

LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ

ABORTO NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA
O ESTADO FINANCIANDO O CRIME

Goiânia

2006

LUIZ CARLOS LODI DA CRUZ

ABORTO NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA
O ESTADO FINANCIANDO O CRIME

Monografia Jurídica apresentada
perante Banca Examinadora da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal de Goiás, como exigência
parcial para obtenção do grau de
bacharel em Direito, sob a orientação da
professora Liliana Bittencourt

Goiânia

2006

A Maria Santíssima,
que nos trouxe o Autor da Vida.

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
LISTA DE ILUSTRAÇÕES	6
INTRODUÇÃO	8
1 O ABORTO ENTRE OS CRIMES CONTRA A VIDA.....	11
1.1 O CONCEITO DE ABORTO.....	13
1.2 O NASCITURO, SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ABORTO.....	15
1.3 O NASCITURO: PESSOA OU EXPECTATIVA DE PESSOA?	18
1.4 O NASCITURO É PESSOA: PALAVRA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.....	26
1.5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: UM RETROCESSO?	28
1.6 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04: UM AVANÇO?.....	33
2 O ABORTO NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA	36
2.1 A INTRODUÇÃO DO ABORTO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO	37
2.2 A INTRODUÇÃO DO ABORTO NO SUS EM NÍVEL NACIONAL	40
2.2.1 A Norma Técnica “Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes”.....	44
2.2.2 “Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento”	48
2.2.3 Reedição da Norma Técnica “Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes”	50
2.2.4 As Portarias 1145 e 1508 de 2005, do Ministério da Saúde	52
2.2.5 “Gestação de Alto Risco – Manual Técnico”, do Ministério da Saúde	54
3 EXISTE ABORTO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO?	56
3.1 A CLÁSSICA DOCTRINA DO “ABORTO LEGAL”	56
3.2 A DOCTRINA DISSIDENTE, QUE NEGA O “ABORTO LEGAL”	56
3.3 A SIMPLES EXEGESE DO ARTIGO 128, CP	58
3.4 A FRAGILIDADE DA POSIÇÃO ABORTISTA.....	60
3.5 A “FÓRMULA” DOS ABORTISTAS	61
3.6 “FATO IMPUNÍVEL, EM MATÉRIA PENAL, É FATO LÍCITO”?.....	62
3.7 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 128, CP	66
3.8 O CÓDIGO PENAL É CÓDIGO DE DIREITOS OU DE CRIMES?.....	70
3.9 O “PENALMENTE LÍCITO” NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO PENAL	71
3.10 TENTATIVAS DE MUDAR “NÃO SE PUNE” PARA “NÃO CONSTITUI CRIME”	72
3.11 A POSIÇÃO DE IVES GANDRA MARTINS	77
4 O ESTADO DE NECESSIDADE E O DIREITO AO ABORTO.....	79
4.1 O ABORTO COMO MEIO.....	79
4.2 O ABORTO COMO EFEITO SECUNDÁRIO.....	80
4.3 A CAUSA COM DUPLO EFEITO	81
4.4 O ARTIGO 128, INCISO I É UMA HIPÓTESE DE “ESTADO DE NECESSIDADE”?	84
4.5 O “ESTADO DE NECESSIDADE” PODE JUSTIFICAR QUALQUER CONDUTA?	84
4.6 O “ESTADO DE NECESSIDADE”: EXCLUSÃO DA ILICITUDE OU DA CULPABILIDADE?	86
4.7 O DEVER DA MÃE DE ENFRENTAR O PERIGO	89
4.8 OCORRE ALGUM CASO EM QUE O ABORTO SEJA “NECESSÁRIO” OU “TERAPÊUTICO”? ..	91
5 O SALTO TRIPLO: DO CRIME AO LÍCITO DESEJÁVEL PELO ESTADO	95
5.1 PRIMEIRO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO NÃO É CRIME.....	95
5.2 SEGUNDO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO NÃO É ILÍCITO.....	97
5.3 TERCEIRO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO DEVE SER FAVORECIDO PELO ESTADO.	100
6 A TUTELA DO NASCITURO “DE LEGE FERENDA”	104
CONCLUSÃO.....	108
APÊNDICE A – Um passageiro indesejado	114
APÊNDICE B – A vitória do “achismo”	116
ANEXO A — Declaração da Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires sobre o aborto provocado	118
ANEXO B — Declaração da Academia de Medicina do Paraguai.....	120
ANEXO C — A História se repete	121
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123

RESUMO

Desde 1998 o Ministério da Saúde oficializou a prática do aborto na rede hospitalar pública. O artigo 128 do Código Penal apresenta duas hipóteses em que o crime do aborto “não se pune”: se não há outro meio – que não o aborto – para salvar a vida da gestante, e se a gravidez resulta de estupro. O administrador brasileiro tem considerado que, em tais casos, o aborto é “legal” e que é dever do Estado praticá-lo. A presente monografia questiona, à luz da hermenêutica jurídica, se há de fato uma excludente de ilicitude no artigo 128 do Código Penal ou se há uma mera escusa absolutória, em que o crime subsiste apesar de a pena não ser aplicada. Discute, à luz da Constituição Federal, do compromisso internacional assumido pelo Brasil de reconhecer a personalidade do nascituro, e do Direito Natural, se pode ser admitido um “direito” ao aborto em nossa legislação penal. Interroga, à luz dos princípios que regem o Direito Administrativo, se há abrigo para a prática de aborto com o dinheiro público. Por fim, propõe uma mudança no Código Penal, com o fim de equiparar o nascituro ao ente humano já nascido.

Palavras-chave: aborto; nascituro; estado de necessidade; estupro; políticas públicas.

ABSTRACT

In 1998 the Department of Health officially approved the practice of abortion in public hospitals. Article 128 of the Brazilian Criminal Code provides for two events whereby the crime of abortion “is not punished”: if there are no other means – other than abortion – to save the pregnant woman's life, and if the pregnancy results from rape. Brazilian administrative authorities have considered that, in such cases, abortion is “legal” and that it is the Government's duty to perform it. We hereby question, under the legal hermeneutics, if there is really an excluding of illicitness clause in article 128 of the Brazilian Criminal Code or if there is a mere legal excuse, whereby the crime of abortion subsists although the penalty is not applicable to it. We discuss herein, in view of the Federal Constitution, the international commitment assumed by Brazil of recognizing the personhood of the unborn child, and the Natural Law, if a “right” to abortion may be admitted under our criminal legislation. We further question, under the principles governing the Administrative Law, if there are grounds for the public funded abortion practice. Finally, we propose a change to the Criminal Code, with the purpose of equating the unborn child with the already born human being.

Key words: abortion; unborn child; flagrant necessity; rape; public policies

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 – Maria Teresa, anencéfala, e sua mãe Ana Cecília Araújo Nunes.	13
Figura 2 – O conceito de pessoa como um vaso receptor de direitos e deveres.	15
Figura 3 – O conceito de pessoa como centro de onde se irradiam direitos e deveres.	16
Figura 4 – O princípio ético da causa com duplo efeito.	81
Figura 5 – O salto triplo do administrador público brasileiro.	94

INTRODUÇÃO

A primeira notícia que se tem da instituição da prática de aborto por um órgão público data de 1989, no município de São Paulo. Em nível nacional, isso só ocorreu em novembro de 1998, com a Norma Técnica "Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes", editada pelo então Ministro da Saúde José Serra. Desde então, houve uma série de atos administrativos visando expandir e facilitar a prática do aborto pelo Sistema Único de Saúde.

A administração pública argumenta que está oferecendo à mulher ao acesso ao "aborto legal", assim chamado aquele que se enquadra nas hipóteses de não-aplicação da pena do artigo 128 do Código Penal.

Entram em conflito o direito do nascituro à vida, o dever do administrador de administrar com moralidade e eficiência os recursos obtidos e o alegado direito da gestante de praticar aborto quando este for o único meio para salvar sua vida, ou quando a gravidez resultar de um estupro.

O direito fundamental à vida é assegurado pela Constituição (art. 5º, *caput*). O reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro é um compromisso internacional assumido pelo Brasil ao subscrever o Pacto de São José da Costa Rica (art. 1º, n. 2 c/c art. 3º). A efetivação de políticas públicas que "permitam o nascimento" é um direito da criança assegurado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 7º, *caput*). Os direitos do nascituro estão assegurados em diversos dispositivos do Código Civil (arts. 2º, 542, 1779, 1798).

Em oposição a tudo isso, a maior parte da doutrina penalista divulgada insiste em dizer que as hipóteses do artigo 128 do Código Penal não constituem meras escusas absolutórias, mas sim excludentes de antijuridicidade. Haveria assim, em dois casos, um direito subjetivo ao aborto diretamente provocado.

A solução da controvérsia é altamente relevante, pois dela depende a liceidade ou não das políticas públicas – cada vez mais intensas – da prática de aborto no Sistema Único de Saúde.

O presente trabalho pretende examinar com detalhe a argumentação usada pelos defensores da tese de que há “aborto legal” no direito positivo brasileiro, seguida da argumentação de doutrinadores dissidentes, que sustentam haver meramente uma escusa absolutória nos casos em que o Código Penal diz “não se pune o aborto...”.

Será examinada essa tese abortista à luz da Constituição Federal, do Código Civil, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Direito Internacional (sobretudo do Pacto de São José da Costa Rica) e do Direito Natural.

No primeiro capítulo será analisado o crime do aborto e seu sujeito passivo: o nascituro. Sua personalidade será discutida à luz do Direito Natural, do Código Civil de 1916, do Pacto de São José de Costa Rica e do Código Civil de 2002. Verificar-se-á o efeito da Emenda Constitucional 45/2004 sobre o *status* constitucional dos direitos humanos aprovados em tratados internacionais, com reflexo sobre o reconhecimento da personalidade do nascituro.

