

LUCIANA COSTA SANTOS

**UM ESTUDO SOBRE O ABORTO NOS CASOS DE
ANENCEFALIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

**Piracicaba, SP
2009**

LUCIANA COSTA SANTOS

**UM ESTUDO SOBRE O ABORTO NOS CASOS DE
ANENCEFALIA SOB A ÓTICA DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS.**

Orientador: Prof. Dr. EVERALDO TADEU QUILICI GONZALEZ

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação (Mestrado em Direito) da Universidade Metodista de Piracicaba – UNIMEP, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, sob orientação do Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez.

Núcleo: Estudos de Direitos Fundamentais e da Cidadania.

Piracicaba, SP

2009

Dados para catalogação:

SANTOS, L. C. **Um estudo sobre o aborto nos casos de anencefalia sob a ótica dos direitos fundamentais.** Universidade Metodista de Piracicaba, 2009. Dissertação (Pós-Graduação, Curso de Mestrado em Direito). Orientador: Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez.

1. Anencefalia; Aborto; 2. Direitos Fundamentais; 3. Dignidade da Pessoa Humana; 4. Violação Constitucional.

**UM ESTUDO SOBRE O ABORTO NOS CASOS DE ANENCEFALIA SOB A
ÓTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Autora: Luciana Costa Santos

Orientador: Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez

B A N C A E X A M I N A D O R A

____/04/2009

Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez
Orientador/Presidente

Professor Doutor
Membro

Professor Doutor
Membro

DEDICATÓRIA

Aos meus pais:

Artur Costa Santos

Sonia Maria Costa Santos

(pelos valores transmitidos e pela dedicação ímpar aos filhos e netos);

Aos meus irmãos:

Alessandra Santos Mariconi e

Arthur Costa Santos

(pelo carinho, força, motivação e cumplicidade);

Aos meus sobrinhos:

Filipe, Patrick, Julia Maria e Arthur

(pela grande alegria que trouxeram à nossa família).

DEDICO.

AGRADECIMENTOS

A concretização deste trabalho somente foi possível graças às bênçãos de Deus, bem como aos muitos colaboradores diretos ou indiretos, dos quais sou eterna devedora. Agradeço a todos e, em especial:

À **minha família**, pelas horas de convivência que lhes foram subtraídas;

Ao **Professor Doutor Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez**, pelas aulas, orientações e, principalmente, pela amizade e exemplo de vida;

À **Universidade Metodista de Piracicaba** - UNIMEP, por mais uma vez acolher um de seus filhos;

À **Professora Doutora Mirta Gladys Lerana Manzo de Misailidis**, por não medir esforços junto à Coordenação do Curso de Mestrado em Direito da UNIMEP, atuando sempre com profissionalismo e coerência frente aos problemas enfrentados cotidianamente;

Ao **Professor Doutor José Renato Martins**, pelo aceite em participar de minha Banca de Defesa Pública de Dissertação de Mestrado e, ainda, pelos valiosos ensinamentos quando de meu Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal da UNIMEP;

Ao **Professor Doutor Ercílio Antonio Denny** (*in memoriam*), pelos ensinamentos no decorrer do Curso de Graduação em Direito, pela simplicidade nos pequenos gestos e pelo incomensurável saber: nós o perdemos, mas o céu ficou com mais jeito de paraíso;

À Secretária do Curso de Mestrado em Direito da UNIMEP, **Sueli Catarina Verdichio Quilles**, pela disposição, competência, colaboração e simpatia no atendimento ao alunado em geral;

À todos os **professores** e **funcionários** da UNIMEP, pelos anos de convivência, em especial aos professores doutores **Ercílio Antonio Denny** (*in memoriam*) e **Sérgio Resende de Barros**, bem como à Secretária do Programa de Pós-Graduação, **Dulce Helena dos Santos**, pelo grande carinho, e ao Secretário da

Faculdade de Direito, **Norberto Salvagni**, pela colaboração na revisão textual e formatação do presente trabalho.

A todos que colaboraram para que eu conseguisse chegar a este estágio de minha carreira profissional.

[...] sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda ('a saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu'), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem se quer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.

(Carlos Ayres Britto).

Seria uma utopia a luta pela construção e efetivação dos direitos humanos no Brasil? Creio que não. Acredito que o homem é quem faz a história, ao mesmo tempo em que é feito por ela. O homem não é prisioneiro de nenhum direito inexorável: é, na verdade, quem constrói seu próprio destino e sua história. E é essa verdade que deve nortear nossa luta pela construção de uma sociedade igualitária e justa. Mas para que os direitos humanos fundamentais sejam assegurados, há uma espécie de um profissional fundamental para o sucesso dessa luta: o jurista.

(Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez)

RESUMO

O presente trabalho discorre sobre a interrupção da gestação nos casos de anencefalia sob a óptica dos Direitos Humanos Fundamentais. Propõe a analisar tanto a crise enfrentada pelo sistema judiciário brasileiro, quanto à enfrentada pelas mães com relação à efetividade do direito de decisão a continuidade ou não da gestação, destacando-se não só a vida, mas também a dignidade humana, como bens jurídicos primordiais resguardados pela Constituição Federal. Diante dos questionamentos levantados acerca dos diferentes posicionamentos jurídicos e, com base na legislação vigente, demonstramos que o conflito entre Direitos Fundamentais deve ser analisado de acordo com a precedência entre os direitos envolvidos, no caso concreto, da genitora que prevalecem em detrimento dos direitos do feto anencéfalo.

Palavras-chaves: Anencefalia; Aborto; Direitos Fundamentais; Dignidade da Pessoa Humana; Violação Constitucional.

ABSTRACT

This paper reports about the termination of a gestation in cases of anencefaly from the standpoint of the Basic Human Rights. Its purpose is to analyze both the crises of Brazilian legal system, and also the crises faced by mothers in relation to the effectivity of the right to make the decision regarding the termination of pregnancy or not, highlighting not only life, but also human dignity such as primary legal rights provided by the Federal Constitution. Due to questions aroused regarding the different standings of the law, and based on the current legislation, the conflict interpreting Basic Rights must be analyzed in lights of precedence among the people involved, in this case, the female genitor, wich prevails in the detriment of the rights of the anencefalic fetus.

Key-words: Anencefaly; Abortion; Fundamental Rights; Human Person's Dignity; Constitutional Violation

LISTA DE ABREVIATURAS

ADPF – Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

CFM – Conselho Federal de Medicina

CTNS – Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde

DTNs – Defeito do Tubo Neural

EUA – Estados Unidos da América

FEBRASCO – Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia

HC – *Habeas Corpus*

OMS – Organização Mundial da Saúde

SNC – Sistema Nervoso Central

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	14
1 MARCO TEÓRICO: O HISTORISCIMO JURÍDICO.....	18
2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: IMPORTÂNCIA E RESGATE HISTÓRICO.....	28
2.1 Os direitos fundamentais e a Constituição Federal brasileira.....	34
2.2 A relevância constitucional dos direitos fundamentais.....	43
2.2.1 Da violação da dignidade da pessoa humana.....	48
2.2.2 Da violação do direito à liberdade.....	53
2.2.3 Da violação do direito à saúde da gestante.....	57
3 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E AS DIMENSÕES DE DIREITOS.....	65
3.1 Sobre a definição do conceito de Estado.....	67
3.1.1 Do Estado de Direito.....	69
3.1.2 Do Estado Social de Direito.....	71
3.1.3 Do Estado Democrático de Direito.....	72
3.1.4 Breves considerações acerca da cidadania.....	74
3.2 Sobre as dimensões de direitos.....	78
3.2.1 Da primeira dimensão.....	80
3.2.2 Da segunda dimensão.....	82
3.2.3 Da terceira dimensão.....	84
4 BEM JURÍDICO.....	86
4.1 Sobre o bem jurídico penal.....	87
4.2 A vida como bem jurídico.....	89
4.2.1 Sobre a questão da morte encefálica.....	97
5 ABORTO: UMA ABORDAGEM DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, MÉDICO, ÉTICO E MORAL.....	101
5.1 Breve resgate histórico a respeito do aborto.....	102
5.2 Conceituação e aspectos jurídicos.....	105
5.2.1 Sobre o aborto criminoso.....	111
5.2.2 Sobre o aborto considerado legal.....	116
5.3 Considerações sobre o aspecto moral do aborto.....	121
5.4 O aborto e sua natureza jurídica.....	124
5.5 O aborto num breve esquema de Direito comparado.....	126

6 BREVE ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DA ANENCEFALIA.....	129
6.1 Anencefalia: uma definição clínica.....	130
6.2 O problema sob a ótica da medicina.....	135
6.3 A problemática jurídica envolvendo a interrupção da gravidez... 	138
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	142
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	147

INTRODUÇÃO

O ser humano, no intuito de preservar sua existência, instituiu uma sociedade regada por determinada ordem jurídica e envolta em valores e dogmas decorrentes de um Estado Constitucional que declara, entre outras normas de aplicação geral, direitos humanos e garantias fundamentais.

No contexto sócio-político brasileiro, a interrupção intencionalmente provocada da gestação entra em confronto direto com a moral, os costumes e as normas de comportamento humano. Essa correlação existente foi, assim como ainda o é, auxiliada pela própria História humana.

A História, por sua vez, é um processo gradativo de produção e reprodução de padrões comportamentais que não deve, em momento algum, ser relegado ao ostracismo. Infere-se, daí, que alguns fatos e atos praticados atualmente existem em decorrência de um processo que os gerou. Devido a isso, todo e qualquer processo tem sua causa intimamente vinculada à História.

Nesse contexto, é preciso aprender a analisar a Historicidade humana, recuando no tempo e no espaço, no intuito de não perpetrar o engano de transformar a causa em efeito e o efeito em causa, na prática de uma ideologia retrógrada e defasada, que remete a uma falsa consciência da realidade.

Durante um longo um período histórico, o aborto foi (e ainda é) tema de debates e críticas extremamente tendenciosas; atualmente a ótica é direcionada a outro rumo, ou seja, a interrupção da gestação de feto que possui anomalia do sistema nervoso central (anencefalia).

Retratar a anencefalia sob a égide dos direitos fundamentais significa analisar a crise enfrentada pelo Sistema Judiciário brasileiro no que se refere

às mães, com relação à efetividade do direito de decisão de continuidade (ou não) da gestação.

Situar adequadamente conceitos adquiridos e leis impostas no âmbito que realmente lhes compete torna-se um grande desafio num momento em que se discute bens jurídicos primordiais resguardados constitucionalmente.

Nesse contexto, o presente trabalho visa apresentar uma discussão crítica acerca da possibilidade de interrupção da gravidez nos casos que envolvem a anencefalia.

A fundamentação da dissertação, por ora apresentada, se baseia no método do historicismo jurídico, referente ao primeiro capítulo, na medida em que os direitos humanos são conquistas históricas advindas da evolução das sociedades e das culturas, momento este, em que adquire sua forma, sua conquista e sua definição.

O capítulo dois fará algumas considerações a respeito do Estado e das gerações de direito, momento em se definirá o conceito de Estado, bem como suas ramificações: Estado de Direito, Estado Social de Direito e Estado Democrático de Direito e breves considerações acerca da cidadania. Na seqüência, serão expostas as dimensões de direitos, ou seja, a primeira, segunda e terceira dimensões, com uma superficial intervenção no que diz respeito à possibilidade de existência de uma quarta dimensão.

Promovendo a devida continuidade ao estudo, o capítulo três será dedicado ao assunto vida na condição de bem jurídico e bem jurídico penal, quando a morte encefálica será objeto de discussão.

O tema central da dissertação será estudado com certa profundidade no capítulo quarto, dos direitos fundamentais: sua importância e resgate histórico.

Este assunto também será estudado no contexto da Constituição Federal brasileira e sua relevância constitucional será devidamente abordada. Aqui, ainda serão expostas as violações da dignidade da pessoa humana, do direito à liberdade e do direito à saúde da gestante.

No capítulo cinco o leitor terá a oportunidade de entrar em contato com a questão referente a anencefalia, ocasião em que será fornecida ao leitor uma definição clínica sobre o tema, bem como se apresentará o problema sob a ótica da Medicina. Além disso, serão tecidas considerações a respeito da problemática jurídica que envolve o aborto e, na continuidade, o assunto será exposto de forma breve e no contexto do direito comparado.

Num contexto de relação próxima ao objeto principal de estudo do presente trabalho, o capítulo sexto será dedicado de forma mais incisiva ao aborto, momento em que se fará uma abordagem sobre o assunto do ponto de vista jurídico, médico, ético e moral. Aqui, promover-se-á um breve resgate histórico a seu respeito para, na seqüência, apresentar sua conceituação e aspectos jurídicos: abortos criminoso e legal. Também serão ofertados ao leitor alguns indícios sobre o aspecto moral da interrupção da gravidez.

No intuito de apresentar o tema sob o ponto de vista jurídico, desenvolveu-se pesquisa jurisprudencial além de extensa pesquisa bibliográfica. Para tanto, foi necessário afastar da reflexão aspectos religiosos, pois estes influenciam significativamente a dissimulação do problema.

Como exigência inerente a qualquer produção científica, na continuidade haverá a exposição de algumas considerações finais, momento em que serão apresentadas críticas pessoais a respeito do tema estudado e, por fim, as bases teóricas que subsidiaram este estudo serão expostas nas referências

bibliográficas, haja vista que, apesar do profundo interesse manifestado sobre o assunto, não seria possível a consecução deste trabalho sem a devida consulta a estudiosos do assunto.

Na realidade, a intenção principal desta dissertação de Mestrado é levar o leitor a adentrar, mesmo que de forma superficial, ao universo correspondente à anencefalia, absorvendo idéias e conceitos inerentes ao assunto, mas, acima de tudo, que ele tenha a oportunidade de, ao final da leitura, desenvolver um posicionamento pessoal sobre esse tema tão importante para a sociedade brasileira contemporânea.

1 O HISTORISCIMO JURÍDICO

As causas da codificação no Brasil podem ser caracterizadas como ideológicas, práticas, técnico-jurídicas e políticas; todavia, as causas ideológicas seguem o caminho do racionalismo jurídico e da ordem racional, produzindo e reproduzindo o pensamento de que toda razão humana seria capaz de desvendar a generalidade dos princípios na perspectiva do Direito, mas com uma visão da época, na tentativa de regular a vida social. Ana Patrícia Thedin Corrêa explica que:

Esta 'ciência jurídica' profundamente jusracionalista vai ter seu caráter científico duramente contestado especialmente durante o século XVII, pois, ao invés das festejadas normas racionais universais, cada vez mais o que se via era a fragilidade de normas que mudavam a cada novo governo ou ante a presença de cada novo interesse.¹

No intuito de compreender o fenômeno jurídico no ambiente social em que ele é produzido, surge o historicismo jurídico entre os séculos XVIII e XIX, integrando uma reação em oposição a toda tendência jusnaturalista dominante, onde, de acordo com Flávio Riche, o contexto histórico era caracterizado:

[...] pela grande simpatia com que contava o romantismo na época, inspirando a valorização da tradição, do sentimento e da sensibilidade, em lugar da razão, que não é capaz de tudo gerar. Valoriza, pois, as manifestações espontâneas, devido à individualidade e variedade do próprio homem, demonstrando ao mesmo tempo um enorme amor ao passado, que não apenas explica o presente, mas também geram motivações para o futuro. Dessa forma, a história possuiria um sentido irracional, de modo que não é possível compartilhar do otimismo iluminista, que vê na razão uma força propulsora e transformadora do mundo, capaz de sanar todos os males da humanidade.²

¹ CORRÊA, Ana Patrícia Thedin. Para uma história das metodologias em história do direito. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 7 mar. 2009.

² RICHE, Flávio Elias. Friedrich Karl Von Savigny e a Escola Histórica do Direito. Disponível em: <<http://www.geocities.com>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

Essa foi a primeira forma de aparição do historicismo no campo dos direitos do homem. Exaltando o romantismo e as forças da tradição, dos costumes, instintos e sentimentos do povo, tal tendência do pensamento jurídico designou o concreto desenvolvimento dos Estados.

Não obstante, tal corrente do pensamento jurídico emerge com base na reação política frente aos ideais burgueses da época, demonstrando a necessidade de se “separar” a justiça do Direito no campo científico, buscando a historicidade como resposta a toda e qualquer contestação da cientificidade do Direito, mesmo porque, de acordo com Norberto Bobbio, Nicola Matteucci e Gianfranco Pasquino, a “tendência historicista apresenta geralmente a afirmação do caráter historicamente relativo das formas de organização política e social e, portanto, mais globalmente, dos valores políticos.”³

Contra-pondo-se ao jusnaturalismo – que concebia o Direito como um fenômeno de origem divina, regido por princípios pré-existentes e desvinculado do mundo real -, e ao empirismo exegético – que identificava o Direito como um sistema normativo capaz de prever todas as relações e conflitos da sociedade, traduzindo-se em uma realidade imóvel – o historicismo jurídico recepciona o Direito como mutável, na medida em que era compreendido como produto de uma realidade não só social, mas principalmente histórica, sendo este o produto das relações – tradição e costume – de determinada sociedade em diferentes e específicos momentos históricos.

Formulada pelo jurista Friedrich Carl Von Savigny, a corrente do pensamento jurídico (historicismo), introduzida pela teoria de *Volksgeist* (“espírito do povo”) e articulada pela escola histórica alemã, constituía-se, na

³ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986. p.581.

visão dos três autores retro citados, não apenas “pelo conjunto das vontades individuais, mas por uma união orgânica e racionalmente insondável enquanto ponto de encontro e convergência de forças essencialmente irracionais.”⁴

Hegel define “espírito do povo” como “encarnações do ‘espírito do mundo’, ou seja, da razão universal que governa a história e que se realiza principalmente por meio da ação dos ‘povos históricos’, que exercem uma função de guia numa determinada época histórica”⁵, no intuito de explicar a individualidade de cada uma das diferentes épocas da história.

Já, Savigny, sustenta a tese *ratio juris*, alterando as bases do racionalismo jurídico e demonstrando a indispensabilidade da história para o Direito, visto como “produto da cultura de cada nação”⁶, ou seja, um produto espontâneo, peculiar e histórico de cada povo. Contudo, este autor não poderia ser considerado um positivista ‘nato’, na medida em que polemizava o próprio positivismo jurídico na Alemanha, ao afirmar que:

A codificação deveria ser entendida pelos filósofos como uma fossilização do direito [...]. O direito, longe de ser uma arbitrária criação da vontade estatal, era produto do costume, que nada mais é que a manifestação mais autêntica, livre e direta.⁷

Ainda sobre o positivismo jurídico, tem-se que ele é sistemático, científico e sintético com relação à ordenação das matérias que o compõem, apresentando-se, portanto, com três S’s, ou seja: “*synthétique, scientifique et systématique*”, que é justamente o racionalismo consagrado no século XVII. Apesar da necessidade de se formular uma normatividade sistemática que

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *op. cit.* p.582.

⁵ *Apud.* BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *op. cit.* p.583.

⁶ In: DEL VECHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1959. p.209.

⁷ *Apud.* MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1975. p.100.

superasse os problemas de conceituação e as obscuridades do Direito alemão, Savigny relatava que para sanar os defeitos existentes as condições político-culturais necessitavam não de uma codificação, mas de uma solução baseada na própria ciência do Direito que:

Não apenas produzisse os mesmos efeitos de unidade e sistematização que a codificação, mas ainda tivessem vantagem sobre esta na medida em que não petrificasse o Direito através de uma rigidez cega, tornando-o mais maleável e adaptável.⁸

Nesse sentido, segundo Norberto Bobbio, o Direito passa a ser compreendido como uma conquista histórica, já que “os direitos são direitos históricos [...] e tornam-se um dos principais indicadores do progresso histórico.”⁹, ou seja, uma construção histórica. Ainda arremata o autor que é na evolução das sociedades e das culturas que o Direito adquire sua forma e definição, já que:

A pesquisa histórica permitiria descobrir as leis que orientam a evolução jurídica da sociedade tornando, deste modo, possível aferir o estágio em que esta sociedade se encontrava e qual o futuro que lhe aguardava. Aqueles historiadores do direito estavam ideologicamente inscritos numa espécie de ‘romantismo positivista’ que coletava as supostas glórias do passado e as alocava na categoria de mitos [...] a serem seguidos, cultuados como forma de um povo evoluir juridicamente.¹⁰

Ainda com subsídio no autor retro citado, entende-se que, no contexto político, o Historicismo é apresentado pela doutrina alemã do Estado-Potência. Representando uma fase aprofundada teoricamente na tradição de conceito de razão de Estado, apresentada por Maquiavel e atingindo seu ápice na cultura

⁸ MACHADO NETO, Antônio Luís. *op. cit.* p.104.

⁹ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.2.

¹⁰ CORRÊA, Ana Patrícia Thedin. *op. cit.*

alemã do século XIX devido às contribuições filosóficas e históricas de Hegel, Ranke, dentre outros, constituiu-se:

Uma reação à doutrina moderna dos direitos do homem, no sentido de que sustenta, de igual modo, contra as pretensões de validade absoluta e universal do modelo de Estado característico das revoluções ocidentais, que toda a experiência estatal se desenvolve segundo um princípio individual peculiar em que, inevitavelmente, se inspiram os responsáveis pelo Estado em questão.¹¹

Nesse sentido as causas políticas, que internamente acabam por impor uma legislação que favorece a unificação do país por intermédio da unificação da área jurídica, deveriam demonstrar a necessidade do Historicismo Jurídico e não inserir o Direito como uma realidade posta, equiparando-o à lei.

As causas práticas deveriam ensejar uma solução a toda situação das fontes do Direito que se denominavam e atualmente denominam-se caóticas. Nesse sentido, de acordo com Alexandre Araújo Costa, a historicidade visaria buscar a solução dos conflitos existentes com base na “interpretação objetiva da lei, historicamente determinada pelo momento em que a lei havia sido elaborada.”¹²

A metodologia desta pesquisa parte de critérios encontrados na formulação histórico-cultural de cada povo, herança da escola histórica alemã, a qual, na visão de Nicola Abbagnano, “iniciou a elaboração da metodologia histórica relacionando os problemas da história com a causalidade da mesma, debatendo os problemas da compreensão e da explicação da realidade histórica”¹³ para, assim, vincular as devidas soluções destes problemas à realidade política, cultural, econômica e social.

¹¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *op. cit.* p.583.

¹² COSTA, Alexandre Araújo. Do historicismo ao conceitualismo: Savigny. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br>>. Acesso em: 18 mar. 2009.

¹³ ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.509.

2 A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E AS DIMENSÕES DE DIREITOS

Para iniciar o presente capítulo, insta expor que o Estado Democrático de Direito conflui em direção ao Estado Constitucional, o qual exprime determinada organização sócio-política, além de declarar certos direitos fundamentais inerentes à democracia. Essa correlação existente entre Estado Democrático e direitos fundamentais foi (e ainda é) auxiliada pela História.

Ao se organizar social e politicamente, o ser humano institui uma sociedade conduzida por determinada ordem jurídica, envolta em valores e dogmas, com o intuito de preservação da própria existência. Tais valores, de origem histórica, passaram por um período de superação devido aos grandes movimentos políticos ocorridos mundialmente, os quais consagraram a Democracia e permitiram que a história do homem chegasse a termo.

Porém, o gradativo desenvolvimento tecnológico e, conseqüentemente, a globalização, ocasionaram em rompimentos com os modelos sociais até então desenvolvidos e acentuaram substancialmente as mazelas que as mais diversas organizações sociais enfrentam no decorrer de suas histórias, tais como a exclusão social e o relativismo cultural. Alie-se a isso ao modo de produção capitalista, no qual os grupos econômicos dominantes (monopólios e oligopólios) financiam os avanços em tecnologia, e tem-se a busca incessante pelo lucro e o desprezo pelo caráter social necessário aos menos favorecidos, o que em nada combina com a proteção dos direitos humanos fundamentais.¹⁴

Percebe-se, ainda, de acordo com Marco Mondani, que:

¹⁴ s.a. As gerações de direitos e as novas tendências. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 26 jun. 2007.

Do seu revolucionário surgimento no decorrer dos séculos XVII e XVIII aos dias de hoje, a tradição dos direitos humanos sempre contou com um número significativo de detratores e adversários, sendo este contingente formado por uma série ampla e bastante diferenciada tanto no que diz respeito às suas origens sócio-econômicas, quanto no que se refere às suas orientações político-ideológicas.¹⁵

Existem máximas populares afirmando que “para poucos ganharem muito, muitos têm de ganhar pouco.” O mesmo ocorre com a questão dos direitos humanos, pois para que a coletividade venha a se beneficiar dos mesmos, uma minoria de indivíduos será obrigada a alterar o *status quo* até então vivenciado de forma bem confortável, diga-se de passagem. Isso significa dizer que basta estudar o passado para entender o presente, já que vários dos problemas atualmente vividos em sociedade são fruto de um passado e, em boa parte dos casos, recente.

A existência de Estados totalitários e governados sob a égide da repressão ainda é uma realidade na sociedade contemporânea, na qual direitos básicos do ser humano ainda são desrespeitados (ou simplesmente negados), o que leva ao entendimento de que a história do homem ainda não chegou a um termo satisfatório. Na realidade, o que ocorreu até o momento foram apenas conclusões parciais de processos históricos das quais é possível extrair certas causas que servem (e servirão) como efeito para novas fases ora em evidência, mas passíveis de alteração.

Nesse contexto, há que se entender que as organizações sociais não são perfeitas, pois é impossível haver coesão de idéias e valores quando se agrupa agentes sociais que possuem posicionamentos unos e individuais. Daí a necessidade de intervenção do Estado para gerir de forma autônoma, mas

¹⁵ MONDANI, Marco. **Direitos humanos**. São Paulo: Contexto, 2006. p.11.

humana, as regras de convívio social. Entretanto, para se entender essas normas, nem sempre engendradas de caráter positivista, há que se compreender o que vem a ser o Estado, cuja tentativa de explicação será feita a seguir.

2.1 Sobre a definição do conceito de Estado

Denominado como uma máquina que exerce o poder de domínio da classe dominante sobre a dominada, o Estado apresenta teorias diversas entre si acerca de sua manifestação; a primeira apresentava a organização da sociedade na forma de Estado; a segunda, indicava que o Estado havia surgido no início da história da civilização e não da origem humana, ou seja, o Estado poderia ser caracterizado tão antigo quanto a civilização; por fim, uma última teoria determinaria o surgimento do Estado Nacional em si.

A primeira teoria foi considerada uma tese indefensável, visto que caracterizava uma organização de sociedade, mas descaracterizava a sociedade em si. Já, a segunda teoria foi uma tese generalizada no âmbito do Direito e defendida por marxistas, pregando o estancamento da dominação do homem sobre o homem e a exploração do trabalho humano como fundamento para todas as mazelas sociais. A terceira teoria fixou o fenômeno da representação política como solução para a legitimidade das ações que visam o “bem” da coletividade.

O Estado constituído indica questões de direito social em sentido estrito e, questões de direito político em sentido amplo. Apresenta uma dicotomia entre as bases: político-jurídico-ideológica, denominada supra-estutura e, econômico-

social, como infra-estrutura. Porém, há que se ressaltar que a noção de Estado que designou a organização política e demonstrou o distanciamento entre o agenciamento político e o econômico surgiu, em corrente doutrinária, com Maquiavel, em sua obra clássica intitulada “O Príncipe”.

Ruim com ele, pior sem ele, o vocábulo Estado seria, num âmbito coletivo, a expressão social mais perfeita, apresentando-se, todavia, na forma de organização sócio-política de uma nação ou mesmo de um povo.¹⁶

De Plácido e Silva apresenta sua parcela de contribuição ao explicar o Estado da seguinte forma:

Derivado do latim *status* (estado, posição, ordem, condição), é vocábulo que possui sentidos próprios no Direito Público e no Direito Privado.

No sentido do *Direito Público*, Estado, segundo conceito dado pelos juristas, é o agrupamento de indivíduos, estabelecidos ou fixados em um território determinado e submetidos à autoridade de um poder público soberano, que lhes dá autoridade orgânica.

[...]

No conceito que lhe empresta o *Direito Privado* possui a significação genérica de *modo de ser* ou *de estar* de uma coisa ou pessoa.

Refere-se, assim, às próprias condições ou qualidades que lhe são atribuídas, em relação aos fatos que os mostram como devem ser.¹⁷

Deve ficar latente que o Estado, da forma como aqui é abordado, não diz respeito à delimitação geográfica de um determinado território, nem mesmo ao *status* de um dado agente social, que significa sua condição como pessoa física frente à organização coletiva onde vive/reside.

No caso em tela, deve-se considerar o Estado na visão de Ercílio Antonio Denny, entendendo-o como “aquela comunidade política que em um

¹⁶ ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. *op. cit.* p.322.

¹⁷ DE PLÁCIDO E SILVA. *op. cit.* p.321.

determinado território exerce a autoridade e o governo supremos sobre a população que o habita.”¹⁸

2.1.1 Do Estado de Direito

Visto sob uma perspectiva histórica, o Estado de Direito refere-se à transição da Monarquia absoluta para a Constitucional, a qual salienta o controle da constitucionalidade das leis, ou seja, o princípio da legalidade.

De um ponto de vista mais teórico, trata-se de determinada organização de poderes submetidos à generalização e abstração das regras estabelecidas via normas jurídicas, bem como à direção que decorre de funções estatais que trabalham de formas autônomas, mas em certa consonância.¹⁹

A Carta Magna de qualquer país é a espinha dorsal normativa que garante os direitos fundamentais a seus cidadãos e, num Estado de Direito, este documento não pode ser desrespeitado, sob pena de sofrer uma ação de inconstitucionalidade. Ercílio Antonio Denny²⁰ explica com maestria que a Constituição, “como ordenamento jurídico fundamental do Estado, deve coincidir com a realidade constitucional”, e complementa a reflexão explicando que “vão contra este princípio básico os Estados que garantem formalmente a liberdade e outros direitos fundamentais, mas que na prática os limitam.”

Contudo, a base de um Estado de Direito não é constituída apenas pela norma, já que existem princípios fundamentais resguardados pelo ordenamento jurídico e que devem oferecer garantias aos cidadãos. Todavia, deve ficar claro

¹⁸ DENNY, Ercílio Antonio. *op. cit.*, 2001. p.243.

¹⁹ ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. *op. cit.* p.322.

²⁰ DENNY, Ercílio Antonio. *op. cit.*, 2001. p.245.

que existem princípios imutáveis e que devem ser respeitados quando a lei propriamente dita ainda não estiver totalmente enraizada no contexto social e/ou puder sofrer alteração ou interpretação dúbia.²¹

Nesse sentido, Kelsen designa a legalidade como um princípio fundamental para o Estado de Direito, pois assevera tanto o respeito às garantias constitucionais, que jamais devem sofrer o arbítrio puro e simples dos governantes, como traduz o anseio de toda a coletividade, ou seja, uma espécie de vontade geral. Na visão Rousseau, Locke e Montesquieu, a existência de princípios é de fundamental importância em um Estado de Direito, entendendo tais filósofos que a falta destes implicaria em conflitos constantes pelo simples fato de o ser humano ser incapaz de viver sem comando.²²

Porém, é significativamente problemático reduzir um Estado de Direito apenas ao princípio da legalidade²³, pois ele não pode ser submetido à retórica legislativa, nem mesmo à já exaurida dicotomia existente entre o direito natural e o direito positivo, já que à época existia apenas o segundo, mas foi à custa de lutas e de vidas humanas que os direitos fundamentais vieram ser conquistados, não podendo os mesmos ser objeto de manipulação (ou alteração) de qualquer poder estabelecido.²⁴

²¹ SILVA, Isaque Marinho da. O Estado de Direito e seus limites. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br>>. Acesso em: 7 jul. 2007.

