitos sucessórios. Ainda, se a criança permanecesse viva durante alguns dias, ou até mesmo algumas horas, não haveria homicídio se alguém, perversamente, resolvesse eliminar-lhe o organismo – por exemplo, queimando-o –, pois é crime impossível o tentar matar alguém que já está morto[20]. E se molestasse sexualmente a mesma criança, seria mero vilipêndio de cadáver (art. 212 do Código Penal[21]), ou outro tipo penal de menor gravidade em relação ao atentado violento ao pudor, por exemplo.

Todas essas conseqüências derivam do entendimento de quem não

cípios fundamentais, abriu um artigo específico para as finalidades do Estado brasileiro, cuja consecução deve figurar como valor interpretativo de toda a atuação dos órgãos públicos. É o que decorre do art. 3º e seus incisos" (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. Saraiva, p. 138-140).

19 Após ressaltar a importância da interpretação "conforme à Constituição" quando se trata de determinar os limites de um direito fundamental, aduz Larenz que "a lei geral que restringe o direito fundamental tem que ser, por seu lado, interpretada também à luz deste direito fundamental e do alto valor hierárquico que lhe cabe, de modo a que assim o direito fundamental continue a manter uma certa primazia. Tem lugar, como diz o Tribunal Constitucional Federal, uma interação recíproca, no sentido de que as 'leis gerais', na verdade, impõem, segundo o teor literal, barreiras ao direito fundamental; mas elas, por seu lado, têm que ser interpretadas com base no conhecimento do significado da estatuição valorativa desse direito fundamental do Estado liberal democrático, sendo assim também elas mesmas restringidas na sua ação delimitadora do direito fundamental". O Tribunal Constitucional Federal fala de uma ação de irradiação do direito fundamental sobre o simples Direito legal que o restringe. (LARENZ, Karl, Metodologia da ciência do direito, p. 484)." (DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo.** 2. ed. São Paulo: Madras Editora, 2005. p. 277-278).

20 "Dá-se o segundo caso quando inexiste o objeto material sobre o qual deveria recair a conduta, ou quando, pela sua situação ou condição, torna impossível a produção do resultado visado pelo agente. Ex. A, pensando que seu desafeto está a dormir, desfere punhaladas, vindo a provar-se que já estava morto; A, supondo que seu inimigo está no leito, dispara tiros de revólver, quando o mesmo ainda não se recolhera; a mulher, supondo-se em estado de gravidez, pratica manobras abortivas; o agente supondo de outrem um objeto, tira o próprio". (JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal:** parte geral. 24. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 351. v.1).

21 "Art. 212. Vilipendiar cadáver ou suas cinzas: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa".

enxerga vida no feto anencéfalo. Para assegurar o direito da gestante optar pelo aborto, aquela posição fulmina o direito das mães que desejam prosseguir com a gravidez e ter a oportunidade de conferir ao seu filho, como um ser vivo, o afeto, a proteção e o carinho típicos da maternidade.

Embora a equiparação biológica formulada tenha pertinência – não há como negar a similitude das duas situações: anencefalia e morte cerebral –, a dimensão do problema é multifacetária e não se põe sob a ótica exclusivamente biológica. São diversos os valores jurídicos a considerar. Deve-se, sempre, ter em mente que a opção política da sociedade brasileira por considerar, através de norma jurídica, a morte encefálica como termo da vida humana, foi exercida em razão de específica finalidade: salvar a vida de outrem, ou propiciar o restabelecimento de sua saúde física. Já a antecipação terapêutica do parto não compartilha da mesma ratio essendi imediata da Lei de Transplantes. Não tem por razão salvar a vida da mãe, até mesmo porque, se o caso for este, já existe norma específica na legislação penal que autoriza o aborto necessário, independentemente da saúde do feto (art. 128, I, do Código Penal). Se a vida da gestante, contudo, não estiver em risco, é inaplicável o mencionado dispositivo[22].

A interrupção da gravidez visa, isto sim, a preservar a saúde psicológica da mãe, exigindo, portanto, do intérprete uma visualização sistemática, harmônica e coerente do direito para identificar o real e adequado enquadramento de sua peculiar e dramática situação, que se baseará no reconhecimento de que o anencéfalo é um ser vivo dentro do ventre materno, embora dotado de anomalia incompatível com a vida extra-uterina.

22 "Na verdade, o fato de ter sido reconhecido que o feto é portador de anencefalia não se coaduna com a hipótese do aborto necessário. Este, como é sabido, ocorre quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, subsistindo a infração quando provocado para preservar a saúde da mulher. Na hipótese do feto anencéfalo, geralmente a vida da gestante não está correndo risco direto ou concreto. O excesso de líquido amniótico, segundo avaliação médica, pode ser drenado sem que a vida da gestante seja colocada em risco. É certo que gravidez como esta, em alguns casos, tem causado graves transtornos psicológicos, até mesmo com tentativa de suicídio, eis que sabe a mulher que, na verdade, como salientado pela prof. Dafne Gandelman Horovitz, está condenada a ser um "caixão ambulante", carregando no ventre um feto sem qualquer possibilidade de vida extra-uterina. Juridicamente, porém, tal circunstância não se adequa à causa permissiva do artigo 128, I, do Código Penal, porquanto o risco de vida concreto não se encontra presente. Até porque, nesta hipótese, se torna desnecessária qualquer autorização judicial para a prática do aborto, podendo o médico realizá-lo de pronto." (BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. **A questão do feto acometido de anencefalia.** Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/mmfd_nota14_6.asp>).

3 O ABORTO SENTIMENTAL NA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL: RECEPÇÃO EM FACE DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Abortar consiste em interromper o desenvolvimento da vida intra-uterina, por ato próprio ou de terceiro. Trata-se de conduta criminosa, tipificada nos arts. 124 a 127 do Código Penal[23]. No entanto, em duas hipóteses excepcionais, expressas no art. 128[24] do mesmo diploma legal, o legislador permite a interrupção da gravidez: no aborto necessário (inciso I) e no aborto sentimental (inciso II).

O primeiro deles, também chamado de aborto terapêutico, ou profilático, como a própria descrição legal explicita, ocorre quando o desenvolvimento fetal ocasiona sérios riscos de morte à gestante, de modo que sua interrupção se faz necessária a bem que de salvaguardar a sobrevivência desta última. Apresenta, consoante posição majoritária, natureza jurídica de exclusão de antijuridicidade, especificamente pelo estado de necessidade.