No segundo capítulo será feito um histórico da introdução da prática do aborto pelo Sistema Único de Saúde (SUS) no Brasil, a começar pelo município de São Paulo (Portaria 692, de 1989), espalhando-se por vários municípios e Unidades da Federação e chegando à Norma Técnica “Prevenção e tratamento dos agravos da violência sexual contra mulheres e adolescentes”, editada pelo Ministério da Saúde em novembro de 1998, que dispôs sobre essa prática em nível nacional. Falar-se-á sobre outros atos administrativos do mesmo Ministério: a “Norma Técnica de atenção humanizada ao abortamento”, divulgada em dezembro de 2004, as Portarias 1145 e 1508, de 2005 e, enfim, o manual técnico “Gestação de alto risco” (3ª edição, 2000), todos tendentes a favorecer a prática do aborto nas duas hipóteses de não-punição do artigo 128 do Código Penal.

O terceiro capítulo discorrerá sobre a existência ou não do aborto “legal” no direito positivo brasileiro. Será feita uma cuidadosa exegese do artigo 128, CP, apresentando a opinião dos abortistas, seguida da doutrina dissidente, defendida por brilhantes penalistas, nem sempre suficientemente conhecidos e valorizados. Será questionada a constitucionalidade da interpretação abortista do artigo 128, CP e serão apreciadas as diversas tentativas, ao longo da história legislativa, de se mudar a redação do referido dispositivo: de “não se pune” para “não constitui crime”.

O quarto capítulo questionará se há alguma hipótese de aborto autorizada pelo “estado de necessidade” (art. 24, CP). Far-se-á uma importante distinção do aborto como *meio* e do aborto como *efeito secundário*. Será enunciado e explicado o princípio da *causa com duplo efeito*, crucial para resolver certas questões da Bioética e do Biodireito. Discutir-se-á o “estado de necessidade”, como causa de exclusão da ilicitude e como causa de exclusão da culpabilidade. Será discutido se a gestante tem o dever *legal* de enfrentar o perigo da gestação (art. 24, §1º, CP). Por fim, percorrer-se-á a literatura médica a fim de verificar se ocorre algum caso em que o aborto seja *meio* — e até o *único meio* — para salvar a vida da gestante.

O quinto capítulo apresentará a distinção entre o *crime*, o *ilícito não-penal*, o *lícito* e o *lícito desejável pelo Estado*. Será descrito o “salto triplo” dado pela administração pública ao favorecer a prática do aborto. Verificar-se-á, à luz dos princípios que regem o Direito Administrativo, se há abrigo para a prática de algum tipo de aborto com o dinheiro público.

O sexto e último capítulo, partindo de bons exemplos vindos do estrangeiro, apresentará uma sugestão legislativa para a proteção penal do nascituro, equiparando-o ao nascido.

A presente monografia não pretende esgotar o tema, mas dar alguma contribuição sobre algo frequentemente descurado: a proteção jurídica do ente humano na fase inicial de sua vida, que vai da concepção até o nascimento.

1 O ABORTO ENTRE OS CRIMES CONTRA A VIDA

De todos os crimes contra a vida (arts. 124 a 128, CP), o aborto é o mais paradoxal. Trata-se do mais covarde de todos os assassinatos. Os meios empregados são *insidiosos ou cruéis*, incluindo *envenenamento, tortura* ou *asfixia* (art. 121, §2º, III, CP). O ofendido sempre é absolutamente *indefeso* (art. 121, §2º, IV, CP). É praticado contra um *descendente* (art. 61, II, e, CP), contra uma *criança* (art. 61, II, h, CP), e muitas vezes por um médico que tem por ofício o *dever* de defender a vida (art. 61, II, g, CP). No entanto, a pena é extremamente pequena. Tão pequena que o autor pode beneficiar-se da suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei dos Juizados Especiais (Lei 9099/1995).

Embora o aborto seja a violação do mais precioso bem jurídico - a *vida* - praticado contra o mais inocente e indefeso dos entes humanos - *a criança por nascer* - ele nunca foi colocado na lista dos crimes considerados hediondos (Lei 8072/1990).

Os motivos para tal paradoxo são vários. O primeiro é psicológico: tende-se, às vezes inconscientemente, a pensar na criança no ventre materno como um ente que *ainda* não existe, que *ainda* não vive, que *ainda* não é pessoa. Isso é denunciado na linguagem coloquial. Pergunta-se a uma mulher grávida: “quando é que você vai ser mãe?”. Ora, se ela está grávida, ela *já é mãe*. A maternidade não é futura e incerta, mas presente e certa. Pergunta-se ainda: “quando é que você vai ter a criança?”. Ora, durante a gravidez, a mulher já *tem* a criança; aliás, nunca a terá tão perto de si quanto nessa fase da vida. Usa-se dizer também que a gestante está “esperando neném”. Na verdade, a mulher só estava “esperando” o neném antes de engravidar. Iniciada a gravidez, o bebê *já está presente*. A única coisa que ela *espera* (como evento futuro) é o nascimento do bebê. O mais veemente, porém, de todos os sintomas que denunciam a não consideração da vida intra-uterina está em afirmações como esta: “Este bebê nasceu ontem. Só tem um dia de vida”. Ora, se ele nasceu ontem, tem cerca de *nove meses de vida intra-uterina* e mais *um dia de vida extra-uterina*. Mas a frase dá a entender que a vida só se iniciou quando ele nasceu. Esse preconceito psicológico, de considerar inexistente aquilo que ainda não se vê, subsiste mesmo com os modernos métodos de ultra-sonografia que detectam a atividade vital do nascituro com superabundância de detalhes.

Tal preconceito tem conseqüências jurídicas. Os legisladores, doutrinadores e julgadores tendem a considerar o nascituro como um ente futuro, não como um ente atual. Fala-se em uma “expectativa de pessoa”, com mera “expectativa de direitos”. Às vezes chega-se ao cúmulo de se referir ao nascituro como “*expectativa de ente humano*”, protegido pela lei penal apenas por comiserção:

Diante do direito civil, o feto não é pessoa, mas *spes personae* (sic), de acordo com a doutrina natalista. É considerado expectativa de ente humano (sic), possuindo expectativa de direito (sic). Entretanto, para efeitos penais é considerado pessoa. Tutela-se, então, a vida da pessoa humana.¹

Além dos fatores psicológicos e jurídicos, há o fator propriamente egoístico. O aborto é o meio “fácil” de se livrar de um ente humano que constitui um “peso”² indesejável, não “planejado,”³ vindo numa ocasião “inoportuna”. Ele tem lugar sempre que está ausente o amor do pai e da mãe (especialmente desta) pelo filho gerado. Tende a crescer em número à medida que crescem as experiências sexuais antes ou fora do matrimônio.

Por fim, há que se lembrar que o aborto é um poderoso método de *dominação política*, cuja prática, há décadas, vem-se buscando impor aos países do Terceiro Mundo, cujo crescimento populacional ameaça a hegemonia dos países do Hemisfério Norte. Lapidar é esta frase do Relatório Kissinger, a cartilha do imperialismo contraceptivo norte-americano:

Certos fatos sobre o aborto precisam ser entendidos:
- nenhum país já reduziu o crescimento de sua população sem recorrer ao aborto.⁴

¹ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal: parte especial*, v. 2, 1999, p. 116.

² “Grávida” (do latim “*gravis*”= pesado) é aquela que carrega um peso.

³ A expressão “planejamento familiar” (do inglês “*family planning*”) foi cunhada como um eufemismo para “controle de natalidade” (“*birth control*”) e inclui, em sua origem, o aborto, a esterilização e a anticoncepção. Leia-se sobre o assunto, SCALA, Jorge. *IPPF: a multinacional de morte*. Tradução de Luiz Carlos Lodi da Cruz. Anápolis: Múltipla Gráfica, 2004.

⁴ Henry KISSINGER, *NSSM 200: implications of worldwide population growth for U.S. security and overseas interests*, p. 182, tradução nossa. (Certain facts about abortion need to be appreciated: No country has reduced its population growth without resorting to abortion.). Esse documento confidencial, datado de 10 de dezembro de 1974, foi entregue pelo Conselho Nacional de Segurança dos Estados Unidos ao então presidente americano Gerald Ford. Somente em 1989 a Casa Branca desclassificou o documento, que agora é de domínio público.

1.1 O CONCEITO DE ABORTO

A melhor definição de aborto parece ser a de Leoncini: "... a interrupção da gravidez antes do termo normal, com morte do produto da concepção, em nexo de causa e efeito".⁵

Para que haja aborto é, portanto, necessário que haja gravidez, cujo termo inicial é a fusão dos gametas ou concepção.

É preciso também que essa gravidez seja interrompida intempestivamente ("antes do termo normal").

É preciso que o ente humano produto da concepção *morra*.

E, por fim, é necessário que haja um nexo de causa e efeito entre sua morte e a interrupção da gravidez. Ou seja, o bebê deve morrer *por causa* da interrupção da gravidez.

Examinando bem os termos da definição acima, verificamos que, para que haja aborto, não é necessária a expulsão da criança, podendo seus restos mortais ser reabsorvidos pelo organismo materno.

Por outro lado, nem sempre que houver expulsão da criança haverá aborto. Mas se a criança expulsa morrer em razão de sua imaturidade, o delito estará configurado, sendo irrelevante o tempo de sobrevivência extra-uterina.