²² In: COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.08.

²³ DENNY, Ercílio Antonio. *op. cit.*, 2001. p.63: sobre o Princípio da Legalidade, este autor explica que “a noção de legalidade pertence ao restrito grupo dos conceitos fundamentais que são ensinados aos estudantes de direito desde o primeiro semestre do curso. [...] Há necessidade de que no corpo social exista uma ordem normativa justa, que consiga uma coordenação eqüitativa das ações sociais. [...] A legalidade refere-se à modalidade do exercício do poder que, para poder ser qualificado de legal, deve ser exercido no âmbito das leis vigentes.”

²⁴ CARIGÉ, Augusto Nascimento. O Estado Democrático de Direito e as Gerações de Direitos. Disponível em: <<http://www.juspodivim.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2007.

2.1.2 Do Estado Social de Direito

Considerado pelos operadores do Direito como um resquício do Estado de Direito, o Estado Social de Direito agrega direitos sociais e outorga uma maior relevância a eles do que propriamente aos direitos civis.

Vinício C. Martinez, explica que o Estado Social de Direito

É o resultado de uma longa transformação pela qual passou o Estado Liberal clássico [...]. É um modelo que nasce em meio à contradição histórica, pois se afirma em três experiências políticas institucionais diferentes, tais como: a Constituição de Weimar de 1919, a Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo da Rússia em 1918, definindo constitucionalmente direitos sociais como fundamentais da pessoa humana, sob a proteção do Estado.²⁵

Assinalado pelo princípio da liberdade²⁶, o Estado Social buscou a realização do bem-estar social, promovendo uma vida digna ao ser humano. Apesar de ter sido submetido à lei e ceder às pressões sociais por não poder renunciar ao primado do Direito, visou à efetiva execução de uma justiça social.

Para Bobbio, quando o Estado Social passa a exprimir-se como um “Estado interventor, pautado no princípio da igualdade material, deixa de ser um Estado mais livre e menos justo para ser menos livre e mais justo.”²⁷

²⁵ MARTINEZ, Vinício C. O Estado de direito social. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 28 jun. 2007.

²⁶ DENNY, Ercílio Antonio. *op. cit.*, 2001. p.244: sobre o Princípio da Liberdade, este autor explica que “ele exige do Estado o respeito aos direitos humanos, que devem estar protegidos pela constituição como direitos fundamentais e livres.”

²⁷ *Apud* CARIGÉ, Augusto Nascimento. *op. cit.*

2.1.3 Do Estado Democrático de Direito

O Estado Democrático de Direito se manifesta superando questões pré-existentes ao direito social e, suscitando a necessidade de uma legitimidade ao exercício do poder político, visando a garantia de direitos já consagrados.

Nessa acepção, José Afonso da Silva²⁸ relata que “a configuração do Estado de Direito não significa unir formalmente os conceitos de Estado Democrático e Estado de Direito.” E arremata asseverando que “consiste, na verdade, na criação de um novo conceito, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação do *status quo*.”

Num sentido etimológico, o conceito de Estado Democrático de Direito deriva do vocábulo democracia, que nada mais é, segundo o ex-presidente dos Estados Unidos, Abraão Lincoln como o “governo do povo, pelo povo e para o povo. [...]. O político brasileiro Franco Montoro, a fim de enfatizar que ninguém deve ficar excluído da participação democrática e parafraseando Lincoln, ensinou que a democracia era o governo do povo, pelo povo e com o povo.”²⁹

Percebe-se que “a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais.”³⁰

É preciso ressaltar que o Estado Democrático de Direito foi influenciado e conduzido por três movimentos político-sociais mundialmente importantes, a saber:

²⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.119.

²⁹ GONÇALVES, Marcos Peixoto de Mello. **Câmaras Cidadãs**. Disponível em: <<http://www.pimenet.com.br>>. Acesso em 03 març. 2009.

³⁰ BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p.1.

- a) a Revolução Inglesa (Bill of Rights), que possuía a finalidade de estabelecer limites ao poder absoluto do Monarca;
- b) a Revolução Americana (Declaração de Independência), que observou a garantia do controle do governo, a liberdade de associação e a hegemonia da vontade do povo; e
- c) a Revolução Francesa (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão), a qual, denominada como um movimento consagrador da democracia, esclarecia a preservação da liberdade do ser humano com base na sociedade política, impondo limites não decorrentes somente da lei, mas também de uma vontade geral.

Assim, de acordo com Augusto Nascimento Carigé, o Estado Democrático de Direito mundialmente, surge como

[...] à luz da Constituição Federal de 1988, um Estado baseado no princípio da legalidade, porém não na legalidade formal e sim material, na medida em que está voltado para a realização de uma sociedade livre, justa e solidária; garantindo o desenvolvimento nacional; erradicando a pobreza e a marginalização e reduzindo as desigualdades sociais e regionais e promovendo o bem de todos, sem preconceitos de raça, cor, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação, constituindo-se, enfim, em democrático.³¹

Para finalizar, cabe aqui expor que o Estado Democrático de Direito também deve promover e fazer cumprir os direitos conquistados pelos seus cidadãos, mesmo que tais direitos sejam questionados por uma minoria. Afinal, Democracia não significa necessariamente homogeneidade.

³¹ CARIGÉ, Augusto Nascimento. *op. cit.*

2.1.4 Breves considerações acerca da cidadania

Em um contexto voltado ao aspecto histórico, tem-se que a cidadania surge por intermédio da luta pelos direitos civis, por volta do século XVIII (Séculos das Luzes), rompendo os laços com o feudalismo medieval na busca de uma sociedade mais participativa.

Conceituada através de um ponto de vista mais simplista, De Plácido e Silva acredita que:

Segundo a teoria, que se firma entre nós, a *cidadania*, palavra que se deriva de *cidade*, não indica somente a qualidade daquele que habita a cidade, mas, mostrando a efetividade dessa *residência*, o direito político que lhe é conferido, para que possa participar da vida política do país em que reside.

[...]

A *cidadania* é expressão, assim, que identifica a qualidade da pessoa que, estando na posse da plena capacidade civil, também se encontra investida no uso e gozo de seus direitos políticos, que se indicam, pois, o *gozo dessa cidadania*. Em certos casos, porém, a lei impõem restrições àquele que a frui em caráter legal.³²

Ainda sob essa ótica sem maior compromisso com as Ciências Sociais e para fins de pura ilustração, convém respaldar-se em Marcus Cláudio Acquaviva para entender que, do ponto de vista constitucional, cidadania é um “vínculo político que liga o indivíduo ao Estado e que lhe atribui direitos e deveres de natureza política. Seu pressuposto é a nacionalidade, originária ou adquirida.”³³

Considere-se, no entanto, que o vocábulo “cidadania” apresenta-se para uns como a perda ou aquisição da nacionalidade, enquanto para outros tem conotação de participação política. Numa visão mais macro no que tange a

³² DE PLÁCIDO E SILVA. *op. cit.* p.168.

³³ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário básico de direito acquaviva**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001. p.119.

uma teoria geral do assunto, seu aspecto relaciona-se ao povo como parte integrante do conceito de Estado.

Neste prima, cidadania nada mais expressa que um conjunto de direitos que propicia aos agentes que compõem o tecido social a possibilidade de obter uma participação na vida social e nas decisões de seu governo de uma forma mais ativa. Isso leva ao entendimento de que a ausência de cidadania implica necessariamente na marginalização do indivíduo enquanto sujeito de direito, o que o coloca numa posição de inferioridade frente aos demais cidadãos num determinado grupo social, bem como o impede, via exclusão, da tomada de decisões que dizem respeito à coletividade.³⁴

Por essa definição, percebe-se que cidadão é aquele que habita o âmbito de soberania de um Estado que, constitucionalmente, assegura os direitos fundamentais e, nesse sentido, a todo e qualquer cidadão são conferidos direitos e garantias, sejam individuais, sociais, políticas, culturais e econômicas, assim como também lhe é conferido o poder de exercer os mesmos.

A Constituição³⁵ Federal brasileira de 1988 incorporou a concepção ensejada pela “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, de 1948, superando, dessa forma, doutrinas do Império Antigo, quando só participavam da vida política aqueles que detinham direitos políticos. O conceito foi ampliado

³⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p.14.

³⁵ “Art. 1º - [...]; II: 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: II – a cidadania; [...] 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: [...] LXXI - conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania; LXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

e a concepção de cidadania deixou de ser compreendida apenas como uma simples forma de gozar de direitos, sejam eles políticos ou sociais, passando a também inferir em obrigações, ainda que com menor intensidade.

Dessa forma, a cidadania propicia ao ser humano a conscientização dos direitos e dos deveres estabelecidos constitucionalmente, fazendo com que ele participe efetivamente do processo de poder. Contudo, para complementar e ampliar o conceito de cidadania é conveniente buscar subsídios em José Afonso da Silva, para quem tal característica:

Consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolva também deveres de respeito à dignidade do outro e de contribuir para o aperfeiçoamento de todos.³⁶

Esse conceito remete a idéia de que, em tese, os direitos e deveres referentes à cidadania deveriam proporcionar benefícios a todos de forma igualitária. Partindo dessa idéia e resgatando o tema principal deste trabalho, pode-se afirmar que o caso concreto (anencefalia) deveria ser analisado de forma paritária, ou seja, considerando-se os aspectos que envolvem o feto e a genitora, evitando-se ao máximo que aqueles que não sustentam a opinião favorável ao aborto no caso ora em estudo, não possibilitem uma tentativa de assimilar ao benefício uma privatização indevida de interesse.

Na visão de Hannah Arendt, a cidadania leva o indivíduo a ter direitos pelo simples fato destes existirem; ela não é um dado, mas algo construído coletivamente e, obviamente, para usufruto do público que acredita que, pelo exercício dessa cidadania, pode ocorrer a construção de um mundo comum,

³⁶ SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.142.

compreendendo-a como um referencial de todo o processo internacional de formação dos direitos humanos.³⁷

Assim, discutir a criminalização (ou não) do aborto nos casos em que o feto possui malformação congênita do sistema nervoso central é evidenciar a prática da cidadania. Quando se parte de fatos concretos, automaticamente logra-se aptidão para pensar em soluções efetivas.

Tendo em vista as considerações até aqui expostas neste capítulo, é possível dizer que o tema em questão (anencefalia) pode ser reconhecido como um grave problema social, que envolve famílias, equipes de saúde e a própria sociedade. Referindo-se a uma cidadania solidária (quando se pensa nos sofrimento e gastos financeiros que podem ser aliviados para que se concretize o bem comum) e buscando-se um afastamento de preconceitos emocionais, culturais, jurídicos e religiosos, é preciso pensar que a dignidade de viver deve ser reconhecida àqueles que geram perspectiva de vida.

Recentemente, coube ao STF discutir pela primeira vez em sua história o tema do aborto no Brasil. A ação em análise consistiu na interrupção da gravidez em caso de anencefalia do feto, uma deformação em geral fatal nos primeiros dias de vida do bebê. A argumentação teve como base o princípio de que não há perspectiva de vida fora do útero materno. No ano passado, os onze ministros ouviram a opinião de representantes de entidades pró e contra o aborto em audiências públicas. O julgamento está previsto para ocorrer nos próximos meses. Sobre a decisão, só se sabe que ela atrai intelectualmente os ministros brasileiros do STF e que será contestada no dia seguinte, seja qual for sua orientação.³⁸

A ausência de consciência de cidadania nos casos em que a anencefalia é uma realidade efetiva gera uma situação antidemocrática e eticamente inaceitável. Diante disso, pode-se concluir que valorar moral e eticamente a

³⁷ VASCONCELOS JÚNIOR, Luiz Diogo de. Hannah Arendt e os direitos humanos. Disponível em: <<http://www.eticaefilosofia.ufjf.br>>. Acesso em: 17 ago. 2007.

³⁸ s.a. **Revista Veja**. *op. cit.* p.77.

dignidade das genitoras é, sem dúvida, expressar e pôr em prática os princípios de cidadania referentes à questão.

2.2 Sobre as dimensões de direitos

As revoluções burguesas marcaram o advento de um novo mundo e se caracterizaram como período de transição do Estado Absoluto para o Liberal, mas foi com a Revolução Gloriosa da Inglaterra que o absolutismo teve seu fim consagrado. Apesar de não ter ocorrido a separação dos poderes, houve, sem dúvida, uma alteração estrutural de poder, fazendo com que os poderes do Rei fossem minimizados e o Parlamento passasse a tratar das políticas no sentido de fiscalizar o soberano.

Nos EUA - Estados Unidos da América - em 1776, o Estado da Virgínia elaborou um documento estabelecendo direitos fundamentais ao povo americano e tal documento, denominado “Declaração de Direitos do bom Povo da Virgínia”, limitou a autoridade estatal (tripartição do poder no modelo de Montesquieu) com o intuito de não mais deixar o domínio se acumular de forma absoluta nas mãos de um só governante; também designou a existência de direitos naturais inerentes ao homem, embora a verdadeira Declaração de Direitos só viesse a surgir com a Declaração da Independência dos EUA, em julho daquele ano.

Em 1789, a Revolução Francesa (marco da Idade Contemporânea) deu origem à “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, sendo que o referido documento, de relevante importância histórica, buscou garantir, em face do poder público, direitos elementares ao ser humano. São considerados

direitos inerentes porque foram buscados no *jus* naturalismo e concebidos ideologicamente. Aqui fica perceptível o fato de que a “Declaração dos Direitos”, na França, é dotada de uma universalidade de qual a “Declaração de Direitos” da Inglaterra não dispõe.

A ideologia inovadora dessas revoluções burguesas designam um Estado eminentemente político, onde a ordem política posta entrelaça uma relação entre o governante e o governado. Naquele contexto histórico em que tais direitos foram estabelecidos, passou-se a chamar academicamente a fase como período de gerações (atualmente dimensões) de direitos.

Foi da necessidade de se organizar em sociedade que o ser humano acabou estabelecendo uma ordem jurídica no sentido de preservar não só sua existência, mas também seus direitos, acolhidos, segundo Augusto Nascimento Carigé, “pelo próprio direito para atender aos seus anseios [...] sejam eles; individuais, sociais, solidários ou fraternos.”³⁹

Foi nesse contexto que se formaram as dimensões de direitos (ou direitos emergentes) que, de forma sintética, representam a instituição de um conjunto de direitos e garantias visando basicamente promover ao ser humano o respeito e a dignidade, protegendo-o contra todos os tipos de ações arbitrárias por parte do Estado, bem como estabelecendo condições de vida, sobrevivência e desenvolvimento da personalidade humana.⁴⁰

Até aqui fica latente a importância das dimensões de direitos, haja vista que, segundo Ercílio Antonio Denny⁴¹, “as pessoas sem direitos não são simplesmente imagens. Cada vez mais são sujeitos conscientes e organizados que querem ser atores de seu desenvolvimento”, arrematando o mesmo autor

³⁹ CARIGÉ, Augusto Nascimento. *op. cit.*

⁴⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007. p.07.

⁴¹ DENNY, Ercílio Antonio. **Experiência e liberdade**. Piracicaba, SP: Opinião, 2003.p.75/79.

que “as exigências jurídicas são o resultado de uma História que alimenta um conhecimento provado. A intuição e a experiência reflexiva se nutrem de sua raiz”, mesmo porque a “História não é algo fechado. Cada geração participa ativamente nela, trabalha com ela e a impulsiona.”

Destaque-se que não existe um fundamento coeso para cada dimensão de direito, pois cada uma delas surgiu num determinado contexto histórico, sendo este fator o que determinou as diferentes concepções que dizem respeito ao sujeito e ao Estado em relação ao Direito. Por esse motivo, são vários os fundamentos que norteiam as dimensões de direitos, o que será abordado sinteticamente a seguir.

2.2.1 Da primeira dimensão

A história jurídica do ser humano emerge do direito denominado natural, decorrente, segundo Geraldo Magela Alves e Nagib Slaibi Filho, de “princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que assegurem a própria existência do homem.”⁴²

Não se pode desconsiderar que, de certa forma, os direitos humanos sempre existiram, mas sua sistematização, ou melhor, o agrupamento desses direitos em dimensões surge concomitantemente ao Estado, no processo das

⁴² ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. *op. cit.* p.276.

revoluções liberais, nas quais o sujeito do Direito passa a ser, de forma intrínseca, o indivíduo, enquanto o objeto diz respeito à liberdade.⁴³

Seu surgimento se dá por volta do período compreendido entre os séculos XVII e XVIII, sendo a primeira dimensão a ser constituída constitucionalmente, designando a liberdade no seu todo, ou seja, nos direitos individuais, bem como nos direitos civis (liberdade política, de expressão religiosa ou comercial).

Essa foi uma dimensão que englobou todos os valores da fase iluminista, de uma ideologia revolucionária pertencente ao “Século das Luzes”, provocando e questionando um Estado ausente e absoluto na figura do monarca e de seus agentes, e sinalizando as mazelas do absolutismo e da individualidade, requerendo a alteração do *status quo* da época que deveria ser pautado na vontade geral e no interesse comum. Trata-se de uma fase histórica em que se esclarece o vínculo com a singularidade, pois não designa direitos oponíveis ao Estado; simplesmente requer seu amparo, num contexto em que seu poder está totalmente tomado pela arbitrariedade na arte de governar. Isso se deu em função de naquela fase da historicidade humana (Iluminismo) o Estado ser visto como o grande opressor das liberdades individuais.⁴⁴

Segundo Paulo Bonavides, “se hoje esses direitos parecem já pacíficos na codificação política, em verdade se moveram em cada País constitucional num processo dinâmico e ascendente. [...]. A história comprovadamente ajudou-o mais a enriquecê-lo do que empobrecê-lo.”⁴⁵

⁴³ BARROS, Sérgio Resende de. Noções sobre gerações de direitos. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br>>. Acesso em: 23 set. 2007.

⁴⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 23 set. 2007..

⁴⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros 2001. p.516.

Para finalizar este tópico, coerente se torna expor as idéias de Augusto Nascimento Carigé, no sentido de que “cabe ao homem enquanto pessoa natural ou à sua agregação, na forma da lei [...] a titularidade desse direito. Já o Estado, é devedor, não no sentido de ter que promover e sim com a função de não intervir.”⁴⁶

2.2.2 Da segunda dimensão

O advento entendido como segunda dimensão de direitos se dá no Estado Social, época em que surgem os direitos praticados pelo Estado por intermédio de políticas de justiça distributiva.

De acordo com o autor Paulo Bonavides, essa dimensão passou por:

Um ciclo de baixa normatividade [...] em virtude de sua própria natureza de direitos. [...]. De jericidade questionada, foram eles remetidos à chamada esfera programática. [...]. Com o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, os direitos da segunda dimensão tornaram-se tão justificáveis quanto os da primeira.⁴⁷

Entendendo o indivíduo como sujeito detentor de direitos humanos fundamentais, esta segunda dimensão enseja o direito à igualdade, haja vista que, no Estado Social de Direito, a desigualdade de um modo geral tornara-se um direito em evidência.

É de domínio público que a desigualdade gera injustiças sociais e, em torno do contexto histórico ora em questão, surge a imprescindível necessidade de proteger a vida em sociedade; sob essa ótica, os direitos da segunda dimensão podem ser resumidos como: sociais, econômicos e culturais. Os

⁴⁶ CARIGÉ, Augusto Nascimento. *op. cit.*

⁴⁷ BONAVIDES, Paulo. *op. cit.*, 2001. p.518.

direitos de toda uma coletividade passam a ser protegidos pelo Estado e este é apenas um meio para efetivação do Direito, seja ele Legislativo, Administrativo ou Judiciário.

Com a finalidade de promover a igualdade, as relações sociais passam a receber, de forma mais ativa, a proteção do Estado; para isso é levado a efeito um balanceamento da relação social existente entre duas partes distintas, sendo uma considerada mais fraca e outra mais forte.⁴⁸

Diferentemente da dimensão anteriormente descrita, nesta geração o Estado age na qualidade de garantidor do Direito, atuando como um órgão interventor, que deve ser considerado como autoridade e não como autoritário. Isso porque, de acordo com Ercílio Antonio Denny⁴⁹, “quem espera orientação das ‘autoridades’ demonstra ter uma visão errônea da natureza da sociedade. A autoridade só deve governar a partir daquilo que lhe é determinado pela sociedade”, haja vista que a “pessoa não está só dentro da sociedade, mas ela é a sociedade, enquanto responsável por sua ação e por sua omissão.”

Compreende-se, portanto, que esta dimensão de direitos visa o bem-estar social por meio da intervenção estatal, cabendo aqui salientar, de acordo com Augusto Nascimento Carigé, o “axioma de Aristóteles que preceituava tratamento igual aos iguais e, desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, com o objetivo de igualização de todos.”⁵⁰

Para finalizar, válido se torna expor a visão de Rui Barbosa, para quem “na desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha

⁴⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2007.

⁴⁹ DENNY, Ercílio Antonio. *op. cit.*, 2003.p.273.

⁵⁰ CARIGÉ, Augusto Nascimento. *op. cit.*

a verdadeira lei da igualdade [...]. Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real.”⁵¹

2.2.3 Da terceira dimensão

Este novo tópico diz respeito á uma dimensão na qual existe notória necessidade de se garantir os direitos de toda a humanidade. Entendido como um direito solidário, a fraternidade designa o direito ao desenvolvimento, ao meio-ambiente sadio e o direito à paz, buscando uma melhor qualidade de vida, após a Segunda Guerra Mundial.

Em comparação às duas dimensões retro citadas, esta terceira surge em função da intensificação das relações humanas no convívio social, bem como da insegurança frente à possibilidade de perecimento coletivo da humanidade devido a atos e ações do próprio homem. Fundamentada na preservação da dignidade humana, esta dimensão sintetiza as anteriores, mas não promove apenas isso, considerando-se as abrange, ao mesmo tempo em que as assume e integra.⁵²

Trata-se de um contexto de significativo valor histórico, pois diz respeito a direitos que prima por considerar o gênero humano como seu principal destinatário, já que busca afirmar o valor da vida humana como elemento essencial e característica suprema no que diz respeito à existencialidade concreta da humanidade.⁵³

Nota-se que tal dimensão correspondeu aos elementos preconizados pela “Revolução Francesa”, os quais, segundo Enio Moraes da Silva,

⁵¹ *Apud* BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2007.

⁵² BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2007.

⁵³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003. p.24.

“representam a própria evolução dos direitos fundamentais para alcançar e proteger direitos decorrentes de uma sociedade modernamente organizada.”⁵⁴

De qualquer forma, este trabalho poderia ser considerado deficiente se não fizesse uma abordagem relativamente consubstancial a respeito dos direitos fundamentais, motivo pelo qual este assunto foi objeto de estudo no capítulo anterior.

3 BEM JURÍDICO

Ao se promover uma abordagem acerca de determinado bem jurídico sob a perspectiva social é comum a obtenção de várias concepções acerca do mesmo, bem como a posição que ele ocupa na sociedade em que está alocado. Contudo, para se articular conceitos é necessária a compreensão, da forma mais ampla possível, do valor real, ou seja, do conteúdo concreto das expressões utilizadas. Desse modo, há que se reconhecer que explanar sobre a vida (como bem jurídico) e articulá-la com a cidadania exige a compreensão de seus significados e do valor que lhe é atribuído socialmente.

⁵⁴ SILVA, Enio Moraes da. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.radaragito.com.br>>. Acesso em: 9 jul. 2007.

A essência do bem jurídico decorre tanto da ciência histórico-cultural, quanto da própria natureza do Direito (dinâmico e aberto), formado pelo fato, pelo valor e pela norma. Daí a mutabilidade de seu conceito, que se altera em consonância com a evolução do homem, bem como da própria sociedade e do Estado.⁵⁵

Some-se a isso o fato de que a sociedade, em determinado contexto histórico e de acordo com a existência humana, determina quais valores devem ser tidos como fundamentais, e o Estado surge para oferecer a devida proteção legal dos mesmos, haja vista que num regime Democrático de Direito existe a obrigação intrínseca de se proteger os bens jurídicos.⁵⁶ Além disso, tal proteção é uma garantia fundamental do ser humano e não pode, em hipótese alguma, ser desconsiderada num Estado que prima por esta característica de democracia.⁵⁷

Sob essa ótica, Claus Roxin expõe que “além dos bens jurídicos constituírem-se nos pressupostos imprescindíveis para a existência em comum [...] também englobam o cumprimento das prestações públicas de que depende o indivíduo no âmbito da assistência social por parte do Estado.”⁵⁸

Diante do exposto, fica relativamente claro que a idéia de bem jurídico é conseqüência das necessidades que o homem adquire no decorrer de suas experiências concretas na vida em sociedade.⁵⁹ Também não se pode perder de vista que, de acordo com Bettiol, “o estabelecimento dos bens jurídicos consiste numa posição ético-valorativa, justamente por serem estes os valores

⁵⁵ SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br>>. Acesso em: 8 mai. 2006.

⁵⁶ BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p.3.

⁵⁷ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *op. cit.* p.2.

⁵⁸ ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 8 set. 2004. p.1.

⁵⁹ PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.49.

e não de interesses - sendo valor a forma mais adequada de exprimir a natureza ética das normas [...].”⁶⁰

3.1 Sobre o bem jurídico penal

Foi com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que emergiu a necessidade de disciplinar a atividade estatal no que se referia à ação criminalizadora. O entendimento à época era o de se tutelar bens jurídicos materiais, o que se diferencia com o século XX, que conduz o Direito Penal a tutelar bens jurídicos materiais e imateriais. No intuito de reformular a legislação penal, o conceito de bem jurídico passa a ser analisado por diferentes enfoques funcionais e sistêmicos.

Hans Welzel⁶¹ afirma que “na realidade, só há bens jurídicos na medida em que eles atuam na vida social, e sua ação está receptivamente na mesma.” Além deste autor, Hans Joachim Rudolphi⁶² declara que o bem jurídico “não é um ser em função, mas a própria função social em si.”

Assim, concretiza esse pensamento o jusfilósofo Luhman, quando designa que a sociedade:

[...] deve ser entendida como um sistema global de interações. Nessa, o Direito é um dos subsistemas, cuja tarefa fundamental é garantir a existência do sistema como um todo. E o Direito penal é o instrumento mais importante no subsistema jurídico, pois através da pena assegura-se a conservação do sistema contra fatos de alta nocividade social. Partindo de uma concepção que vê a sociedade como um sistema de interações onde o Direito penal integrando o subsistema jurídico é o instrumento para fatos gravemente nocivos, que põem em perigo a funcionalidade do

⁶⁰ In: NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Política criminal e eleição de bens jurídicos. Disponível em: <<http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em: 23 mai. 2008. p.2.

⁶¹ *Apud* LUIZI, Luis. **Bens constitucionais e criminalização** Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

⁶² *Idem*.

sistema a sua própria existência e conservação. [...]. Os bens jurídicos são as funções necessárias para a conservação do sistema social.”⁶³

Como resultado de escolhas políticas, o Estado, por meio da organização da sociedade, acaba por determinar o Direito Penal.⁶⁴

Assim, entende-se que a proteção dos bens jurídicos foi uma conquista advinda da cidadania, que considerava como bem jurídico – objeto de proteção de leis penais – tudo aquilo que era vital para a manutenção da sociedade.

No Estado Democrático de Direito, o bem jurídico penal acaba sendo caracterizado como uma garantia fundamental do cidadão, na medida em que ele limita o poder estatal na aplicação da pena.⁶⁵ Dessa forma, percebe-se que o que se busca é um Estado efetivamente liberal e democrático, que tem como pressuposto a vontade geral dos cidadãos.

O bem jurídico, amparado pelo direito penal, não é estático, ou melhor, está aberto às mudanças, que seja pelos avanços tecnológicos científicos ou mesmo pelas alterações sociais. Tal modificação, em sua valoração, enseja a criminalização ou descriminalização de condutas.

3.2 A vida como bem jurídico

Nesse contexto, o bem jurídico ou o valor reflete a existência da vida, da liberdade, da dignidade e da igualdade, preceitos legais fundamentais garantidos na Constituição Federal vigente.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ Cf. SMANIO, Gianpaolo Poggio. *op. cit.*

⁶⁵ *Idem.*

Mantendo relação direta com este trabalho, deve-se destacar que, segundo Maria da Conceição Ferreira da Cunha, no tocante aos bens jurídicos primordiais, entre eles o da própria vida humana, deve o Estado dedicar atenção especial no que diz respeito à sua proteção.⁶⁶ Nessa linha de pensamento, ressalte-se ainda que a proteção de determinado direito ou mesmo interesse, que logre proteção sob o manto da Constituição, somente poderá ser exigível constitucionalmente quando se referir a ação de proteção de um bem ou direito que seja de primeira importância em âmbito constitucional.⁶⁷

Ainda na busca de uma definição acerca da terminologia bem jurídico, configura-se apropriado amparar-se nos conhecimentos de Francisco Muñoz Conde para entender que se trata de:

[...] qualquer pressuposto que o ser humano necessita para sua realização na vida social (interesses vitais) [...]. Os bens vitais, os valores sociais e os interesses juridicamente reconhecidos do indivíduo ou da coletividade também são reconhecidos [...] justamente por requererem proteção jurídica em virtude da especial importância para a comunidade.⁶⁸

Alie-se este conceito ao fato de que tais preceitos incorporam os valores com base num positivismo jurídico, consistido pela norma pura (ou dogmatismo jurídico), ou melhor, pela legislação vigente numa determinada sociedade, as quais incidem em efeitos reais quando de sua utilização, e sempre estão em posição de argüição. Tal positivismo, radical em determinados casos, é oriundo da manutenção de regras sociais de conduta admitidas (ou não), mas que têm

⁶⁶ In: PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *op. cit.* p.43.

⁶⁷ PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. *op. cit.* p.39.

⁶⁸ In: NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. *op. cit.* p.1.

efeito visceral no tocante à manutenção de, apesar das diferenças, um convívio entre os indivíduos baseado na paz e harmonia social.⁶⁹

Porém, há que se ressaltar a concepção apresentada por Von Liszt de que o bem jurídico é um dado social preexistente e, devido a isso, seu conceito não é “exclusivamente jurídico. Não é apenas uma criação do legislador contida na norma, mas uma criação da vida e como tal um interesse vital do indivíduo e da comunidade, que a proteção do Direito lhe dá a categoria de bem jurídico; a norma não cria o bem jurídico, mas o encontra dentro da realidade social.”⁷⁰

Assim, tem-se que a visão constitucional de uma forma global é a simples personificação da já sedimentada cultura positivista, mas torna-se fundamental que o bem jurídico tenha como base um fundo social e não seja mero coadjuvante num esquema dominado pela visão baseada apenas na

⁶⁹ BENEDETTI, Carla Rabal. **Resumo jurídico de direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p.37.