Há divergência quanto à natureza jurídica do aborto sentimental, que é admitido quando a gravidez resultar de estupro. Para a corrente dominante, apegada ao texto normativo, estende-se a noção de exclusão da ilicitude pela caracterização do estado de necessidade. Dentre os defensores desta corrente destacam-se Damásio de Jesus, Frederico Marques[25] e Heleno Fragoso. Há uma segunda vertente, embora minoritária, que defende

23 "Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos. Aborto provocado por terceiro Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos. Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Forma qualificada Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência 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."

24 "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."

25 Destaque-se o posicionamento de Frederico Marques mencionado por Rogério Grecco, em sua obra Curso de Direito Penal Parte Especial, v. II, editora Impetus, p. 279-280, in verbis: "nos termos em que o situou o Código Penal, no art. 128, n. II, trata-se de fato típico penalmente lícito. Afasta a lei a antijuridicidade da ação de provocar aborto, por entender que a gravidez, no caso, produz dano altamente afrontoso para a pessoa da mulher, o que significa que é o estado de necessidade a ratio essendi da impunidade do fato típico".

a ocorrência de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa. Filiamo-nos a esta última, por entendê-la mais científica.

Com efeito, de acordo com o conceito analítico de crime, este é composto por um fato típico, ilícito e culpável. A culpabilidade, que "*é o juízo de reprovação pessoal que se faz sobre a conduta ilícita do agente*",[26] tem como elementos a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa. As hipóteses de inexigibilidade de conduta diversa previstas no Código Penal são a coação irresistível (referindo-se a *vis relativa* ou coação moral) e a obediência a ordem superior hierárquica não manifestamente ilegal. No entanto, o ordenamento jurídico pátrio admite tanto expressamente quanto implicitamente causas de inexigibilidade de conduta diversa[27]. Especificamente no caso do aborto praticado pela gestante, quando vítima de estupro, haveria, segundo a corrente à qual nos filiamos, uma inexigibilidade de conduta diversa, inocorrendo, portanto, crime.[28] Isso porque não se pode exigir da gestante que suporte o encargo de gerar o fruto da violência sofrida, o que certamente lhe traria nefastas conseqüências de ordem psicológica.

O fundamento dessa permissão, portanto, é a inexigibilidade de a mulher ter de rememorar, por toda a sua vida, o horror da violência contra si praticada, personificada no fruto dessa mesma agressão, qual seja, a prole dela gerada[29]. Em última análise, o direito, neste caso, está protegendo a

26 Idem, p. 155.

27 Neste quadrante, assevera Luiz Flávio Gomes que "O poder agir de modo diverso, como salientamos, constitui a essência (o eixo) da culpabilidade. Só pode ser reprovado (penalmente) quem podia agir de modo diferente (de acordo com o direito) e acabou 'optando' por agir contra o Direito. Quando, na situação concreta, era inexigível comportamento distinto, não há que se falar em culpabilidade (em censurabilidade, em reprovabilidade). Mesmo que não tenha o legislador previsto a inexigibilidade como causa exculpante (expressa), mesmo assim, não há como negar sua importância dentro do sistema penal. Sempre que o juiz constatar que não era possível comportamento diverso do agente, deve absolvê-lo (com fundamento numa causa exculpante expressa ou com base na inexigibilidade, como causa supralegal)". (in Direito Penal Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito, Editora Revista dos Tribunais, p. 374).

28 Este é o entendimento sustentado por Rogério Grecco: "Entendemos com a devida venia das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável". (In: **Curso de Direito Penal Parte Especial**, Editora Impetus, p. 281).

29 "A outra espécie de aborto legalmente autorizado é o da mulher que engravida em conseqüência de estupro. Este é um grave crime de violência sexual, punido com prisão de 6 a 10 anos. Sobre o aborto sentimental, Hungria pondera: "Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida" (**Comentários ao Código Penal**, Rio de Janeiro: Forense, 1955, p. 304, vol. 5,)." (DOTTI, René Ariel. O aborto de uma tragédia. **Jus Navigandi,** 2004. Disponível em: < http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5452>).

própria dignidade da mulher, em detrimento da vida do feto. Apesar das proclamações no sentido de que o sofrimento não degrada a dignidade da pessoa humana, sendo condição da própria vida – idéia que procura ver repudiado pelo direito não o sofrimento, mas o sofrimento injusto –, não há outra razão para a permissão legal do aborto sentimental, senão a preservação da dignidade da mulher, evitando o seu sofrimento psicológico.

Ocorre que essa mesma regra tem aplicabilidade quando a gestante é menor de 14 (quatorze) anos, ou incide em alguma outra situação descrita no art. 224 do Código Penal, dada a famigerada fórmula da violência presumida[30]. Segundo o Código Penal, presume-se a violência se a vítima for menor de 14 (quatorze) anos.[31] Assim, se um rapaz de 18 (dezoito) anos de idade namora uma adolescente de 13 (treze) anos e, no curso desse relacionamento, vem a praticar conjunção carnal com ela, cometerá estupro. Mesmo que não haja violência real, pois o consentimento da menor não é válido juridicamente, dada sua tenra idade, consoante precedentes do Pretório Excelso[32].

A regra é geral. Vale tanto para as pessoas mais humildes como para os mais esclarecidos. Não importa o grau individual de inteligência ou consciência do casal. Anteriormente, se quisesse fugir da pena de 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, o namorado teria de se casar com a jovem mãe, ou torcer

30 CEZAR ROBERTO BITENCOURT comunga do mesmo entendimento e poderá: "A excludente em exame estende-se ao crime praticado com violência ficta (art. 224). A permissão legal limita-se a referir-se ao crime de estupro, sem adjetivá-lo. Como o legislador não desconhece a existência das duas formas de violência, elementares desse crime – real e ficta -, ao não limitar a excludente à presença de qualquer delas, não pode o intérprete restringir onde a lei não faz qualquer restrição, especialmente para criminalizar a conduta do médico. Com efeito a interpretação restritiva, no caso, implica criminalizar uma conduta autorizada, uma espécie de interpretação extensiva contra legem, ou seja, in malam partem". (In: **Tratado de Direito Penal Parte Especial**. [S.l.]: Editora Saraiva, p. 171).