... O crime [do aborto] é *material* e se consuma com a destruição do óvulo fecundado ou do embrião ou com a morte do feto, sendo indiferente que esta venha a ocorrer após a expulsão, por imaturidade. O lapso de tempo mais ou menos longo em que sobrevém a morte é irrelevante, pressuposta a relação de causalidade...⁶

Haverá igualmente crime de aborto se a criança já for expulsa morta, tendo sido esquartejada (aborto por curetagem), envenenada (aborto por envenenamento salino) ou aspirada em pedaços (aborto por sucção).

O nexo de causalidade se mostra especialmente relevante quando se provoca a expulsão de bebês gravemente deficientes, como os portadores de

⁵ Flamínio FÁVERO. *Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*, 1991. p. 750.

⁶ Heleno Cláudio FRAGOSO, *Lições de Direito Penal: parte especial*, v. 1, 1988, p. 138-139.

anencefalia, anomalia que consiste na “... ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto...” (tradução nossa).⁷ Em geral, tais crianças nascem vivas, mas sobrevivem pouco tempo: minutos, horas, dias ou uma semana, tendo já ocorrido em Fortaleza (CE) o caso de uma menina anencéfala nascida em 17/12/2000, que só veio a falecer em 29/03/2001, portanto com três meses de nascida!⁸

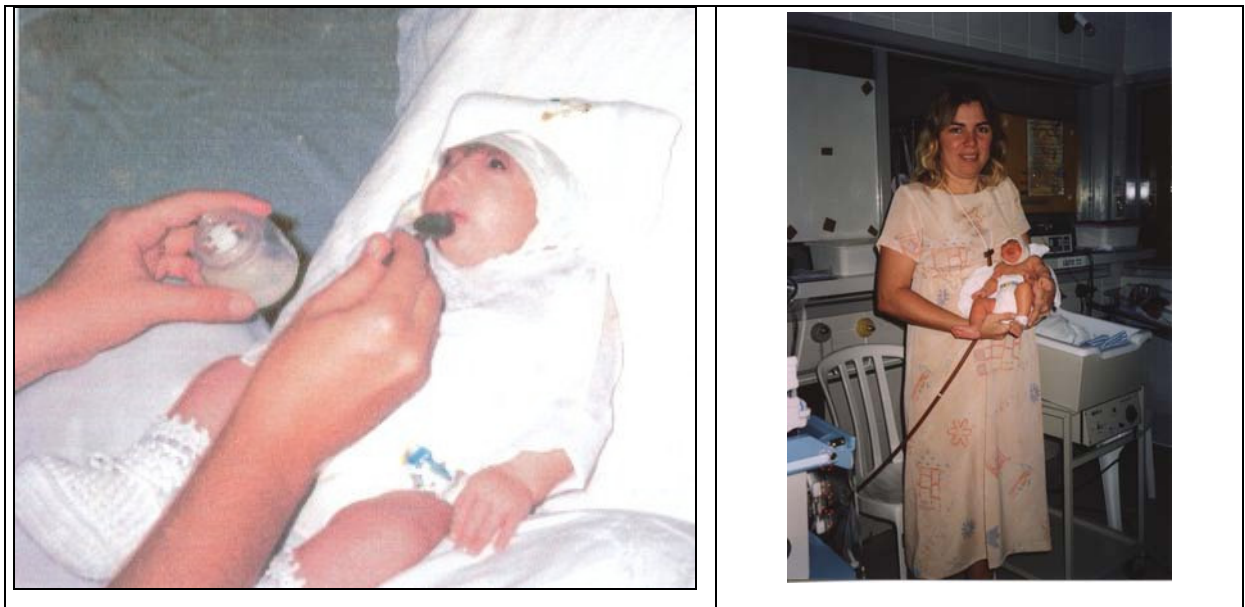


Figura 1 – Maria Teresa, anencéfala, e sua mãe Ana Cecília Araújo Nunes.

Se uma criança gravemente deficiente é expulsa prematuramente e morre, é óbvio que a morte se dá *por causa da expulsão pré-matura*, e não por causa da anomalia congênita, estando configurado o crime do aborto. Sem dúvida, se ela fosse dada à luz normalmente, acabaria por morrer em pouco tempo, mas não nos é dado o direito de matar a outrem alegando que estamos apenas antecipando o inevitável. Se tal argumento fosse válido, qualquer homicídio estaria legitimado, uma vez que a vítima, cedo ou tarde, viria fatalmente a morrer por outro motivo.

⁷ COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*. 21 giugno 1996. p. 9. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbital.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2006, tradução nossa. (... assenza completa o parziale della volta cranica e dei tessuti sovrastanti e vario grado di malformazione e distruzione degli abbozzi di cervello esposto...) O Comitê Nacional de Bioética do governo italiano é composto por estudiosos das mais diversas áreas, em coerência com a natureza intrinsecamente pluridisciplinar da Bioética: médicos, juristas, psicólogos, sociólogos, filósofos.

⁸ Trata-se de Maria Teresa, quarta filha de Ana Cecília Araújo Nunes, Mestre em Educação Brasileira pela Universidade Federal do Ceará e professora da Universidade Estadual do Ceará. Cf. Ana Cecília Araújo NUNES, *A história de Maria Teresa, anencéfala*, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/mteresa.htm>> Acesso em: 6 jun. 2006.

O elemento subjetivo do crime é o *dolo de matar*. A tentativa é admissível se o resultado *morte* não ocorrer por circunstâncias alheias à vontade do agente (art. 14, II, CP). Um caso típico foi relatado no dia 14 de fevereiro de 2003 pelo jornal Correio Braziliense. A menina Manuela Teixeira, de Sobradinho (DF), teve seu aborto recomendado aos sete meses por uma promotora de justiça do Distrito Federal. O diagnóstico era de acrania (ausência de calota craniana). Se a criança houvesse morrido ao ser expulsa, o aborto teria sido consumado. No entanto, a criança não morreu ao sair da mãe, embora essa fosse a vontade dos médicos. Eis as palavras da mãe Gonçalves Teixeira: “... Os médicos acreditavam que o parto induzido iria acelerar a morte do bebê (sic). Eles não deixaram nem eu amamentar pois diziam que ele ia morrer logo...”⁹

As palavras de Gonçalves revelam o dolo do procedimento dos médicos, sua intenção de acelerar a morte da criança, em outras palavras, o “*animus necandi*”. Manu (ou Manuela) nasceu com 1780 g e não tinha ausência total do crânio, como os médicos previam. Parte do crânio não existia e o cérebro estava exposto.

Contrariando as expectativas, Manu já fez dois aniversários. Suas roupas denunciam as deficiências. Aos dois anos e meio, veste roupas de um bebê de oito meses. Com um desenvolvimento físico inferior ao de sua idade, Manu não fala, não anda e não há comprovação de que ela é capaz de enxergar. As pálpebras da menina permanecem quase o tempo todo fechadas.

Todos os problemas não ofuscam o amor de Gonçalves e de Renato pela filha. Hoje o casal se surpreende com cada reação que a criança tem. Gonçalves beija, abraça e diz que Manu é sua bonequinha. ‘Ela adora tomar banho e vibra todas as vezes que damos o leite da tarde’, conta. Quando chega perto da mãe, a criança move discretamente o rosto e abre a boca, mostrando os dois dentinhos que nasceram. ‘Sei que ela me reconhece. Se ouve minha voz, começa a se mexer’, diz.¹⁰

Manuela só viria a morrer com três anos de nascida, no dia 14 de setembro de 2003. Seus pais sepultaram-na no cemitério de Brazlândia.¹¹

1.2 O NASCITURO, SUJEITO PASSIVO DO CRIME DE ABORTO

Como vimos, não há outro ente humano que sofra tanto preconceito quanto o sujeito passivo do delito de aborto: o nascituro. Em que o nascituro difere

⁹ Lillian TAHAN, Ela desafiou a ciência, *Correio Braziliense*, 14 fev. 2003, p. 29.

¹⁰ Loc. cit.

¹¹ Cf. MORRE criança com acrania. *Correio Braziliense*, 15 set. 2003, p. 3.

do nascido? Em três coisas: a idade (antes e depois do nascimento), o tamanho (pequeno e grande) e o lugar (dentro e fora do útero materno). Dessas três, a idade e o tamanho não são decisivas. Há crianças, nascidas prematuramente, que são menores e mais novas do que outras, ainda não nascidas. A diferença fundamental entre o nascido e o nascituro é o lugar: o nascituro está dentro do útero; o nascido está fora do útero. É sobretudo um *preconceito de lugar* o que sofre o nascituro.

Há doutrinadores que o desqualificam quase totalmente. O *nascituro*, já presente no organismo materno, seria equivalente à *prole eventual*, ou seja, aos filhos que no futuro eventualmente serão concebidos. É evidentemente absurda tal equiparação. A *prole eventual* é de existência eventual. O nascituro é de existência atual. Futuro — mas certo, e não eventual — é apenas o seu nascimento. Por mais que se diga o contrário, não há como negar que o nascituro é pessoa.

Mas o que é pessoa? Tentarei citar de memória o que ouvi da palestra “O ser, o humano e a vida” proferida pelo jurista Vicente de Abreu Amadei¹² em 18 de junho de 2001, no Seminário “Crime e castigo: ética e direito penal”, no auditório da Universidade Estadual de Goiás (UEG) em Anápolis (GO).

Costuma-se — diz Vicente Amadei — definir pessoa como aquele ente ao qual se atribuem direitos e deveres. Pessoa assim seria uma espécie de vaso. Ao receber direitos e deveres, tal vaso tornar-se-ia pessoa.