⁷⁰ In: COPETTI, A. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p.42.

norma escrita. Mesmo que tal bem venha a ser caracterizado na condição de matriz constitucional, considerando-se em muitos casos a rigidez dos dispositivos constitucionais, preciosos à tranqüilidade jurídica e social do Estado Democrático de Direito, não deve o legislador se eximir do conteúdo axiológico-constitucional que tal reconhecimento impõe.⁷¹

Ratificam o mesmo posicionamento os doutrinadores Francisco Muñoz Conde e Mercedes Garcia Arán , quando esclarecem que:

Debe asimismo advertirse contra una tendencia que pretende identificar bien jurídico protegido [...] com derecho fundamental reconocido em La Constitución aunque, obviamente, detrás de todo bien jurídico haya um derecho fundamental reconocido constitucionalmente. Em realidad, um derecho fundamental puede dar lugar a diversos bienes jurídicos, que merezcan distinta protección. [...] el legislado [...] esta legitimado no solo para seleccionar lãs distintas acciones merecedoras de penas, sino para marcar los limites de La protección [...] y La diferente protección [...] que merece cada uno de ellos, utilizando para ello criterios político-criminales extraídos de lãs propias formalidades y limites del Derecho [...].⁷²

A junção de tal posicionamento teórico com os conceitos desenvolvidos por Edouard David Dardenne permite entender que a Constituição Federal “não tem por função a criação axiológica de um sistema no qual possamos depreender bens jurídicos, mas exerce importante papel na limitação da perspectiva social do bem jurídico, estabelecendo os princípios normativos que deverão nortear o legislador [...]”⁷³

⁷¹ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *op. cit.* p.4.

⁷² CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p.81: “deve-se do mesmo modo precaver-se contra uma tendência que pretende identificar bem jurídico protegido [...] com o direito fundamental reconhecido na Constituição, ainda que obviamente, por detrás de todo bem jurídico exista um direito fundamental reconhecido constitucionalmente. Na verdade, um direito fundamental pode dar lugar a diversos bens jurídicos, que mereçam diferente proteção. [...] o legislado [...] está legitimado não somente para selecionar as distintas ações merecedoras de penas, mas sim para marcar os limites da proteção [...] e a diferente proteção [...] que merece cada um deles, utilizando para isso critérios políticos-criminais extraídos das próprias formalidades e limites do Direito [...]”

⁷³ SMANIO, Gianpaolo Poggio. *op. cit.* p.6.

Não se pode omitir que o bem jurídico de extrema relevância, tanto no âmbito do Direito em si, como da existência humana, é a vida. E defini-la é relativamente trabalhoso, pois o próprio vocábulo remete a tratar o assunto no campo da metafísica supra-real, na qual o conceito tende a ser vago e complexo.

Do ponto de vista biológico, existe uma corrente de pensamento pregando que o início da vida humana se dá com a própria concepção, ou seja, no exato momento em que o espermatozóide (masculino) se junta ao óvulo (feminino), dando origem ao zigoto, também conhecido como embrião. Sustenta tal posicionamento que a partir do surgimento desta única célula a vida já está formada e, assim, seria incoerente discutir vida futura ou em potencial, já que o que está em desenvolvimento é um organismo humano, não cabendo a terminologia “em formação”.⁷⁴

Para outros, a vida também pode ser considerada como iniciada quando o zigoto se fixa à parede do útero, o que é chamado pelos cientistas de processo de nidação, haja vista que sem este processo simbiótico a continuidade da vida já iniciada restaria inviável, mas ainda há outra teoria que sustenta que a vida tem início quando se detecta a existência dos primeiros sinais eletroencefálicos ou mesmo quando o sistema nervoso central passa a se desenvolver.⁷⁵

Não é necessário um mergulho epistemológico sobre a questão para se compreender que existe uma ausência de concordância científica ou mesmo normativa sobre em qual momento se inicia com precisão a vida.⁷⁶

⁷⁴ DARDENNE, Edouard David. Lei de Biossegurança e direito à vida. Disponível em: <<http://www.gazetamercantil.com.br>>. Acesso em: 23 mai. 2007. p.2.

⁷⁵ *Idem.* p.3.

⁷⁶ *Idem.* p.3.

Todavia, no que diz respeito a Tratados Internacionais sobre o assunto, existe o “Pacto de San José” (Costa Rica), absorvido e ratificado pelo Brasil por intermédio do Decreto n° 678, de 6 de novembro de 1992. No Capítulo II (Direitos Civil e Políticos), artigo 4° (Direito à Vida), o referido pacto estabelece que: “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegdo por La ley y, em general, a partir de momento de la concepción. Nadie puede ser privado de La vida arbitrariamente”⁷⁷(SIC). É, pois, igualmente, o texto do “Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos”, promulgado no Brasil pelo Decreto n° 592/92, artigo 6°, dispondo que: “toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Sob essa ótica de pensamento é possível apreender-se que, após o ato de fecundação (natural ou artificial), não importa se a vida em andamento diz respeito a um ovo fecundado, um embrião, um feto ou um bebê, pois qualquer desses estágios singulares são tidos como simples fases de desenvolvimento ou mesmo de maturação da vida.⁷⁸ O que importa é que ela é o mais elevado bem jurídico e deve ser protegida e assegurada sobre todos os demais. Trata-se de um direito reconhecido e sua proteção deve ser garantida *erga omnes* [para todos]. Daí que o próprio Código Civil brasileiro⁷⁹, em seu artigo 2°, prevê proteção aos direitos que dizem respeito ao nascituro, desde a concepção, não

⁷⁷ “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.”

⁷⁸ CAVALLI, Ricardo Carvalho; CUNHA, Sérgio Pereira da; DUARTE, Geraldo. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto: Funple, 2005. p.18.

⁷⁹ “Art. 2° - A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

ocorrendo, porém, para a ciência do Direito, avaliar o período em que se dá o início da vida.⁸⁰

Ainda no âmbito do Direito Civil, convém aqui respaldar-se em Karla Ingrid Pinto Cuellar para compreender que:

O que se tem do produto da concepção é apenas um estado potencial. Na vida (entre o nascimento e a morte), o que se tem é a existência do atributo personalidade, essência da qualidade de pessoa, capaz de adquirir direitos e contrair deveres, com a sua identidade individualizada. Estabilizado o começo da personalidade civil do nascimento com (para a) vida, a partir de então, existe uma pessoa em que se integram direitos e obrigações. O momento ou estado antecedente é mero estado potencial.⁸¹

Por outro lado, no aspecto que tange à esfera penal, existe uma tutela que o Estado exerce com relação ao direito à vida, à integridade física e à honra. Ocorre que o mesmo direito penal não exerce tal amparo a um direito sobre a vida. Sob esse prisma, o Código Penal brasileiro tutela a vida humana, sobre a qual a proteção, em função de sua fundamental importância, vem a se tornar um imperativo mais voltado à esfera constitucional.⁸²

A discussão de quando se inicia a vida é interminável. Mesmo que a ciência consiga um dia definir esse momento com precisão, os debates não cessarão. [...]. Essa polêmica é infrutífera, [...]. Independente de qualquer conclusão científica, dogma religioso ou convicção ética.⁸³

Há que se destacar que, no âmbito constitucional, a vida configura-se como direito sem o qual se torna impossível a materialização de qualquer outro, mesmo porque é reconhecidamente uma condição que, ausente, impede

⁸⁰ CAVALLI, Ricardo Carvalho; CUNHA, Sérgio Pereira da; DUARTE, Geraldo. *op. cit.* .p.19.

⁸¹ CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. *op. cit.* p.61.

⁸² COSTA, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.358.

⁸³ s.a. **Revista Veja**. *op. cit.* p.77.

a própria existência humana.⁸⁴ É, do vocábulo “vida”, portanto, que emanam todos os demais direitos, asseverando com propriedade Günther Jakobs que “la personalidad no permite ser ponderada; frente a qué debería ponderarse desde una perspectiva jurídica la *conditio sine qua non* de la juricidad; com otras palabras, el derecho a la vida no se puede medir cuantitativamente.”⁸⁵

Nesse aspecto, em que pese a redundância, o direito à vida é consagrado como o maior e principal direito individual, além do que é considerado o bem jurídico de maior relevância no que diz respeito à tutela constitucional, haja vista que a própria vida, observada por um reflexo mais simplista, pode ser entendida como o direito que o ser humano tem de existir.⁸⁶ Na acepção jurídica do vocábulo, vida é um bem protegido constitucionalmente tal como se apresenta de forma expressa no artigo 5º da Constituição Federal brasileira.⁸⁷

A vida, caracterizada como um processo vital, possui limites que determinam tanto seu início, quanto seu fim e, de acordo com José Afonso da Silva, no texto constitucional ela “não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva.”⁸⁸

Aparentemente, fica claro até o momento a dificuldade de se estabelecer juridicamente o início da vida, bem como quando cessa a proteção jurídica do

⁸⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p.111-112.

⁸⁵ JAKOBS, Günther. Existe un aborto lícito de personas? **Revista del Poder Judicial**. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, abr. 2000. p.165: “a personalidade não permite ser ponderada; frente ao que se deveria ponderar desde uma perspectiva jurídica a *conditio sine qua non* da antijuricidade; em outras palavras, o direito à vida não se pode medir quantitativamente.”

⁸⁶ PINHO, Rodrigo César Rebello. *op. cit.* p.76-77.

⁸⁷ “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: [...]”

⁸⁸ In: DARDENNE, Edouard David. *op. cit.* p.4.

direito a ela. Assim, nada mais eficaz que buscar guarida em Jakobs Günther para absorver que toda:

[...] persona es quien es titular de derechos y obligaciones. Cuando ESER reconoce al feto um derecho a la vida, le esta reconociendo personalidad, no tratándose em ese caso únicamente de um etiquetamiento, sino de la fundamentación del status de una persona jurídica. Únicamente es posible quitarle a la persona la base fáctica de su existencia personal, su vida, em la medida em que también la perdida debe considerarse como consecuencia de la existencia personal.⁸⁹ (sic).

De qualquer forma e de um modo geral, tem-se que, na visão do legislador ordinário, o direito a vida é protegido desde sua própria concepção⁹⁰ e, para muitos, cessa com a morte. Na realidade, proteger a vida desde a concepção também reflete a necessidade de se amparar constitucionalmente uma forma de vida viável. Na visão de Jakobs Günther:

No existe una solución más adecuada para la protección del derecho a la vida, y em la totalidad de la nueva dogmática no há existido tampoco ninguna, ya que el feto, [...], há sido considerado como um bien altamente valorado, pero no como um titular del derecho.⁹¹

Some-se a isso o fato de que tal bem jurídico diz respeito à vida do embrião ou do feto, ou melhor, uma vida que ainda depende de cuidados externos; uma vida humana ainda impossibilitada de ser qualificada como pessoa.⁹²

⁸⁹ JAKOBS, Günther. *op. cit.* p.162: “[...] pessoa é quem é titular de direitos e obrigações. Quando ESER reconhece ao feto um direito à vida, está reconhecendo sua personalidade, não tratando-se neste caso unicamente de uma etiquetação, senão da fundamentação do *status* de uma pessoa jurídica. Unicamente é possível, destituir de uma pessoa a base fáctica de sua existência pessoal, sua vida, na medida em que também a perda deve considerar-se como consequência da existência pessoal.”

⁹⁰ PINHO, Rodrigo César Rebello. *op. cit.* p.77.

⁹¹ JAKOBS, Günther. Existe un aborto lícito de personas? **Revista del Poder Judicial**. *op. cit.*, 2000. p.165. “não existe uma solução mais adequada para proteção do direito à vida, e na totalidade da nova dogmática não existiu nenhuma, já que o feto, [...], foi considerado como um bem altamente valorizado, mas não como um titular de direito.”

⁹² KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.* p.175.

Para finalizar este tópico, cabe expor que, como estudioso do direito penal, Claus Roxin explica que “a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem e com a morte encefálica termina a proteção à vida.”⁹³, mas, em contrapartida, Rodrigo César Rebello Pinho apresenta que, quando se trata da proteção à vida, diz-se respeito também ao “direito de permanecer vivo, de não se ter o processo vital interrompido senão pela morte inevitável.”⁹⁴

3.2.1 Sobre a questão da morte encefálica

Na expectativa de ilustrar a terminologia de forma a subsidiar a discussão posterior sobre o item em questão, cabe aqui expor que a “morte”, de acordo com De Plácido e Silva:

Do latim *mors*, *mortis*, de *mori* (morrer), exprime, geralmente, a cessação da vida do animal ou do vegetal. É o fim da vida. Mas, em sentido jurídico, a morte não quer significar simplesmente o término da existência terrena dos homens ou dos seres inferiores; mas, ainda, a situação determinada por lei, em que o homem é olhado como não tendo existência. Daí que se deriva a noção de morte natural e de morte civil, segundo a técnica jurídica.⁹⁵

Em que pese o já comprovado conhecimento do autor retro citado, sua contribuição não vem a enriquecer o presente tópico, pois trata a questão da morte sob um aspecto mais voltado ao direito civil, o que não corrobora (nem contradiz) as idéias que aqui são expostas. Não obstante, terminologias como “nascituro”, “natimorto” ou “mortituro” também não cabem ao presente estudo, motivo pelo qual o mesmo autor fica impossibilitado de contribuir com esta fase

⁹³ ROXIN, Claus. *op. cit.* p.1.

⁹⁴ PINHO, Rodrigo César Rebello. *op. cit.* p.77.

⁹⁵ DE PLÁCIDO E SILVA. *op. cit.* p.541.

do trabalho. Isso porque os casos de anencefalia nunca envolvem um período “padrão” de tempo de sobrevivência. O bebê pode até vir a adquirir personalidade jurídica, mas inevitavelmente não irá gozar de tais direitos em vida.

Do ponto de vista jurídico, a morte é caracterizada quando ocorre a cessação da atividade cerebral, sendo tal diagnóstico facilmente identificado por médicos especialistas e profissionais da área de saúde. Assim, tem-se que a perda total do sentido de ambiente, ou melhor, que a desconexão entre o organismo vivo e o cérebro é a comprovação do limite da existência do homem enquanto ser vivo. Além disso, tal limite também é aferido quando a atividade cerebral cessa absolutamente, podendo tal verificação ser levada a efeito por intermédio de um traçado linear (ou eletroencefalograma) e, ainda, via ausência de estimulação física.⁹⁶

Quando se retrata sobre a morte encefálica, tem-se a noção de que toda a função respiratória, bem como o coração são mantidos por meios artificiais, ou seja, via intervenção de drogas e aparelhos. G. Pianetti Filho explica que se deve salientar que a morte encefálica, segundo o Comitê de Harvard, desde 1968, já preconizava que a falta “da presença de reflexos e das funções comandadas pelos hemisférios cerebrais e o tronco encefálico já a caracterizavam.”⁹⁷

A Lei Federal nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, regulamenta a extração de órgãos humanos para transplante e doação. Interessante para o tema, ora em

⁹⁶ MIRANDA, Luis Eduardo Vaz; MIRANDA, Silvia Bento de Mello. **Clínica de Perinatologia**. Rio de Janeiro: Medsi, 2002. p.253.

⁹⁷ *Apud* OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. Anencefalia e transplante de órgãos. **Revista Brasileira de Bioética**. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, abr. 2005. p.61-74.

discussão, é o artigo 3º desta norma⁹⁸ estabelece que qualquer extração de órgãos ou tecidos humanos deve ser precedida de exames que comprovem a morte encefálica. Nesse sentido, é possível inferir que, se a morte cerebral autoriza a retirada de órgãos e tecidos, a falta de atividade eletroencefálica, por analogia, determina o fim da vida.

Ainda no âmbito da normatização a respeito do assunto, a Resolução do Conselho Federal de Medicina – CFM - nº1.752/2004 traz algumas considerações que contribuem para uma reflexão no que tange aos fetos anencéfalos e a morte encefálica, já que:

Considerando que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardio-respiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes; Considerando que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica; [...].⁹⁹

Alie-se isso ao fato de que a Resolução nº 1.480 do CFM – datada de 8 de agosto de 1997, estabelece em seu artigo 3º que a morte encefálica deverá ser consequência de “processo irreversível e de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro; [...]”. Percebe-se, daí, que os parâmetros utilizados no âmbito do transplante de órgãos não só podem como devem ser utilizados na polêmica questão da constatação da ausência de encéfalo em fetos, ou seja, a morte caracterizada

⁹⁸ “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.”

⁹⁹ FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção da gravidez de feto anencéfalo: uma análise constitucional. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 30 mar. 2008.

pela ausência de atividade cerebral é condizente com o diagnóstico de morte encefálica.¹⁰⁰

Na seqüência do raciocínio lógico retro esboçado, tem-se o posicionamento de Adel El Tasse, compreendendo que, com a morte do encéfalo, todas as atividades do cérebro são interrompidas (cessadas), inclusive aquelas concernentes ao sistema nervoso central. Diante de tal quadro clínico, fica patente que deixa de existir, nessas situações, o próprio ser humano.¹⁰¹

Em um Congresso na Universidade de Catânia (Itália), no ano de 2008, Bruno Romano afirmou que “a essência do acontecimento da vida, se distingue em três âmbitos: *La vita* (a vida em si); *e’animus* (o modo de viver, existência) e, *e’anima* (o pensamento, a alma e o espírito). Estes dois últimos pertencem ao primeiro. Sem o ser da vida, não existe nem animus nem anima, que porém se diferenciam porque o animus significa o dar-se de tudo aquilo que tem uma forma de vida, enquanto o anima significa exclusivamente a existência do homem na sua subjetividade, início e razão da imputabilidade jurídica”.

A vida não se constitui apenas do âmbito biológico, mas também do animus e do anima, que onde se fundamenta toda a pesquisa realizada nessa dissertação com relação a dignidade da gestante.

Diante do exposto e para finalizar o presente tópico, cabe explicar que a morte, do ponto de vista jurídico e de acordo com Paulo César Busato, “é, pois a ausência de vida, representada esta pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções do encéfalo e, por conseguinte, de todo o corpo

¹⁰⁰ FERNANDES, Maíra Costa. *op. cit.*

¹⁰¹ In: SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva. Aborto, Anencefalia: autorização judicial ou consentimento da gestante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Walter Diab e Veruska E. Longhi Diab, jun.-jul. 2005. p.7.

humano. Havendo conceito jurídico de morte, é possível, por exclusão, denominar-se juridicamente vida.”¹⁰²

¹⁰² BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p.21.

4 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se discorrer sobre o tema em epígrafe, depara-se com um dilema ético voltado ao conflito e ao apelo de se reconhecer aos seres humanos direitos iguais e deveres comuns. Tais direitos são caracterizados por uma visão mais antiga que o próprio constitucionalismo, vigente desde a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”.

Compreendido na antigüidade como um direito oferecido pelos deuses e inerente aos homens, os direitos fundamentais surgem da associação entre a doutrina do direito natural, secularizada por Grócio, quando “tais direitos foram identificados pela ‘reta razão’ que a eles chega, avaliando a ‘conveniência ou inconveniência’ dos mesmos em face da natureza razoável e sociável do ser humano”¹⁰³, além das fontes históricas, filosóficas, doutrinárias e jurídicas, consolidadas no século XVII e incorporadas pelo liberalismo.

Assim, diante disso é possível apreender que tais direitos podem ser entendidos como fruto da junção de várias fontes, ou seja, dos costumes e tradições acumulados no decorrer do processo histórico de inúmeras civilizações e, também, das linhas de pensamento filosófico-jurídicas relativas ao cristianismo e ao direito natural.¹⁰⁴

A institucionalização dos direitos humanos remete à impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais (inviolabilidade), assim como a

¹⁰³ *Apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2008. p.10.

¹⁰⁴ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, 2006. p.1.

necessidade de união de todos os indivíduos (universalidade) e, ainda, à necessidade de plena efetivação coercitiva de tais direitos e garantias (efetividade).

Diante da própria concepção de Estado, tem-se a exposição de deveres cominada com direitos; tal dualidade pendeu à juridicidade no intuito de permitir, ante o direito positivo, uma governabilidade com certa estabilidade e eficácia frente aos anseios sociais.¹⁰⁵

A primeira Declaração de Direitos Humanos da época moderna surgiu nos EUA, em 4 de julho de 1776, quando Thomas Jefferson escreveu a “Declaração de Independência dos Estados Unidos da América”, apreciada pelo povo inglês como a verdadeira declaração que designava direitos inalienáveis, irrevogáveis e imprescritíveis, naturais e individuais. Tais direitos foram assegurados pelo governo e levando em conta sempre o consentimento dos homens. Esse posicionamento é passível de aferição quando se percebe, em seu texto, o fato de que “sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva desses fins, é direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir um novo governo, assentando sua fundação sobre tais princípios e organizando seus poderes na forma que lhe pareça mais adequada a tornar efetivas sua segurança e sua felicidade.”¹⁰⁶

No dia 12 de julho do mesmo ano surge, ainda nos EUA, a “Declaração dos Direitos do Bom Povo da Virgínia”, escrita por George Mason e formulada pelos representantes do povo, a qual externava direitos tanto ao povo quanto às futuras gerações. Tal Declaração influenciou significativamente a Assembléia Nacional francesa no processo de escrita da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, iniciada em 1789, a qual designava direitos

¹⁰⁵ BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.363.

¹⁰⁶ *Apud* BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2003. p.364. (Tradução do autor).

baseados no *jus* naturalismo e concebidos ideologicamente de forma individual e coletiva para as pessoas.

Na condição de um dos primeiros marcos da universalização dos direitos humanos, manifesta-se a necessidade do nivelamento do poder estatal ao legal, mesmo porque sempre houve, pela grande maioria dos povos, respeito às questões relacionadas aos costumes, às instituições sociais e, de certa forma, à pessoa humana. Assim, mesmo as nações que não se utilizavam da técnica de limitação do poder do Estado poderiam, no contexto de suas características regionais, absorver elementos da referida Declaração, tornando, assim, inevitável a propagação universal dos direitos humanos na busca de uma sociedade mais justa e igualitária.¹⁰⁷

Sob esse prisma, apreende-se que a maior parte das idéias criam uma conjuntura de aceitação da limitação e controle do poder governamental instituído, visando a previsão legal de garantias e direitos fundamentais. Promovendo uma maior abertura à elucidação do assunto, Sérgio Resende de Barros explica que:

A montagem histórica desse aparato político, burocrático, religioso, militar, ideológico deu origem a uma forma de institucionalização bem mais complexa e sofisticada, mais tarde denominada Estado, com a qual a coerção institucional em que se havia desenvolvido a coação natural desenvolveu-se em uma forma ainda superior: a coartação estatal.¹⁰⁸

Com o intuito de limitar e controlar as atividades do Estado e de suas autoridades, a sociedade clama por uma previsão formal de direitos e garantias constitucionais. Em decorrência disso, como parte estritamente necessária para todas as Constituições, os direitos humanos fundamentais consagram, de

¹⁰⁷ HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**. São Paulo: Santuário, 1997. p.51.

¹⁰⁸ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2003. p.121.

acordo com Alexandre de Moraes¹⁰⁹, “o respeito à dignidade humana, a garantir a limitação de poder e visar o pleno desenvolvimento da personalidade humana”, além do que prega que tais garantias deveriam ser contempladas como “previsões absolutamente necessárias” na Constituição Federal.

Cabe enfatizar que, embora seja de extrema importância a prática de limitar relativamente o poder estatal em cartas magnas e legislações adicionais, essa prática não assegura efetivamente e de forma inequívoca o respeito necessário aos direitos humanos. A sociedade contemporânea é exemplo de que ainda é possível verificar o desrespeito a tais direitos em Estados nos quais eles possuem previsão legal, além de serem garantidos constitucionalmente. Também não é raro vivenciar países adotando práticas totalmente contrárias aos direitos humanos, mesmo que tais Estados gozem de estabilidade política e substancial tradição jurídica.¹¹⁰

Há que se ter em mente que a lei deve amparar os direitos humanos, mas de forma universal, ou seja, a todo e qualquer cidadão de todo e qualquer país. Isso porque é necessário criar uma cultura educativa sobre esta importante questão da contemporaneidade; deve-se promover um convite à reflexão de todos os povos sobre o assunto, pois permitir o desrespeito a esses direitos num único território que seja pode colocar em risco a intenção de forma global.¹¹¹

Diverso dos direitos retro citados, mas também considerados como marco da universalização dos direitos humanos, os direitos humanitários foram instituídos nas hipóteses de guerra e promoveram proteção, cooperação, paz e segurança internacional. Além disso, geraram liberdade e autonomia aos Estados e, em decorrência disso, promoveram a criação da “Liga das Nações”,

¹⁰⁹ MORAES, Alexandre de. *op. cit.*, 2006.p.2.

¹¹⁰ HERKENHOFF, João Baptista. *op. cit.* p.52.

¹¹¹ BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997. p.4.

ou “Sociedade das Nações”, que produziu a independência política com a criação de uma organização internacional assegurando o direito de paz.

Todavia, foi em função das atrocidades e barbáries praticadas em nome do nazismo (leia-se holocausto), resultantes da Segunda Guerra Mundial, que a preocupação com a aplicação e a efetivação dos direitos humanos tornou-se mundialmente evidente.

Com o processo de universalização dos direitos humanos, foi em 1945 que surgiu a “Carta das Nações Unidas”, contendo normas de proteção, promoção e respeito a estes e às liberdades fundamentais; entende-se, assim, que houve uma positivação normativa e que deveria surtir efeito quando houvesse omissão à proteção das instituições nacionais, gerando responsabilização dos Estados em âmbito internacional.

Todavia, o conteúdo das expressões “direitos humanos” e “liberdades fundamentais” foi definido posteriormente, em 1948, com o advento da “Declaração Universal dos Direitos Humanos”, a qual dispunha, em seu artigo 1º, que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”¹¹²

Para complementar e ilustrar melhor o sentido do que até aqui foi exposto sobre o assunto, convém amparar-se em Sérgio Resende de Barros para entender que:

A liberdade, bem como os demais direitos humanos, não nasce nem se constitui de inerências abstratas ou aderências gratuitas ao indivíduo humano, tomado em si, apartado da vida social e da instância histórica. O indivíduo humano é fato

¹¹² DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Adaptado pela Assembléia-Geral com a Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

social. Pelo que, a realização dos direitos humanos está condicionada ao governo da sociedade e, por isso e antes disso, os direitos humanos devem condicioná-lo.¹¹³

Em 1966, Tratados Internacionais de Direitos Civis e Políticos e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais versaram sobre os direitos humanos, assim como Pactos Internacionais criaram dispositivos que visavam à garantia e à promoção de tais direitos. Para um esclarecimento adicional à questão ora discutida, convém buscar amparo em João Miguel da Luz Rivero para compreender que:

A classificação quanto à evolução na ordem institucional dos direitos fundamentais apresenta-se da seguinte forma: a) direitos de primeira geração - “*liberté*” - direitos civis e políticos (liberdade, propriedade, segurança, sufrágio); b) direitos de segunda geração - “*égalité*” - direitos econômicos, sociais e culturais (trabalho, educação, acesso aos bens culturais); c) direitos de terceira geração - “*fraternité*” - direitos de solidariedade (paz, desenvolvimento, meio-ambiente saudável, patrimônio comum da humanidade).¹¹⁴

E complementa o mesmo autor que:

No século XX, a partir da década de 80, aproximadamente, à luta histórica pela conquista dos direitos dos cidadãos acrescenta-se a ênfase à solidariedade e ao fortalecimento das ações humanas. Isso acontece a partir de procedimentos grupais, com projeções menos voltadas para o individual, enfatizando o envolvimento do conceito de humanidade, definido em sua extensão, como universalidade concreta.¹¹⁵

Ante o que até o momento foi exposto, poder-se-ia considerar ignorância absoluta o não reconhecimento da importância dos direitos humanos, bem como o respeito ao mesmos. Fruto do exercício de convivência em sociedade, eles

¹¹³ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2003. p.363.

¹¹⁴ RIVERO, João Miguel da Luz. **Direito à educação especial de crianças e adolescentes**. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007. p.34.

¹¹⁵ *Ibidem*. p.34.

surgiram gradativamente e atualmente apresentam incomensurável relevância de projeção global.

Diante da máxima popular “ninguém é uma ilha”, há que se destacar que a contemporaneidade veio a reforçar ainda mais este conceito, pois a globalização, acelerada pelas inovações tecnológicas científica e de comunicações, veio a aproximar as nações e requerer com mais ênfase o respeito aos direitos fundamentais de todos os seres humanos, de forma geral e global, não havendo mais espaço para ações e posicionamentos retrógrados frente a um novo modelo social já implantado, em que pese o fenômeno do neoliberalismo, o qual não será objeto de estudo neste trabalho sob pena de desvirtuar o assunto principal.

Assim, feitas as considerações introdutórias a respeito dos direitos humanos, nada mais eficaz que promover um exercício reflexivo visando entendê-lo no contexto da Carta Magna pátria, o que será feito no tópico a seguir.

4.1 Os direitos fundamentais e a Constituição Federal brasileira

Antes mesmo de um maior aprofundamento sobre o assunto em referência, cabe inicialmente destacar que o termo “democracia” pode enviar em diferentes interpretações, quando retratado por pessoas diferentes; sua definição depende exclusiva e formalmente da definição de povo, haja vista que, na medida em que se define povo, define-se também o governo pelo povo e, no seu desdobramento, o governo para o povo. A idéia e a prática desse

instituto (Democracia) surgiram na Grécia antiga, que à época era composta por unidades sócio-político-administrativas, denominadas *pólis*.

Ocidentalmente, a democracia era compreendida pelo governo “do povo” e pela limitação do poder interagindo-se constantemente e concomitantemente. Nesse contexto, o direito natural perdeu seu sentido lógico quando parte da liberdade e do poder do homem primitivo foi concedida aos representantes que, limitados, governavam em prol do bem comum.

No mundo moderno, esse poder entregue aos representantes veio a designar um “novo poder”, por meio do qual estes vieram a governar. Entretanto, com o intuito de obstar o surgimento de um Estado Anárquico (de liberdade total) ou Arbitrário (de poder excessivo), vem o Direito a intervir com dispositivos legais visando alicerçar de forma incontestável a ratificação de uma sociedade democrática, objetivando a construção de nações que gozem de liberdade e atuem consoante aos preceitos que dizem respeito à justiça e igualdade.¹¹⁶

Sob esse prisma histórico, surgiram as Constituições escritas, compostas por normas imprescindíveis que determinavam “o modo e a forma de ser” de um Estado ou nação.