31 Código Penal: "- Estupro Art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena - reclusão, de 6 B(seis) a 10 (dez) anos." "- Presunção de violência Art. 224. Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos".

32 "O consentimento da vítima menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e sua experiência anterior não elidem a presunção de violência, caracterizadora do estupro, pois a norma em questão visa, exatamente, a proteção da menor considerando-a incapaz de consentir, não se afastando tal presunção quando a ofendida aparenta idade superior em virtude de seu precoce desenvolvimento físico, ou quando o agente desconhece a idade da vítima" (STF – HC – Rel. Ilmar Galvão – j. 17.12.1996 – RT 741/566). Presunção de violência – Vítima menor de 14 anos de idade – "Sequer elide a presunção de violência o alegado fato do consentimento da vítima quanto à relação sexual. A violência ficta, prevista no art. 224, letra a, do Código Penal, é absoluta e não relativa, conforme iterativa jurisprudência do STF. Habeas Corpus indeferido" (STF – 2ª T. – HC 72.265-5 – Rel. Néri da Silveira – j. 12.12.1997 – DJU 19.11.1999, p. 54). "O consentimento da menor de quatorze anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastam a presunção de violência para a caracterização do estupro" (STF – HC 74.580-6 – Rel. Ilmar Galvão – DJU 07.03.1997, p. 5.403).

para que ela viesse a casar com outrem, em virtude do disposto nos incisos VII e VIII do art. 107 do Código Penal, hoje revogados pela Lei 11.106/2005.

É possível, no entanto, que daquele relacionamento sobrevenha gravidez. Nesse caso, visto que a legislação considera o fato como estupro, nada impede que a genitora cometa, licitamente, o aborto sentimental; inexiste norma proibitiva ou incriminadora quando isso ocorre. Observe-se: na prática, admite-se o aborto sem nenhum outro motivo, senão a inconveniência etária. A proteção à dignidade da mãe, neste caso, encontra seu fundamento de valor não no horror da violência real, mas na tenra idade da gestante.

Cuida-se, sem sombra de dúvida, de afirmação polêmica. Os argumentos contrários à tese da ADPF, costumeiramente, falam na supremacia do direito à vida, encaram-no como pressuposto fundamental para todos os demais valores da humanidade, sem o qual não faz sentido sequer discutir aspectos relacionados com o direito à saúde ou à dignidade[33].

Ao comparar a vida do feto e o sofrimento da genitora, a tendência imediata do brasileiro é conferir preponderância àquela. A nossa formação religiosa, eminentemente calcada no cristianismo, focaliza a vida como direito supremo, um dom divino, sagrado. São concepções que consideram dogmas intocáveis a proibição do aborto, da eutanásia ou do suicídio, sequer admitindo uma discussão ampla sobre esses temas.

A complexidade do problema, porém, não alberga as soluções simplistas que, por vezes, se quer imprimir. É que, até o momento, tem-se concebido a vida quase como um sinônimo de existência, sem referência à *qualidade* dessa existência. Se o feto possui vida, é certo que já possui *personalidade humana*? Quando ela começa? A concepção, por si só, já estabelece

33 "É ignorada a escala de valores e respectivos bens jurídicos, a qual reconhece a vida como o mais alto valor humano, e o bem jurídico vida, de alguém, de quem quer que seja, como o mais alto bem jurídico, o primeiro a, sem nenhuma exceção, ser protegido pela lei, pois, com efeito, sem vida é inútil falar-se em qualquer outro valor ou bem jurídico. O bem jurídico vida é a conditio sine qua non de todos os demais bens jurídicos. Em termos de direitos humanos, igualmente a vida é o primeiro deles, protegido. De fato, o art. III da Declaração Universal de Direitos Humanos dispõe: "Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal". Nos mesmos termos, o art. I da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. A Convenção Internacional de Direitos Civis e Políticos, no art. 6, inicia com a vida a lista dos direitos que devem ser reconhecidos e cuja proteção deve ser garantida erga omnes. Portanto, a vida é o mais elevado bem jurídico, é o primeiro dos direitos humanos a ser protegido, garantido, prevalecendo - devendo prevalecer - sobre todos os demais; todos os demais dependem dela: sem ela não existiriam" (MIOTTO, Amida Bergamini. Op. cit.)

essa conclusão? A resposta a tais indagações pode trazer conseqüências diversas, que superam os limites do tema, alcançando, portanto, fundamentos mais genéricos do próprio Biodireito[34].

O direito positivo brasileiro já se definiu ao assumir a posição de somente conferir personalidade a quem nasce com vida, mas pondo a salvo os direitos do nascituro desde a concepção (art. 2º do Código Civil vigente). Não seria possível, realmente, salvaguardar os direitos do nascituro sem proteger sua própria vida. O nascituro direito *(a)* ao nascimento e *(b)* ao desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência