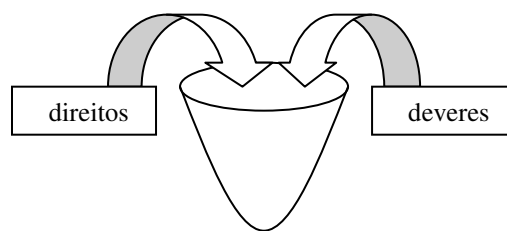


Figura 2 – O conceito de pessoa como um vaso receptor de direitos e deveres.

Ora, pessoa não é isso — diz o jurista. Pessoa é *um centro de irradiação de direitos e deveres*.

¹² Juiz de Direito na 3ª. Vara Criminal da Comarca de Osasco – SP. Professor de Introdução ao Estudo do Direito e Direito Civil na Faculdade de Direito de Alphaville – SP. Tem escrito artigos e é co-autor em livros do Direito do Registro Imobiliário.



Figura 3 – O conceito de pessoa como centro de onde se irradiam direitos e deveres.

A lição desse mestre é digna de nota. Pessoa é uma realidade originária. Dela irradiam-se direitos e deveres, pelo simples fato de ser pessoa. Pensar de outro modo seria fazer da pessoa uma mera ficção jurídica. Algo ou alguém poderia ser “pessoa” se a lei lhe atribuísse direitos e deveres. Assim, poder-se-ia, por simples convenção, negar personalidade às mulheres ou atribuir personalidade às pedras.

Sem dúvida, o direito também se vale de ficções. Mas as ficções têm fundamento na realidade; não é a realidade que têm fundamento em ficções. Assim, não cabe ao legislador positivo dizer que o nascituro ainda não é pessoa ou que o ancião não é mais pessoa. Diante de uma pessoa natural, resta à lei apenas reconhecer e declarar o que se encontra na natureza.

Uma vez reconhecida a personalidade de todo ente humano desde a concepção até a morte, pode o legislador, valendo-se de ficção jurídica, atribuir personalidade às associações, sociedades e fundações. No entanto, a personalidade jurídica, como ficção, pode às vezes ser desconsiderada (*disregarded*) para efeitos de responsabilidade civil (art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/1990, e art. 50 do Código Civil, Lei 10.406/2002).

O que não tem cabimento é desconsiderar a personalidade das pessoas naturais.

1.3 O NASCITURO: PESSOA OU EXPECTATIVA DE PESSOA?

Em 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos emitia a sentença *Dred Scott versus Sandford*. Sete juízes votaram a favor. Apenas dois votaram contra. Segundo tal sentença, para efeitos legais, o negro não era uma pessoa. Pertencia a seu dono, que dele podia dispor como uma coisa.

Essa legitimação da escravidão, feita pela mais alta instância do Poder Judiciário dos Estados Unidos, é hoje lembrada com vergonha e repulsa pelos norte-americanos.

Felizmente em 1865, após a sangrenta Guerra de Secessão, o parlamento americano promulgou a 13ª emenda à Constituição, que proibia a escravidão. Para tornar mais clara a 13ª emenda, em 1868 entrou em vigor a 14ª emenda, que tinha como um de seus principais objetivos declarar que os negros eram cidadãos americanos. Dizia ela:

Todas as pessoas, nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde residem. Nenhum Estado poderá aprovar ou executar qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado poderá privar qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal; nem negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.¹³

Ironicamente, essa emenda, feita para garantir a igualdade de direitos entre negros e brancos, serviu de base para que, mais de um século depois, em 1973, a mesma Corte declarasse que *os não nascidos não são pessoas*.

O caso tornou-se célebre. Em janeiro de 1973, uma jovem do Texas, Norma Mc Corvey (conhecida como Jane Roe), que se dizia grávida em razão de um estupro, não pôde praticar aborto porque a idade da criança já ultrapassava o limite

¹³ NARA: The National Archives Experience, *Constitution of the United States: amendments 11-27*, Washington, DC. Disponível em: <http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 19 jul. 2006, tradução nossa. (All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.)

fixado pelo seu Estado. Recorreu então à Suprema Corte a fim de que declarasse inconstitucional aquela lei proibitiva.

Espantosamente, o Tribunal deu ganho de causa à jovem, numa sentença que entrou para a História com o nome de *Roe versus Wade*, pronunciada em 22 de janeiro de 1973. Por uma votação de sete a dois, a Suprema Corte declarou inconstitucional a legislação do Texas que incriminava o aborto.

...Foi mais adiante: afirmou, de fato, que *qualquer* lei estadual que proibisse o aborto para proteger o feto nos primeiros dois trimestres de gravidez - antes do sétimo mês - era inconstitucional. (...) De um só golpe, em Washington, um tribunal de nove juízes que haviam sido nomeados e não eleitos para seus cargos, e que nem foram unânimes em sua decisão, mudara radicalmente as leis de quase todos os cinquenta estados norte-americanos.¹⁴

Para declarar que o nascituro (*unborn*) não era pessoa, e que, portanto, não tinha direito à vida, a Suprema Corte usou o mesmo texto da emenda que outrora havia proibido a escravidão. Dizia tal emenda que "... todas as pessoas, *nascidas* ou naturalizadas nos Estados Unidos (...) são cidadãos dos Estados Unidos..." (destacou-se). Ora, como o nascituro não é *nascido* nem naturalizado, então ele não é cidadão dos Estados Unidos. Assim, ele não goza de nenhum direito! Por meio desse artifício, o Tribunal declarou que a personalidade legal não existe nos Estados Unidos antes do nascimento: "... a palavra 'pessoa', como foi usada na 14ª Emenda, não inclui o nascituro."¹⁵

Além de declarar inconstitucional qualquer lei estadual, como a do Texas, que proibisse o aborto inclusive até o sexto mês de gravidez, a Suprema Corte declarou que o aborto poderia ser permitido *até o momento do nascimento*, desde que o médico o julgasse necessário para preservar a *saúde* da mãe. O conceito de saúde foi estendido ao extremo, compreendendo o completo bem-estar físico e psicológico da gestante. Acerca disso, transcreva-se o voto do juiz relator Blackmun:

... A maternidade, ou uma prole adicional, pode forçar a mulher a uma vida e a um futuro angustiados. O dano psicológico pode ser iminente. A saúde física e mental pode ser sobrecarregada pelo cuidado do filho. Há ainda a angústia, para todos os envolvidos, associada ao filho indesejado, e há o problema de trazer uma criança

¹⁴ Ronald DWORKIN. *Domínio da vida*, 2003. p. 7.

¹⁵ UNITED STATES OF AMÉRICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. BLACKMUN, J., Opinion of the Court, 22 Jan. 1973, Washington, DC. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html> Acesso em: 19 jul. 2006, tradução nossa. (... the word "person", as used in the Fourteenth Amendment, does not include the unborn.)

a uma família já incapaz, psicologicamente e por outros motivos, de cuidar dela. Em outros casos, como neste [o de Jane Roe], as dificuldades adicionais e o contínuo estigma de mãe solteira podem estar envolvidos. *Tudo isso são fatores que a mulher e seu médico responsável necessariamente levarão em conta na consulta.*¹⁶ (destacou-se)

Com esse conceito tão amplo de “saúde”, a partir de 1973 qualquer mulher norte-americana pôde abortar simplesmente por alegar que a gravidez, sendo indesejada, causava-lhe um mal-estar psicológico, e assim, prejudicava a sua “saúde” psíquica. Estava liberado na prática o aborto por simples solicitação da gestante: o aborto a pedido (*abortion on demand*).

Por uma curiosa coincidência, a decisão *Roe versus Wade*, que declarou que a criança não nascida não é pessoa, foi aprovada com o mesmo número de votos que a sentença do século anterior, que declarava que o negro não era pessoa: sete juízes votaram a favor e dois votaram contra.

Vinte e dois anos depois, em 1995, Jane Roe contava toda a verdade à revista *Newsweek*: “... Ela não tinha, de fato, sido estuprada. Inventou a estória para ganhar simpatia e aumentar as chances de obter um aborto...”¹⁷ A fraude, muito bem orquestrada, causou — e ainda está causando — a morte de milhões de inocentes. Hoje, terrivelmente arrependida, Jane Roe (cujo verdadeiro nome é Norma Mc Corvey) milita no movimento pró-vida dos EUA.

A conclusão da Suprema Corte dos EUA, ainda que imoral, é lógica. Quem não tem personalidade, não tem direitos. E, ao contrário, quem tem direitos, tem que ter personalidade.

O Código Civil brasileiro de 1916 fez, porém, um estranho amálgama, ao declarar que a personalidade só começa com o nascimento com vida (logo, o

¹⁶ UNITED STATES OF AMÉRICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. BLACKMUN, J., Opinion of the Court, 22 Jan. 1973, Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html> Acesso em: 19 jul. 2006, tradução nossa (... Maternity, or additional offspring, may force upon the woman a distressful life and future. Psychological harm may be imminent. Mental and physical health may be taxed by child care. There is also the distress, for all concerned, associated with the unwanted child, and there is the problem of bringing a child into a family already unable, psychologically and otherwise, to care for it. In other cases, as in this one, the additional difficulties and continuing stigma of unwed motherhood may be involved. All these are factors the woman and her responsible physician necessarily will consider in consultation.)

¹⁷ Steven WALDMAN; Ginny CARROL, *Roe v. Roe*. *Newsweek*, 21 Aug. 1995, p. 24, tradução nossa (... She had not, in fact, been raped. She had made up that story to get sympathy and increase the odds of getting an abortion ...)

nascituro não é pessoa) e, a seguir, ao dizer que a lei protege “desde a concepção” os direitos (e não meras expectativas de direitos) do nascituro:

“Art. 4º. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

Esse artigo foi causa de incontáveis discórdias entre os civilistas. Se o nascituro não é pessoa, ele não poderia ter direitos. Quando muito, teria expectativa de direitos. No entanto, a lei põe a salvo *os direitos* (no plural) — atuais, e não em potência — do nascituro.