Segundo Geraldo Magela Alves e Nagib Slaib Filho, a terminologia “Constituição”, derivada do latim “*constitutio, de constituere*”:

[...]. Designa o conjunto de regras e preceitos, que se dizem fundamentais, estabelecidos pela soberania de um povo, para servir de base à sua organização política e firmar os direitos e deveres de cada um de seus componentes. Desse modo, assinala ou determina a lei constitucional, que se evidencia a Lei Magna de um povo, politicamente organizado [...], normas

¹¹⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1990. p.148.

que se dizem fundamentais e absolutas, quer em relação ao tempo, quer em relação ao espaço”.¹¹⁷

De acordo com Renato Treves, as referidas normas são regentes do bom funcionamento do Estado, que atua com seu poder frente à determinada comunidade, ao mesmo tempo em que os princípios são baseados nos direitos humanos fundamentais, servindo de apoio ao legislador.¹¹⁸

Na concepção positivista e vista sob uma ótica lógica e jurídica, uma norma hipoteticamente considerada como fundamental deve funcionar como baliza para o sistema normativo maior do país: no caso, a Constituição ou Carta Magna.¹¹⁹

Desse modo, segundo Rodrigo César Rebello Pinho, é possível afirmar que “constitucionalizar é consubstanciar pela forma de código escrito relações de substancialidade entre matérias-primas sociais que são por essa forma afeiçoadas entre si e aperfeiçoadas no seu todo: a Constituição necessária a otimizar a produção da vida social.”¹²⁰

Não muito diferentemente de outros países (apesar de já ter sido utilizada como modelo em outras nações), a Constituição Federal brasileira de 1988 demonstra ordens ao Estado e aos Poderes que o compõem, bem como consolida direitos e garantias, ou seja, direitos fundamentais que devem ser respeitados.

Sua rigidez estabeleceu com maestria (e exaustivo esforço da Assembléia Constituinte) determinados princípios a serem seguidos pelos governantes e o

¹¹⁷ ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.208.

¹¹⁸ In: MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa: Coimbra. 2002. p.27.

¹¹⁹ PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.11.

¹²⁰ BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. São Paulo: Millennium, 2008. p.192.

próprio direito constitucional atuou na fixação de tais princípios. Além disso, não bastasse sua forma rígida, ainda primou pelo seu conteúdo político, o qual, não obstante a limitação dos poderes instituídos, também promoveu a necessária validação dos direitos humanos fundamentais. Foi inovadora porque promoveu a constitucionalidade em detrimento da governabilidade, ou melhor, garantiu os direitos de todos os cidadãos brasileiros num esquema de governabilidade que, até pouco tempo, vinha na esteira de um Estado autoritário que recentemente havia flertado com o regime militar.¹²¹

Verifica-se, assim, de acordo com a coerente visão de Pontes de Miranda, a:

[...] indispensabilidade dos princípios constitucionais na sua função ordenadora, não só porque harmonizam e unificam o sistema constitucional, como também porque revelam a nova idéia de Direito (noção do justo no plano de vida e no plano político, por expressarem o conjunto de valores que inspirou o contribuinte na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais.”¹²²

Tais princípios, que servem de orientação a toda estrutura jurídica da sociedade brasileira, estão dispostos na Carta Magna pátria, especificamente em seu Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), com aplicabilidade imediata, conforme dispõe seu §1º do artigo 5º.¹²³

Ao considerar seus valores ou mesmo sua importância e íntima relação com a idéia de Direito, Justiça e objetivos coletivos, os princípios previstos constitucionalmente possuem, de acordo com José Joaquim Gomes Canotilho,

¹²¹ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2003. p.365.

¹²² In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p.327.

¹²³ “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: [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias têm aplicação imediata.”

normatização densa e função sistêmica, ou seja, fundamentam as demais regras legais e possuem reputação ilibada no que diz respeito a servir como base a todo o sistema constitucional.¹²⁴

Nesse sentido, os princípios fundamentais, em função de expansividade de sua força, acumulam a idéia de proteção a direitos inalienáveis, os quais, por sua vez, são básicos e imprescritíveis, motivo pelo qual o artigo e parágrafo recém citados destacam a necessidade de sua aplicação imediata.¹²⁵

Não se pode omitir que os textos constitucionais presumem um conjunto de valores em sua estrutura normativa, os quais foram desenvolvidos no decorrer das relações sociais concretas e dentro de um determinado processo histórico, motivo pelo qual vem a Constituição com intuito de positivá-los e, por conseguinte, legitimá-los.¹²⁶

Para se ter uma pequena idéia no contexto de um breve resgate histórico, em 1824 já era possível encontrar no texto da Constituição Política do Império do Brasil dispositivos legais que tinham o propósito de assegurar direitos humanos fundamentais¹²⁷, baseados nos princípios da legalidade, da liberdade de opinião (expressão), da igualdade e da dignidade humana.

¹²⁴ In: CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op. cit.* p.327-328.

¹²⁵ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.72.

¹²⁶ MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana**. Curitiba: Juruá, 2008. p.55.

¹²⁷ RODRIGUES, João Carlos. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1863. p.141:

“Artigo 179 : A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: I – nenhum cidadão pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei. [...]. IV – todos podem comunicar os seus pensamentos por palavras, escriptos e publica-los pela imprensa, sem dependência de censura, contanto que hajão de responder pelos abusos que commeterem no exercício desse direito, nos casos e pela forma que a lei determinar. [...]. XIII – a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um. XIX – desde já ficão abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis. A tortura e mais pena cruéis, tão bárbaras como os açoutes e o ferro quente, serão hoje um anachronismo, attenta a civilização do século.”

A Constituição seguinte, promulgada no ano de 1891, também retratou os direitos humanos fundamentais, considerando os dispositivos já existentes e agregando questões concernentes à inviolabilidade de direitos¹²⁸ e, ainda, incluindo o *habeas corpus*¹²⁹, ou seja, remédio constitucional que surge “para garantir a pessoa contra qualquer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir [...]”¹³⁰

Em 1934 surge uma segunda Constituição (que perdurou durante os três anos seguintes) da era Republicana, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil¹³¹, a qual manteve os direitos e as garantias individuais consagradas pelas Constituições anteriores, mas ressaltou no texto constitucional que os direitos de liberdade individual do homem eram produtos de toda uma evolução histórica, jurídica, moral e cultural do povo. Nesse contexto jurídico, surge constitucionalmente um novo remédio, denominado *mandado de segurança*.¹³²

No intuito de constituir um Estado Novo, em 1937 Getúlio Vargas anuncia a Nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil, mantendo todos os dispositivos legais já existentes. Todavia, a consideração dos mesmos fez com que as novas disposições egais se contrapusessem às anteriores, no sentido

¹²⁸ CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**. Rio de Janeiro: Cia. dos Editores, 1924. p.399: este autor reproduz, em sua obra, o artigo 72 da referida Constituição, que “[...] assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade privada.”

¹²⁹ *Ibidem*. p.399: também transcreve o art. 61 da mesma Carta Magna, prevendo que “as decisões dos juizes ou tribunaes dos Estados, nas matérias de sua competência, porão termo aos processos e ás questões, salvo quanto a: 1° Habeas-corporus.”

¹³⁰ ALVES, Geraldo Magela; SLAIBI FILHO, Nagib. *op. cit.* p.391.

¹³¹ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936. p. 73: este saudoso autor expõe em sua obra o texto do artigo 113 da Constituição ora em comento, que “assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistência, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes: I – todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções por motivo de nascimento, sexo, raça, profissões própria ou do pae, classe social, riqueza, crenças religiosas ou idéias políticas.”

¹³² *Ibidem*. p.77: também reproduz o autor o inciso 33 do artigo retro citado, que apresenta o seguinte texto: “Dar-se-á mandado de segurança para a defesa de direito, certo e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade.”

de ostentar um autoritarismo e uma limitação da liberdade do indivíduo, o que, para muitos, era um fator extremamente relevante quando se relacionavam esses dois aspectos com responsabilidade, poder e regime político.

Nesse sentido, Augusto E. Estellita Lins explica que:

Um dos pontos essenciais do novo regime é a definição de liberdade. Sua importância, entre nós, tem sido meridianamente proclamada. Importância, porém, só de palavras. Sob o falso pretexto de liberdade criaram-se os poderes irresponsáveis, que, aproveitando-se da chance ou das circunstâncias favoráveis, estabeleceram o seu domínio sobre as nações. [...] no regime liberal organizou-se um novo feudalismo econômico e político. Somente o Estado está em condições de arbitrar ou de exercer um poder justo. [...].¹³³

Esses “novos” limites chegam a termo quando o regime de governo do país volta a ser democrático. Assim sendo, na Constituição de 1946, os direitos e as garantias individuais são retratados, segundo Pontes de Miranda¹³⁴, na nova ordem constitucional, “não se confundindo com outros direitos assegurados ou protegidos pelas Constituições. [...]”, destacando ainda o autor que “seria erro crer-se que o simples fato de inserir-se em Constituição a referência a um direito e, portanto, não se permitir a sua alteração por lei ordinária, o torne fundamental.” Entende, ainda, que “Direitos Fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional.”

Em 1967, sob o controle dos militares, é promulgada nova Constituição da República Federativa do Brasil, “assegurando”, como todas as demais, os direitos fundamentais e as garantias individuais.

¹³³ LINS, Augusto E. Estellita. **A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1938. p.357.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1953. p.5.

Porém, foi a Constituição de 1988 que veio apresentar à ordem jurídica brasileira um novo *status quo* de alteração de valores e superação dos padrões até então adotados no que diz respeito a se defender e promover princípios fundamentais de direitos humanos. Nesta Constituição, o legislador não ficou preso apenas à questão do direito positivo, mas envidou esforços no sentido de estruturar o texto para atribuir a normatividade plena, de forma a projetá-la em todos os âmbitos dos sistemas político, jurídico e social até então estabelecidos.¹³⁵

Também foi esta Constituição que pôs termo na ideologia do entendimento dos direitos individuais em dissonância com os sociais, fenômeno este que ocorria com as Cartas Magnas anteriores, o que nada mais era do que o produto de uma visão individualista e liberalista dos direitos individuais. Nesse novo contexto da Lei Maior, existe a compreensão de que os direitos humanos devem interagir em harmonia com os demais direitos. Daí o fato de que os direitos individuais, previstos em seu artigo 5º, refletem a necessidade de serem absorvidos no que tange a uma visão social de coletividade, até porque o formalismo e o sentido abstrato das Constituições anteriores é estancado quando se observa o texto que diz respeito à nacionalidade e aos direitos políticos. É possível perceber na nova redação uma transformação ideológica que vai da democracia contextualizada numa visão político-formal para uma democracia de cunho mais social. Destaque-se que o liberalismo abre espaço ao socialismo quando os direitos econômicos, sociais e culturais são considerados como bens preciosos a serem protegidos.¹³⁶

¹³⁵ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *op. cit.* p.51.

¹³⁶ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007. p.59.

Tendo em vista sua função de orientar a ação dos Poderes do Estado, os princípios fundamentais da Constituição de 1988 desempenham saliente função no sentido de desenvolver novos limites de atuação estatal. Sob esse prisma é preciso analisar a inconstitucionalidade das leis, dos princípios fundamentais, ensejando a supremacia jurídica e não aquela voltada apenas à ética e a valoração normativa. Assim, como base para qualquer outra lei ordinária ou especial, é a Constituição que deve ser observada em seu conteúdo concreto e, de forma não menos importante, as diretrizes por ela estabelecida no que tange aos princípios fundamentais.¹³⁷

Isso se dá porque qualquer nova lei deve considerar os preceitos e conceitos superiores em comparação a ela. Devem ser preservados valores como, por exemplo, a vida, que está além da autonomia das leis que regem o comportamento humano. São as normatizações, mesmo que de forma implícita, que devem permanecer fora da pretensa autonomia ditada pelos hábitos e costumes, mesmo quando estes possam apresentar uma impressão de errônea interpretação.¹³⁸

Ainda é possível acrescentar que, de acordo com Maria da Conceição Ferreira da Cunha, “a lei não é apenas um instrumento para conduzir processos sociais de acordo com conhecimentos ou prognoses sociológicas; ela é ainda expressão estável de avaliações ético-sociais e, portanto, jurídicas, das ações humanas, ela deve dizer o que para cada um é direito.”¹³⁹

¹³⁷ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op. cit.* p.329.

¹³⁸ CAVALCANTI, Sandra. **A vida dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p.481.

¹³⁹ *Apud* PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O sentido da criminalização do aborto. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. Coimbra: Almedina, jan.-mar. 2005. p.41.

Também não é possível negar que o conflito decorrente da dualidade entre direitos individuais e sociais provavelmente alcança solução quando os segundos passarem a possuir maior conotação de importância em seu conteúdo e eficácia, mesmo porque somente dessa forma garante-se maior autenticidade para um sistema Democrático de Direito.¹⁴⁰

No Brasil da atualidade (e em outro Estados democráticos), reservado o direito de interpretação contrária, todos podem ser considerados democratas, pois o Estado de Direito e os direitos humanos são tidos como uma espécie de constrição voluntária, ou melhor, uma obrigação à sua adesão, haja vista que são conceitos legitimadores e aplicáveis a todo e qualquer ser humano.

Basicamente, a teoria até aqui exposta dá a nítida impressão de que os direitos humanos e o Estado Democrático de Direito são permeados pela perfeição incrustada em seus conceitos. Ledo engano! Existem algumas questões envolvendo casos particulares nos quais ocorre o conflito de princípios resguardados constitucionalmente. Nesses casos, é preciso buscar no âmbito jurídico, além daquele envolvendo todo o processo de desenvolvimento da sociedade e do ser humano, a possibilidade de não só reconhecer os direitos, mas resguardá-los quando houver necessidade.

4.2 A relevância constitucional dos direitos fundamentais

Constituindo a sede principal dos direitos fundamentais, os princípios constitucionais são elencados na Constituição Federal brasileira sob o Título II (Direitos e Garantias Fundamentais), subdivididos em cinco capítulos, a saber:

¹⁴⁰ SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, 2007. p.59.

Direitos e Deveres Individuais e Coletivos (art. 5º), Direitos Sociais (arts. 6º ao 11), Direito da Nacionalidade (arts. 12 e 13), Direitos Políticos (arts. 14 ao 16) e Direitos dos Partidos Políticos (art. 17).

Tais princípios conferem unidade e consistência à Constituição. Porém, deve-se compreender que a Lei Maior não pode, em hipótese alguma, ser alterada apenas em função de uma compreensão alienada do Direito atual. Verificar as reais necessidades da população e analisar o momento histórico próprio é o que promove tal necessidade de tornar a Constituição estável, mas é possível adaptá-la ao contexto da realidade social em que ela foi criada para surtir efeito. Isso se dá única e exclusivamente visando a preservação do Estado Democrático de Direito, possibilitando a renovação da interpretação de seu texto constitucional.¹⁴¹

Segundo Norberto Bobbio, “os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual.”¹⁴²

Os princípios constitucionais, segundo Rocha, são conteúdos intelectivos de determinados valores adotados pela sociedade, materializados e formalizados no intuito de produzir determinada regulamentação política do Estado por meio jurídico, que, nada mais são do que ensejo dos princípios consagrados constitucionalmente, na sua própria essência de sistema constitucional, visando efetividade não só jurídica, mas social.¹⁴³

Segundo Vital Moreira, os direitos e garantias manifestam-se historicamente com a função de:

¹⁴¹ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op. cit.* p.362.

¹⁴² BOBBIO, Norberto. *op. cit.* p.5.

¹⁴³ In: MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *op. cit.* p.58.

[...] defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).¹⁴⁴

Isso leva ao entendimento de que todo o poder confiado pelos indivíduos aos representantes sustentam limitações de direitos e garantias com o objetivo de resguardá-los não só aos indivíduos, mas também ao próprio Estado.

Ruy Barbosa já dissertava sobre o assunto ao mencionar que

As disposições meramente declaratórias são dissociadas das disposições assecutórias, pois as primeiras (que reconhecem legalmente os direitos) instituem os direitos e, estas (que limitam o poder como forma de defender os direitos) as garantias, ocorrendo, não raras vezes, juntarem-se na mesma disposição constitucional a fixação de garantias com a declaração de direitos.¹⁴⁵

Há que se ressaltar que as Cartas Magnas, enquanto texto constitucional, possuem uma espécie de “vida” própria e devem ser consideradas no imenso leque de títulos que lhes conferem o norte. Elas também devem ser interpretadas numa visão de conjunto e não apenas seus elementos de percepção relativa ou mesmo relativos ao tempo/espaço no *status* social de determinada época.¹⁴⁶

Não obstante, compreende-se que uma suposta violação dos princípios constitucionalmente consagrados prejudicaria a ideologia originária da Constituição, pois o desrespeito a qualquer dos preceitos constitucionais é tão comprometedor quanto a transgressão de outras normas, ou seja, a lei está posta para surtir resultados e ser respeitada. No caso da Constituição o fator é

¹⁴⁴ MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Almedina, 1993. p.113.

¹⁴⁵ BARBOSA, Ruy. **A tribuna parlamentar**. Casa de Rui Barbosa: História do Brasil, 1995. p.121/124.

¹⁴⁶ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p.27.

ainda mais grave, já que seus mandamentos são obrigatórios e o não cumprimento dos mesmos é passível de lesionar o sistema de comandos de uma forma geral.¹⁴⁷

Destaque-se que, ao se expor uma possível violação de preceitos fundamentais resguardados na Constituição causaria danos a todo um sistema, afirma-se indiretamente que os princípios fundamentais apresentam certa fragilidade. Existem ferramentas disponíveis para torná-los eficazes, mas a Justiça, promovida pelos homens, prioriza, não raras vezes, aspectos político-financeiros em detrimento de outras questões não menos importantes, o que prejudica a eficiência de todo o conjunto de disposições na Constituição.

Até aqui fica relativamente de fácil absorção que alguns dispositivos que garantem e protegem os direitos fundamentais individuais, previstos nas Declarações Universais de Direitos e nas Cartas Magnas de certos Estados Democráticos, vêm a ordenar positivamente ao Estado a criação de condições para que tais direitos sejam efetivamente protegidos e levados a efeito, cabendo aos governantes a obrigação (não faculdade) de gerar condições de cunho material, econômico, social e político para a materialização dessa intenção.¹⁴⁸

Não pode o Estado priorizar um princípio constitucional em detrimento de outro, mesmo porque, segundo Ercílio Antonio Denny, não se pode incidir no erro de acreditar que a política econômica serve ao crescimento, enquanto a

¹⁴⁷ Cf. BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p.17.

¹⁴⁸ KARAM, Maria Lúcia. Debate sobre o aborto. In: **Discursos sediciosos**. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 61: esta autora também explica que “é ilustrativa a leitura da Declaração sobre o direito e o dever dos indivíduos, grupos e instituições de promover e proteger os Direitos Humanos e as Liberdades Fundamentais universalmente reconhecidos, anexo à Resolução aprovada pela Assembléia Geral da ONU 53/144, em 9 de dezembro de 1998, no cinqüentenário da Declaração Universal dos Direitos Humanos.”

social atrapalha o progresso. Ambas influenciam no desenvolvimento e, portanto, as duas precisam de tratamento integrado.”¹⁴⁹

O mesmo autor ainda explicita que:

O mercado busca o lucro. Os direitos convertem-se em direitos dos pobres quando são defendidas suas necessidades básicas. O cálculo do lucro por si mesmo nunca permitirá um compromisso com os direitos humanos. Ao mercado capitalista não importa que milhões de pessoas vejam-se obrigadas a perder suas vidas.¹⁵⁰

É certo que a visão deste autor é um tanto realista em relação ao compromisso do Estado com o cumprimento dos princípios constitucionais, mas, por outro lado, em que pese essa visão negativa da realidade vivida por uma grande maioria, este posicionamento doutrinário apresenta substancial coerência se for levado em conta a prática estatal no que diz respeito à proteção dos menos favorecidos sob sua proteção.

Porém, mesmo considerando-se o mau uso dos direitos humanos a serviço de forças poderosas incrustadas no tecido social, há que se supor que os princípios constitucionais têm sua razão e relevância de ser. As garantias clássicas também devem ser entendidas como direitos, mesmo se for considerado que algumas vezes elas se revestem apenas de caráter instrumental para a proteção dos direitos. Some-se a isso o fato de que tais garantias, em determinados momentos, são tidas como instrumento real de proteção aos direitos daqueles que vivem em sociedade, já que lhes permite a proteção de seus direitos via exigência do poder público. Elas também são, em outras ocasiões, munidas de caráter prático, haja vista o reconhecimento dos

¹⁴⁹ DENNY, Ercílio Antonio. **Ética e sociedade**. Capivari, SP: Opinião, 2001. p.221.

¹⁵⁰ *Idem*, 2003. p.165.

meios processuais postos à disposição dessa finalidade como, por exemplo, o amplo direito de acesso aos tribunais (nacionais e internacionais) para que determinado direito seja defendido.¹⁵¹

Segundo Paulo Bonavides, “a vinculação essencial dos direitos fundamentais [...] enquanto valores históricos e filosóficos, nos conduzem sem óbices ao significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.”¹⁵²

De qualquer forma, é inegável a importância da manutenção constitucional dos direitos humanos no âmbito das Constituições vigentes, já que, por ser base para todas as demais leis de uma determinada nação, o texto constitucional prevê, mesmo que minimamente, a proteção a esses direitos conquistados à custa de lutas e vidas de visionários que lutaram em prol de um bem maior comum, entre eles o que diz respeito à dignidade da pessoa humana, a qual será objeto de estudo no tópico a seguir.

4.2.1 Da violação da dignidade da pessoa humana

Uma noção preliminar sobre o assunto em questão permite entender que a Constituição de 1988 traz em seu bojo preceitos com o intuito de produzir um Estado Democrático de Direito, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, bem como a liberdade, o desenvolvimento, a segurança, igualdade e justiça, considerados valores supremos de uma sociedade fundada na harmonia social.

¹⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

¹⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros ed.. 2001. p.518.

Todavia, no intuito de se discorrer sobre a dignidade da pessoa humana, é preciso apoiar os estudos em bases filosóficas, visando definir, ou melhor, compreender o seu sentido. Para tanto, com base no pensamento de Ingo Wolfgang Sarlet, é preciso considerar que desde a antigüidade clássica e, com base no pensamento estóico, a dignidade é uma “qualidade intrínseca e indispensável de todo e qualquer ser humano”, no sentido de que “todos os seres humanos, no que condiz com a sua natureza, são iguais em dignidade”, fato este que remete à “noção de liberdade pessoal de cada indivíduo.”¹⁵³

Sendo a dignidade da pessoa humana um dos valores consagrados como supremo na Lei Maior, há que se entender que em torno dela circundam os demais direitos humanos básicos e inalienáveis. Afere-se, daí, que o respeito e proteção da dignidade da vida é obrigação intrínseca ao poder público, mesmo porque não é apenas o homem que deve ter reconhecida sua dimensão de liberdade, mas o próprio Estado, por meio desse princípio (o da liberdade), é que constrói suas bases. Assim, a própria terminologia “dignidade” deve ser entendida como o respeito inerente a qualquer pessoa humana.¹⁵⁴

Assim, o respeito e a proteção de tal princípio fundamental, previsto na Carta Magna brasileira¹⁵⁵, deve ser configurado como meta contínua por parte da humanidade, do Estado e do Direito propriamente dito.¹⁵⁶

Segundo o humanista Pico Della Mirandola, a dignidade deve ser entendida como a “qualidade peculiar inerente ao ser humano que possibilita

¹⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.27/30.

¹⁵⁴ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op. cit.* p.355.

¹⁵⁵ “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: [...] III - a dignidade da pessoa humana.”

¹⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p.30.

construir de forma livre e independente, sua própria existência e seu próprio destino”¹⁵⁷, ou seja, de modo geral, o ser humano existe em função de sua própria vontade.

O conceito de dignidade também é reconhecido na base de todos os direitos fundamentais (civis, políticos ou sociais), haja vista que envolve valoração moral e espiritual, manifestando-se de forma singular em cada ser humano e, na maioria das vezes, levando à compreensão do respeito necessário aos (e dos) demais agentes que convivem socialmente.¹⁵⁸

De acordo com Karla Ingrid Pinto Cuellar, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana

É fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais, sendo o que dá unidade e coerência ao conjunto desses direitos, conseqüentemente se consolida a força normativa de tais comandos, que se estendem em sua proteção juntamente com a dignidade humana. [...]. Os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade humana, que lhes dá fundamento. Ao analisarmos o princípio da dignidade humana, perceberemos que sua análise fica ligada ao do princípio da proporcionalidade, que desempenha duas funções no sistema normativo. Ora funciona como instrumento de salvaguarda dos direitos fundamentais [...]; ora cumpre a missão de atuar como critério para solucionar conflitos de direitos fundamentais através de juízos comparativos de ponderação de interesses envolvidos no caso concreto.¹⁵⁹

Nesse contexto, compreende-se que o ser humano, enquanto pessoa, enquadra-se como principal objeto do universo jurídico, mesmo porque é ele quem justifica a necessidade de existência do Direito.¹⁶⁰

¹⁵⁷ In: SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p.31.

¹⁵⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004. p.93.

¹⁵⁹ CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. O princípio constitucional da dignidade humana: princípio da proporcionalidade e o aborto. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Informações Objetivas, abr.-mai. 2006 p.62.

¹⁶⁰ MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. *op. cit.* p.72.

Visto sob o aspecto pessoal, o indivíduo não pode ser considerado isoladamente, já que ele é, por sua própria natureza, um ser social que chega ao mundo com integridade física e psíquica unitária, vindo, num determinado estágio de seu desenvolvimento, a ter pensamento, comportamento e ações próprias (que devem ser respeitadas)¹⁶¹; tais elementos compõem sua dignidade, que tem no cerne de sua estrutura o fato de a pessoa viver em consonância com seus valores, os quais não podem ser inadequados com a preservação dos direitos dos demais agentes sociais que com ele se relacionam. Esta preservação diz respeito à proteção da liberdade, da igualdade e da fraternidade alheias, nos mesmos moldes proclamados pela Declaração Universal de 1948.¹⁶²

Sob a ótica jurídica, a dignidade é um bem a ser reconhecido, bem como respeitado e protegido. No entanto, ela não pode ser objeto de criação, concessão ou extração. Infere-se, daí, a evidência de que a dignidade humana é intangível. Com base nessa afirmação, é evidente o fato de que a dignidade humana é inatingível.¹⁶³

O fator dignidade está muito além de qualquer tipo de valoração financeira e enquadra-se nos moldes daquilo que é adequado no que se refere ao aspecto moral. Assim, violar o que a dignidade é, sem dúvida, violar também o que seria merecedor de consideração e respeito.¹⁶⁴

Na visão de Kildare Gonçalves Carvalho, tal instituto:

[...] decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e de guiar-se pelas leis que ela própria edita: todo homem tem dignidade e não um preço,

¹⁶¹ CUNHA, Sérgio Servulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.p.90.

¹⁶² ZISMAN, Célia Rosenthal. **Estudos de direito constitucional**. São Paulo: Thomson, 2005. p.25.

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *op. cit.* p.42.

¹⁶⁴ CUNHA, Sérgio Servulo da. *op. cit.* p.90.

como as coisas, já que é marcado, pela sua própria natureza, com fim em si mesmo, não sendo algo que pode servir de meio, o que limita, conseqüentemente, o seu livre arbítrio, consoante o pensamento Kantiano.¹⁶⁵

Aliás, o próprio Emmanuel Kant já acreditava que “a autonomia da vontade, entendida como a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com as representações de certas leis, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade humana.”¹⁶⁶

Direcionando o assunto para o objeto principal de estudo do presente trabalho, compreende-se que nos casos de anencefalia existem conflitos entre os direitos fundamentais da gestante e os do feto. Referindo-se à dignidade, a lide entre ambos se caracteriza entre uma dignidade já existente (genitora) e uma dignidade futura (feto), sendo necessário excluir o que, nesse caso concreto, possa ser considerado relativamente “menos” necessário de se levar em conta. Seria como ponderar o conflito entre o direito à vida de um agente social, que já a possui e a desfruta na sua plenitude, com a subsequente expectativa de vida de um futuro indivíduo, que ainda está em “fase de maturação”, ou seja, um feto em desenvolvimento.

Nesta situação específica, há que se entender que a dignidade da futura mãe deve ser sobreposta à do embrião ou feto. Uma postura contrária a este pensamento levaria a concluir que se privilegiaria alguns direitos ainda não adquiridos, ou melhor, que estariam sob uma espécie de “suspensão”, e que só poderiam ser reconhecidos caso houvesse nascimento com vida. Não é salutar

¹⁶⁵ CARVALHO, Kildare Gonçalves. *op. cit.* p.355.

¹⁶⁶ KANT, Emmanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. São Paulo: Martin Claret, 1998. p.59/69.

falar em dignidade futura do feto e, nesse contexto, impor à gestante uma gravidez de sofrimento psicológico e baseada apenas em expectativa futura, a qual, no caso, é comprovadamente inexistente.¹⁶⁷

A aplicação do princípio constitucional da dignidade humana pode ocorrer sob diferentes perspectivas, tais como a dignidade da pessoa e a paternidade. Sobre esta última perspectiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo criou jurisprudência no sentido de que:

O direito a paternidade verdadeira é atributo da dignidade humana, artigo 1º, III, CF e goza de primazia absoluta. Inoponibilidade de restrições ao acesso à ordem jurídica justa da pessoa que, inconformada com o reconhecimento voluntário contrário à verdade, busca adequação dos dados registrados à realidade existencial.¹⁶⁸

A lei, bem como seus respectivos artigos, devem ser analisados, segundo o ministro relator José Delgado, de forma atenciosa e com temperamento, levando-se em consideração o fato em si. Assim, sobre a dignidade da pessoa portadora do vírus HIV, entende que:

É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador de HIV [...], pois não se pode apegar, de forma rígida, a letra fria da lei, e sem considerá-las com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, [...] perante o preceito maior esculpido na CF [...].¹⁶⁹

Percebe-se que é preciso compreender a intenção do legislador quando esculpiu princípios garantidores da dignidade e da saúde da pessoa humana. É nesse contexto que se analisa neste trabalho a potencialidade da legalidade do aborto em casos de fetos anencéfalos, considerando-se que:

¹⁶⁷ CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. *op. cit.* p.63.

¹⁶⁸ Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Cível nº 117.644-4. Mogi Guaçu. 3º Câmara de Direito privado. Relator: Des. Ênio Zualini. Julgada em 23 nov. 1999.

¹⁶⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 249.026/PR. Relato: Min. José Delgado.

A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e a vida da gestante. Consoante o sustentado, impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – física, a moral e psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia de vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

Não há que se confrontar o direito à liberdade e à dignidade da gestante com o suposto direito de um feto que, contraditoriamente, não sobreviverá após o nascimento.

O bem jurídico “vida”, tutelado constitucionalmente, exprime que:

Sendo o direito a vida, o maior de todos os bens, [...] faz com que tudo se torne pequeno quando em relação à superioridade do princípio que tutela a vida, pois todas as demais garantias, obrigações, deveres, direitos somente decorrem do fato de estarmos vivos. (TJSP – CDCCP 4:299-302).