34 "Duas teorias procuram estabelecer o momento exato da aquisição da personalidade pelo novo ser, uma afirmando que a aquisição da personalidade deve ser reconhecida a partir do momento da concepção (teoria concepcionalista) e outra aceitando-a a partir da nidação. Nesta última teoria somam-se todas aquelas que afirmam existir pessoa humana após a formação da crista neural (início da formação do Sistema Nervoso Central) bem como a aceita pela legislação autóctone onde encontra-se afirmado que a personalidade é "adquirida com o nascer com vida" (teoria natalista). Neste último aspecto é que se têm os enfoques bioéticos e do biodireito que aguçam na atualidade os interesses das organizações não governamentais (ONGs [34]) denominadas "pró-vida" [35] e, por sua vez causam mal-estar para o setor da biotecnologia. Verificam-se com grande facilidade estas afirmações quando se percebe na legislação alemã jurisprudências afirmando não ser o zigoto [36] um "bem juridicamente protegido", o que, por conseguinte, permite a realização de experimentos biotecnológicos com os mesmos. O mesmo pode-se verificar nas legislações espanhola e inglesa, dentre outras, onde nos primeiros 14 dias após a fecundação "in vitro" os embriões podem ser alvo de experimentos, congelados por até cinco anos, descartados ou destruídos sempre que existam sinais de impossibilidade de implantação uterina dos mesmos. Não são poucas as posições no sentido de que não existe personalidade durante os primeiros 14 dias após a concepção. Esta teoria explicaria o porquê da "contracepção de emergência" não ser considerada abortamento. Estas e outras situações ainda não definidas especificamente em lei são alvo da ciência surgida em 1971 com Potter nos Estados Unidos e que desencadeou, por sua vez, o surgimento de várias linhas, sendo um estímulo para o surgimento do Biodireito. Teorias outras existem procurando afirmar que a personalidade só é adquirida mais tardiamente, ou seja, quando o feto já está praticamente viável. Parece-nos ser esta uma teoria aceita pelos movimentos "pró aborto" que muito se difundiram nos estados europeus e americanos do norte onde se procura fundamentar o ato abortivo no "direito à intimidade" (Rigths of Privacy) e "direito ao próprio corpo". Para o professor Moisés TRACTEMBERG[37] o ser humano é corpo e ao mesmo tempo mente, consciência. Para esse pesquisador, cujas conclusões são derivadas da análise de ultra-sonografias, o indivíduo passa a existir a partir do momento em que se forma o seu "ego", o que se dá por volta do quarto ou quinto mês de gestação. Afirma o autor citado que passa a existir a partir desse momento uma "mente consciente" que é caracterizada por uma atividade mental que tem consciência de si e do próprio ambiente que cerca o feto. Através do estudo do sistema nervoso central (SNC) do feto e do embrião é que o professor TRACTEMBERG iniciou a formulação da sua teoria uma vez que verificado que em um embrião de oito semanas o peso do SNC correspondia a 25% do total, que em uma gestação a termo (40 semanas) este peso decairia para 15% enquanto que em um adulto o peso do SNC corresponde a apenas 3 a 5%. Verificou ainda que já com 12 semanas o feto responde com taquicardia (aceleração dos batimentos cardíacos) ao som de uma buzina acionada em contato com o ventre materno. Este teste é hoje utilizado como fator preditivo de comprometimento fetal e é realizado nos exames ambulatoriais de consultas pré-natais. Desta forma, verifica-se que a própria ciência médica procura também demonstrar que o início de uma gestação não significa necessariamente a existência de uma pessoa humana uma vez que o "ego" incorpora-se ao feto após o quarto mês." (COLETTI, Luigino. **Interrupção voluntária da gestação:** abortamento voluntário. 2001. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>).

(art. 7º da Lei nº 8.069/90). A obrigação das políticas públicas é propiciar ambos os direitos.

Mas a lei não assegura os direitos do nascituro em todos os casos, como vimos nas hipóteses legais de autorização do abortamento. Cumpre, aqui, fixar a técnica da ponderação de valores.[35] O ordenamento jurídico, ao se deparar com um aparente choque entre a dignidade da mãe e a vida do feto, confere prevalência àquela,[36] na hipótese de aborto sentimental. Considera violada a dignidade não apenas quando presente um sofrimento desmedido, sem a correspondente preservação de interesse mais relevante, mas também quando representa uma afronta à honra ou mesmo do fruto da inexperiência da juventude.

O Min. Joaquim Barbosa, no mesmo HC 84.025-6/RJ, salientou que a *"tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. As diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento regimes jurídicos diferenciados"*, tanto que *"a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio"*, concluindo: *"se o feto ainda se encontra no ventre da mãe, é evidente que sua situação jurídica, penal inclusive, é diversa da das pessoas já existentes"*.

Não há dúvida quanto a isso. Do mesmo modo que é possível enxer-

35 "A doutrina mais tradicional divulga como mecanismo adequado à solução de tensões entre normas a chamada ponderação de bens ou valores. Trata-se de uma linha de raciocínio que procura identificar o bem jurídico tutelado por cada uma delas, associá-lo a um determinado valor, isto é, ao princípio constitucional ao qual se reconduz, para, então, traçar o âmbito de incidência de cada norma, sempre tendo como referência máxima as decisões fundamentais do constituinte. A doutrina tem rejeitado, todavia, a predeterminação rígida da ascendência de determinados valores e bens jurídicos, como a que resultaria, por exemplo, da absolutização da proposição in dubio pro libertate. Se é certo, por exemplo, que a liberdade deve, de regra, prevalecer sobre meras conveniências do Estado, poderá ela ter de ceder, em determinadas circunstâncias, diante da necessidade de segurança e proteção da coletividade." (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. [S.l.]: Saraiva, p. 200-201).

36 "Segundo Ives Gandra: Expressão salvar a vida da gestante, significa uma ordem de preferência para a vida já instituída, isto é, para aquele que já adquiriu o atributo personalidade e, portanto, atingiu inquestionavelmente a qualidade de pessoa, com a preterição do estado potencial (produto da concepção).(5) Afirma ainda que: este entendimento já era adotado em tempos medievais como opinavam Zacchia e Coreriu: Non punitor si judicio medicorum alieter non potest mater salvare [...] Pro salute mulieris excusatur. Assim, entende o legislador que existe, inquestionavelmente, um critério de valoração da vida juridicamente, ou seja; a vida extra-uterina tem predominância valorativa sobre a vida biológica em desenvolvimento intra-útero. Esta predominância, é óbvio, estabelece-se a partir do momento em que entram em choque os interesses da gestante e os do embrião (feto). Este é o grande ponto da discussão do tema que se propõe a desenvolver." (COLETTI, Luigino. Op. cit., grifamos).

gar, no ordenamento jurídico nacional, que o direito à vida recebe proteção legal desde o momento da concepção, é igualmente visível que essa proteção não é absoluta, cedendo não apenas quando conflita com a vida da gestante, mas também quando fere a dignidade desta última.

Em suma, a regra do art. 180, inciso II, do Código Penal, foi recepcionada pela nova ordem constitucional, a despeito de atingir o direito fundamental à vida do feto – que, reitere-se, não está ameaçando a vida genitora. Isto, porque a Constituição da República, ao lado do direito à vida (art. 5º, *caput*, da CF), preserva também a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF). E é a dignidade da gestante que está sob proteção quando consente em realizar a interrupção da gravidez resultante de estupro, com violência real ou presumida.