Walter Moraes, a maior autoridade brasileira em direitos da personalidade, resolveu a questão fazendo distinção entre *personalidade formal* (não reconhecida pelo Código Civil de 1916) e *personalidade material* (reconhecida pelo mesmo Código, ao declarar o nascituro sujeito de direitos). Vejamos sua argumentação:

Mas — e esta é a objeção mais divulgada contra a proteção legal da vida do feto — a vida do indivíduo que ainda não nasceu não pode estar protegida pela norma constitucional ou por lei alguma, já que, de acordo com a mesma lei, ele não é pessoa (Código Civil, art.4º): o feto não tem personalidade.

O argumento não deixa de agasalhar um sofisma pouco discreto. Não precisamos mesmo de recorrer a demonstrações extrajurídicas para removê-lo.

O nascituro não tem uma personalidade civil *formal*; é verdade.

Mas não deve haver dúvida alguma de que a lei contempla sua personalidade *material* ou *real*. Tanto assim que sobre ela funda toda disciplina dos direitos do nascituro: a personalidade começa do nascimento com vida, diz o referido art. 4.º, mas, continua, ‘a lei põe a salvo desde a concepção *os direitos do nascituro*’.

O nascituro tem direitos, declara a lei.

Se tem direitos é porque a lei reconhece que ele é *sujeito* de direitos; e ser sujeito de direitos é, justamente, ser pessoa.

Por outras palavras, a lei está a afirmar que o nascituro não tem personalidade civil (conceito formal), mas logo acrescenta que ele é sujeito de direitos (conceito material).

A suspensão da personalidade formal, ou seja, a concessão de personalidade civil sob a condição suspensiva do nascimento com vida, é um procedimento que obedece à conveniência da técnica jurídica, supostas as complicações, *v.g.*, da sucessão do natimorto. A lei poderia também inverter a situação, e atribuir ao nascituro uma personalidade sob condição resolutive. Mas não se vê como essa inversão poderia aproveitar à redução dos problemas práticos.¹⁸

Neste ponto, Walter Moraes se afasta de Silmara Juny de Abreu Chinelato Almeida. Para esta civilista, que dedicou sua tese de doutorado aos direitos do nascituro, o nascimento com vida não é condição suspensiva da personalidade do nascituro. Ao contrário, *o nascimento sem vida é que atua como condição resolutive*

¹⁸ MORAES, Walter. O problema da autorização judicial para o aborto, *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986, p. 24.

de sua personalidade, adquirida desde a concepção. Seu pensamento será visto com mais detalhes adiante.

Prossigamos no raciocínio de Walter Moraes:

Mas não se pode negar que a lei reconhece no nascituro uma subjetividade jurídica verdadeira, pois toda a disciplina legal que atende ao nascituro é fundada nessa personalidade material.

E é o que se dá também na órbita penal; pois, a lei penal não capitula o aborto nos crimes contra a vida e entre os crimes *contra a pessoa*?

Não é a vida da pessoa do nascituro o objeto da tutela penal?

Outra questão (esta já implicitamente respondida): o nascituro tem direito à vida assegurado na Constituição?

Que direitos tem o nascituro?

Todos.

Todos os que um sujeito possa ter: patrimoniais e pessoais; sem nenhuma exceção.

O art. 4º do Código Penal tutela *os direitos* do nascituro.

Não põe discriminações nem limitações específicas.

Está claro que certos direitos se adquirem, e que outros dependem de legitimação especial para serem adquiridos; mas isto, para qualquer pessoa.

Se o nascituro pode ser proprietário, credor, devedor, herdeiro e tudo mais, *a maior* pode ser titular dos direitos de personalidade, guardada a compatibilidade com o seu estado atual.

Mas o nascituro tem direito à sua vida, antes de todos os outros direitos, e tem um direito à sua integridade física e psíquica, e assim adiante.¹⁹

Note-se que, no tempo em que Walter Moraes escrevia essa matéria (1986), estava em vigor a Constituição Federal de 1967, com a Emenda n.º 1/1969. A proteção constitucional da vida do nascituro estava contida no artigo 153 dessa Carta: “A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País *a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade...*” (destacou-se).

Referindo-se aos casos de não aplicação da pena ao aborto, previstos no artigo 128 do Código Penal, conclui o jurista:

Assim, mesmo que o aborto sem pena, do Código criminal, não fosse crime, não podemos ter menor a dúvida de que é contra o direito; de que é um ilícito.²⁰

Na vigência do Código de 1916, vários outros autores, além de Walter Moraes, defendiam a personalidade do nascituro, não obstante a redação da

¹⁹ Ibidem. p. 24-25.

²⁰ Ibidem. p. 25.

primeira parte do artigo 4º daquela lei. Vejamos a seguinte argumentação de Franco Montoro, que distingue entre a *personalidade* e a *capacidade* do nascituro:

Ora, se o Código fala em 'direitos' do nascituro, é porque lhe reconhece a personalidade, pois, como vimos, todo titular de direitos é pessoa.

'Se os nascituros não são pessoas', pergunta Teixeira de Freitas, (*Esboço do Código Civil*, Rio, 1860, art. 121) 'qual o motivo das leis penais e de polícia, que protegem sua vida preparatória? Qual o motivo de punir-se o aborto?' E, acrescenta: 'Não concebo que haja ente com suscetibilidade de adquirir direitos, sem que seja pessoa. Se se atribuem direitos às pessoas, por nascer; se os nascituros são representados, dando-se-lhes o Curador, que se tem chamado Curador ao ventre; é forçoso concluir que já existem, e que são pessoas; pois o nada não se representa. Se os nascituros deixam de ser pessoas pela impossibilidade de obrar, também não seriam pessoas os menores impúberes, ao menos até certa idade'.

Como tivemos oportunidade de concluir, em estudo sobre a matéria (Franco Montoro e Anacleto Faria, *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, Ed. Saraiva, 1953), existe, com frequência, em torno do problema do nascituro, lamentável confusão entre os conceitos de 'personalidade' e de 'capacidade'.

Personalidade, na terminologia jurídica, é a aptidão para ser sujeito ou titular de direito. Juridicamente, todo sujeito de direito é pessoa e toda pessoa é sujeito de direito.

Capacidade é, como vimos, a maior ou menor extensão dos direitos da pessoa. Todos os homens são igualmente pessoas, mas não têm todos igual capacidade.

A capacidade distingue-se, ainda, em: a) capacidade de direito, que é a aptidão maior ou menor da pessoa para ter direitos; b) capacidade de fato ou de exercício, que é a aptidão maior ou menor para a pessoa exercer e defender, de modo pessoal e direto, tais direitos.

Aplicando essas noções à condição jurídica do nascituro, podemos formular, em síntese, as seguintes proposições: a) o nascituro não tem qualquer capacidade-de-exercício; b) tem certa capacidade-de-direito; c) é juridicamente pessoa desde a concepção.

O nascituro não tem capacidade de fato ou de exercício. Não é capaz de exercer por si mesmo os atos da vida jurídica. Por esse motivo, a lei lhe concede um representante (pai, mãe, curador ao ventre) que exercerá em seu nome os direitos que lhe são reconhecidos. Essa a razão por que Teixeira de Freitas dispôs no *Esboço*: 'São absolutamente incapazes: 1.º as pessoas por nascer' (art. 22). E acrescentou em nota: 'As pessoas por nascer são absolutamente incapazes por impossibilidade física de obrar'. Essa, aliás, é também, a situação dos menores impúberes, ao menos até certa idade.

É inegável, entretanto, que o nascituro tem capacidade de direito, que se estende a múltiplos setores da vida jurídica. O ser concebido tem capacidade de suceder, seja a sucessão legítima ou testamentária. Tem capacidade de receber doações. Tem o direito de ver reconhecida sua filiação e, até mesmo, o de pleiteá-la, judicialmente por seu representante legal. Tem o direito de ser representado em atos da vida jurídica. Tem direitos que lhe são reconhecidos na esfera constitucional. Sua capacidade processual é consagrada pelo direito. A legislação do trabalho lhe confere o direito à pensão por acidente profissional sofrido pelos progenitores e lhe protege a vida através de diversas disposições de lei. O direito penal lhe defende a vida e garante seu direito de nascer.

A afirmação de que estamos em presença de simples 'expectativas de direitos' não resiste a um exame sério. O direito à vida ou o direito de representação, por exemplo, existem na sua plenitude desde o início da gestação. E bastaria ao nascituro ser titular de um único direito para que não lhe pudesse ser negada a qualidade de pessoa.

Como conseqüência lógica dessas premissas impõe-se a conclusão que Clóvis formulou nos termos seguintes: 'A verdade está com aqueles que harmonizam o

direito civil consigo mesmo, com o penal, com a fisiologia e com a lógica. Realmente, se o nascituro é considerado sujeito de direito, se a lei civil lhe confere um curador, se a lei criminal o protege, cominando penas contra a provocação do aborto, a lógica exige que se lhe reconheça o caráter de pessoa' (Clóvis Beviláqua. *Em defesa do Projeto de Código Civil Brasileiro*, Rio, Ed. Francisco Alves, 1906, p. 58)²¹

Também na vigência do Código de 1916, reconhecia a personalidade do nascituro Otávio Ferreira Cardoso, autor de *Introdução ao Estudo do Direito*, livro este muito usado pelos iniciantes na ciência jurídica:

Dirimindo controvérsias antigas e atuais, frisa o Código Civil, em seu art. 4º: 'A personalidade civil do homem começa com o *nascimento com vida*; mas a lei põe a salvo *desde a concepção* os direitos do nascituro.'