Ressalta-se que “a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto”. (RTJRS – 104:418), mas ocorre que, de acordo com Luiz Cláudio Amerise Spolidoro, o “produto da concepção não tem direito a vida, senão no seu sentido meramente biológico [...]. O produto da concepção ou feto ainda, juridicamente, não é sujeito, senão estado potencial da espécie humana.”¹⁷⁰

Alexandre de Moraes entende que a vida é o direito mais fundamental dentre todos os consagrados no âmbito constitucional, por ser considerado como “pré-requisito à existência e até ao exercício dos demais direitos.”¹⁷¹

¹⁷⁰ SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade**. São Paulo: Lejus, 1997. p.77.

¹⁷¹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p.30.

Nos casos de fetos anencéfalos, não há que se falar na necessidade de amparo ao direito à vida resguardado constitucionalmente, na medida em que o feto não possui uma forma de vida viável.

Ao produzir uma análise técnico-jurídica dos dispositivos elencados no Código Penal vigente com relação ao aborto tem-se que:

Para ocorrer tal crime é necessário que “a gravidez seja provada” (RT – 505:32, 556:339, 623:287, RJTJSP – 18:326, 75:285 E 97:438, JTACrim SP – 69:207). “É necessária a prova de que o feto tenha vida” (TJSP – RC 135-558, RT 503:326). “É imprescindível a comprovação da relação causal entre a morte do feto e a utilização de método abortivo”(CP, artigo 13, caput. TACRIM SP 495:229, RT – 634:301, JTACrim SP – 97:78).

Segundo Luiz Regis Prado, não há que se falar em aborto nos casos de anencefalia, pelo simples fato de não se tratar o caso de conduta típica, “visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.”¹⁷²

É a inexistência da vida que configura a falta de conduta típica, bem como permite fundamentar a falta de dolo ou culpa. A doutrina apresenta a possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, argumentando a falta de dispositivo legal a respeito, bem como a vigência de um Código Penal que está destoado com a realidade atual. Assim, tem-se que:

Afigura-se admissível à postulação em juízo e pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com a previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se adir prevista dentre as causas autorizadas de aborto dispostas no artigo 128 do Código Penal, a má-formação congênita exige situação

¹⁷² PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

anômala específica à adequação da Lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto.¹⁷³

E complementa ainda a jurisprudência nacional no sentido de que:

Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há que falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuidade de vida do feto. (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey – RJTJSP – 22/487).

Sob os aspectos médicos, a opinião é a de que:

Má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina [...] ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS – Luís Roberto Barroso – 54-8 – DF – Rel. Min. Marco Aurélio).

Foi em 2008 que o STF - Supremo Tribunal Federal iniciou debates acerca da legalização ou não do aborto no Brasil, entendendo-se que:

No Poder Judiciário, a questão começa aos poucos a ser discutida com mais desassombro. Nos últimos cinco anos, foram concedidos 3.000 alvarás judiciais para suspensão da gravidez em casos de má-formação fetal, especialmente anencefalia. É o dobro das liberações no mesmo período no início da década de 90 e representa 80% de todas as gestações de fetos anencéfalos.¹⁷⁴

O cabimento da ADPF - Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no que diz respeito à interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos é um instituto “recente” e, devido a essa característica, existem 57 pedidos tramitando em juízo e que ainda possuem respostas

¹⁷³ Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Ação Cível. Relator: Duarte de Paula. (RT 762/147).

¹⁷⁴ s.a. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, 28 jan. 2009. p. 74.

indefinidas. Por mais que a mulher esteja determinada e certa de sua decisão, optar por um aborto é algo relativamente avassalador.

No entanto, existem diversos Projetos de Lei no Congresso Nacional adequando a realidade enfrentada pelas genitoras com a inviabilidade de vida fetal nos casos de anencefalia. Tais Projetos¹⁷⁵ visam à isenção do crime de aborto quando comprovada a malformação encefálica congênita do sistema nervoso central, além do que cria incisos ao artigo 128 do Código Penal vigente.

O que se discute nos pedidos de ADPF para os casos de interrupção da gestação é que a:

Dimensão que obscurariza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. [...]. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, à liberdade em seu sentido maior, à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo da dignidade da pessoa humana. [...]. Diante de uma deformação irreversível do feto, há que se lançar mão dos avanços tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. (TJSP – AC – Rel. Adriano Marrey – RJTJSP – 22/487).

Por fim, convém ressaltar que cabe ao Poder Judiciário a compreensão de que é possível agir interpretando a Constituição Federal, afastando, assim, desse âmbito interpretativo, as questões da esfera penal para poder assegurar e reconhecer a gestante como sujeito de direitos, podendo a mesma usufruir da integridade física e mental em sua plenitude.

A aplicação do princípio constitucional da dignidade humana pode ocorrer sob diferentes perspectivas, tais como a dignidade da pessoa e a

¹⁷⁵ Referidos Projetos são os de números 4834/05, de Luciana Genro (sem partido) do Rio Grande do Sul; 4403/04, de Jandira Feghali (PC do B) do Rio de Janeiro; 4360/04, do Dr. Pinotti (PFL) de São Paulo; 1459/03, de Severino Cavalcanti (PP), de Pernambuco; e 1958/96, de Marta Suplicy (PT), de São Paulo.

paternidade. Sobre esta última perspectiva, o Tribunal de Justiça de São Paulo criou jurisprudência no sentido de que:

O direito a paternidade verdadeira é atributo da dignidade humana, artigo 1º, III, CF e goza de primazia absoluta. Inoponibilidade de restrições ao acesso à ordem jurídica justa da pessoa que, inconformada com o reconhecimento voluntário contrário à verdade, busca adequação dos dados registrados à realidade existencial.¹⁷⁶

A lei, bem como seus respectivos artigos, devem ser analisados, segundo o ministro relator José Delgado, de forma atenciosa e com temperamento, levando-se em consideração o fato em si. Assim, sobre a dignidade da pessoa portadora do vírus HIV, entende que:

É possível o levantamento do FGTS para fins de tratamento de portador de HIV [...], pois não se pode apegar, de forma rígida, a letra fria da lei, e sem considerá-las com temperamentos, tendo-se em vista a intenção do legislador, [...] perante o preceito maior esculpido na CF [...].¹⁷⁷

Percebe-se que é preciso compreender a intenção do legislador quando esculpiu princípios garantidores da dignidade e da saúde da pessoa humana. É nesse contexto que se analisa neste trabalho a potencialidade da legalidade do aborto em casos de fetos anencéfalos, considerando-se que:

A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e a vida da gestante. Consoante o sustentado, impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – física, a moral e psicológica – e em cerceio à liberdade e autonomia de vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença.

¹⁷⁶ Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Cível nº 117.644-4. Mogi Guaçu. 3º Câmara de Direito privado. Relator: Des. Ênio Zualini. Julgada em 23 nov. 1999.

¹⁷⁷ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 249.026/PR. Relato: Min. José Delgado.

Não há que se confrontar o direito à liberdade e à dignidade da gestante com o suposto direito de um feto que, contraditoriamente, não sobreviverá após o nascimento.

O bem jurídico “vida”, tutelado constitucionalmente, exprime que:

Sendo o direito a vida, o maior de todos os bens, [...] faz com que tudo se torne pequeno quando em relação à superioridade do princípio que tutela a vida, pois todas as demais garantias, obrigações, deveres, direitos somente decorrem do fato de estarmos vivos. (TJSP – CDCCP 4:299-302).

Ressalta-se que “a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto”. (RTJRS – 104:418), mas ocorre que, de acordo com Luiz Cláudio Amerise Spolidoro, o “produto da concepção não tem direito a vida, senão no seu sentido meramente biológico [...]. O produto da concepção ou feto ainda, juridicamente, não é sujeito, senão estado potencial da espécie humana.”¹⁷⁸

Alexandre de Moraes entende que a vida é o direito mais fundamental dentre todos os consagrados no âmbito constitucional, por ser considerado como “pré-requisito à existência e até ao exercício dos demais direitos.”¹⁷⁹

Nos casos de fetos anencéfalos, não há que se falar na necessidade de amparo ao direito à vida resguardado constitucionalmente, na medida em que o feto não possui uma forma de vida viável.

¹⁷⁸ SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade**. São Paulo: Lejus, 1997. p.77.

¹⁷⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2006. p.30.

Ao produzir uma análise técnico-jurídica dos dispositivos elencados no Código Penal vigente com relação ao aborto tem-se que:

Para ocorrer tal crime é necessário que “a gravidez seja provada” (RT – 505:32, 556:339, 623:287, RJTJSP – 18:326, 75:285 E 97:438, JTACrim SP – 69:207). “É necessária a prova de que o feto tenha vida” (TJSP – RC 135-558, RT 503:326). “É imprescindível a comprovação da relação causal entre a morte do feto e a utilização de método abortivo”(CP, artigo 13, caput. TACRIM SP 495:229, RT – 634:301, JTACrim SP – 97:78).

Segundo Luiz Regis Prado, não há que se falar em aborto nos casos de anencefalia, pelo simples fato de não se tratar o caso de conduta típica, “visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.”¹⁸⁰

É a inexistência da vida que configura a falta de conduta típica, bem como permite fundamentar a falta de dolo ou culpa. A doutrina apresenta a possibilidade da interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, argumentando a falta de dispositivo legal a respeito, bem como a vigência de um Código Penal que esta destoado com a realidade atual. Assim, tem-se que:

Afigura-se admissível à postulação em juízo e pedido pretendendo a interrupção de gravidez, no caso de se constatar a má-formação do feto, diagnosticada a ausência de calota craniana ou acrania fetal, com a previsão de óbito intra-uterino ou no período neonatal. Apesar de não se adir prevista dentre as causas autorizadas de aborto dispostas no artigo 128 do Código Penal, a má-formação congênita exige situação anômala específica à adequação da Lei ao avanço tecnológico da medicina que antecipa a situação do feto.¹⁸¹

¹⁸⁰ PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹⁸¹ Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Ação Cível. Relator: Duarte de Paula. (RT 762/147).

E complementa ainda a jurisprudência nacional no sentido de que:

Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há que falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuidade de vida do feto. (TJSP - AC - Rel. Adriano Marrey – RJTJSP – 22/487).

Sob os aspectos médicos, a opinião é a de que:

Má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina [...] ou à sobrevivência, no máximo, algumas horas após o parto. (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS – Luís Roberto Barroso – 54-8 – DF – Rel. Min. Marco Aurélio).

Foi em 2008 que o STF - Supremo Tribunal Federal iniciou debates acerca da legalização ou não do aborto no Brasil, entendendo-se que:

No Poder Judiciário, a questão começa aos poucos a ser discutida com mais desassombro. Nos últimos cinco anos, foram concedidos 3.000 alvarás judiciais para suspensão da gravidez em casos de má-formação fetal, especialmente anencefalia. É o dobro das liberações no mesmo período no início da década de 90 e representa 80% de todas as gestações de fetos anencéfalos.¹⁸²

O cabimento da ADPF - Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, no que diz respeito à interrupção da gravidez no caso de fetos anencéfalos é um instituto “recente” e, devido a essa característica, existem 57 pedidos tramitando em juízo e que ainda possuem respostas indefinidas. Por mais que a mulher esteja determinada e certa de sua decisão, optar por um aborto é algo relativamente avassalador.

¹⁸² s.a. **Revista Veja**. São Paulo: Abril, 28 jan. 2009. p. 74.

No entanto, existem diversos Projetos de Lei no Congresso Nacional adequando a realidade enfrentada pelas genitoras com a inviabilidade de vida fetal nos casos de anencefalia. Tais Projetos¹⁸³ visam à isenção do crime de aborto quando comprovada a malformação encefálica congênita do sistema nervoso central, além do que cria incisos ao artigo 128 do Código Penal vigente.

O que se discute nos pedidos de ADPF para os casos de interrupção da gestação é que a:

Dimensão que obscurariza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. [...]. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, à liberdade em seu sentido maior, à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo da dignidade da pessoa humana. [...]. Diante de uma deformação irreversível do feto, há que se lançar mão dos avanços tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. (TJSP – AC – Rel. Adriano Marrey – RJTJSP – 22/487).

Por fim, convém ressaltar que cabe ao Poder Judiciário a compreensão de que é possível agir interpretando a Constituição Federal, afastando, assim, desse âmbito interpretativo, as questões da esfera penal para poder assegurar e reconhecer a gestante como sujeito de direitos, podendo a mesma usufruir da integridade física e mental em sua plenitude.

4.2.2 Da violação do direito à liberdade

¹⁸³ Referidos Projetos são os de números 4834/05, de Luciana Genro (sem partido) do Rio Grande do Sul; 4403/04, de Jandira Feghali (PC do B) do Rio de Janeiro; 4360/04, do Dr. Pinotti (PFL) de São Paulo; 1459/03, de Severino Cavalcanti (PP), de Pernambuco; e 1958/96, de Marta Suplicy (PT), de São Paulo.

Para iniciar a abordagem deste tópico, nada mais eficaz que expor o referencial de Sérgio Resende de Barros, para quem:

A liberdade, bem como os demais direitos humanos, não nasce nem se constitui de inerências abstratas ou aderências gratuitas ao indivíduo humano, tomado em si, apartado da vida social e da instância histórica. O indivíduo humano é um fato social. Pelo que, a realização de seus direitos humanos está condicionada ao governo da sociedade e por isso e antes disso, os direitos humanos devem condicioná-lo.¹⁸⁴

De acordo com o artigo 4º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, a liberdade pode ser interpretada como a possibilidade de se fazer qualquer coisa que não seja prejudicial a terceiros¹⁸⁵, mesmo porque Marcel Bridel explica que ela é presumida, uma vez que, a princípio, o coletivo não pode ser sobreposto ao “valor unitário” da pessoa humana.¹⁸⁶

Entendida como um direito natural, mas num sentido mais amplo, a liberdade corresponde ao direito de um indivíduo em não se submeter ao domínio de outro(s), ficando sujeito apenas à égide de seus próprios atos e ações. A liberdade, assim, relaciona-se intimamente com a vontade humana e com a capacidade de escolha, seja pela própria consciência ou determinada pelas circunstâncias, podendo ser compreendida como uma faculdade primordial inerente ao ser humano.¹⁸⁷

No entanto, ao se tentar definir liberdade é comum o surgimento de certa dificuldade de interpretação, pois ela é parte integrante de um conjunto de princípios, os quais estão contidos numa teoria firmemente alicerçada nos

¹⁸⁴ BARROS, Sérgio Resende de. *op. cit.*, 2003. p.246.

¹⁸⁵ PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989. p.61.

¹⁸⁶ *Ibidem*. p.61.

¹⁸⁷ Projeto Renasce Brasil. Disponível em: <<http://www.renascebrasil.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

valores que dizem respeito às escolhas individuais.¹⁸⁸ Além disso, a importância do juízo de valor é o que projeta a liberdade à condição inequívoca de elemento crucial da dignidade humana.¹⁸⁹

No sistema constitucional, a importância de tal princípio não deve ser exaltada de forma desproporcional ao que ele realmente representa. Isso significa que o livre arbítrio que o indivíduo possui para adotar formas de comportamento, sem sujeição a qualquer outra pessoa, também consiste na busca dos elementos imprescindíveis a sua realização (e felicidade) pessoal. Este princípio ainda se materializa quando da inexistência de coação sobre as condições sociais do indivíduo, o que modernamente pode-se entender como as garantias individuais exigidas para se galgar o patamar da felicidade individual.¹⁹⁰

Pelo fato de o princípio da legalidade sujeitar todos os agentes sociais inseridos num contexto coletivo aos ditames previstos na positivação do Direito, a liberdade torna imprescindível a existência da legalidade, mesmo porque, não obstante ser uma garantia individual, tal princípio deve ser elevado ao *status* de suporte institucional que promove a devida estabilidade das relações jurídicas.¹⁹¹

Segundo Montesquieu, “a supremacia da lei é o primado da razão e, como dedução, da justiça. [...]. Não é criação arbitrária, fruto de qualquer *volonté momentané et capricieuse* [vontade momentânea, passageira e

¹⁸⁸ SALVATORE, Veça. Liberdade. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

¹⁸⁹ FONSECA, Fernando Adão. O Estado garantia. Disponível em: <<http://www.causaliberal.net>>. Acesso em: 26 mar. 2006.

¹⁹⁰ CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.207.

¹⁹¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.94.

fútil].”¹⁹² Além desse posicionamento, cabe aqui buscar amparo em Geraldo Magela Alves e Nelson Nery para compreender que toda lei “representa a vontade do País, assim traduzindo a vontade geral, tendo sua formação antes e durante o processo legislativo, um forte conteúdo político e social [...]. A lei assume seu verdadeiro aspecto jurídico, de norma geral e abstrata, não específica de ninguém, mas de todos os cidadãos.”¹⁹³

Alie-se a isso o fato de que, segundo Norberto Bobbio:

Seja para ordenar ato ou abster fato, toda lei, para ser juridicamente válida, deve nascer em sentido formal, devendo estar de acordo com as disposições constitucionais. Percebe-se que o princípio da legitimidade se diferencia do princípio da legalidade por conterem qualidades diferentes, pois a legitimidade é a qualidade do título do poder, e a legalidade, a qualidade de seu exercício. Quando se exige que um poder seja legítimo, pergunta-se se aquele que o detém possui um justo título para detê-lo. Mas quando se indaga a respeito da legalidade do poder quer-se saber se ele é justamente exercido de acordo com as leis estabelecidas. O poder legítimo é um poder, cujo título é justo; um poder legal é um poder, cujo exercício é justo, se legítimo.¹⁹⁴

No caso específico ao presente trabalho, a mulher grávida já é detentora de um direito individual, além do que não se pode permitir que o direito à liberdade da gestante dependa de uma condição suspensiva, ou seja, a expectativa de vida do “futuro” bebê anencéfalo.¹⁹⁵

Ao se discorrer sobre a violação do direito à liberdade de expressão ou de decisão, por exemplo, em relação à gestante de feto anencéfalo, discorre-se também sobre a tipificação do crime de aborto com base na conduta de não se levar adiante uma gravidez cuja potencialidade de vida fetal é nula. O direito à

¹⁹² MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. São Paulo: Martin Clarét, 2007. p.30.

¹⁹³ ALVES, Geraldo Magela; NERY, Nelson. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p.644.

¹⁹⁴ In: SILVA, José Afonso da. *op. cit.*, 2004. p.49.

¹⁹⁵ CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. *op. cit.* p.62.

vida, contemplado no artigo 5º da Constituição Federal, não enseja violação, tampouco responsabilização criminal, cabendo ao Estado a promoção deste direito, o qual não deve ser interpretado somente com a questão de manutenção da vida, mas, muito aquém disso, de garantir-se a dignidade da vida no que diz respeito à sua subsistência.¹⁹⁶

Assim, há que se compreender que a dignidade do feto deve ser reconhecida quando um ser humano pode desfrutar de modo completo da sua liberdade, o que no caso da anencefalia pode ser considerado uma utopia.

Além disso, um breve resgate deste trabalho permite entender que à gestante é permitido o aborto quando gravidez coloca em risco sua saúde, mas também é possível compreender a saúde num sentido mais amplo como, por exemplo, sua saúde mental.

É estarrecedor obrigar uma gestante a carregar em seu ventre um feto que não chegará à vida, ou se chegar, logrará poucas horas de vida. A paz de espírito e a saúde mental dessa gestante passam por um processo devastador, podendo ser considerado um atentando contra sua saúde mental, mas para

¹⁹⁶ GOETTEN, Glenda Francês de Moraes. O direito à vida *versus* eutanásia. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

melhor elucidar a questão o assunto será trabalhado de forma mais pormenorizada no tópico a seguir.

4.2.3 Da violação do direito à saúde da gestante

Saúde é o estado de completo bem estar, seja físico, psíquico ou espiritual do indivíduo; não pode ser considerada apenas como a ausência de afecções e doenças e constitucionalmente tem-se que todos tem direito à saúde e o Estado deve garantir esse direito. Na realidade, trata-se de um direito subjetivo do indivíduo, apesar de ser o direito um poder destinado a todos os agentes sociais de fazer cumprir toda e qualquer garantia que digam respeito a seus interesses.

Assim, observa-se que ao direito não se contrapõe o dever, mas a obrigação. A Carta Magna outorga um direito e oferece ao titular desse direito o dever de exigir do Estado a prestação de serviços referentes à saúde. O dever deste, por sua vez, tem caráter ético, devendo os governantes ofertar a todos tal direito, uma vez que o Estado tem uma conotação bem mais ampla e não pode ser confundido apenas com Administração Pública.¹⁹⁷

Em que pese verificar-se na prática a falência do sistema de saúde no Brasil, tem-se ainda nesse sentido que cabe à União promover a saúde de seus habitantes, tanto no que diz respeito a ações profiláticas e de tratamentos como, também, de prevenção. Além disso, cabe a ela proteger a saúde de forma geral, permitindo a todos que habitam seu território o pleno desenvolvimento físico e psíquico.¹⁹⁸

¹⁹⁷ CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p.884.

¹⁹⁸ PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição de 1967**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p.38-39.

Com isso, tal direito, que é de fundamental importância à sobrevivência do homem, restou sem efetividade. Infere-se, daí, que um direito de caráter expresso, legal e universal, foi negligenciado no caso brasileiro, já que nessa área da Administração Pública existe uma indiferença/omissão muito grande com o assunto, além do que, no que tange à própria população, detecta-se um pseudo conformismo.¹⁹⁹

De modo universal, acredita-se que todos os recursos da saúde pública devem estar à disposição do ser humano. O “Plano de Direitos Humanos e Políticas Públicas” determina uma relação extremamente importante; porém, negligenciada. Aparentemente, a legislação constitucional referente à eficácia dos direitos fundamentais é insuficiente e tal insuficiência se dá no momento em que a destinação do serviço se restringe a um determinado grupo ou categoria de pessoas. Percebe-se que, na prática, a universalidade do princípio não coaduna, em função de inúmeras razões, com o atual sistema constitucional.²⁰⁰

O SUS - Sistema Único de Saúde é condicionado, de acordo com o artigo 198 da Constituição Federal²⁰¹ vigente e, de acordo com Pinto Ferreira, consiste na “integração de ações e serviços públicos de saúde numa rede regionalizada [...]. Tal sistema é financiado com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, Distrito Federal e dos Municípios.” O autor ainda coloca que “permite-se a participação da iniciativa privada,

¹⁹⁹ BULOS, Uadi Lammêgo. *op. cit.* p.292.

²⁰⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *op. cit.* p.398.

²⁰¹ “Art. 198 - As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: I -descentralização, com direção única em cada esfera de governo; II - atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais; III - participação da comunidade.”

mediante contrato de direito público ou convênio, dando-se preferência a entidades filantrópicas e sem fins lucrativos.”²⁰²

Com a descentralização, havia a expectativa de que os Municípios conseguissem propiciar o atendimento básico a seus habitantes, enquanto os Estados seriam responsáveis pelos casos de maior complexidade, ficando a gestão do sistema a cargo da União. De qualquer forma, essa intenção não desobriga a rede pública de saúde no que se refere a promover o atendimento integral a todos que a ela recorrerem e este atendimento engloba a prevenção, o atendimento médico e hospitalar, bem como a cessão de remédios.²⁰³

Todavia, a realidade atualmente vivida por milhões de brasileiros, mostra claramente a ineficácia, ineficiência e intangibilidade de tal preceito. É perceptível o fato de que a saúde deixou de ser direito de todos e hoje está visivelmente voltada à situação econômica do indivíduo. Assim, cabe aqui destaque que, na verdade, e especificamente sobre este assunto, ninguém tem direitos respeitados quando o assunto é saúde pública, haja vista que a relação jurídica estabelecida entre o cidadão e o Estado não é fundamentada num vínculo jurídico que propicie obrigações por parte deste último. Decorre-se, daí, que o cidadão carece de direito subjetivo público, já que relativamente não lhe é permitido exigir judicialmente que o Estado cumpra as prestações previstas constitucionalmente.²⁰⁴

Retomando o assunto principal deste tópico, tem-se que, na maioria das vezes, a gravidez é um acontecimento de suma importância para os genitores. Ela diz respeito a um fator de significativa importância para a perpetuação da

²⁰² PINTO FERREIRA. *op. cit.* p.539-540.

²⁰³ ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *op. cit.* p.399.

²⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. *op. cit.* p.884.

raça humana, bem como envolve um ente social que provavelmente seja o mais importante desde os primeiros agrupamentos humanos: a família.²⁰⁵

O processo de gestação transforma sentimentos muitas vezes contraditórios desde a concepção, momento em que, simbolicamente, o feto já é esperado psicologicamente pela mãe. Desejos, expectativas e esperanças fazem parte da construção mental. Porém, tal construção mental também é acometida por angústias e medos, sendo comum à gestante o receio de que seu futuro filho não seja gerado de forma saudável e venha a nascer perfeito. Isso produz antecipadamente em sua psique sentimentos que vão da culpa à impropriedade.²⁰⁶

Destaque-se que tais sentimentos se concretizam, de acordo com Raquel Soifer, nos casos:

[...] em que há malformação fetal, no plano da realidade. Nesse contexto, o sentimento de culpa e raiva de si mesma se intensificam de maneira devastadora. A prática clínica demonstra que a partir do diagnóstico da anomalia, em regra, a mãe desenvolve depressão profunda. Esse quadro clínico piora pela obrigação de convivência diuturna com uma gravidez que já se sabe, está fadada ao fracasso.²⁰⁷

Ao se retratar o constante sofrimento psicológico da mãe por gerar um filho com anomalia congênita do sistema nervoso central (ou qualquer outro problema de saúde), seja ele derivado de uma dor moral ou psíquica, não se pode desconsiderar o fato de que a gestante (ou mãe) vem a questionar sua

²⁰⁵ PRADO, Felício Cintra do; RAMOS, Jairo de Almeida; VALLE, José Ribeiro do. **Atualização terapêutica**. São Paulo: Artes Médicas, 2003. p.1010.

²⁰⁶ *Ibidem*. p.1012.

²⁰⁷ SOIFER, Raquel. **Psicologia da gravidez**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

própria existência. Isso faz com que ela entre em conflito consigo mesma e, não raras vezes, afete sua saúde mental, bem como todos que a cercam.²⁰⁸

Faz-se necessário aqui ponderar valores, haja vista que, de acordo com Carlos Gherard e Carlos Kurlat:

El derecho de la madre a privilegiar su salud (psíquica y social) y su autonomía, y el valor vida de un feto anencefálico, que por definición no es viable en su vida extrauterina. La consideración de cada uno de ellos respecto de cuál debe revalecer se encuentra estrechamente ligada a la existencia del otro y en esta situación será imposible una decisión y separación completa de la consideración de cada uno de ellos.²⁰⁹

É preciso considerar que, nos casos que envolvem a anencefalia, a exacerbação da agonia psicológica é gradativa e toma vulto maior conforme vai se aproximando do desfecho trágico materializado ao fim do processo de gestação.²¹⁰ Por analogia, tem-se que o aborto sentimental se dá em função do terror da mulher gestante em carregar no seu ventre o fruto de um ato violento e com os casos de fetos anencéfalos a situação não é muito diferente, pois todo o processo de gestação é permeado pela certeza de que aquela concepção não terá um final feliz. Também é um processo dolorido para toda a família envolvida, uma vez que não resta dúvidas de que o bebê que era esperado com tanto carinho não logrará sobrevivência.

²⁰⁸ DANTAS, Marília Antunes; TOBLER, Vanessa Locke. O sofrimento psicológico é a pedra angular sobre a qual repousa a cultura de consumo. Disponível em: <<http://www.psicologia.com.pt>>. Acesso em: 19 abr. 2006.

²⁰⁹ GHERARD, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo: análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminales**. São Paulo: IBCCrim, jan.-fev. 2005. p.59: "O direito da mãe a privilegiar a sua saúde (psíquica e social) e sua autonomia, e o valor vida de um feto anencéfalo, que, por definição, não é viável em sua vida extra-uterina. A diferença a cada um deles, que deve prevalecer, encontra-se estreitamente associada à existência do outro e, nesta situação, será impossível uma divisão e separação completa, ao considerar-se cada um deles."

²¹⁰ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. Disponível em: <<http://www/pgj.ma.gov.br>>. Acesso em 27 jan. 2008.

Abordar a saúde do ser humano é tratar de sua integridade física, mental e moral; as duas primeiras dizem respeito a fatores tangíveis, passíveis de mensuração, enquanto a última, de forma um pouco mais abstrata, refere-se ao fato de que a vida não deve ser protegida apenas sob a ótica material; a moral também deve ser objeto de proteção, pois abarca a própria auto-estima da pessoa, bem como sua reputação.²¹¹

Sustentar o respeito à vida do feto é deixar de analisar que, no caso concreto, deve ser investigada a questão da qualidade de vida das pessoas envolvidas com a gestação do feto mal formado. Há que se levar em consideração que a decisão é eminentemente pessoal e, independente da escolha, é preciso respeitá-la. O respeito à dignidade da pessoa deve ser considerado, haja vista que o direito à interrupção da gravidez não deveria sofrer represálias legais aos envolvidos que, em hipótese alguma, merecem ou almejam sofrer um processo tão angustioso e sofrido.²¹²

Sobre o assunto, Sally Box explica que:

As conseqüências psíquicas e comportamentais em longo prazo podem levar a desestruturação do grupo familiar e da vida emocional da gestante. Não raro, a depressão profunda pode desembocar em tentativas de suicídio. Considerando a gravidade do problema e suas conseqüências, é forçoso admitir que a manutenção da gravidez, após o diagnóstico de anencefalia, representa elevado risco à saúde física e, principalmente, psíquica da gestante.²¹³

Toda e qualquer notícia negativa não esperada de uma gestação leva o ser humano a cessar muitas vezes um sonho, um ideal, um projeto esperado com muito amor e carinho. A malformação incompatível com a vida induz a

²¹¹ PINHO, Rodrigo César Rebello. *op. cit.* p.80-81.

²¹² GOMES, Luiz Flávio. Nem todo aborto é criminoso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, out.-nov. 2004. p.37.

²¹³ BOX, Sally. **Psicoterapia com famílias**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1994. p.68.

gestante a romper um processo psicológico e social de forma áspera. Assim, a melhor alternativa para os casos de anencefalia seria a interrupção prematura da gravidez, considerando-se que essa prática reduz a fase de sofrimento; além disso, propicia a antecipação do processo de luto e, dessa forma, permite que a gestante e seus familiares entrem mais rapidamente numa fase de recuperação em relação à perda sofrida.²¹⁴

Destaque-se, ainda, que os perfis físico e psíquico englobam fatores que não podem ser dissociados da forma como se dá a estrutura humana. Isso leva ao entendimento de que proteger um em detrimento de outro é impedir que a pessoa seja protegida no sentido pleno de sua totalidade.²¹⁵

A integridade física encontra respaldo no âmbito jurídico por ser um direito personalíssimo, intransmissível, indisponível e irrenunciável, ou seja, tais características têm como finalidade a satisfação de todas e quaisquer necessidades do indivíduo.

Sobre o assunto, Antonio Cuerda Reizu explica que:

El nasciturus es um bien de libre disposición por parte de la embarazada cuando entre em colisión con otros derechos fundamentales de la embarazada (vida, salud, libre desarrollo de la personalidad e intimidad) deberá el legislador ordinario promulgar una ley sobre la interrupción voluntaria del embarazo.²¹⁶

Apesar da fuga intencional do processo de escrita baseado na cientificidade, cabe expor o devaneio de Urânia Tourinho Peres ao fazer o seguinte questionamento: “o que dizer da dor que não pode ser dita? Sem

²¹⁴ GOLLOP, Thomas Rafael. Aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: características médicas. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001. p.113.