4 A ANALOGIA *IN BONAM PARTEM* EM FUNÇÃO DA IDENTIDADE DE FUNDAMENTO: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (*UBI EADEM RATIO, IBI IDEM JUS*)

Partindo da consideração do feto anencéfalo como um ser vivo, passamos para um segundo momento no debate da questão. Uma vez mais, deve-se realizar a ponderação entre valores constitucionais contrastantes diante de uma circunstância concreta: a dignidade da genitora e o direito à vida do nascituro.

Prima facie, convém observar que, em nenhum momento, recusamos a capacidade da ciência médica de atestar, com segurança, que o nascituro portador de anencefalia apresenta-se com uma anormalidade incompatível com a viabilidade da vida extra-uterina. Ultrapassa a esfera do possível esperar realidade diversa após a gestação. Não há outro destino, senão a morte logo após o parto – se esta não ocorrer antes. Teria o Min. Carlos Brito, referindo-se ao caso, indagado se o direito do anencéfalo é nascer para viver ou nascer para morrer. O Min. Cezar Peluso, por sua vez, assinalara que todos nascem para morrer, mas sem analisar, em sua argumentação, que a morte, como fenômeno inevitável, atinge de uma forma diferente os bebês que apresentam formação *incompatível* com a vida extra-uterina. Neste

caso, não há sequer perspectiva de sobrevivência. A criança não desfrutará de tempo viável, apenas existirá por alguns instantes[37].

Esta última afirmação é duramente combatida, não pelo fato nela narrado, mas pelo risco de fomentar distinções qualitativas no tocante ao direito à vida. Tanto há quem equipare o direito à vida ao mero direito à existência[38],

37 "Inicialmente, faz-se necessário estabelecermos a diferenciação entre feto malformado e inviável, eis que as situações fáticas a que se referem estes conceitos são essencialmente diversas. Muitos autores, tanto os que defendem a interrupção da gravidez, quanto aqueles que a consideram como crime de aborto, ao justificarem seu posicionamento, colocam na mesma seara as malformações fetais compatíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina. Entretanto, o objeto deste estudo são as anomalias fetais que se incompatibilizam com a vida extra-uterina, estando, na medida do possível, alheio as polêmicas discussões sobre o aborto como livre escolha da mulher. As malformações fetais, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. Ainda que estejam presentes anomalias congênitas, é possível que o feto malformado sobreviva, porém com certas limitações no que diz respeito a sua qualidade de vida. Em alguns casos, existem tratamentos clínicos ou cirúrgicos que podem mitigar ou até curar os efeitos desta malformação. A fenda lábio-palatina é um exemplo de anomalia fetal compatível com a vida. Porém, esta malformação pode ser tão severa ou estar associada a outras anomalias, que tornam o feto inviável, ou seja, o prognóstico morte é certo e irreversível. São casos, por exemplo, em que um ou vários órgãos vitais (tais como o cérebro, bexiga ou rins) não se formaram. Como ressalta Diaulas Ribeiro, "nisto não parece haver contradição entre o conhecimento científico e a vulgar experiência comum quando segundo ambos se estabelece que um ser sem cérebro, sem rins ou sem pulmão não pode viver, nem pouco, nem muito". Dentre as anomalias fetais incompatíveis com a vida, destacam-se alguns erros de fechamento do tubo neural (anencefalia, onde há ausência dos hemisférios cerebrais; acrania), algumas displasias ósseas (v.g. nanismo tanatofórico) e anomalias no sistema urinário (v.g. ausência dos rins), algumas anomalias cromossômicas (v.g. trissomia do cromossomo 18; trissomia do cromossomo 13), malformações múltiplas (v.g. Síndrome de Meckel Gruber, onde a displasia renal está associada à encefalocele; alterações decorrentes de exposição a agentes teratogênicos ou infecciosos, causando lesões múltiplas e severas), algumas anomalias gastrointestinais e erros de fechamento da parede abdominal (v.g. body-stalk). Portanto, evidente é a distinção entre feto malformado e inviável, pois, apesar das anomalias, é possível que o feto malformado se mantenha vivo. Ao passo que, nos fetos inviáveis, a anomalia incompatibiliza sua sobrevivência extra-uterina, a criança não viverá nem bem ou mal, vindo a falecer logo após o parto." (TESSARO, Anelise. **A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificação para o abortamento.** Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7.)

38 "Nessa mesma linha, a lição de José Afonso da Silva, In: **Curso de Direito Constitucional Positivo.** [S.l.], Malheiros Editores, 19. ed. 2001, p. 200: "Vida, no texto constitucional (art. 5º., caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida." E, noutro trecho, observa (op. cit., p. 201); "A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º., caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). [...]. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência". No mesmo sentido, Jacques Robert ("Libertés publiques," Paris, PUF, 1980, p. 234), citado por José Afonso da Silva, à sua vez, assere: "O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da impru-

como também existem aqueles que observam que a vida constitui um direito atemporal, vale dizer, que não se mede pelo tempo de sua duração[39].

Aduz-se criticamente, também, a idéia de que o pós-modernismo vem impregnando nocivamente os valores sociais de concepções meramente utilitárias, enxergando até mesmo as garantias fundamentais sob o ponto de vista do custo-benefício, conseqüência mais vantajosa a curto prazo, tendente a pautar procedimentos políticos e estatais exclusivamente na vontade da maioria e nas estatísticas de opinião pública.

Os argumentos impressionam, mas não afastam a constatação de que a proteção à vida não é absoluta. Além da previsão constitucional excepcional de pena de morte quando há guerra declarada,[40] a legislação infraconstitucional contempla hipóteses de finalização da vida, sem que, necessariamente, se tenha como contrapartida o salvamento de outra vida humana. Exemplo típico é o aborto sentimental, aceito pela comunidade jurídica pátria sem dificuldades.

Além disso, pergunta-se: é injusto que o Estado imponha um dever de sofrimento às mães que carregam no ventre o feto anencéfalo? Qual o benefício correspondente a este sacrifício particular? O bem-estar do feto?