Logo, antes de nascer já tem o *nascituro personalidade civil*.

E embora não tenha *capacidade de fato* (exercer pessoalmente seus direitos), tem *capacidade de direito* (exercida por seus representantes: pai, mãe, ou mesmo um 'Curador ao Ventre', que é pessoa nomeada por juiz para atender a seus interesses, na falta de outro responsável).

Essa *personalidade civil* e a *capacidade de fato* nascem com a *concepção* e por isto, legalmente, o aborto é crime em *qualquer tempo* da gravidez.

— Quais seriam, na verdade, esses Direitos do *nascituro*? Vários:

— ser adotado, com consentimento do seu representante legal (CC, art. 372);

— receber doação, se aceita pelos pais (CC, art. 1.169);

— adquirir por testamento, se concebido até a morte do testador (CC, art. 1.169);

— ter um Curador ao Ventre se o pai falecer e a mãe, estando grávida, não tiver pátrio poder, notando-se que, se a mulher estiver interdita, o seu Curador será o do nascituro (CC, arts. 458 e 462 e seu parágrafo único);

— ver reconhecida sua filiação e até mesmo pleiteá-la judicialmente por seu representante;

— suceder, seja legitimamente ou por testamento;

— ser representado nos atos da vida jurídica;

— ter garantia de direitos previdenciários e trabalhistas, como, por exemplo, direito à pensão por acidente profissional sofrido por seus pais;

— proteção penal garantindo-lhe a vida e o direito de nascer, etc.

É, assim, indubitável que o *nascituro* não tem apenas 'expectativa de direitos', como querem alguns. Tem 'personalidade jurídica': é pessoa natural, mesmo sem ter nascido, personalidade esta que só termina com a *morte*.²²

Quem, porém, mais se dedicou aos direitos do nascituro foi Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida.

A autora critica a teoria *natalista* (segundo a qual somente após o nascimento com vida se iniciaria a personalidade) dizendo que o artigo 4º do Código Civil de 1916 "... reconhece *direitos* e não expectativas de direitos ao nascituro...".²³

²¹ André Franco MONTORO, *Introdução à Ciência do Direito*, 2000, p. 494-496.

²² Otávio Ferreira CARDOSO, *Introdução ao estudo do Direito*, 1995, p. 215-216.

²³ Silmara Juny de Abreu Chinelato e ALMEIDA, Direitos de personalidade do nascituro, *Revista do Advogado*, dez. 1992, p. 22.

Além disso, segundo a autora, é atribuído ao nascituro, ao longo do mesmo Código, o “*status*” de filho (art. 458), de filho legítimo (arts. 337 e 338), de filho reconhecido (art. 353 e art. 26 parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente), direito à curatela (arts. 458 e 462), à representação (art. 462, *caput*, combinado com os arts. 383,V e 385), direito de ser adotado (art. 372).²⁴

Crítica também a teoria *condicional*, segundo a qual a personalidade existe desde a concepção sob a condição do nascimento com vida.

Para a autora, que abraça a teoria *concepcionista* (que defendeu em sua tese de doutorado), a personalidade começa com a concepção, “... considerando que muitos dos direitos e ‘status’ do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o de ser adotado, o de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.”²⁵ Em seguida, ela trata especificamente dos direitos de personalidade do nascituro: 1) direito à vida; 2) direito à integridade física; 3) outros direitos, como direito à imagem e direito à honra.²⁶

Com reverência, Silmara discorda de seu mestre Walter Moraes, que afirma que a herança se defere ao nascituro sob a condição do nascimento com vida:

Desde já observamos que não se trata de condição suspensiva. Trata-se de condição resolutiva, e o deferimento da herança produz efeitos, sim, desde a concepção. O nascituro, por seu representante legal, entra na posse dos bens herdados e deles recebe os frutos civis – juros e aluguéis -, comprovada a concepção, mediante a prova da gravidez.²⁷

É interessante a crítica que a autora faz dos que reconhecem ao nascituro apenas expectativas de direitos, condicionados a seu nascimento com vida. O direito do nascituro a alimentos, por exemplo, tem como fim – e não como condição – assegurar o nascimento com vida.²⁸

De fato, seria contraditório (e absurdo) dizer que o nascituro só tem direito a alimentos se vier a nascer com vida. Igualmente seria disparatado dizer que o nascituro só tem direito à vida se vier a nascer com vida.

²⁴ Cf. Loc. cit.

²⁵ Ibidem, p. 22-23.

²⁶ Cf. Ibidem, p. 25-28.

²⁷ Idem, *Tutela civil do nascituro*, 2000, p.157.

²⁸ Cf. Ibidem, p. 45.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990), conforme argumenta a autora,²⁹ protege a criança não nascida, *objetivando seu nascimento*:

Art. 7º A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas *que permitam o nascimento* e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Art. 8º É assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal.

(...)

§ 3º Incumbe ao poder público propiciar apoio alimentar à gestante e à nutriz que dele necessitem. (destacou-se)

Em síntese, Silmara Chinelato resume seu entendimento em três enunciados básicos:

- 1) A personalidade começa a partir da concepção.
- 2) Os direitos do nascituro não são taxativos, sendo-lhe reconhecidos todos os compatíveis com sua característica de pessoa por nascer.
- 3) Os direitos patrimoniais materiais – doação e herança – ficam resolutivamente condicionados ao nascimento sem vida.³⁰

1.4 O NASCITURO É PESSOA: PALAVRA DO PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

Apesar das ilustres argumentações dos civilistas acima citados em favor da personalidade do nascituro, sempre causou certa estranheza que a primeira parte do artigo 4º do Código Civil de 1916 dissesse que “a personalidade civil do homem começa do seu nascimento com vida”. Tal dispositivo, porém, foi revogado *Pacto de São José da Costa Rica*, do qual o Brasil é signatário.

Trata-se de uma *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, subscrita em 22 de novembro de 1969. Foi aprovada pelo Congresso Nacional do Brasil em 26 de maio de 1992 (Decreto Legislativo n. 27), tendo o Governo brasileiro determinado sua integral observância em 6 de novembro seguinte (Decreto n. 678).

Com efeito, diz o § 1º, artigo 2º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule matéria de que tratava a lei anterior”.

²⁹ Cf. *Ibidem*, p. 245.

³⁰ *Ibidem*, p. 169.

Diz a referida Convenção em seu artigo 1º, n. 2: “Para os efeitos desta Convenção, *pessoa é todo ser humano*”. (destacou-se)

Diz ainda o inciso I do artigo 4ª da mesma Convenção: “Toda *pessoa* tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido por lei e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.” (destacou-se)

Como se pode verificar, o Pacto de São José da Costa Rica (como é conhecida a Convenção) diz inequivocamente que “*pessoa é todo ser humano*”, sem fazer qualquer distinção entre o ser humano em sua vida intra e extra-uterina. A expressão “desde o momento da concepção” força-nos a concluir que a palavra “*pessoa*” se aplica também ao nascituro.

Alguém poderia argumentar que a afirmação “*pessoa é todo ser humano*” só vale “para os efeitos desta Convenção” (art. 1º, n. 2). E é verdade. Um dos efeitos, porém, primordiais da Convenção é a obrigatoriedade de os Estados-partes reconhecerem a personalidade jurídica de toda pessoa (= “de todo ser humano”). É o que diz o artigo 3º: “Toda *pessoa* tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

A partir, portanto, de 6 de novembro de 1992, data em que a Convenção se fez direito interno brasileiro, toda “*pessoa*” (que, para os efeitos da Convenção, é todo ser humano), passou a ter direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Se, portanto, a primeira parte do artigo 4º, CC/1916 não reconhecia personalidade jurídica ao nascituro, foi revogada por força de uma lei posterior.

Jaques de Camargo Penteado³¹ alega que a doutrina da personalidade do nascituro

... culminou com sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José de Costa Rica dispõe que ‘*pessoa é todo ser humano*’ (art. 1º, n.º 2). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.³²

³¹ Procurador de Justiça aposentado, exercendo atualmente a advocacia no Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, tem vários livros e artigos publicados, destacando: *A Família e a Justiça Penal* (1988, ed. Revista dos Tribunais); *Acusação, Defesa e Julgamento* (2001, ed. Millennium); Co-organizou e foi também co-autor do livro “*A vida dos Direitos Humanos – Bioética e Jurídica*” (1999, ed. Sérgio Fabris).

³² Jaques de Camargo PENTEADO, O devido processo legal e abortamento, *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*, 1999, p. 152.

Ao pé da página, o autor cita uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo³³:

Em boa hora se vem invocando nos Pretórios o Pacto de São José de Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que se fez *direito interno brasileiro*, e que, pois, já não se configura, entre nós, simples meta ou ideal de *lege ferenda*. É mesmo reclamável seu cumprimento integral, porque essa Convenção foi acolhida sem reservas pelo Estado brasileiro. Parece que ainda não se compreendeu inteiramente o vultoso significado da adoção do Pacto entre nós: bastaria lembrar, a propósito, pela vistosidade de suas conseqüências, que seu art. 2º modificou até mesmo conceito de pessoa versado no art. 4º do Código Civil, já que, atualmente, pessoa, para o direito posto brasileiro, é *todo ser humano, sem distinção de sua vida extra ou intra-uterina*. Projetos, pois, destinados a viabilizar a prática de aborto direto ou a excluir antijuridicidade para a prática de certos abortamentos voluntários conflitam com a referida Convenção (*Habeas Corpus* n.º 323.998/6, Tacrim-SP, 11ª Câmara, v. un., Rel. Ricardo Dip, j.29.6.1998).