²¹⁵ PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Pensar, 2002. p.159.

²¹⁶ RIEZU, Antonio Cuerda. Comentario a la sentencia de Bilbao sobre el problema constitucional del aborto. **Cuadernos de Política Criminal**. Madrid: Edersa, jan.-jun. 1982. p.699.

causa ou natureza definíveis, sem possibilidade de compreensão? Dor do nada, simplesmente do vazio de existir; indiscutível, incomensurável [...].”²¹⁷

²¹⁷ PERES, Urânia Tourinho. **Depressão e melancolia**. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2003. p.7: a autora também entende que “o nascituro é um bem de livre disposição por parte da mãe quando entra em colisão com outros direitos fundamentais da mãe (vida, saúde, livre de personalidade e intimidade) deve o legislador ordinário promulgar uma lei sobre a interrupção voluntária da gravidez.”

5 BREVE ESTUDO SOBRE A QUESTÃO DA ANENCEFALIA

É fato que a Medicina tem evoluído significativamente com o passar dos anos, mas efetivamente, após a década de 1980, ela sofreu avanços extremamente importantes na área da genética, chegando mesmo ao ponto de alguns cientistas da área afirmarem que ela iniciou o período da chamada “era genômica”, ou seja, aquela onde ocorreu uma maior efervescência do progresso científico no campo da ciência da vida.²¹⁸

Também não se pode negar que a maior parte dos países que compõem o globo terrestre tem vivido fases muito positivas no que diz respeito aos avanços tecnológicos, nas quais, de forma direta, a indústria farmacêutica e, por conseqüência, a técnica médica, evoluíram de tal forma que seria inimaginável tal progresso há algumas décadas; porém, há que se considerar que certos quadros clínicos permanecem estagnados e impassíveis de solução médica, como o caso objeto de estudo deste trabalho: a anencefalia.²¹⁹

Desvendado em sua maior parte pelos cientistas, o corpo humano saudável pode ser entendido como um conjunto de mecanismos orgânicos perfeitos, que trabalham em completa sintonia e sincronismo, comandados pelo cérebro, o qual, de acordo com Rafael Kenski, é considerado:

A máquina mais complexa conhecida em todo o universo, com capacidade de adaptação ao estilo de vida do seu dono, regenerar suas partes produzindo novas células, e com treinamento desenvolver e ampliar sua facilidade para aprendizado e memorização, tudo interligado a um complexo sistema nervoso, responsável pelo transporte de informações e

²¹⁸ MIRANDA, Luis Eduardo Vaz; MIRANDA, Silvia Bento de Mello. *op. cit.* p.367.

²¹⁹ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. Disponível em: <<http://www/pgj.ma.gov.br>>. Acesso em 27 jan. 2008.

comandos provenientes do cérebro, até todos os órgãos e membros do corpo.²²⁰

Todavia, em que pese a suposta perfeição desse incrível conjunto de órgãos e tecidos que compõem o corpo humano, necessário se torna destacar que ele ainda sofre as conseqüências de sua vulnerabilidade às doenças e moléstias adquiridas, aos traumas sofridos em decorrência de impactos acidentais e, em especial para este trabalho, aos problemas de ordem genética ou de malformação congênita.

5.1 Anencefalia: uma definição clínica

O ser humano, inevitavelmente, vai a óbito na ausência (ou falência) de seus órgãos; porém, com certa dificuldade de adaptação, consegue sobreviver sem seus membros. A cabeça, onde está localizado o cérebro mantém íntima correlação com a totalidade do corpo ao qual pertence, influenciando substancialmente o desenvolvimento de outros sistemas.²²¹

Diagnosticada como um defeito congênito, a anencefalia²²² se desenvolve no princípio da vida intra-uterina, sendo que tal problema de malformação caracteriza a falta de existência do encéfalo, que contempla todo o conjunto estrutural do sistema nervoso central.

Persaud Moore, em sua obra intitulada “The developing human”, fornece informações substanciais e muito precisas acerca da anencefalia, as quais em

²²⁰ KENSKI, Rafael. A revolução do cérebro. **Revista Super Interessante**. São Paulo: abr.-ago. 2006. p.50-59.

²²¹ MIRANDA, Luis Eduardo Vaz; MIRANDA, Silvia Bento de Mello. *op. cit.* p.367.

²²² JAQUIER, Monika. Anencefalia. Disponível em: <http://www.anencephalic_info.org>. Acesso em: 25 abr. 2006: esta autora explica que a terminologia “anencefalia”, em sua etimologia, tem origem do latim *congenitus*, que significa “gerado com”.

muito contribuem para o entendimento do assunto.

Os termos médicos e científicos relacionados à área da Medicina podem causar certa confusão ao eventual leitor do presente trabalho, mas julgou-se necessário promover tal exposição, mesmo que sob pena de não entendimento pleno do exposto, já que não é salutar dissertar sobre determinado assunto sem que ele seja esgotado ao limite em suas considerações.²²³

O objetivo da conceituação científica é expressar a sujeição que o sistema nervoso central possui diante dos processos que levam às anomalias. Entretanto, há que se compreender que qualquer anomalia cromossômica apresenta a possibilidade de interferir na capacidade mental de um indivíduo ainda em vida intra-uterina ou mesmo levar à mal formações específicas.²²⁴

De uma forma mais simples, a anencefalia é:

[...] um defeito de soldadura do tubo neural (DSTN). Essa malformação congênita ocorre entre o 20° e o 28° dia após a concepção. As células da placa neural constituem o sistema nervoso do embrião. Em um desenvolvimento normal, elas dobram sobre si mesmas a fim de criarem o chamado tubo neural, que então se torna a coluna vertebral e dentro dela a medula espinhal. Depois de muitas transformações, o pólo superior do tubo neural finalmente torna-se o cérebro. [...]. A anencefalia ocorre quando o final da extremidade superior do tubo neural deixa de se fechar. Crianças com esse distúrbio nascem sem couro cabeludo, calota craniana, meninges, cérebros com seus hemisférios e cerebelo [...]. O tecido cerebral restante é protegido somente por uma fina membrana. A criança é cega, surda e não tem ou tem muito poucos reflexos.²²⁵

Nesse sentido, toda malformação dessa natureza, seja pela ausência parcial ou completa do cérebro, devido ao fechamento incompleto do tubo neural, tem como conseqüência uma subseqüente exposição do cérebro,

²²⁴ MIRANDA, Luis Eduardo Vaz; MIRANDA, Silvia Bento de Mello. *op. cit.* p.367.

²²⁵ JAQUIER, Monika. Anencefalia. *op. cit.*: esta autora explica que a terminologia “anencefalia”, em sua etimologia, tem origem do latim *congenitus*, que significa “gerado com”.

degeneração ou defeito da calota craniana, apesar de a face e o corpo do recém nascido apresentarem aspecto

normal. Caracterizada, então, pela ausência do encéfalo, essa malformação é considerada grave, sendo fatal ao bebê em questão de horas ou, em casos menos comuns, dias.²²⁶ Uma vez confirmado o diagnóstico neurológico de morte neocortical, a Medicina tem demonstrado que o maior percentual (75%) dos fetos perece ainda no interior do útero materno, enquanto o restante (25%) chega a adquirir personalidade jurídica, mas a maior parte deles vai a óbito antes mesmo de completar 24 horas de vida.²²⁷

Há que se considerar que as funções superiores do sistema nervoso central são responsáveis pela comunicação, cognição, efetividade e emotividade do ser humano; na ausência dessas necessidades biológicas, o indivíduo preserva, mas de forma efêmera, as funções vegetativas de controle da respiração e das funções vasomotoras, o que não permite que lhe seja indicada qualquer intervenção no sentido de se manter a vida por intermédio de meios artificiais ou mesmo uma possível intervenção neurocirúrgica.²²⁸

Vale aqui resgatar a opinião de Maria Lúcia Karam, para quem tal patologia (anencefalia) provoca:

[...] a ausência das funções superiores do sistema nervoso central que comandam a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade e a emotividade, preservadas unicamente e de forma efêmera as funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Tem-se situação neurológica de morte neocortical, que resulta, [...], 75% de mortes intra-uterinas de fetos e, dos 25% que nascem vivos,

²²⁶ PRADO, Felício Cintra do; RAMOS, Jairo de Almeida; VALLE, José Ribeiro do. *op. cit.* p.1005.

²²⁷ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.* p.175. Cf. também GHERARD, Carlos; KURLAT, Isabel. *op. cit.* p.53-70: neste artigo é possível obter informações acerca dos aspectos médicos da interrupção da gravidez em hipóteses de anencefalia, além de outros dados percentuais a respeito do assunto.

²²⁸ PRADO, Felício Cintra do; RAMOS, Jairo de Almeida; VALLE, José Ribeiro do. *op. cit.* p.1005.

tem uma imensa maioria de mortes nas primeiras 24 horas e o restante dentro da primeira semana, com apenas alguns casos muito esporádicos de sobrevivência por mais algum tempo.”²²⁹

Como já exposto, pouco (ou quase nada) é possível fazer na maioria esmagadora dos casos de anencefalia, pois a Medicina, assim como outras áreas das Ciências da Saúde, também apresenta suas limitações na forma de atuação ou medidas, mesmo que paliativas, visando à solução do problema. Daí a afirmação de Carlos Gherard e Isabel Kurlat no sentido de que, “nascido este feto no recibirá ninguna maniobra médica de reanimación ni será sometido a ningún procedimiento de soporte vital em virtud de la futilidad de cualquier medida.”²³⁰

Nesse quadro clínico configura-se o fato de que o feto com tal anomalia congênita não possui as mínimas condições físicas que permitam sua sobrevivência, já que carece de fator imprescindível para sua existência, ou seja, a possibilidade de manutenção de sua respiração autônoma, motivo pelo qual Campos leciona que “a anencefalia constituye una situación particularmente excepcional, em La cual La protección Del fruto de La concepción inviable y carente de los hemisférios cerebrales.”²³¹ (SIC).

5.2 O problema sob a ótica da medicina

Não se pode desconsiderar que nas últimas décadas, graças aos avanços tecnológicos em aparelhagens médicas e exames laboratoriais,

²²⁹ KARAM, Maria Lúcia. *op. cit.* p.175.

²³⁰ GHERARD, Carlos; KURLAT, Isabel. *op. cit.* p.53-70: “Nascido este feto, não ocorrerá nenhuma conduta médica de reanimação, nem será submetido a qualquer procedimento de suporte vital, em virtude da inoperância de qualquer medida.”

²³¹ In: HOOFT, Pedro Federico. **Ancencefalia e interrupción del embarazo**. Buenos Aires: Rubinzal, s/d. p.74: “A anencefalia constitui uma situação particularmente excepcional, em que a segurança do fruto da concepção não se efetiva pela inviabilidade e carência dos hemisférios cerebrais.”

a Medicina promoveu um significativo salto qualitativo no que se refere aos diagnósticos dos mais variados tipos de doenças, o que propicia uma análise com maior precisão, além de permitir uma considerável redução de riscos à saúde do feto e da gestante.

Não obstante, cabe expor que todo embrião é determinado por fatores genéticos e ambientais que se interagem simultaneamente, sendo que nos casos em que se detecta falha genética podem ocorrer circunstâncias nas quais o desenvolvimento das estruturas embrionárias do feto são diretamente afetadas. Em determinadas situações os fetos sofrem abortos espontâneos, mas por vezes tais falhas (os defeitos congênitos) podem afetar uma ou outra estrutura embrionária que não viabilize por completo o seu desenvolvimento. Nesse contexto, ocorrem casos de fetos anencéfalos, ou seja, particularidades nas quais a estrutura física, mesmo que defeituosa, apresentará anomalias no decorrer da formação dos órgãos ou mesmo de sistemas cerebrais inteiros.²³² Ocorre, daí, que tais problemas acarretam, nesse caso concreto, conseqüências prejudiciais à fisiologia do embrião, levando-o à morte.

Sobre a meroanencefalia, o mesmo autor explica que ela:

[...] pode ser facilmente diagnosticada por ultra-sonografia, fetoscopia e radiografia, por causa da ausência de extensas partes do encéfalo e calvária. Geralmente é feito um aborto terapêutico, a pedido da mãe, quando a continuação da gravidez resultará no nascimento de uma criança com anomalia grave, como a meroanencefalia, incompatível com a vida após o parto.²³³

²³² GOLLOP. Thomas Rafael. *op. cit.* p.112.

²³³ *Ibidem.* p.455-457.

Quando realizado por ecografistas experientes – pessoas que realizam a atividade de técnica de registro da reflexão dos ultrasons, que permite obter uma imagem compreensível de um feto ou de uma estrutura anatômica e patológica de órgãos do corpo humano - a detecção da anencefalia pode ser muito eficaz e apresentar ínfima probabilidade de falha no diagnóstico, além do que a gestante não é submetida a qualquer tipo de intervenção cirúrgica ou procedimento invasivo para constatar a existência dessa anomalia.²³⁴ A título de ilustração, cabe aqui expor que, na Argentina, um estudo publicado no *site* do Comitê Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón confirma que existe um alto grau de certeza quando da confirmação da doença ainda no útero materno.²³⁵

Ressalte-se, ainda, que com o gradativo e acelerado avanço da Medicina, aliado ao conseqüente progresso dos métodos e instrumentos utilizados para diagnosticar quadros clínicos importantes e de grave ameaça à vida, a ultra-sonografia, com seu alto grau de capacitação técnica e tecnologia de ponta, vem sendo utilizada na percepção de anomalias fetais com previsão de cem por cento de acerto nos casos que se apresentam incompatíveis com a vida ou com a sobrevivência do bebê.²³⁶

Praticamente sem margem de erro, a Medicina evidencia, no entendimento de Ana Sofia Schmidt de Oliveira, a “não possibilidade de vida fora do útero e, nesse contexto, o feto que padece de anencefalia é considerado natimorto. Mais de 65% dos casos resultam em morte ainda dentro do útero.”²³⁷ As margens percentuais apresentam variação de quarenta

²³⁴ PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 26 nov. 2004. p.A-3.

²³⁵ BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p.16.

²³⁶ GOLLOP, Thomas Rafael. *op. cit.* p.113.

²³⁷ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *op. cit.* p.9-10.

a sessenta por cento nos casos em que bebês anencéfalos nascem com vida; dentre esta porcentagem, oito por cento deles sobrevive mais de uma semana e, em casos pouco freqüentes, um por cento dos recém nascidos resiste entre um e três meses. O *Comitato Nazionale per La Bioética*²³⁸ ainda relata casos de sobrevivência nos quais um bebê sobreviveu quatorze meses, enquanto outros dois resistiram entre sete e dez meses, mas tais situações devem ser consideradas raras e, ainda, sem comprovação médico-legal da real existência da anomalia em questão.

A anencefalia no Brasil não ocorre de forma esporádica, haja vista que, de acordo com documentos do Hospital das Clínicas de São Paulo, ocorrem de dois a três casos dessa natureza mensalmente; seguindo essa média, em cada dez mil nascimentos, 8,6 apresentam tal anomalia. Tais índices desencadeiam, na maior parte dos casos, reações psicológicas confusas que atingem médicos e pais, os quais ficam estarecidos e indecisos diante do diagnóstico, não sabendo ao certo que posicionamento tomar frente a essa triste situação.²³⁹

Em que pese o fato de se tratar da vida de um ser humano, na quase totalidade dos casos planejado e esperado com carinho, não se pode omitir que, devido à ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, o feto anencéfalo não possui consciência, cognição, afetividade e emotividade, ou seja, não há vida relacional e, mesmo que venha a ocorrer o nascimento, o futuro bebê estará condenado a poucas horas (ou dias) de estado vegetativo.²⁴⁰ Percebe-se, assim, que nunca houve (e jamais haverá) vida cerebral ao portador dessa anomalia, o que desperta a necessidade de se estudar a questão do ponto de vista legal.

²³⁸ *Apud* OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. *op. cit.* p.61-74.

²³⁹ GOMES, Luiz Flávio. *op. cit.* p.36.

²⁴⁰ BUSATO, Paulo César. *op. cit.* p.18.

6 ABORTO: UMA ABORDAGEM DO PONTO DE VISTA JURÍDICO, MÉDICO, ÉTICO E MORAL

O aborto configura-se na realidade brasileira como assunto controverso e polêmico em virtude da pluralidade de perspectivas – moral, médica e jurídica – em que pode ser analisado. A posição sobre a não legalização do aborto no Brasil, é forte sob o ponto de vista cultural, moral e religioso. Porém, há os que clamam pela legalização em casos que não os já previstos no Código Penal. O que ocorre é que, nem sempre a clareza das argumentações desenvolvidas e a razão foram condições suficientes, para determinar o que é ético, moral e legal no ordenamento jurídico pátrio.

Em uma perspectiva puramente médica, acreditou-se que o número de abortos poderia ser reduzido por conta da existência dos eficientes métodos contraceptivos. Em um mundo ideal [...] ele seria praticado apenas para salvar a vida da mãe ou na circunstância de o feto que ela carrega no útero ter sido gerado por estupro ou ser inviável, por um defeito grave de formação.²⁴¹

Do ponto de vista do Direito, cabe aqui introduzir que a parte especial de toda matéria relacionada com a Ciência Penal designa fatos que expõem a perigo ou ofendem os inúmeros bens jurídicos protegidos pela Constituição Federal brasileira e pelo Código Penal. Paulo José da Costa²⁴² explica que “tarefa precípua da Parte Especial é abrigar os fatos proibidos pelo ordenamento jurídico penal”, uma vez que “através da descrição dos vários tipos delitivos, o cidadão irá conhecer quais as condutas reprovadas e quais as permitidas.” É por intermédio dos tipos penais que se delimita a esfera de

²⁴¹ s.a. **Revista Veja**. *op. cit.* p.68.

²⁴² COSTA, Paulo José da. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. p.245.

liberdade dos cidadãos, ao mesmo tempo em que é ela protegida.

Não obstante, aqui também cabe buscar auxílio no doutrinador lusitano Jorge Miranda para compreender que:

O direito é uma realidade cultural, indelegável das demais experiências humanas, e existe uma comunicação constante e dialéctica entre normas e factos. Os valores jurídicos incidem sobre os factos e estes, por seu turno, [...], projectam-se nas normas e no entendimento dos valores.²⁴³

Diante de tais considerações iniciais é possível observar que quando determinada coletividade, num período específico de sua história, acaba por reconhecer que alguns bens ou valores lhes têm significado de fundamental importância e devem ser protegidos, é natural que certos fatos da vida em sociedade sejam tipificados em lei, evitando-se, dessa forma, qualquer atentado contra os referidos bens e/ou valores. Isso também leva ao entendimento de que o sistema penal vigente num determinado Estado faz parte de um conjunto de valores que pode ser considerado como uma totalidade “orgânica” que reflete o espírito, o desejo e a razão de seus cidadãos.²⁴⁴

6.1 Breve resgate histórico a respeito do aborto

O sistema penal pátrio vigente delimita o aborto classificando-o como natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. Sobre o assunto, o ministro do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Adriano Marrey, explica que:

²⁴³ MIRANDA, Jorge. *op. cit.* p.27.

²⁴⁴ COSTA, Paulo José da. *op. cit.*, 2000, p.250.

Para que se caracterize o aborto, deve o feto expulso ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há que falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuidade de vida do feto. (TJSP- AC -RJTJSP 22/487).

No contexto histórico inicial da humanidade tem-se que existia, por parte do Direito, a predominância de uma total indiferença em relação ao aborto, haja vista que se considerava o feto ou embrião como elemento integrante do organismo materno, ficando, assim, a critério da gestante decidir se lhe era ou não conveniente dar continuidade ao processo de gestação. Na Roma antiga também se adotava essa mesma postura, época em que o aborto era praticado de forma freqüente e sem o peso da censura ética e/ou moral que cerca os tempos atuais. Todavia, a interrupção proposital da gravidez passou a sofrer sanção a partir do momento em que se julgou o ato como uma espécie de lesão do direito de paternidade, alegando-se como justificativa que a expectativa paterna estava sendo frustrada.²⁴⁵

Foi a partir da não aceitabilidade pela sociedade da prática abortiva, juntamente com a forte influência do Cristianismo, que a legislação vigente à época sofreu alteração, equiparando tal prática ao crime de homicídio. Cuello Calón explica que as penas aplicadas cominavam em “morte ou a perda da visão (*Lex Wisighotorum*) para quem aniquilasse seus descendentes e, para quem cometia o aborto em fetos animados (*Lex Baiuvariorum*) a pena era a mesma estipulada para o homicídio.”²⁴⁶

²⁴⁵ PRADO, Luiz Régis. **Curso de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.105-106.

²⁴⁶ *Apud* PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, 2005. p.106.

A partir da Idade Média foram surgindo novas concepções acerca do aborto. Santo Agostinho, por exemplo, entendia que o aborto só se caracterizava criminoso quando o ato fosse praticado em “feto animado”, enquanto São Basílio, compreendia que a caracterização do crime independia do “parâmetro animado ou inanimado.”²⁴⁷

Heleno Cláudio Fragoso²⁴⁸ explica que, em 1588, foi determinado pelo Papa Sixto V que tanto a pena temporal como espiritual referentes ao homicídio fossem estendidas ao aborto, não importando a idade do feto ou sua animação. Treze anos depois, em 1601, houve um retrocesso (ou avanço) sobre a concepção anterior, quando o Papa Gregório XIX decidiu que se considerasse o aborto como ilícito somente em casos nos quais o feto estivesse na condição de animado. Todavia, a Igreja Católica, gerida então pelo Papa Pio IX, em 1869, veio a abolir a distinção entre feto animado e inanimado, passando a considerar penas idênticas nas duas condições de aborto.

Com ênfase nas idéias iluministas, as legislações posteriores não equipararam o crime de aborto ao de homicídio nos casos em que tal ilícito viesse a ocorrer, de acordo com Luiz Régis Prado, por “motivo de honra (*causa honoris*) e o ato fosse praticado pela própria gestante, emergiria a possibilidade de uma aplicação reduzida de pena.”²⁴⁹

Tais idéias demonstraram uma considerável repercussão social e jurídica que, até o presente momento, são recepcionadas pela sociedade com a mesma aplicação.

²⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, 2005. p.107.

²⁴⁸ *Apud* PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, 2005. p.107.

²⁴⁹ PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, 2005. p.107.

6.2 Conceituação e aspectos jurídicos

Do ponto de vista jurídico, a prática abortiva não foi, durante um longo período de tempo, considerada como crime, podendo o aborto ser conceituado, na visão de Cezar Roberto Bittencourt, como “a interrupção da gravidez antes de atingir o limite fisiológico, isto é, durante o período compreendido entre a concepção e o início do parto, que é o marco final da vida intra-uterina.”²⁵⁰

A proibição de tal prática possui respaldo jurídico-penal nos artigos 124 a 127 do Código Penal²⁵¹ vigente, os quais apontam o aborto voluntário ou provocado como crime; o artigo seguinte da mesma norma²⁵² agrega o aborto permitido ou legal, que ocorre nos casos em que a intervenção cirúrgica é realizada com a caracterização de “terapêutica”, objetivando o afastamento de algum mal iminente (ou a morte) à gestante e, também, em outro tipo de situação, ou seja, o considerado aborto “sentimental”, também denominado ético ou humanitário, decorrente da gravidez contraída em função de estupro.²⁵³

Outra conceituação que diz respeito ao aborto, aqui designado como a privação do nascimento, mas desde que para a configuração criminal esteja evidente a normalidade da gestação, pode ser obtida em Slaib Nagib Filho e Geraldo Magela

²⁵⁰ BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁵¹ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Penal – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos; Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena – detenção de 1 (um) 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; Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são suplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.”

²⁵² “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

²⁵³ JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. São Paulo: Saraiva, 1998 p.372.

Alves, que o definem como “a expulsão prematura do feto ou embrião, antes do tempo do parto.”²⁵⁴ Tal prática obviamente diz respeito à interrupção do processo fisiológico da gravidez, tendo, como conseqüência, a morte do óvulo fecundado, do embrião ou do feto, dependendo do estágio de gestação, sendo esta conduta o que determina sua consumação.²⁵⁵

Os casos de aborto, previstos no Código Penal brasileiro demonstram que existe a viabilidade plena do feto vir a obter personalidade jurídica num curto período de tempo, haja vista que na existência de viabilidade de vida, mesmo que em estágio inicial, existe também um objeto ou bem jurídico que merece a tutela do Estado.²⁵⁶, mas de acordo com Carlos Gherard e Isabel Kurlat, “la protección de la vida de um feto tiene sentido cuando ésta es posible por definición fuera del seno materno.”²⁵⁷

Não se pode desconsiderar ante o exposto a terminologia viabilidade (que nada mais é que a qualidade daquilo que é possível) , que aqui pode ser entendida como expectativa (no sentido de se ter uma esperança) de vida, pois no caso do presente objeto de estudo não se está abordando a questão da “síndrome de down” ou mesmo um pequeno defeito de formação. Assim, não existe viabilidade de vida, pelo menos a médio ou longo prazo, em que pesem os raros casos que ultrapassaram o período de tempo de “vida” esperado nos casos de anencefalia, sendo que nos casos deste mal congênito o maior “bem”

²⁵⁴ NAGIB, Slaib Filho; ALVES, Geraldo Magela. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.5.

²⁵⁵ COSTA, Paulo José da. *op. cit.*, 2000. p.266.

²⁵⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a favor de aborto de feto anencefálico. **Boletim do IBCCrim**. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 10 mai. 2006. p. 9-10.

²⁵⁷ GHERARD, Carlos; KURLAT, Isabel. *op. cit.* p.58: “a proteção da vida do feto tem sentido quando ela é possível, por definição, fora do útero materno.”

que o Estado poderia tutelar seria a paz de espírito dos parentes, bem como evitar a agonia dos pais e a possível depressão da gestante.

No que diz respeito a uma possível alteração na legislação brasileira, que poderia minimizar os efeitos negativos sofridos pelos pais nos casos de detecção de gestação com problemas de anencefalia, Thomas Rafael Gollop explica que:

Os sucessivos esforços em modificar o Código Penal têm reconhecido esse importante paradoxo ético e a possibilidade do aborto por anomalias fetais incompatíveis com a vida figura na proposta de reformulação. No entanto, em dois mandatos consecutivos [...], quatro Comissões já foram criadas com esse intuito por diferentes Ministros da Justiça: Nelson Jobim, Iris Resende, Renan Calheiros e José Carlos Dias. [...]. O Anteprojeto da Reformulação do Código Penal encontra-se nas mãos do Ministro José Gregori. Após cobertura dada pela imprensa sobre o envio do Anteprojeto ao Congresso Nacional, nada mais foi notificado a respeito. A sociedade civil, em especial os juristas e os meios de comunicação, deveriam exigir maior empenho do Estado na votação de matéria tão importante. Ao menos no que se refere ao grande avanço técnico-científico da Medicina, o anacronismo do Código Penal vigente é incômodo.²⁵⁸

Na medida em que o legislador institui um bem jurídico a ser defendido, existe a intuição de se defender expectativas, como no caso concreto, de um feto viável. No momento em que tal expectativa é frustrada, pela inviabilidade, acredita-se não haver bem jurídico a ser tutelado, assim como se confere a ausência da legitimidade passiva necessária para se configurar a figura típica também necessária no crime de aborto.²⁵⁹

O Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal tem o condão de acrescentar o inciso III ao artigo 128 desta norma, prevendo, juntamente com as duas espécies já existentes, uma nova possibilidade de

²⁵⁸ GOLLOP, Thomas Rafael. *op. cit.* p.115.

²⁵⁹ OLANDI, Marcos. A (i)legalidade do aborto por anomalia fetal. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

exclusão de ilicitude nos crime de aborto. Ana Sofia Schmidt de Oliveira explica que o referido inciso proposto teria a seguinte redação: “não se pune o aborto praticado por médico [...] quando há evidência clínica embasada em técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante.”²⁶⁰

A falta de dispositivo legal no Código Penal pátrio, vigente desde 1940, tem estreita ligação com o período histórico de sua edição, numa época em que a Medicina ainda não havia sofrido avanços científico-tecnológico tão modernos que possibilitassem o oferecimento de diagnósticos eficazes e fidedignos a respeito da inviabilidade fetal nos quadros clínicos referentes à anencefalia.²⁶¹

Todavia, merece destaque o fato de que a genética humana, assim como o próprio Direito, não é estática, alterando-se com o passar dos tempos e, em situações específicas, em função do próprio ambiente em que vive o homem. Assim, na visão de Anibal Bruno²⁶² a insegurança resultante da junção entre genes favoráveis e desfavoráveis, cuja origem localiza-se nos dois núcleos germinais, os quais podem ser submetidos à influência de condições ambientais e humanas diversas, podem levar ao surgimento futuro de novas problemáticas envolvendo a anencefalia (e/ou outro mal congênito) e o aborto legal.

Carlos Veloso explica que foi sob essa ótica que a corrente contrária à descriminalização do aborto explicitou deduções, elucidando que, ao:

[...] admitir uma exclusão do crime de aborto, sem as cautelas de uma regulamentação séria [...] seria temerário, mesmo

²⁶⁰ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *op. cit.* p.9-10.

²⁶¹ BUSATO, Paulo César. *op. cit.*

²⁶² *Apud* BUSATO, Paulo César. *op. cit.*

porque não se pode descartar a possibilidade de clínicas de abortos criminosos se utilizarem da medida. [...] ora, essa regulamentação, absolutamente necessária, somente poderia ser feita mediante lei. O Supremo Tribunal Federal não poderia, evidentemente, fazê-la, sob pena de substituir-se ao Congresso Nacional.²⁶³

É extremamente necessário que o STF contribua com inovações no universo jurídico brasileiro, devendo para isso interpretar as leis penais conjuntamente com a Constituição Federal vigente, estabelecendo excludentes de criminalidade, especialmente nos casos de aborto eugenésico, como dos fetos que possuem anencefalia. Assim já retratava o ministro Luiz Gallotti ao afirmar que “podemos interpretar a lei, de modo a arredar a inconstitucionalidade. Mas interpretar e, não, mudando-lhe o texto.”²⁶⁴

É de domínio público que a interrupção de uma gestação, independentemente do motivo, causa uma comoção social significativa e apresenta uma realidade de difícil absorção pelos agentes inseridos em qualquer dos variados níveis que compõem o tecido social. Isso fatalmente leva ao entendimento, em situações específicas, da incongruência do raciocínio lógico com o ordenamento jurídico.²⁶⁵

Por outro lado, há que se considerar que, segundo Débora Diniz:

Não havendo vida extra-uterina viável, não há sequer de se falar em deficiência física. A decisão da mulher não leva em conta nenhum tipo de ponderação entre a sua autonomia reprodutiva e a vida do feto, pois ainda que ela não interrompa a gravidez, jamais poderá se falar em vida extra-uterina fetal, uma vez que, no máximo, há somente uma sobrevivência de alguns segundos, minutos, horas.²⁶⁶

²⁶³ VELLOSO, Carlos. Voto contrário à admissão da ADPF nº 54. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

²⁶⁴ s.a. Conheça o voto de Carlos Velloso no caso de anencefalia. Revista Consultor Jurídico. Função do Congresso. 4 maio 2005. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 20 out. 2007.