Registre-se, por oportuno, que não se está a afirmar que o sofrimento é inerente a todas as gestantes. Mas, sem dúvida, há no próprio senso comum a noção de que muitas mães que recebem o diagnóstico da anen-

dência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o direito de dispor da própria vida, a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano". Discorrendo sobre o direito à existência, na perspectiva constitucional, José Afonso da Silva acrescenta (op. cit., pág. 201): "É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte. Porque se assegura o direito à vida é que a legislação penal pune todas as formas de interrupção violenta do processo vital. É também por essa razão que se considera legítima a defesa contra qualquer agressão à vida, bem como se reputa legítimo até mesmo tirar a vida a outrem em estado de necessidade da salvação da própria." (SILVEIRA, José Nery da. Op. cit.).

39 "À vista das referências doutrinárias de direito civil e de direito constitucional acima alinhadas, bem de ver é que, em nosso sistema jurídico, não cabe deixar de reconhecer a vida, bem como a natureza humana no conceptus sed non natus, independentemente de eventual grave anomalia que apresente, no curso do desenvolvimento fetal, não sendo, ademais, pertinente, para tanto, discussão sobre sua viabilidade, após o nascimento com vida, ou acerca da duração provável desse ser humano, mesmo nos casos em que presumível existência breve na fase extra-uterina. Certo é que, protegido pela ordem jurídica, desde a fase intra-uterina, o ser humano, se nascido com vida, adquire personalidade jurídica, podendo ser titular de direitos e pretensões na ordem civil, o que sucede, à evidência, até o óbito" (Idem, ibidem).

40 Constituição Federal, art. 5º, XLVII: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX".

cefalia do feto que estão gerando experimentam verdadeira tragédia pessoal e, por vezes, familiar.

O direito, reflexo da consciência social, tutela de forma diversa – e gradativa – a vida humana, mormente ao comparar os interesses do nascituro com os da mãe. A dignidade da genitora, nessas circunstâncias, é ferida porque seu sofrimento se equipara à tortura psicológica. A noção de dignidade é bem mais abrangente, englobando a própria liberdade de se autodeterminar.[41] O sofrimento desnecessário e inexigível contraria, flagrantemente, esse fundamento da República Federativa do Brasil[42].

41 "A lição do professor BENDA é específica. Para ele, a dignidade humana possui conexão com os direitos fundamentais de liberdade ideológica e de consciência, liberdade de eleição profissional e de inviolabilidade de domicílio. Se trata es de inferir consecuencias prácticas a partir de la decisión en favor del ser humano como persona libre y moralmente responsable.(9) A dignidade humana, pois, um princípio norteador de todo o ordenamento jurídico brasileiro(10), busca a valorização da pessoa; do cidadão enquanto individualidade; do ser com capacidade própria de raciocínio. A dignidade humana é a garantia das condições mínimas de sobrevivência para que o Homem possa exercer os direitos oportunizados pela garantia de ser cidadão. Ou seja, numa perspectiva de um Estado Social, a dignidade humana encontra expressão em um Estado ativo, atuante no sentido de proporcionar à comunidade o pleno respeito aos direitos humanos de segunda geração. Já no referente a dignidade humana dentro de uma perspectiva do Estado de Direito, percebe-se o dever de omissão relativo aos direitos de primeira geração. A garantia da liberdade de pensar devendo respeitar tão somente, dentro dos limites da lei, a sua própria e de consciência. Eis porque a dignidade humana garante o ser humano enquanto indivíduo livre e moralmente responsável. Preconizamos, em conclusão, que o próprio sistema penal, seja estruturado numa perspectiva de respeito ao cidadão, enquanto indivíduo livre e moralmente responsável. O direito penal, ultima ratio do sistema (jurídico), deve se ocupar, em conseqüência, com situações claras de atitudes antijurídicas e culpáveis. Na formação do tipo deve-se excluir argumentações morais e/ou ideológicas." (Texto publicado nos "Anais do Seminário Reforma do Código Penal", Comissão de Constituição e Justiça da Assembléia Legislativa/RS, 1999, páginas 207-214, apud RUDNICKI, Dani. **Aborto:** Hora De Reconhecer. Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM. ISBN 85-88512-01-7).

42 "Diante deste quadro, a questão jurídica da tensão entre dois direitos humanos fundamentais deve ser solucionada. De um lado, o direito à vida a todos assegurados após a concepção, tal como tradicional e cientificamente aceitos; e, de outro, o direito à dignidade, expressamente consagrado na Constituição e que busca por a vida humana à salvo de todo tipo de dor e injustiça. Não basta viver, é necessário viver com dignidade. Direitos que naturalmente se completam, agora se conflitam, reclamando conciliação por parte do intérprete e operador do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência. Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade que devem pautar a atividade de interpretação do direito, conhecida na doutrina americana por "balancing test". Mas o cerne da questão é justamente saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes dois direitos em aparente tensão. Deve prevalecer o direito do feto acéfalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina, porquanto desprovida de massa encefálica e, pois, de consciência, inconsciência e de todos os sentidos que, ao que tudo indica, dão razão à vida? Ou, de outra parte, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada à salvo da dor e sofrimento que o prolongamento do processo de gestação lhe causará? Neste embate entre VIDA X DIGNIDADE, direitos igualmente fundamentais do homem, qual deve preponderar sobre o outro? Em princípio, a tendência é de se afirmar que a vida deve sempre prevalecer, porquanto sem vida não há falar-se em sociedade, ou mesmo em Direito de espécie alguma. A vida seria, pois, o maior dos bens humanos. Todavia, não parece razoável impor à uma mãe que tenha sua dor e seu sofrimento prolongados por meses até o dia do parto, como se de antemão tivesse sido condenada pela

Uma afirmação como esta pode contrariar as interpretações mais estritas acerca do direito à vida, em relação ao cristianismo, que, sem dúvida, há de ser respeitado como identidade cultural/religiosa do nosso povo.