Houve, porém, infelizmente, um grande desconhecimento do alcance do Pacto de São José da Costa Rica em face da legislação brasileira. Depois de sua vigência, nenhum doutrinador poderia dizer (mas muitos continuaram dizendo) que o nascituro é mera “expectativa de pessoa” (*spes personae*), gozando apenas de “expectativas de direitos”.

Em resumo, após o Pacto de São José da Costa Rica, eliminou-se a contradição presente na lei civil. O aborto passou a ser verdadeira e propriamente um crime *contra a pessoa*. Contra uma pessoa por nascer, mas nem por isso “menos pessoa” que a já nascida.

1.5 O CÓDIGO CIVIL DE 2002: UM RETROCESSO?

Ao assinar e ratificar o Pacto de São José da Costa Rica, o Brasil comprometeu-se a

... adotar, de acordo com suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades (art. 2º da Convenção).

Assim, o Congresso Nacional, ao instituir o novo Código Civil, deveria, em cumprimento ao compromisso assumido na Convenção, ter modificado a redação do

³³ agora extinto pela Emenda Constitucional 45/2004.

artigo 4º, a fim de assegurar a todo ente humano, nascido ou nascituro, o reconhecimento de sua personalidade jurídica. Uma boa proposta seria: “A personalidade civil do ente humano começa com a concepção.”

Lamentavelmente o novo Código Civil (Lei 10.406/2002), sancionado em 10/01/2002 e em vigor desde 11/01/2003, ignorou totalmente tal compromisso internacional e manteve quase integralmente as palavras do Código de 1916:

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

Além de não honrar o Pacto de São José da Costa Rica, tal redação incorreu em redundância ao falar em “personalidade da pessoa”. E ainda não precisou a que pessoa se refere: jurídica ou natural? Tais vícios vieram da substituição do termo “homem” pelo termo “pessoa”, sem dúvida por preconceito feminista.

Pergunta-se: a partir do dia 11 de janeiro de 2003, quando o novo Código entrou em vigor, terá havido um retrocesso em relação aos direitos humanos? Em particular, em relação ao mais débil dos entes humanos: o nascituro? Terá tido o novo Código força de revogar o estabelecido em uma Convenção Internacional? Haverá superioridade hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica em relação ao novo Código Civil? Para responder a essa questão, valhamo-nos dos argumentos de Flávia Piovesan, totalmente insuspeita por ser defensora da legalização do aborto. Diz a referida autora:

A Carta de 1988 consagra de forma inédita, ao fim da extensa Declaração de Direitos por ela prevista, que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’ (art. 5º, parágrafo 2º).

Note-se que a Constituição de 1967, no art. 153, parágrafo 36, previa: ‘A especificação dos direitos e garantias expressos nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota’. A Carta de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário.

Ora, ao prescrever que ‘os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais’, *a contrario sensu*, a Carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Este processo de inclusão implica na incorporação pelo texto constitucional destes direitos.

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte

integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.³⁴

(...)

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão.³⁵

Até 1977, o Supremo Tribunal Federal afirmava a superioridade dos tratados internacionais sobre as normas ordinárias de direito interno. Citemos novamente Flávia Piovesan:

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal c. Cia Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha".³⁶

Esse entendimento mudou a partir do julgamento do Recurso Extraordinário 80.004 em 1977, que adotou a tese da paridade entre o tratado internacional e a lei federal, estando ambos em mesmo nível hierárquico. A este respeito, comenta Valerio de Oliveira Mazzuoli:

A nova posição da Excelsa Corte, entretanto, enraizou-se de tal maneira que o min. Francisco Rezek emitiu pronunciamento de forma assaz contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio (Extradicação n.º 426, in RTJ 115/973)'.³⁷

³⁴ Flávia PIOVESAN, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 2002, p. 75-76.

³⁵ *Ibidem*, p. 77-78.

³⁶ *Ibidem*, p. 85.

³⁷ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, O STF e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, *Correio Braziliense*, 5 ago. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

Para agravar a situação, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do *Habeas Corpus* 72.131-RJ (22.11.1995), declarou explicitamente que o Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, VII) não tinha o poder de proibir a prisão civil por dívida do depositário infiel, prevista na Constituição Federal (art. 5º, LXVII), posição essa que foi reiterada em diversos julgados.

O novo Código Civil, à semelhança do anterior, reconhece vários direitos ao nascituro, entre eles: o de receber doação mediante representante legal (art. 542), o de receber um curador (art. 1779) e o de ser beneficiado por herança (art. 1798). Mas persiste com a redação obsoleta e contraditória de que a personalidade civil só começa com o nascimento com vida (art. 2º).

Isso não seria problema se se admitisse pacificamente que os direitos estabelecidos no Pacto de São José da Costa Rica têm valor constitucional. Bastaria ajuizar uma ação direta de inconstitucionalidade (ADI) para se declarar inválida a primeira parte do artigo 2º do novo Código. No entanto, o Supremo Tribunal Federal — que “tem o direito de errar por último” — vem-se demonstrando propenso a declarar que uma nova lei ordinária tem o condão de afastar a aplicação de um tratado anteriormente celebrado.

Com todo o respeito devido à Suprema Corte, prevalecendo esse entendimento, seria razoável que o Brasil não mais assinasse tratados internacionais. Pois os compromissos solenemente assumidos perante as nações sempre poderão ser descumpridos por uma simples lei ordinária. Um exemplo ilustrativo é a obrigação assumida pelo Brasil no Pacto de São José da Costa Rica de não restabelecer a pena de morte: “Art. 4 – III – Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”

Tal dispositivo é totalmente inócuo, uma vez que, se o legislador nacional decidir instituir a pena de morte,³⁸ sua vontade prevalecerá sobre o anterior compromisso internacional. Para que servem então os tratados e convenções?

No caso do direito do nascituro à personalidade jurídica, há uma peculiaridade. A Convenção dá a tal direito tamanha importância, que ele não pode ser suspenso nem sequer em caso de guerra, perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência e a segurança do Estado-Parte:

Art. 27

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado-Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados as exigências da situação, suspendem as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. *A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito a Vida), 5 (Direito a Integridade Pessoal), 6 (Proibição da Escravidão e Servidão), 9 (Princípio da Legalidade e da Retroatividade), 12 (Liberdade de Consciência e de Religião), 17 (Proteção da Família), 18 (Direito ao Nome), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito a Nacionalidade) e 23 (Direitos Políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (destacou-se)*

No entanto, paradoxalmente, uma simples lei ordinária ousou abolir o reconhecimento da personalidade do nascituro.

Poderia algum Estado opor alguma exceção aos direitos consagrados na Convenção, suprimi-los ou limitá-los? Em outras palavras: teria o legislador ordinário poder para negar a personalidade ao nascituro, embora esta tenha sido reconhecida pelo Pacto Internacional?

Vale citar aqui a resposta magistral de Ricardo Henry Marques Dip³⁹:

Não se justifica, para mais, diante da ratificação do Pacto de São José pelo Estado brasileiro, nenhuma prática estatal de auxílio ao abortamento direto, nem a omissão do Governo na ajuda material e psicológica às mulheres que engravidam vítimas de estupro, a fim de que evitem a prática do delito de aborto, embora, *in casu*, não-punível.

Não parece nunca demasiado, a propósito, considerar o preceito do artigo 29 do Pacto de São José:

'Nenhuma disposição da presente Convenção pode ser interpretada no sentido de:

a. Permitir a alguns dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela'.⁴⁰

³⁸ Abstraindo-se, no caso, de que a proibição do art. 5º, XLVII, a, CF, por ser cláusula pétrea, não pode ser desfeita sequer por emenda constitucional.

³⁹ Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; ex-juiz do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

⁴⁰ Ricardo Henry Marques DIP, Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da normativa *versus* busca progressiva do direito, *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*, 1999, p. 400.

1.6 A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04: UM AVANÇO?

A Emenda Constitucional n.º 45, de 8 de dezembro de 2004, acrescentou ao artigo 5º da Carta Magna o parágrafo terceiro:

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

O objetivo do constituinte derivado foi acabar com a celeuma acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. No entanto, o tiro pode ter saído pela culatra, conforme previu Valério de Almeida Mazzuoli quando a PEC 2.920/2000 (que deu origem à EC 45/04) ainda estava em tramitação:

A celeuma que esta emenda causará, se aprovada, será enorme, principalmente porque se sabe que o Brasil já cumpriu quase todos os seus compromissos internacionais relativos a direitos humanos, faltando poucos instrumentos de âmbito global a serem ratificados. Dessa forma, se aprovada a Emenda, não se saberá mais em qual *status* normativo estarão todos os tratados de direitos humanos já ratificados e em vigor no Brasil, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e vários outros.⁴¹

Após a promulgação da Emenda, de fato a divergência ficou instaurada. Alguns defensores do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos lamentaram a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º, uma vez que teria reduzido ao nível de lei ordinária os tratados celebrados antes de 31 de dezembro de 2004.⁴² Só os tratados posteriores a essa data poderiam adquirir nível constitucional, e ainda assim, só depois de um dificultoso processo, com a aprovação de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

⁴¹ Valerio de Oliveira MAZZUOLI, *Direito internacional público: parte geral*, 2005, p. 115. Curiosamente, este trecho, que certamente foi escrito antes da promulgação da EC 45/04, foi conservado na segunda edição, “revista e ampliada” da obra, que nas páginas 100 e 101 fala Emenda como algo já em vigor.