²⁶⁵ BUSATO, Paulo César. *op. cit.*

²⁶⁶ DINIZ, Débora. Em nome da mãe. **Revista Época**. São Paulo: Globo, jul. 2004. p.56.

Na expectativa de complementar o assunto, nada mais eficaz que somar a opinião retro exposta ao entendimento de Pedro Frederico Hooft, considerando o autor que:

Desde la óptica penal, em base a extensas consideraciones sostiene enfáticamente que no se trata de um aborto, dado que el caso tansiquiera puede asemejar-se, inculo, por equiparación analógica a um aborto [...] y la existência de um aborto, como delito penal, requiere La concurrencia de três elementos essenciais, a saber; existência de feto Ivo, interrupción del embarazo y resultado de muerte.²⁶⁷ (sic).

Também é preciso identificar que todo e qualquer crime, cujo reconhecimento oriunda de um tipo penal, tende a exceder toda a leviandade de conceituação. Não se deve apenas considerá-lo como um ente jurídico, formal, descritivo e sob a ótica do aspecto material e substancial. Existe na realidade contemporânea a necessidade premente de se investigar o caso com o intuito de buscar uma solução para o problema, não havendo incerteza de que as respostas estão na história, ou melhor, nas raízes sociológicas que atuam como fontes abundantes de subsídios teóricos para diversas mazelas que assolam o cotidiano humano atual.²⁶⁸

Em que pese a coesão nas idéias transmitidas no parágrafo anterior, consoante se faz expor certa incoerência existente nas intervenções de Geraldo Batista de Siqueira e Marina da Silva Siqueira, quando os autores explicam que os tipos elencados em dispositivos legais contidos no Código Penal, tais como:

²⁶⁷ HOOFT, Pedro Frederico. *op. cit.* p.376: “A partir da óptica penal, fundamentada em extensas considerações, fica assegurado que, de forma enfática, não se trata de aborto, dado que o caso sequer pode assemelhar-se, por equiparação analógica, a um aborto [...] e a existência de um aborto, como delito penal, requer a conjunção de três elementos essenciais: existência de feto vivo, interrupção da gestação e resultado morte.”

²⁶⁸ SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva. *op. cit.* p.8.

[...] aborto necessário, aborto terapêutico, bem como o aborto sentimental, aborto ético, quando a gravidez resultar de estupro, além da ocorrência de anencefalia, envolvendo o fenômeno fisiológico da gravidez de sorte a produzir a morte encefálica do feto, erigem-se em condutas que se inserem no âmbito das permissões legais.²⁶⁹

De qualquer forma, feitas as considerações necessárias sobre a conceituação e os aspectos jurídicos inerentes à interrupção da gravidez, interessante se torna para este trabalho explicitar brevemente os tipos de aborto existentes, o que será levado a efeito a seguir.

6.2.1 Sobre o aborto criminoso

O artigo 124 do Código Penal²⁷⁰ dispõe duas hipóteses que configuram como crime próprio o aborto provocado pela gestante, com ou sem seu consentimento: a execução de práticas abortivas pela própria gestante ou seu consentimento para que outra pessoa o faça, levando o feto a óbito.

Na primeira hipótese, o aborto é classificado como criminoso em virtude de o feto ser considerado, de acordo com Vicente Júnior Sabino, como “uma esperança de pessoa, tanto que o direito declara que a personalidade do homem começa com o nascimento com vida, e põe a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²⁷¹

²⁶⁹ SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva. *op. cit.* p.10.

²⁷⁰ “Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque. Pena - Detenção de 1 (um) a 3 (três) anos.”

²⁷¹ SABINO, Vicente Junior. **Direito penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967. p.678.

Portanto, o crime consiste na interrupção dolosa da gravidez, ato que acaba por destruir o produto da concepção, mas desde que para isso se preveja a existência de uma vida que ainda está em processo de formação.²⁷²

A segunda situação prevê que é admissível a participação de uma terceira pessoa a induzir, instigar ou auxiliar a gestante, mesmo que de forma indireta, a provocar aborto em si mesma.²⁷³ Esta outra hipótese, Nelson Hungria²⁷⁴ parte da premissa de que este crime é executado por outrem, mas com a devida concordância da agente que se encontra em estado de gravidez. Aqui é possível apreender que, apesar de a gestante não agir diretamente, sua conduta não deve ser avaliada como secundária, pois ela se omite, mas não reage contrariamente ao ato criminoso e seu consentimento tipifica o crime, visto que, de acordo com Edgard Magalhães Noronha “ao invés de discriminar, integra a figura, pois se trata de bem indisponível, inoperante.”²⁷⁵

Diferentemente das situações anteriores, no caso do artigo 125 do Código Penal²⁷⁶ brasileiro a conduta criminosa se dá sem o consentimento da gestante e, nesta situação, são duas as condutas reprováveis, uma vez que, além do aborto propriamente dito, também se deve considerar a violência praticada contra a pessoa em situação de gravidez. Considere-se, ainda, o aborto levado a efeito em mulher dissenciente, que ocorre contra vontade da gestante ou à sua revelia, o que a coloca em posição de sujeito passivo no

²⁷² NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.55.

²⁷³ JESUS, Damásio Evangelista de. *op. cit.*, 1997. p.105.

²⁷⁴ In: BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.126: “Anteprojeto. Concedida minoração penal no auto-aborto ou no consentido, quando a razão era executar a desonra da mulher, tal prescrição era coerente com a definição de Infanticídio. *Honoris Causa*.”

²⁷⁵ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.*, 2001. p.56.

²⁷⁶ “Art. 125 - Provocar aborto sem o consentimento da gestante. Pena – Reclusão de 2 (três) a 10 (dez) anos.”

delito, além do que é configurado um desrespeito à tutela da *spes hominis* (esperança de pessoa).²⁷⁷

Não obstante, existem as hipóteses de realização do aborto mediante fraude, enganos e artifícios, o que induz a gestante a uma falsa consciência da realidade, fazendo com que a mesma incorra em erro. Esta ação determina o vício de consentimento no qual o crime em tal circunstância está acometido, ficando a gestante isenta de pena em função dessa característica. A suposição do aborto real ocorre mediante violência (emprego de força física) ou grave ameaça (promessa de um mal a alguém) e, nesses casos, mesmo havendo oposição e certa resistência da mulher ao fato e/ou ação, ela acaba vencida pela força física e/ou grave ameaça de terceiro(s).²⁷⁸ Dessa forma, tanto a violência física como a moral invalidam o crime no caso da gestante.

Já, nos casos que envolvem a suposição de aborto presumido, também denominado de ausência presumida de consentimento²⁷⁹, a prática do ato ocorre em gestantes menores de quatorze anos de idade ou, ainda, em gestantes alienadas: aquelas mulheres grávidas que não possuem desenvolvimento mental completo; por essa razão, determinou o legislador que estas não teriam discernimento suficiente para compreender o caráter ilícito do ato.

Em situações que envolvem gestantes portadoras de debilidade mental (enfermidade disposta no artigo 26 do Código Penal brasileiro)²⁸⁰, a legislação as tornou inimputáveis, mas o sujeito (ativo) que pratica o crime responde pelo

²⁷⁷ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p.56.

²⁷⁸ *Ibidem.* p.56.

²⁷⁹ *Ibidem.* p.56.

²⁸⁰ “Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.”

delito descrito pelo artigo 126 da mesma norma.²⁸¹ Ressalte-se que este artigo incide sobre o grau de culpabilidade daquele que também realiza procedimentalmente o aborto nos casos em que há o consentimento da gestante.

De acordo com os dispositivos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, independentemente do consentimento (ou não) da gestante, nos casos em que ocorrer lesão corporal de natureza grave ou morte em decorrência da prática do crime, incidirá uma qualificadora sobre a pena, aumentando-a em um terço ou até mesmo duplicando-a. Tal posicionamento legal já sofreu incidência na jurisprudência brasileira quando o relator, ministro Andrade Cavalcanti, em recurso dirigido ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, determinou que “sofrendo a vítima lesões corporais de natureza grave em decorrência do aborto [...], impõe-se ao reconhecimento das qualificadoras. (RT 643/282).“

Por fim, destaque-se que existe um fator de fundamental importância para esse tipo de crime, ou seja, a existência de causalidade²⁸², motivo pelo qual Antonio José Miguel Freu Rosa explica que:

O texto legal não exige, nem impõe, o exame da causa da lesão da morte. Não requer, sequer, que tenha havido imprudência, negligência ou imperícia, que são os elementos básicos da culpa [...] o direito penal moderno [...] adotou [...] o princípio jurídico verarista, mediante o qual aquele que está

²⁸¹ “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 quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.”

²⁸² DE PLÁCIDO E SILVA. *op. cit.* p.162: este autor explica que “no direito penal, a *causa* se mostra o mesmo fator ou gerador do ato ou fato (efeito), que se qualifica como delito ou contravenção. E, nesse sentido, é ela representada pela *ação* ou *omissão* produtoras do resultado, de que depende a existência do crime. A evidência da causa e a existência do resultado, dentro do sentido penal, é que, formando a relação de causalidade, indicam o *agente* a quem se imputa o crime, a que deu existência por sua ação ou omissão.”

praticando ato ilícito, responde por todas as suas conseqüências, até mesmo pelo caso fortuito.²⁸³

Porém, não se pode desconsiderar que nem todo aborto é considerado criminoso, mesmo porque a legislação penal pátria prevê casos em que ele não configura crime.

Foi criada uma comissão tripartite composta por membros do Legislativo, Executivo e da sociedade civil no intuito de repensar a legislação hoje vigente. Tal trabalho coordenado pela Secretaria Especial de Políticas Públicas para Mulheres da Presidência da República (SPM/PR) trata da interrupção voluntária da gravidez e encaminhou para revisão da legislação punitiva a seguinte proposta:

Minuta de Substitutivo

Estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegura a realização do procedimento no âmbito do sistema único de saúde, determina a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Toda mulher tem o direito à interrupção voluntária de sua gravidez, realizada por médico e condicionada ao consentimento livre e esclarecido da gestante.

Art. 2º Fica assegurada a interrupção voluntária da gravidez em qualquer das seguintes condições:

I – até doze semanas de gestação;

II – até vinte semanas de gestação, no caso de gravidez resultante de crime contra liberdade sexual;

III – no caso de diagnóstico de grave risco à saúde da gestante;

IV – no caso de diagnóstico de malformação congênita incompatível com a vida ou de doença fetal grave e incurável.

Art. 3º No caso de gestante relativa ou absolutamente incapaz, o consentimento deve ser dado ou suprido, conforme o caso, por seu representante ou assistente legal, resguardado o direito da gestante à manifestação de sua vontade.

Parágrafo único. Na hipótese de colisão entre os interesses do representante ou assistente legal e a vontade da gestante representada ou assistida, ou no caso de carência de representante ou assistente legal, o representante do Ministério

²⁸³ ROSA, Antonio José Miguel Freu. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.142-143.

Público deve atuar como curador especial e pronunciar-se, extrajudicialmente, no prazo de cinco dias.
[...].²⁸⁴

Atualmente, a questão do aborto deveria ser tratada como um tema de saúde pública e não mais somente sob o ponto de vista criminal; como ocorre. Percebe-se, que a criminalização pouco tem contribuído para a redução do número de casos de práticas abortivas.

A realidade enseja uma revisão da legislação sobre o aborto “levando em consideração a diferença histórica da sociedade do século XXI com a sociedade da década de 40 quando foi editado nosso Código Penal vigente.”²⁸⁵

6.2.2 Sobre o aborto considerado legal

Estabelecido no Código Penal²⁸⁶ brasileiro vigente, em seu artigo 128, incisos I e II, o aborto legal determina a existência da exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade do ato, embora, segundo Ricardo Antonio Andreucci, “a melhor solução seja mesmo a de considerar suas hipóteses previstas em lei como causas de exclusão de culpabilidade, em que persistiria o crime, ausente apenas a punibilidade.”²⁸⁷

Ainda no âmbito da doutrina, constata-se a desventura de tal dispositivo legal, uma vez que o estado de necessidade, como fator característico do fundamento dos incisos I e II do referido artigo enseja o raciocínio de que,

²⁸⁴ Relatório final dos trabalhos da Comissão de Revisão da Legislação Punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <<http://www.presidencia.gov.br>>. Acesso em: 12 jul. 2007.

²⁸⁵ SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p.96-97.

²⁸⁶ “Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da estante ou, quando incapaz, de seu representante legal.”

²⁸⁷ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p.20.

quando um agente pratica um fato ilícito, não seria recomendável mensurar a não punição prevista na normativa pátria.²⁸⁸

Aliás, essa linha de raciocínio adotada pelas correntes doutrinárias é bem coerente, uma vez que realmente se visualiza a necessidade de previsão legal para a interrupção de gravidez nesses estados de necessidade. Não é exigido um exercício de reflexão muito aprofundado para se chegar a conclusão de que, entre a vida da gestante (já tutelada) e a expectativa de vida do feto, a primeira deve se sobrepor à segunda, já que esta tem previsão futura e eventual.²⁸⁹

O inciso I do artigo supra citado denomina o aborto como necessário e Nelson Hungria designa o fato como sendo “a interrupção artificial da gravidez para conjurar perigo certo e inevitável para outro modo, à vida da gestante.”²⁹⁰ Porém, é prioritário o fato de que realmente exista risco de vida à mulher grávida, não cabendo hipóteses que digam respeito apenas à saúde ou à higidez da futura mãe. Podem, no decorrer da gestação, surgirem enfermidades ou mesmo defeitos e/ou malformação do feto, o que implicaria na certeza de impossibilidade de finalização do processo gestacional, mas sem apresentar riscos àquela que gera nova vida em seu ventre. Nos casos em que a Medicina permite intervenção cirúrgica com o feto ainda no útero não se pode arriscar afirmar que existe amparo para a prática abortiva.²⁹¹

É importante ficar claro ao leitor que, nos casos em que a interrupção da gestação se torna absolutamente necessária, existe por parte da lei uma consideração muito maior para com a vida humana já existente (leia-se

²⁸⁸ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p.58.

²⁸⁹ ROSA, Antonio José Miguel Freu. *op. cit.* p.145.

²⁹⁰ In: BITENCOURT, Cezar Roberto. *op. cit.*, 2002. p.126.

²⁹¹ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.*, 2001. p.59.

gestante) do que para com a vida futura do feto, que no caso configura-se apenas em esperança ou expectativa.²⁹²

Abordando o assunto juridicamente, via de regra, as legislações existentes consideram o aborto necessário, como um caso particular de estado de necessidade.

Já, o inciso II do artigo 128 discorre e normatiza sobre o aborto no caso de gravidez proveniente de estupro, constituindo esta última prática também em crime previsto pela legislação penal e punido de forma severa.

Quando incluído na categoria de sentimental, o aborto se torna lícito e o próprio ato do estupro materializa a licitude, quando empregado por meio de utilização de força física e/ou violência. Ocorre que, segundo Damásio Evangelista de Jesus:

Se existem dois meios de realização do estupro, e o Código Penal, na norma permissiva do aborto, fala apenas em estupro, sem distinguir, é porque pretende que em todos os casos de existência desse delito, seja a violência ficta ou real, não respondendo [...] pela provocação do fato.²⁹³

Reafirmando esta teoria existem aqueles que entendem ser desumano impor à mulher que ela carregue em suas entranhas, durante significativo período de tempo, um ser pelo qual não lhe tem carinho, que não é fruto do amor entre dois agentes envolvidos, e nada mais é que a infeliz consequência de um ato violento. Nesta situação, o feto em seu útero é a lembrança viva de momentos de pânico e horror que viveu à época em que foi estuprada.²⁹⁴ É nesse sentido que a legislação, conforme explicita Antonio José Miguel Freu

²⁹² ROSA, Antonio José Miguel Freu. *op. cit.* p.144.

²⁹³ JESUS, Damásio Evangelista de. *op. cit.*, 1997. p.109.

²⁹⁴ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p.60.

Rosa, “reconhece à mulher o direito de extrair o fruto dessa concepção forçada, animalésca, eliminando-o de sua vida e de sua lembrança.”²⁹⁵

O aborto denominado sentimental prevê, na espécie, o estado de necessidade, sendo que Manzini descreve tal possibilidade por confiar que “as conseqüências danosas do estupro constituem a permanência da causa criadora do perigo atual de um grave dano à pessoa.”²⁹⁶

Nos casos de probabilidade comprovada e atestada por médicos de que o feto apresenta graves e irreversíveis anomalias (físicas ou mentais), a Lei Penal não só poderia como deveria reconhecer a possibilidade de intervenção cirúrgica para cessar a gravidez, muito embora prática do aborto eugênico no Brasil ainda não tenha sido adotada. Porém, mesmo pecando por falha de repetição, cabe resgatar que existe um projeto de lei encaminhado ao Congresso Nacional, o que, em caso de aprovação em todas as instâncias legislativas e devida sanção do presidente da República, poderia regulamentar de vez a questão.²⁹⁷

Todavia, há que se destacar que o assunto referente ao aborto eugênico merece a devida cautela, sob pena de se adentrar a um novo período histórico brasileiro em que o diagnóstico pré-natal não mais seria feito com vistas ao bem da gestante e ao tratamento profilático do feto. Não mais se estaria envolvendo o diagnóstico precoce e o devido tratamento de enfermidades congênitas. Sob essa ótica, corre-se o risco de, com amparo da lei, haver discriminação extensa a todos os tipos de genes patogênicos e defeitos congênitos e isso poderia levar a procedimentos abortivos em massa,

²⁹⁵ ROSA, Antonio José Miguel Freu. *op. cit.* p.145.

²⁹⁶ NORONHA, Edgard Magalhães. *op. cit.* p.66.

²⁹⁷ ROSA, Antonio José Miguel Freu. *op. cit.* p.146.

utilizando-se dos conhecimentos médicos não mais para tratamento preventivo, mas para a eliminação pura e simples de toda uma gama de agentes sociais futuros em função da existência de enfermidade que nem sempre compromete a atividade do cidadão que ainda não adquiriu personalidade jurídica. A própria História já se encarregou de condenar outros tipos de eugenia num passado recente, ou seja, a busca de uma sociedade livre de certos “padrões” humanos que não correspondem ao “ideal” de comunidade “perfeita”.²⁹⁸

Em que pese a legalidade do aborto sentimental, a proibição de outros tipos de interrupção da gravidez não tem sido suficiente para evitar tal prática. Medicamentos abortivos, profissionais da saúde em clínicas clandestinas e “curiosos” continuam a realizar abortos ilegais em todo o território nacional, mas há que se destacar que a tipificação do crime nada mais significa que uma espécie de controle ideológico, baseado na premissa de proteção dos direitos paternais oriundos de um sistema social fundado sob a égide de uma sociedade com acirrada origem patriarcal. Assim, entende-se que a transformação do ato em si como ilícito penal não diminui a incidência da prática abortiva, e pior, sujeita uma legião de mulheres a buscar refúgio em “profissionais” antiéticos, que não apenas pouco se importam para com a vida dos fetos, mas que colocam em risco a integridade física das “pacientes”, as quais não raras vezes sofrem seqüelas gravíssimas, quando não são levadas a óbito.²⁹⁹

²⁹⁸ BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos direitos humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p.30.

²⁹⁹ TORRES, José Henrique Rodrigues. Descriminalização do aborto: Portugal respondeu SIM. **Revista Juízes para a Democracia**. Portugal: Coimbra Editora. 2006. p.78.

6.3 Considerações sobre o aspecto moral do aborto

Desenvolver um raciocínio lógico e racional acerca do aborto é algo extremamente árduo, na medida em que o tema ostenta pontos de vista contrários e pode ser analisado moral, ética e juridicamente sob diferentes perspectivas.

No Brasil, existem os que consideram e clamam pela legalização do aborto com base nos casos que não possuem previsão legal. Grande parte da população brasileira, envolvida por valores contrários argumentam pela não legalização.

O aborto em si designa a interrupção de uma gestação nos casos em que o feto não é viável. Sem a capacidade de sobreviver fora do útero, os abortos classificados na legislação penal como o retido e o espontâneo devem ser considerados como patologias clínicas, resultantes de problemas relacionados à própria gestação, sejam eles naturais ou embrionários. O importante é evidenciar que o tipo penal que exalta argumentação negativa com relação a questões éticas, sociais e jurídicas é o aborto provocado. Mas apesar de ser um critério de estatuto moral totalmente arbitrário, toda a problemática direciona-se à possível ou não determinação do início da vida humana.

Sobre esse assunto, cabe aqui expor, apesar da extensão do posicionamento, os conhecimentos de Fernando José Cebola Lidon, quando o autor explicita que:

A formação, maturação e fusão de uma célula sexual feminina com outra masculina, conduzem à formação de uma única célula, chamada zigoto, e que definitivamente marca o início de um novo indivíduo. Assim, o feto não é uma coisa, porque a

sua natureza material e biológica o coloca entre os seres pertencentes à espécie humana. De facto, cada um de nós foi necessariamente um feto. Numa perspectiva genética, não existe qualquer tipo de ruptura entre o que um ser humano é após a concepção (quando o genoma já está totalmente determinado), e aquilo que será após o nascimento. Acresce que, a tese segundo a qual uma pessoa é um conjunto de funções em exercício não pode ser considerada, porque introduz um conceito de legitimidade para a discriminação do ser humano (enquanto detentor de certas capacidades ou funções). Efectivamente, a existência da natureza humana implica, para todo o indivíduo, o facto insofismável de ser uma pessoa. A pessoa é pois definida pela natureza ontológica, aceitando-se aquilo que um indivíduo concreto pode vir a ser (face à sua natureza racional), mesmo quando não manifesta todas as características da racionalidade.³⁰⁰

É inegável que a citação retro exposta apresenta sua coerência, mas permeada totalmente por aspectos que dizem respeito à ciência e à moral. Já, no que diz respeito ao Direito, ele próprio determina que qualquer agente social só adquire personalidade jurídica ao nascer e, fundamentalmente, respirar. Ora, se o Direito não considera um ser que ainda não respirou fora do útero como detentor da condição de pessoa, há que se atentar com mais ênfase para as questões que dizem respeito ao aborto. Felizmente, esse próprio Direito garante positivamente os direitos do nascituro, o que também leva ao entendimento que existe uma grande lacuna lógica do ponto de vista normativo, mas que, no momento, não supre qualquer necessidade de se visualizar um indicativo a respeito do aborto.

Também é preciso ter em mente que a reflexão moral e ética sobre o aborto produz duas vertentes específicas. A primeira delas prevê que, a partir da fecundação, toda e qualquer vida (humana) diz respeito à condição de pessoa. Em outro sentido, existe a linha que acredita no processo de

³⁰⁰ LIDON, Fernando José Cebola. Interrupção voluntária da gravidez ou matança de inocentes? Disponível em: <<http://www.auniao.com>>. Acesso em: 6 mai. 2006

individualização como único meio de se adquirir a personalidade, sendo que o início desse processo ocorre com o surgimento da linha primitiva; sob essa ótica, não há que se falar em ser humano ou pessoa enquanto o agente social não estiver participando *in locu* do convívio social.³⁰¹

A moral, compreendida como um conjunto de regras e princípios que orientam ou devem orientar a razão dos homens e fundamentar as relações da vida em sociedade, permite absorver a concepção de que, ao tornar ilegal a prática do aborto, a lei não a cessa, mas apenas remete este tipo de procedimento ao âmbito da clandestinidade.³⁰²

Seria prática não recomendável omitir que existem casos em que viver a experiência de uma gravidez não desejada, enseja a questão moral do aborto e acaba sendo admitida como excepcional e moralmente aceitável como, por exemplo, a concepção via ato violento de estupro. Entretanto, é preciso compreender que, independentemente do ser humano vindouro, cada situação que leva ao aborto enseja para o casal algo excepcional e, sob essa lógica de raciocínio, dever-se-ia considerar sem hesitação o aborto como uma prática considerada moralmente justificável. Isso porque cada caso é um caso e não cabe a agentes externos determinar o que deve (ou não) ser feito nos casos de uma gravidez não planejada ou indesejada.

Caberia nesse contexto indagações a respeito da educação, adoção e a não utilização de métodos anticoncepcionais. No entanto, cada situação tem seu caráter e justificativa específica, geralmente sendo a prática condenada por

³⁰¹ A Tolerância e suas Implicações no Aborto. In: 1º SEMINÁRIO DE CURSO DE LICENCIATURA EM FILOSOFIA DA UNIVERSIDADE DE AÇORES. 19/01/2005. Açores. Portugal. Disponível em: <<http://www.filosofranauac.blogspot.com>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

³⁰² BITTENCOURT, Gustavo. Malditas defesas morais. Disponível em: <<http://www.natalpress.com>>. Acesso em: 4 mai. 2008.

peças que não vivem a realidade das famílias que enfrentam tal problemática.

Não se pretende aqui fazer uma apologia ao aborto, muito pelo contrário. Há que se entender o problema e apreender que uma coisa é ter o direito, outra é exercer esse direito, em dada circunstância, particular, ensejando que tal ato seja moralmente justificável.

6.4 O aborto e sua natureza jurídica

Como já exposto anteriormente, no ordenamento jurídico pátrio o aborto é disciplinado por dispositivos legais contidos no Código Penal brasileiro. A legislação, por si só, não define o aborto, e assim, a definição do elemento normativo extrajurídico provém de doutrinadores, profissionais das áreas da saúde e de ciências biológicas.

Desse modo, o tema pode ser definido doutrinariamente, com a eficaz ajuda de Francesco Carrara, como "a morte dolosa do feto no útero [...], violenta expulsão do feto do ventre materno, da qual resulte a morte."³⁰³ Também é possível recorrer aos conhecimentos de Luiz Régis Prado para conceituar o aborto como "a morte dada ao nascituro *intra uterum* [dentro do útero] ou pela provocação de sua expulsão."³⁰⁴

Vale destacar que alguns penalistas argumentam que os artigos 124 a 128 do Código Penal vigente classificam-se como base para a doutrina, os tipos de aborto, mas ressalte-se que, juridicamente, não existe o aborto denominado econômico, ou seja, aquele permitido nos casos de famílias

³⁰³ CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**. Bogotá: Temis, 1980. p.127.

³⁰⁴ PRADO, Luiz Régis. *op. cit.*, 2005. p.111.

numerosas e de baixa renda, como ocorre em alguns países europeus. Da mesma forma, não há tratamento jurídico ao denominado aborto eugênico, permitido nos casos em que há risco fundamentado de que o embrião seja portador de grave anomalia genética de qualquer natureza ou outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gravidez.

Independente do tipo em que se classifica a prática do aborto, oportuno se torna buscar guarida em Gustavo Octaviano Diniz Junqueira para entender que “para efeitos penais, o feto é considerado pessoa, tutelando-se a vida de pessoa humana. No auto-aborto há apenas uma objetividade jurídica, qual seja, a vida do feto. No aborto praticado por terceiros, há outra, mediata, que é o direito à vida e à integridade física e psíquica da gestante.”³⁰⁵

Em contrapartida, é importante notar que, em momento algum existe posicionamento moral, ético ou social, a exigir que a gestante coloque em risco sua própria vida para garantir a sobrevivência da vida em potencial que carrega em seu ventre.³⁰⁶

Até o presente momento, buscou-se permitir ao leitor a absorção de alguns conceitos legais, doutrinários e pessoais acerca do aborto, mas deve-se considerar que o tema é significativamente polêmico e certamente gera certa efervescência de sentimentos em cada pessoa, já que os posicionamentos tendem a englobar extremidades conflitantes.

³⁰⁵ JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito**. São Paulo: Premier, 2004. p.196.

³⁰⁶ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *op. cit.*, 2006. p.10.

6.5 O aborto num breve esquema de Direito comparado

A legalização do aborto é tema constantemente discutido de forma globalizada e nas últimas décadas esse assunto também vem suscitando considerações na América Latina, após a aprovação da interrupção de gestação na Cidade do México.

Sobre o assunto, Juan Silva Meza destaca que:

Para aquellas madres que aborten si el producto de La concepción representa alteraciones genéticas o congênitas que puedan proveer em riesgo La sobrevivência del mismo, y que se tenga el consentimiento de la madre. De acuerdo a La parte actora este precepto vulnera La garantía de igualdad prevista [...] puesto que permite que se discrimine al no nacido por su cualidades físicas. [...]. Permite tambien que se prive de La vida al no nacido sin que exista um juicio prévio.³⁰⁷ (sic).

Some-se a isso o fato de que países da Europa e da América do Norte consideram o aborto uma questão de saúde pública e nos casos de interrupção nos primeiros meses de gestação o fato não é considerado crime.

Todavia, não se pode omitir que, conforme leciona Maria Lúcia Fernandes Penha, os “aspectos éticos [...] nos casos de embriões anencefálicos não são discutidos na literatura internacional, ficando a critério

³⁰⁷ MEZA, Juan Silva. Algunas reflexiones em torno a la acción de inconstitucionalidad 10/2000, relativa a las reformas en materia de aborto operadas em la legislación penal del Distrito Federal. **Revista Mexicana de Ciências Penales**. México: Porrúa; Academia Mexicana de Ciências Penales, abr. 2002. p.54-55: “para aquellas mães que abortem se o produto da concepção representa alterações genéticas ou congênitas que possam proveer em risco a sobrevivência do mesmo, e que se tenha o consentimento da mãe. De acordo à parte autora este preceito vulnera a garantia da igualdade prevista [...] posto que permite que se discrimine ao não nascido por suas qualidades físicas [...]. permite também que se prive da vida ao nascido sem que exista um juízo prévio.”

das crenças e opiniões dos pais a decisão sobre a interrupção da gravidez, restando aos médicos apenas o diagnóstico e a orientação.”³⁰⁸

Tal prática não ocorre no cenário nacional, cabendo ressaltar que um caso que repercutiu em nível midiático foi o de Gabriela Oliveira Cordeiro, de dezoito anos, que conseguiu obter no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro permissão para interromper a gestação de feto anencéfalo. No entanto, ao saber do caso, um sacerdote ingressou com um pedido de *habeas corpus* em favor do nascituro (HC 32159), o qual foi acolhido pela ministra Laurita Vaz e levou à alteração da decisão anteriormente exarada. A requerente acabou dando a luz à uma menina chamada Maria Vida, que sobreviveu por apenas sete minutos seguidos do parto.

A decisão da referida ministra é uma demonstração da proeminente pendência ao positivismo na conjuntura jurídica brasileira, aliada à herança cultural de dominação da Igreja sobre as decisões individuais. Enquanto no Estado de Nova Iorque (EUA), por exemplo, o aborto é legalizado e permitido até os três meses de gestação, sem a necessidade de qualquer justificativa da gestante, no Brasil ainda é necessário o aval da Justiça, mas somente em casos extremos e com grande probabilidade de indeferimento.