É preciso inserir dentro desse contexto, no entanto, o fato de que o Estado Democrático de Direito é necessariamente laico. Dessa forma, não há justiça na imposição estatal de uma visão estrita, vinculada a preceitos religiosos não-compartilhados por todos os seus cidadãos.[43] Havendo razões

natureza simplesmente por ter um dia buscado contribuir para com ela. Soa irracional à compreensão humana e, pois, à razão do homem médio conceber-se entendimento contrário, que proíba a antecipação terapêutica do parto para privar de mais sofrimentos a genitora que vê, a cada dia que passa, seu ventre crescer e gestar um ser que sequer chegará, de fato, experimentar a vida como ela é, e morrerá, deixando ainda mais angústia, dor e lágrimas no coração de uma mãe já certamente inconsolável. Torna-se ainda mais irracional tal proibição no caso, em se considerando que a legislação brasileira sempre admitiu o aborto quando a gravidez resulta de estupro (art. 128, II Código Penal). Ora, se no conflito entre a liberdade (liberdade sexual da mulher) e a vida (do feto), aquele bem sempre prevaleceu – com o que, diga-se, estamos perfeitamente de acordo porquanto nada justifica a violência sexual e o trauma psicológico que dela resulta para a mulher - porque razão no conflito entre a sua dignidade (de pessoa humana) e a vida (do feto anencefálico desprovido de potencialidade de vida extra-uterina), esta deva preponderar. Admitir-se uma tal situação seria contemplar a desigualdade, estabelecendo-se dois pesos e duas medidas, e malferir os mais singelos princípios da razão e do Direito." (TAGLIAFERRO, Kleber. Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. **Jus Navigandi**. 2004. Disponivel em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>).

43 "O fundamentalismo religioso é corolário abominável do monoteísmo. Os gregos e romanos da antiguidade eram extremamente tolerantes com as religiões dos estrangeiros, pelo simples fato de adotarem o politeísmo que, por essência, não exclui a existência de outras divindades. As religiões ocidentais monoteístas - cristianismo, islamismo e judaísmo - por outro lado, freqüentemente estiveram associadas a regimes ditatoriais de todos os gêneros. O Iluminismo e, posteriormente, a Revolução Francesa, consolidaram a idéia de Estado laico, separando, pelo menos em tese, o poder político (temporal) do religioso. No Brasil, o Estado confessional do Império foi abolido com a República e, atualmente, a Constituição Federal de 1988 consagra a separação do Estado e da religião dispondo que: "art.19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;" A Carta Magna afirma não só a laicidade do Estado brasileiro, mas também a tolerância religiosa ao estabelecer que: "art.5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias". Tais princípios constitucionais, porém, parecem ser esquecidos quando o assunto em pauta é bioética e biodireito. As discussões, no Congresso Nacional, sobre o uso científico de embriões congelados para pesquisas com células-tronco e, no Supremo Tribunal Federal, sobre o aborto de fetos anencéfalos, demonstram plenamente a profunda influência religiosa sobre as decisões dos poderes legislativo e judiciário que, em tese, deveriam manter-se neutros em relação a questões religiosas. A votação no Senado sobre o uso de células-tronco em experiências científicas teve motivações predominantemente religiosas, levando os senadores Marco Maciel (PFL-PE) e Flávio Arns (PT-PR) -- em tese, de correntes ideológicas absolutamente antagônicas -- a combaterem enfaticamente as pesquisas com células-tronco. Também no Supremo Tribunal Federal o debate sobre a autorização judicial para o aborto de fetos anencéfalos parece ganhar cunho predominantemente religioso, em detrimento de uma discussão meramente jurídica. No Congresso Nacional chega-se ao cúmulo de se falar em uma "bancada evangélica" e não é de hoje que o governo do estado do Rio de Janeiro tornou-se uma verdadeira teocracia, em uma demonstração explícita do fundamentalismo cristão. A mídia, longe de buscar informar seus leitores sobre a necessidade inerente dos estados democráticos de separar religião de política em prol da tolerância religiosa, busca acirrar ainda mais o caráter teológico do debate, cedendo espaço para líderes religiosos se pronunciarem a respeito do tema. No Estado Democrático de Direito não há espaço para a imposição

de ordem social para a norma coincidente com o dogma religioso, deve o Estado mantê-la. Do contrário, deve revogá-la, em ordem a valorizar a concentração do direito no âmbito predominantemente sociológico.

O papel do Estado Republicano, portanto, é orientar-se de acordo com as necessidades sociais, respeitando a religiosidade do seu povo.

Aqui reside um aspecto social muito relevante. A mera proibição estatal não põe fim ao comportamento abortivo das gestantes de fetos anencefálicos – precisamente por não refletir o sentimento do povo e, desse modo, carecer de legitimidade. As mães que têm condições econômicas – e este é um dado do senso comum –, não procuram o Sistema Único de Saúde para antecipar o parto; somente as mulheres desprovidas de condições financeiras é que necessitam desse serviço. Serão estas, por conseguinte, as únicas destinatárias de uma postura estatal conservadora, o que é absolutamente paradoxal, pois o Estado, que deveria proporcionar, através de políticas públicas, uma assistência pré-natal de qualidade (e mesmo após o nascimento), pretende obriga-las a suportar uma gravidez contrária às suas convicções individuais e, ainda, se abstém de prestar um serviço de saúde de qualidade.

Houve quem sustentasse a necessidade de levar a efeito a gestação, baseando-se no princípio da solidariedade como norte a recomendar que o infante doe seus órgãos após o nascimento. A doação de órgãos fundamenta-se na voluntariedade. Vilipendia a própria dignidade humana obrigar alguém a conduzir uma gravidez tormentosa para, no final, obter-se material para a doação de órgãos. É uma forma de instrumentalização do ser humano.

O Estado Democrático de Direito, portanto, deve identificar a abrangência do direito de liberdade dos seus cidadãos, evitando tratamentos des-

de crenças religiosas travestidas de leis ou sentenças, pois a base da democracia é a pluralidade e a tolerância ao diferente. Se as pesquisas com células-tronco e os abortos de anencéfalos são ou não pecado não cabe aos políticos e aos ministros do STF decidirem, mas aos clérigos, a partir da interpretação dos livros sagrados de sua fé. A licitude de tais pesquisas e a criminalização de tais abortos, por outro lado, são questões de natureza política e jurídica e, portanto, de natureza temporal, não havendo, pois, como serem impedidas por contrariarem qualquer religião. A imposição da fé de uma maioria de cidadãos brasileiros cristãos a uma minoria não cristã é um fundamentalismo religioso absolutamente incompatível com a idéia de Estado Democrático de Direito. Assim como o Estado não deve se intrometer na crença de seus cidadãos, é evidente também que as religiões não devem e não podem interferir nas decisões políticas e jurídicas dos órgãos públicos. [...] O estado brasileiro é laico e, por sua natureza, também garante o direito aos infiéis de pecarem, não se submetendo à fé de uma parcela de seus cidadãos, mesmo que majoritária, pois não há democracia sem tolerância religiosa." (VIANNA, Túlio Lima. Estado e religião: Debate sobre aborto demonstra influência religiosa no STF. **Revista Consultor Jurídico,** 24 out. 2004. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/250303/>).

proporcionais. Se, por um lado, a Constituição tutela a vida do feto, por outro, preserva a dignidade da genitora. Logo, quando o feto anencefálico, cuja vida, embora existente no ventre materno, é incompatível com o mundo exterior, tem sua moléstia identificada e definitivamente diagnosticada, deve-se conferir à mulher a opção de fazer a escolha pela antecipação do parto.

Essa decisão está restrita à esfera da ética privada, pois, nem todas as mulheres compartilham do sofrimento quando se descobrem gestantes de anencefálicos. Mas, àquelas que se sentirem tão atingidas a ponto de não suportar mais a gravidez, deve-se permitir que exerçam a opção. Assim, o fundamento para a admissibilidade da interrupção da gestação nos casos em que for constatada a anencefalia, nenhuma relação guarda com a discussão acerca da ocorrência pretérita de morte do feto. Lições tradicionais de hermenêutica jurídica, perfeitamente contempladas pelo ordenamento jurídico em vigor, resolvem a problemática. Trata-se da aplicação, no âmbito do direito penal, da analogia *in bonam partem*.

À época da elaboração do Código Penal, a medicina não tinha como diagnosticar, com a precisão de hoje, a anencefalia. Talvez por isso não tenha sido contemplada no rol do art. 128 daquele Diploma Legal. Mas, considerando tratar-se de uma causa de inexigibilidade de conduta diversa tendente a proteger a dignidade da gestante, poupando-a de um sofrimento injustificável, sequer há necessidade de elaboração legislativa no plano do direito positivo. É evidente a identidade de fundamentos do aborto sentimental e do resultante da anencefalia fetal. Em ambos os casos, excepcionalmente, o direito confere preponderância a um outro direito fundamental diverso da vida – neste caso, vida intra-uterina que, como já se disse, não ostenta o mesmo grau axiológico da vida extra-uterina.

O vetusto brocardo *ubi eadem ratio, ibi idem jus* (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito) tem inteiro cabimento na presente circunstância. Dessa maneira, ao invés de concluir pela inexistência de vida, entendemos que o feto anencéfalo, embora ser vivo, é portador de moléstia que lhe inviabiliza a sobrevivência fora do útero, de modo a não ser exigível da gestante suportar, salvo por opção, todo o curso da gravidez como o transtorno psicológico daí decorrente. Sendo igualmente

lícita a conduta do profissional de saúde que, em tais circunstâncias, e autorizado pela genitora, proceda ao abortamento, com a finalidade de proteção da dignidade da mulher. Em outras palavras, aplica-se ao aborto em razão de anencefalia a excludente de culpabilidade mencionada no art. 128, II, do Código Penal.

5 CONCLUSÃO

O feto portador de anencefalia é dotado de vida, sendo garantida a proteção jurídica do nascituro desde o momento da concepção.

O aborto sentimental foi recepcionado pela nova ordem constitucional diante da preservação da dignidade da gestante (art. 1º, III, da Constituição da República).

A tutela constitucional do direito à vida não implica, necessariamente, na constatação de que sua primazia é absoluta em relação aos demais direitos fundamentais.

A geração de feto portador de anencefalia pode acarretar sofrimento intenso e injustificado para a mãe, vilipendiando-lhe a dignidade (art. 1º, III, da Constituição Federal).

A técnica hermenêutica de ponderação dos valores constitucionais admite conferir prevalência à dignidade da gestante em relação ao direito à vida do feto anencéfalo.

O abortamento do feto anencéfalo não constitui crime diante da aplicação analógica *in bonam partem* da excludente de culpabilidade prevista no art. 128, II, do Código Penal.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. Anencefalia e aborto. **Jus Navigandi.** Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5167>.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASÍLIO, Marcus Henrique Pinto. **A questão do feto acometido de anencefalia.** Disponível em: <http://www.direitosfundamentais.com.br/html/mmfd_nota14_6.asp>.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** Parte Especial**.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.2.

BUGLIONE, Samantha. **Dignidade vazia: o debate da interrupção da gestação nos casos de fetos anencefálicos.** Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5874>.

COLETTI, Luigino. **Interrupção voluntária da gestação**: abortamento voluntário Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3781>.

DAHER, Marlusse Pestana. **Anencéfalos, Sujeitos de Direito**. Disponível em: <http://secure.jurid.com.br/jurid/jurid.exe/carregahtml?arq=detalhe.html&ID=6460>.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo**. 2. ed. São Paulo: Madras Editora, 2005.

DOTTI, René Ariel. O aborto de uma tragédia. **Jus Navigandi**, Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5452>.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal:** Parte Geral, Teoria Constitucionalista do Delito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. v. 3.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: Parte Especial. Niterói: editora Impetus, 2006. v.2

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: Parte Geral. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. v.1.

LINHARES, Paulo Afonso. **Direitos Fundamentais e Qualidade de Vida**. São Paulo: Iglu Editora, 2002.

MIOTTO, Amida Bergamini. **O direito à vida. Desde que momento?** Disponível em: <http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc26298>.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NEVES, Carmen Nasaré Lopes. Mutação constitucional em face da hermenêutica judicial no controle por via de exceção. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.** Disponível em: <http://www.walkinmedia.com.br/fesmp/outmedia/monografias2004.pdf>.

RUDNICKI, Dani. **Aborto: Hora De Reconhecer.** Doutrina Jurídica Brasileira, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

SILVEIRA, José Néri da. **Revista Consultor Jurídico**, 29 ago. 2004. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/static/textos/249045,5.shtml>.

TAGLIAFERRO, Kleber. Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais. Texto extraído do **Jus Navigandi**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>.

TESSARO, Anelise. A anomalia fetal incompatível com a vida como causa de justificação para o abortamento**. Doutrina Jurídica Brasileira**, Caxias do Sul: Plenum, 2004. 1 CD-ROM.

VIANNA, Túlio Lima. Estado e religião: debate sobre aborto demonstra influência religiosa no STF. Revista **Consultor Jurídico**, 24 out. 2004. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/250303/>.