Diante desse quadro, cabe perfeitamente a máxima de que a Justiça “é cega”, haja vista que não consegue enxergar o sofrimento pelo qual passam os futuros pais e a família do nascituro como um todo, mas esse posicionamento não significa necessariamente uma defesa indelével à questão do aborto, mas apenas à decisão de evitar antecipadamente um martírio à gestante e, apesar

³⁰⁸ PENHA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Revista Scientific Electronic Library On Line**. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 4 fev. 2006.

de ser um quadro supostamente indolor, ao futuro bebê, se o mesmo vier a obter personalidade jurídica.

Também não se pode desconsiderar que, se forem levadas em conta recentes estatísticas, os quadros de anencefalia no Brasil não são incomuns, já que a própria FEBRASCO - Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia estima um caso para cada 1.600 nascimentos. Tem-se, ainda, que o número de partos de cidadãos brasileiros sofre oscilação anual entre 2,7 a 3 milhões, não se podendo desconsiderar que, de acordo com a OMS - Organização Mundial da Saúde, é expressiva incidência de casos de anencefalia no país, o que coloca o Brasil em quarto lugar no *ranking* mundial em número de ocorrências dessa natureza.³⁰⁹

Sob pena de desvirtuar o objeto principal de estudo, não cabe aqui relacionar os países onde a interrupção da gravidez é permitida (ou não), mas deve-se destacar que a idéia vem se difundindo no Brasil, apesar dos posicionamentos contrários do ponto de vista ético, moral e religioso, que influenciam diretamente a opinião pública.

De qualquer forma, o assunto é muito extenso e peculiar para ser tratado neste capítulo, ora dedicado exclusivamente à questão da anencefalia, motivo pelo qual deverá ser tratado de forma mais pormenorizada na seqüência deste trabalho.

6.3 A problemática jurídica envolvendo a interrupção da gravidez

Do ponto de vista do Direito, a ADPF - Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é a hipótese prática considerada

³⁰⁹ FERNANDES, Maíra Costa. *op. cit.* p.2.

mais eficaz para o pedido que configura a autorização da antecipação do parto (ou interrupção de gravidez).

Luiz Roberto Barroso³¹⁰ explica que, considerando-se que o direito de propor a ADPF é “limitado a um conjunto de pessoas, órgãos e entidades políticas ou de Estado, foi realizado em Brasília um seminário que debateu os aspectos médicos e jurídicos envolvidos na Ação”; como consequência, a CNTS - Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde, juntamente com as “federações que a integram decidiram encampar a idéia e abraçar a causa.”

Sob nº 54, um pedido³¹¹ de ADPF foi levado ao STF - Supremo Tribunal Federal tendo como o objetivo, de acordo com Luiz Roberto Barroso, que tal instância decisória:

[...] interpretando o Código Penal (CP), à luz da Constituição Federal (CF), declarasse que os artigos nele previstos que tipificam o crime de aborto não se aplicassem nem à gestante nem aos profissionais da saúde no caso de antecipação terapêutica do parto de feto encefálico. E que, como consequência, fosse reconhecido às gestantes que se encontrassem nessa situação o direito de interromperem a gestação.³¹²

O ministro Marco Aurélio Mello reconheceu o teor do pedido quando, no dia 1º de junho de 2004, “valendo-se de faculdade que lhe confere a lei, decidiu conceder a liminar monocraticamente.”³¹³ A decisão, segundo o autor retro citado, foi tomada nos seguintes termos:

[...] diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados [...] diante de uma deformação irreversível do feto, há que se lançar mão dos

³¹⁰ BARROSO, Luiz Roberto. Conheça os bastidores da discussão sobre anencefalia. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br>>. Acesso em: 25 mai. 2006. p.2.

³¹¹ Cf. BARROSO, Luiz Roberto. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.559-582: a petição inicial da Ação pode ser conferida integralmente nesta obra.

³¹² BARROSO, Luiz Roberto. *op. cit.*, 2006. p.3.

³¹³ *Idem*. p.4.

avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, mas justamente, para fazê-lo cessar.³¹⁴

Contudo, em Sessão Plenária realizada em 20 de outubro de 2004, o procurador geral da República, mediante análise de cabimento da ADPF ora em tela decidiu pela revogação parcial da medida liminar, afastando, assim, após manifestação do relator ministro Carlos Ayres Britto, a possibilidade de antecipação do parto de fetos anencéfalos, sobrestando os processos e as decisões judiciais até então aplicadas.

Somente em 27 de abril de 2005 foi que ocorreu a admissibilidade da ADPF diante do posicionamento do STF, o qual atuou demonstrando mais ênfase à Constituição Federal vigente do que aos dispositivos penais, não agindo apenas como um legislador positivo.

Convém ressaltar que atualmente, devido à alteração da composição do STF, não há como prever o julgamento de uma nova ADPF que possa vir a tramitar em juízo com o mesmo mérito; porém, existiram e ainda existem ministros que compuseram e ainda permanecem neste Tribunal posicionados em sentido favorável a este tipo de ação como, por exemplo, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence, Nelson Jobim e, ainda, o ministro relator Marco Aurélio Mello.

Cabe aqui reproduzir alguns trechos³¹⁵ dos votos de ministros que destacaram argumentos conflitantes, tratados sobre direitos reprodutivos e sexuais, além de decisões de âmbito Internacional que descriminalizaram o aborto, a saber:

³¹⁴ BARROSO, Luiz Roberto. *op. cit.*, 2006. p.4.

³¹⁵ In: FERNANDES, Máira Costa. *op. cit.*

[...] sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Holanda ('a saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu'), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto, nem berço, nem enxoval, nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus. (Carlos Ayres Britto).

Não tenho dúvidas de que centenas de mulheres espalhadas pelo país vêm sendo ou correm risco potencial de ser molestadas, ameaçadas, constrangidas por atos do Poder Público, caso venham a tomar a decisão, de profundo conteúdo autonômico, de interromper a gestação, se constatado, por atos médicos apropriados, que o feto de que são gestantes tem a deformação congênita denominada anencefalia. O risco de lesão a um Direito Fundamental da mulher parece-me evidente [...]. (Joaquim Barbosa).

A interpretação que se há de fazer da lei anterior, ainda que admitida a sua recepção, há de fazer-se a partir das regras, e mais do que as regras, a partir dos Princípios da Constituição superveniente. Por isso a superveniência da Constituição pode sim levar, sobretudo quando se soma – e isso é o que se sustenta – a mudança dos conhecimentos médicos a respeito da questão, pode levar sim a uma inversão do que parecia um límpido, claro, indiscutível sentido da Lei anterior, quando ao tempo de sua promulgação. (Sepúlveda Pertence).

Apesar das manifestações retro expostas, Luiz Roberto Barroso destaca que “as requerentes ficam muitas vezes à mercê da convicção religiosa de promotores e juízes”³¹⁶; nesse contexto, indaga-se até que ponto a interrupção da gestação de um feto anencéfalo constitui efetivamente (ou seja, é levado a efeito, ou ainda, ocorre de forma real) grave ofensa a um bem jurídico.

³¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *op. cit.*, 2006. p.1.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se observar o conteúdo e o processo histórico que originou o surgimento do Estado, seja ele Liberal, Social ou Democrático, verifica-se que a trajetória se equipara a das dimensões de direitos, com uma única diferença: o Estado enfatizando uma corrente jurídica e, por sua vez, as gerações dando ênfase a uma corrente política.

Num contexto global, as dimensões de direitos não acompanharam a mesma trajetória histórica; o que ocorreu foram movimentos sociais que auxiliaram no surgimento das dimensões no ordenamento jurídico.

Toda problemática voltada para anencefalia já foi reconhecida tanto social como tecnicamente e, pelo fato de ter sido considerada pelo ministro Marco Aurélio Mello como condição suficiente para a realização do aborto, assim o deveria ser na prática de forma geral.

De fato, o importante é compreender os direitos fundamentais no âmbito de uma mesma perspectiva histórica, política e social, sem hierarquia ou sucessão, não deve declinar à falsa concepção de que, para se ensejar novo direito, dogma ou valor, o anteriormente estabelecido necessita estar consagrado. Isso porque todos os direitos fundamentais estão, de certa forma, consolidados e assegurados a todos os seres humanos.

Não pode o ser humano ficar limitado à idéia de que novos direitos não podem ser reconhecidos, mesmo porque não se deve perder de vista que os

próprios direitos fundamentais não estão isentos da imutabilidade, ou seja, eles merecem ser tratados no contexto do período histórico vivido pelo homem.

Nos casos de gestação de feto anencéfalo, não há que se falar em conflito de bem jurídico a ser tutelado em um dos pólos, pois existem duas situações distintas que ensejam a mesma conclusão: o feto que possui malformação grave do sistema nervoso central falece no curso da gestação ou, ainda, em casos extremos de número ínfimo, pode vir a nascer com vida, perecendo após alguns minutos e, muito raramente, depois de horas ou poucos dias depois.

Com relação à primeira situação, tem-se praticamente um ser natimorto, não havendo sentido jurídico para tutelar bem ou interesse algum, já que eles inexistem. No segundo caso até existe bens a serem tutelados (a vida), mas cabe aqui salientar que incumbir ou, até mesmo, obrigar uma gestante a terminar uma gestação de feto anencéfalo, cujo final inevitável é a morte, induz a acreditar que o direito desconhece o instinto de conservação humana sob todos os seus aspectos, sejam eles morais, éticos, psicológicos ou jurídicos. De acordo com o Professor Doutor Alessandro Jacomini, “acima deste, quando nós aceitarmos as coisas como elas são, e que elas não existem como são, estaremos sendo nós mesmos.”

Apesar de os bens serem de idêntico valor (quando existe vida), há que se avaliar o fato de que o feto anencéfalo certamente não sobreviverá. A consequência de tal anomalia com relação ao bem maior encerra-se com a morte certa e inevitável do feto.

Na colisão de direitos no caso específico, sem dúvida devem prevalecer os direitos da genitora, uma vez que, no sentido literal da palavra, são direitos já concretizados.

Existem bens que exprimem valor e merecem tutela incondicional, pois, independente do resultado da gestação, ainda em um pólo (genitora), a quem restarão bens jurídicos relevantes, que são dignidade da pessoa humana, o direito à liberdade de escolha e à saúde física, moral e psíquica, visto que a anencefalia pode ser considerada uma grave ameaça psicológica e emocional à mãe, ensejando o comprometimento de sua saúde mental. Isso pode refletir de forma indireta em outros fatores como, por exemplo, a desestruturação da unidade familiar e, em casos mais severos, até em separação, pois a instabilidade psíquica da gestante pode levá-la à prática de atos e comportamentos extremos que impliquem na incompatibilidade da vida em casal.

Nesse sentido, não é só possível, mas necessário não conflitar direitos humanos fundamentais já constituídos com aqueles sobre os quais incidem dúvidas consistentes de que irão materializar-se futuramente.

No curso de uma gestação, os sentimentos se concretizam na realidade, afetando a mulher na sua dignidade, na saúde, e desestruturando-a emocionalmente de forma brutal. Violar a dignidade da pessoa humana é violar a liberdade pessoal, a pretensão, a existência e o próprio destino. Submeter uma mulher a geração de um feto que possui tal anomalia é submetê-la a conceber um filho sem as mínimas condições concernentes à sobrevivência.

Ocorrendo a hipótese de anencefalia, não há como reprovar a possibilidade do aborto. Trata-se, na verdade, de direito líquido, certo e até

natural da gestante de pleitear a interrupção da gravidez. A valoração de direitos não é pura ideologia, significando apenas a consecução da própria história do ser humano, que ainda desenvolve-se e transforma-se cotidianamente.

É preciso que o Estado seja cada vez mais laico e menos ideológico no que diz respeito às decisões (e legislações) que envolvem casos dessa natureza, haja vista que a laicidade deve ser uma característica (e não uma opção) da função governamental. Como exemplo tem-se as sociedades (com suas exceções) regidas sob a égide da religião muçulmana radical, considerando-se que nela é impossível falar sobre direitos humanos e garantias constitucionais, cabendo sempre cumprir as decisões baseadas num livro (Alcorão) que, diga-se de passagem, é interpretado muitas vezes de forma equivocada ao que pretendia seu autor.

Outro fator curioso é que o Brasil inseriu-se perfeitamente no processo de globalização e, conseqüentemente, ao neoliberalismo, criando leis (e principalmente impostos) de Primeiro Mundo, mas oferecendo serviços de países subdesenvolvidos. Em algumas nações o aborto é considerado legal, independentemente de o feto ser saudável ou não, mas aqui a questão é tratada como tabu e crime (salvo exceções positivadas), sendo o direito de escolha e sobre o próprio corpo da mulher ainda é tolhido pelas normas e convenções. O tolhimento de tal direito nada mais é que um resquício da sociedade patriarcal, baseada no conceito de que a mulher (assim como seu próprio corpo) deve ser observado sob a ótica da propriedade masculina.

Não se deve interpretar o parágrafo anterior como uma apologia à liberação geral do aborto, muito pelo contrário. Fetos saudáveis e com

potencial de adquirir personalidade jurídica devem ter seu direito á vida resguardados. O que se pretendeu foi apenas demonstrar como o Brasil possui conceitos e práticas retrógradas em comparação a outros países, não devendo, novamente, interpretar-se que a prática do aborto puro e simples é sinal de desenvolvimento.

Diante do que até aqui foi exposto, deve-se reconhecer sem dúvida os danos causados pela dor, angústia e frustração a que é submetida uma gestante de feto anencéfalo. Cuidar de sua saúde é tema primordial e necessita não só estar em tela como, também, exige profundo debate, uma vez que a falta de previsão legal resulta em repercussões de decisões contraditórias no âmbito jurídico.

A valoração de direitos não é pura ideologia, mas uma prática voltada à própria historicidade humana, a qual ainda se desenvolve de forma gradativa e constante. Não visualizar tal valoração é permitir que toda uma sociedade viva (e conviva) num ambiente em dissonância com as reais necessidades individuais e, mais, num esquema coletivo que peca pela não adaptação aos novos tempos, pelo menos no que diz respeito à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia.

Percebe-se que a análise constante de conflitos de valores iguais é uma consequência da condição humana. E torna-se muito mais fácil analisá-los e condená-los quando o sofrimento e a angústia são vivenciados por terceiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A Tolerância e suas Implicações no Aborto. In: 1º SEMINÁRIO DE CURSO DE LICENCIATURA EM FILOSOFIA DA UNIVERSIDADE DE AÇORES. 19/01/2005. Açores. Portugal. Disponível em: <<http://www.filosofranauac.blogspot.com>>. Acesso em: 3 abr. 2008.

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Dicionário básico de direito acquaviva**. 4. ed. atual., rev. e ampl. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

ALVES, Geraldo Magela; NERY, Nelson. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____; SLAIBI FILHO, Nagib. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

AMELUNG, Knut. Rectsgüterschutz undf schutz der Gesellschaft, 1972, p.346 e ss. *Apud Apud* LUIZI, Luis. **Bens constitucionais e criminalização**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo13.htm> >. Acesso em: 03 març. 2009.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Curso de direito penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

BARBOSA, Ruy. **A Tribuna Parlamentar: a República: teoria e prática**. t. 3. Casa de Rui Barbosa: História do Brasil, 1995.

BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. São Paulo: Millennium, 2008.

_____. **Direitos humanos: paradoxo da civilização**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

_____. Noções sobre gerações de direitos. Disponível em: <<http://www.srbarros.com.br/aulas.php?TextID=63>>. Acesso em: 23 set. 2007.

BARROSO, Luiz Roberto. Conheça os bastidores da discussão sobre anencefalia. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/2885,1>>. Acesso em: 25 mai. 2006.

_____. **Temas de direito constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. t. III.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

BENEDETTI, Carla Rabal. **Resumo jurídico de direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

BICUDO, Hélio. **Direitos humanos e sua proteção**. São Paulo: FTD, 1997.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Código penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BITTENCOURT, Gustavo. Malditas defesas morais. Disponível em: <http://www.natalpress.com/index.php?Fa=aut.inf_mat&MAT_ID=10654&AUT_ID=35>. Acesso em: 4 mai. 2008.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 6° reimpressão.

_____; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros ed.. 2001.

_____. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BOX, Sally. **Psicoterapia com famílias**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1994.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos direitos humanos: o embrião e os direitos humanos - o aborto terapêutico**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

BRASIL. 25 set. 1992. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em <<http://www.portaldafamilia.org/artigos/texto065.shtml>>. Acesso em: 25 mai. 2008.

_____. **Código civil brasileiro**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Código penal brasileiro**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Conselho Federal de Medicina. Resolução nº 1480, de 8 de agosto de 1997. Termo da Declaração de Morte Encefálica. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resoluções/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 27 jan. 2008.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Constituições do Brasil**. Compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices de Adriano Campanhole. 11. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. Disponível em: <http://www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e-%20aborto.pdf>. Acesso em 27 jan. 2008.

CAETANO, Marcelo. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

CARIGÉ, Augusto Nascimento. O Estado Democrático de Direito e as Gerações de Direitos. Disponível em: <http://www.juspodivim.com.br/i/a/%7BA8AE3B6F-CJE3-4ECO-97A6-435226FA5627%7D_Artigocorrigido.doc>. Acesso em: 28 jun. 2007.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal**: parte especial. Trad. de José J. Ortega Torres. Bogotá: Temis, 1980. v. 3 e 4.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

CAVALCANTI, João Barbalho Uchoa. **Constituição Federal brasileira**. Rio de Janeiro: Cia. dos Editores, 1924.

CAVALCANTI, Sandra. **A vida dos direitos humanos**: considerações sobre o aborto e direito à vida. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CAVALLI, Ricardo Carvalho; CUNHA, Sérgio Pereira da; DUARTE, Geraldo. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto: Funple, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz; ARÁN, Mercedes Garcia. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

COPETTI, A. **Direito penal e Estado Democrático de Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CORRÊA, Ana Patrícia Thedin. Para uma história das metodologias em História do Direito. Disponível em: < <http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10058> > Acesso em: 07 março 2009.

COSTA, Alexandre Araújo. **Do historicismo ao conceitualismo**: Savigny. Disponível em: <<http://www.arcos.adv.br/livros/hermeneutica-juridica/capitulo-iii-o-positivismo-normativista/2-do-historicismo-ao-conceitualismo-savigny/>> Acesso em: 18 março de 2009.

COSTA, Nelson Nery; ALVES, Geraldo Magela. **Constituição Federal anotada e explicada**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

COSTA, Paulo José da. **Comentários ao código penal**. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito penal**: curso completo. São Paulo: Saraiva, 2000.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1998. v. 2.

CUELLAR, Karla Ingrid Pinto. O princípio constitucional da dignidade humana: princípio da proporcionalidade e o aborto. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. a. 7. n. 37. São Paulo: Informações Objetivas, abr.-mai. 2006.

CUNHA, Sérgio Servulo da. **Princípios constitucionais**. São Paulo: Saraiva, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DANTAS, Marília Antunes; TOBLER, Vanessa Locke. O sofrimento psicológico é a pedra angular sobre a qual repousa a cultura de consumo. Disponível em: <http://www.psicologia.com.pt/artigos/ver_artigo.php?codigo=A0175>. Acesso em: 19 abr. 2006.

DARDENNE, Edouard David. Lei de Biossegurança e direito à vida. Disponível em: <http://www.gazetamercantil.com.br/soTexto.aspx?cd_noticia=1762582&us_not_free=UIOU&vs_cd_grupo_noticia=408>. Acesso em: 23 mai. 2007.

DE PLÁCIDO E SILVA. **Vocabulário jurídico**. 20. ed. rev. e atual. por Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Revisão Técnica de Ricardo Issa Martins. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

Declaração Universal dos Direitos do Homem. Adaptado pela Assembléia-Geral com a Resolução 217 A (III), de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.unhchr.ch/html/menu6/2/fs2.htm>>. Acesso em: 12 ago. 2008.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. 2. ed. Piracicaba: Editora Unimep, 2001.

DEL VECHIO, Giorgio. **Lições de filosofia do direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1959.

DENNY, Ercílio Antonio. **Ética e sociedade**. Capivari, SP: Opinião, 2001.

_____. **Experiência e liberdade**. Piracicaba, SP: Opinião, 2003.

DINIZ, Débora. Em nome da mãe. **Revista Época**. ed. 321. São Paulo: Globo, jul. 2004.

FAÚNDES, Aníbal. Por um novo consenso sobre o aborto. Disponível em <<http://www.gtpos.org.br/index.asp?Fuseaction=Informações&ParentId=511%a rea=1&pub=59>>. Acesso em: 13 ago. 2007.

FERNANDES, Máira Costa. Interrupção da gravidez de feto anencéfalo: uma análise constitucional. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=887>. Acesso em: 30 mar. 2008.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

FONSECA, Fernando Adão. O Estado garantia. Disponível em: <<http://www.causaliberal.net/convidados/estadogarantia.htm>>. Acesso em: 26 mar. 2006.

GARRETT, Marina Batista. Da divisão didática à unicidade material: um estudo das gerações de direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/24/19/2419/>>. Acesso em: 8 jul. 2007.

GHERARD, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia e interrupción del embarazo: análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de um caso reciente. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**. n. 2000-b. v. 13. São Paulo: IBCCrim, jan.-fev. 2005.

GOETTEN, Glenda Francês de Moraes. O direito à vida *versus* eutanásia. Disponível em: <<http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/contestado/glenda/eutanasia.htm>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

GOLLOP, Thomas Rafael. Aborto por anomalia fetal incompatível com a vida: características médicas. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. n. 3. v. 2. São Paulo: Imprensa Oficial, 2001.

GOMES, Luiz Flávio. Nem todo aborto é criminoso. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. a. V. n. 28. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, out.-nov. 2004.

GONÇALVES, Kildare. **Direito constitucional**. 10. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GONÇALVES, Marcos Peixoto de Mello. Câmaras cidadãs. Disponível em: <http://www.pimenet.com.br/noticias.inc.php?&id_noticia=3837&id_sessao=2> . Acesso em: 3 mar. 2009.

HERKENHOFF, João Baptista. **Direitos humanos**. São Paulo: Santuário, 1997.

HOOFT, Pedro Frederico. **Ancencefalia e interrupción del embarazo**. Buenos Aires: Rubinzal, s/d.

JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Trad. Esp. Joaquim Cuello Conturas; José Luiz Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1997. P.560 e ss. *Apud Apud* LUIZI, Luis. **Bens constitucionais e criminalização**. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo13.htm> >. Acesso em: 03 març. 2009.

_____. Existe un aborto lícito de personas? **Revista del Poder Judicial**. 3. época. n. 60. Madrid: Consejo General Del Poder Judicial, abr. 2000.

JAQUIER, Monika. Anencefalia. Disponível em: <http://www.anencephalic_info.org>. Acesso em: 25 abr. 2006.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Código penal anotado**. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Direito penal**. 15. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Elementos do direito: direito penal**. 5. ed. São Paulo: Premier, 2004.

KANT, Emmanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. De acordo com a versão original em alemão, Kant, Grundlegund zur Metaphysik der Sitten, especialmente. São Paulo: Martin Claret, 1998. (Coleção Os Pensadores).

KARAM, Maria Lúcia. Debate sobre o aborto. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

KENSKI, Rafael. A revolução do cérebro. **Revista Super Interessante**. ed. 229. São Paulo: abr.-ago. 2006.

LIDON, Fernando José Cebola. Interrupção voluntária da gravidez ou matança de inocentes? Disponível em: <<http://www.auniao.com/noticias/ver/php?id=10249>>. Acesso em: 6 mai. 2006.

LIMA, George Marmelstein. Crítica à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina.texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 28 jun. 2007.

LINS, Augusto E. Estellita. **A nova Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1938.

LUIZI, Luis. **Bens constitucionais e criminalização**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/revista/numero4/artigo13.htm>>. Acesso em: 3 mar. 2009.

MACHADO NETO, Antônio Luís. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva. 1975.

MARTINEZ, Vinício C. O Estado de direito social. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5494>>. Acesso em: 28 jun. 2007.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2008.

MEZA, Juan Silva. Algumas reflexiones em torno a la acción de inconstitucionalidad 10/2000, relativa a las reformas en materia de aborto operadas em la legislación penal del Distrito Federal. **Revista Mexicana de Ciências Penales**. a. LXVIII. v. VII. n. 3. México: Porrúa; Academia Mexicana de Ciências Penales, abr. 2002.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Lisboa: Coimbra. 2002.

MIRANDA, Luis Eduardo Vaz; MIRANDA, Silvia Bento de Mello. **Clínica de Perinatologia**. Rio de Janeiro: Medsi, 2002.

MONDANI, Marco. **Direitos humanos**. São Paulo: Contexto, 2006.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. Trad. de Jean Melville. São Paulo: Martin Clarét, 2007.

MOORE, Persaud. **The developing human: clinically oriented embryology**. 6. ed. trad. e publ. Rio de Janeiro: Guanabara Kogan, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007. (Coleção Temas Jurídicos).

MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1993. v. 1.

NAGIB, Slaib Filho; ALVES, Geraldo Magela. **Vocabulário jurídico**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NASCIMENTO, Artur Gustavo Azevedo do. Política criminal e eleição de bens jurídicos. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1026>. Acesso em: 23 mai. 2008.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

OLANDI, Marcos. A (i)legalidade do aborto por anomalia fetal. Disponível em: <<http://www.apriori.com.br/agi/for/viewtopic.php?p=2801>>. Acesso em: 28 ago. 2006.

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. Anencefalia e transplante de órgãos. **Revista Brasileira de Bioética**. n. 1. v. 1. Brasília: Sociedade Brasileira de Bioética, abr. 2005.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Parecer do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária a favor de aborto de feto anencefálico. **Boletim do IBCCrim**. a. 13. n. 160. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 10 mai. 2006.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O sentido da criminalização do aborto. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**. a. 15. n. 1. Coimbra: Almedina, jan.-mar. 2005.

PENHA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **Revista Scientific Electronic Library On Line**. v. 15. n. 1. Rio de Janeiro, jan.-jun. 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/physis/v15n1/v15n1a06.pdf>>. Acesso em: 4 fev. 2006.

PERES, Urânia Tourinho. **Depressão e melancolia**. Rio de Janeiro: Jorge Zabar, 2003. (Coleção Passo a Passo)

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis de direito civil**. Rio de Janeiro: Pensar, 2002.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia. **Folha de São Paulo**. Tendências e Debates. Caderno 1. São Paulo, 26 nov. 2004.

PINTO FERREIRA. **Comentários à Constituição brasileira**. São Paulo: Saraiva, 1989.

PONTES DE MIRANDA. **Comentários à Constituição 1946**. São Paulo: Max Limonad, 1953.

_____. **Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. t. II. Rio de Janeiro: Guanabara, 1936.

_____. **Comentários à Constituição de 1967**. Com a Emenda Constitucional nº 1, de 1969. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. II

PRADO, Felício Cintra do; RAMOS, Jairo de Almeida; VALLE, José Ribeiro do. **Atualização terapêutica**. São Paulo: Artes Médicas, 2003.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. v. 2.

_____. **Curso de direito penal brasileiro**. 5º ed., rev., ampl. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v.2.

Projeto Renasce Brasil. Disponível em: <http://www.renascebrasil.com.br/f_liberdade2htm>. Acesso em: 24 abr. 2006.

QUILICI GONZALEZ, Everaldo Tadeu. Direitos Humanos no Brasil: por uma ação nacional pelos Direitos Fundamentais. **Comunicações**. Caderno do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIMEP. a. 3. n. 1. Piracicaba, SP: Editora Unimep, ago. 1998.

Relatório final dos trabalhos da Comissão de Revisão da Legislação Punitiva que trata da interrupção voluntária da gravidez. Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sempp>. Acesso em: 12 jul. 2007.

RICHE, Flávio Elias. Friedrich Karl Von Savigny e a Escola Histórica do Direito. Disponível em: <<http://www.geocities.com/flavioriche/Savigny.htm?200918>>. Acesso em: 17 mar. 2009.

RIEZU, Antonio Cuerda. Comentario a la sentencia de Bilbao sobre el problema constitucional del aborto. **Cuadernos de Política Criminal**. n. 18. Madrid: Edersa, jan.-jun. 1982.

RIVERO, João Miguel da Luz. **Direito à educação especial de crianças e adolescentes**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo. 2007.

RODRIGUES, João Carlos. **Constituição política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro: Casa dos Editores, 1863.

ROSA, Antonio José Miguel Freu. **Direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

ROXIN, Claus. A proteção da vida humana através do direito penal. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto_Roxin.htm>. Acesso em: 8 set. 2004.

s.a. As gerações de direitos e as novas tendências. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/discursos/0001114/as%20gera%20c3%a7%20b5es%20dos%20direitos%20e%20as%20novas%20ted%20c3%ancias.doc>>. Acesso em: 26 jun. 2007.

s.a. **Revista Veja**. a. 42. n. 4. ed. 2007. São Paulo: Abril, 28 jan. 2009.

s/a. Conheça o voto de Carlos Velloso no caso de anencefalia. Revista Consultor Jurídico. Função do Congresso. 4 maio 2005. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br/text/34540,1>>. Acesso em: 20 out. 2007.

SABINO, Vicente Junior. **Direito penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

SALVATORE, Veça. Liberdade. Disponível em: <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=435>>. Acesso em: 24 abr. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SILVA, Enio Moraes da. Teoria geral dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.radaragito.com.br/direito/direito_constitucional/DIREITOSFUNDAMENTAIS.htm>. Acesso em: 9 jul. 2007.

SILVA, Isaque Marinho da. O Estado de Direito e seus limites. Disponível em: <<http://www.portaltributario.com.br/artigos/estadodedireito.htm>>. Acesso em: 7 jul. 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Poder constituinte e poder popular**: estudos sobre a Constituição. São Paulo: Malheiros, 2000.

SIQUEIRA, Geraldo Batista de; SIQUEIRA, Marina da Silva. Aborto, Anencefalia: autorização judicial ou consentimento da gestante. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. a. VI. n. 32. São Paulo: Walter Diab e Veruska E. Longhi Diab, jun.-jul. 2005

SMANIO, Gianpaolo Poggio. O bem jurídico e a Constituição Federal. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5682>>. Acesso em: 8 mai. 2006.

SOIFER, Raquel. **Psicologia da gravidez**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1992.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. **O aborto e sua antijuricidade**. São Paulo: Lejus, 1997.

TORRES, José Henrique Rodrigues. Descriminalização do aborto: Portugal respondeu SIM. **Revista Juízes para a Democracia**. a. 11. n. 40. Portugal: Editora Coimbra, dez. 2006.

VASCONCELOS JÚNIOR, Luiz Diogo de. Hannah Arendt e os direitos humanos. Disponível em <http://www.eticaefilosofia.ufjf.br/9_2_luiz.html> Acesso em 17 ago. 2007.

VELLOSO, Carlos. Voto contrário à admissão da ADPF nº 54. Disponível em <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text/34540.1>>. Acesso em: 20 out. 2007.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. Lisboa: Calouste Gulbenkian. 1980 *in* CORRÊA, Ana Patrícia Thedin. **Para uma história das metodologias em história do direito**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10058> > Acesso em: 07 março 2009.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **Estudos de direito constitucional: o princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Thomson, 2005.