⁴² Data da publicação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

Mazzuoli continuou sustentando que

... o novo § 3º, introduzido pela Emenda Constitucional 45/2004 (...), não afeta os tratados internacionais sobre direitos humanos já ratificados anteriormente pelo Brasil, valendo tão somente para os tratados ratificados depois de sua entrada em vigor e, ainda assim, para atribuir-lhes *equivalência de emenda constitucional*, e não para dar o *status* de 'norma constitucional' que eles já detêm (uma vez que ampliam o núcleo material mínimo da Constituição, ou seja, o seu 'bloco de constitucionalidade').⁴³

Esse também foi o entendimento de Flávia Piovesan. Segundo ela, o parágrafo 3º serviu para criar duas categorias de tratados de direitos humanos: os *apenas materialmente constitucionais* (por força do art. 5º, §2º, CF) e os *materialmente e formalmente constitucionais* (por força do art. 5º, §3º, CF). Estes últimos, "equivalentes a emendas constitucionais" não são suscetíveis de denúncia, ao passo que os primeiros podem ser denunciados:

Desde logo, há que se afastar o entendimento de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum de três quintos demandado pelo aludido parágrafo. Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais. O quorum qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza constitucional, ao adicionar um lastro de formalmente constitucional. (...) Vale dizer que com o advento do § 3º do art. 5º surgem duas categorias de tratados de direitos humanos: a) os materialmente constitucionais; e b) os material e formalmente constitucionais. Frise-se: todos os tratados internacionais de direitos humanos são materialmente constitucionais, por força de § 2º do art. 5º. Para além de serem materialmente constitucionais, poderão, a partir do § 3º do mesmo dispositivo, acrescer a qualidade de formalmente constitucionais, equiparando-se às emendas à Constituição, no âmbito formal.

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados.⁴⁴

Afortunadamente, Francisco Rezek, ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, que sempre defendeu a tese da supremacia da Constituição Federal sobre os tratados internacionais de direitos humanos, mudou de posicionamento a partir da Emenda Constitucional 45/04:

⁴³ Ibidem, p. 100-101.

⁴⁴ Flavia PIOVESAN, Reforma do Judiciário e direitos humanos, *Reforma do Judiciário*, 2005, p. 72-73.

No desfecho do extenso rol de direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição um segundo parágrafo estabelece, desde 1988, que aquela lista não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios consagrados na carta, ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Sobre esta última categoria nada se ouviu nos anos seguintes do Supremo Tribunal Federal, cuja maioria era entretanto pouco receptiva à idéia de que a norma assecuratória de algum outro direito, quando expressa em tratado, tivesse nível constitucional. Isso resultava provavelmente da consideração de que, assim postas as coisas, a carta estaria dando ao Executivo e ao Congresso, este no *quorum* simples da aprovação de tratados, o poder de aditar à lei fundamental; quem sabe mesmo o de mais tarde expurgá-la mediante a denúncia do tratado, já então — o que parece impalatável — até pela vontade singular do governo, habilitado que se encontra, em princípio, à denúncia de compromissos internacionais. As perspectivas da jurisprudência, nesse domínio, pareciam sombrias quando se levavam em conta algumas decisões majoritárias que o Supremo tomou na época a propósito da prisão do depositário infiel (ou daqueles devedores que o legislador ordinário brasileiro entendeu de assimilar ao depositário infiel), frente ao texto da Convenção de São José da Costa Rica.

A questão não subsiste a partir de agora, resolvida que foi pelo aditamento do terceiro parágrafo ao mesmo artigo constitucional: os tratados sobre direitos humanos que o Congresso aprove *com o rito da emenda à carta* — em cada casa dois turnos de sufrágio e o voto de três quintos do total de seus membros — integrarão em seguida a ordem jurídica no nível das normas da própria Constituição. (...)

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.⁴⁵

Segundo Rezek, portanto, por força da EC 45/04 houve uma espécie de “recepção” dos tratados anteriormente celebrados, promovidos ao nível constitucional, entre os quais o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura o reconhecimento da personalidade do nascituro. Oxalá a mudança na Constituição, acompanhada da recente mudança na composição do Supremo Tribunal Federal, favoreça entendimento semelhante ao do ex-Ministro.

⁴⁵ J. Francisco REZEK. *Direito Internacional público: curso elementar*, 2005, p. 101-103.

2 O ABORTO NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA

A maior rede privada de contracepção, esterilização e aborto, a IPPF (International Planned Parenthood Federation), Federação Internacional de Planejamento Familiar,⁴⁶ assim instrui suas filiais espalhadas por todo o mundo:

As Associações de Planejamento Familiar e outras organizações não-governamentais não deveriam usar a ausência de leis ou a existência de uma lei desfavorável como uma escusa para a inação; *a ação fora da lei e até a violação da mesma é parte do processo de mudança.*⁴⁷ (destacou-se)

O texto acima revela com crueza a falta de escrúpulos dos grupos pró-aborto. Vale tudo: até a violação da lei. Uma outra estratégia importante é a *re-interpretação da lei* de modo a favorecer o aborto. Leiamos o trecho seguinte, extraído de uma declaração de março de 1991 feita por dois comitês especializados da IPPF: o Grupo Internacional para Assessoramento Médico (*International Medical Advisory Panel* — IMAP) e o Grupo Internacional para Assessoramento de Programas. As recomendações se dirigem especificamente às associações “em países onde há restrições legais ao aborto e/ou ao planejamento familiar”:

Desenvolver, com a ajuda de juristas e profissionais na matéria, pautas claras de tal maneira que os trabalhadores da saúde possam interpretar positivamente a lei para proporcionar um aborto sem risco, onde algum pressuposto legal permita a realização do aborto sem risco em determinadas circunstâncias.

Estabelecer laços com advogados que estejam dispostos a defender nos tribunais o pessoal de saúde ou usuários acusados de haver levado a cabo ou tentado um aborto seguro. Eles poderiam também aceitar defender casos polêmicos para exercer pressão em prol de *uma interpretação mais liberal de certas leis.*⁴⁸ (destacou-se)

No Brasil, os grupos pró-aborto encontraram uma brecha no artigo 128 do Código Penal, que assim se exprime:

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.

⁴⁶ Fundada em 1952, com sede em Londres, a IPPF tem filiais em 180 países. No Brasil, a filial da IPPF chama-se BEMFAM – Bem Estar Familiar no Brasil.

⁴⁷ IPPF. *El derecho humano a la planificación familiar*. Londres, 1983. p. 39-41, Apud Jorge SCALA, IPPF: a multinacional da morte, 2004, p.185.

⁴⁸ IPPF. *Boletín médico de la IPPF*, fev. 1991, p. 2, Apud Jorge SCALA, IPPF: a multinacional da morte, 2004, p.188.

Seguindo interpretação a ser contestada nesta monografia, os abortistas do Brasil afirmaram:

- a) que tal dispositivo contém hipóteses de exclusão do crime do aborto (aborto *não criminoso*);
- b) que tal dispositivo contém um direito subjetivo ao aborto (aborto *legal*);
- c) que é *dever* do Estado favorecer a prática do aborto nessas duas hipóteses (aborto *desejável pelo Estado*).

Foi com base nessas premissas que o aborto foi introduzido na rede hospitalar pública.

2.1 A INTRODUÇÃO DO ABORTO NO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

O dia 26 de abril de 1989 marca, no município de São Paulo, a introdução da prática do aborto chamado “legal” pelos hospitais públicos, com a publicação da Portaria 692/89, que “dispõe [sobre?] a obrigatoriedade a (sic) rede hospitalar do Município, do atendimento médico para o procedimento de abortamento, nos casos de exclusão de antijuridicidade, previstos no Código Penal”. Como se vê, até no título publicado, a portaria tem erros de grafia e truncamento de palavras. O restante do texto não está em melhor estado gramatical. As palavras entre colchetes são uma tentativa de recompor o trecho truncado:

O Secretário Municipal da Saúde, no uso de suas atribuições legais e, CONSIDERANDO os riscos físicos que por vezes comprometem a vida da gestante, CONSIDERANDO que o estupro se constitui, lamentavelmente, num crime sexual freqüente em nossa sociedade do qual pode resultar gravidez indesejada, além de outros problemas que afetam a saúde física e mental das mulheres; CONSIDERANDO que ao Estado compete dar assistência médica gratuita nos cargos previstos em Lei; RESOLVE:

Art. 1º - A prática do abortamento, nas hipóteses a admitidas pelo Art. 128 do Código Penal Brasileiro, será realizada pela rede hospitalar pública municipal de São Paulo, respeitado o disposto na presente Portaria.

§ único: Exclui-se da determinação firmada no ‘caput’ deste artigo os hospitais que não prestam atendimento na Área de Saúde da Mulher, ficando ressalvados os casos de emergência, nos termos do art. 128, §1º (sic),⁴⁹ do Código Penal.

⁴⁹ Aqui, por engano, escreveu-se §1º em vez de *inciso I*

Art. 2º - Nos casos em que a prática do abortamento tenha por motivo, o risco de vida atual ou iminente da gestante, será realizada mediante diagnósticos, por escrito, do médico responsável pela paciente.

§ único - A gestante poderá recorrer da conclusão referida no 'caput' deste artigo à Comissão Multiprofissional da Unidade Hospitalar referida no art. 4º desta Portaria.

Art. 3º - Nos casos de gravidez resultante de estupro, o abortamento será realizado [mediante?] a apresentação de cópia do registro policial de ocorrência, de laudo do Instituto Médico Legal ou de outras peças de investigação, bem como autorização escrita firmada pela própria gestante ou por seu representante legal nos casos de incapacidade.

§ 1º - A gestante ou seu representante legal nos casos de incapacidade declarar-se-á ciente do disposto no art. 340 do Código Penal Brasileiro.

§ 2º - Se o laudo do Instituto Médico Legal, apresentado no prazo, for insatisfatório para caracterizar o estupro, a [Comissão?] Multiprofissional da Unidade Hospitalar, referida no art. 4º desta Portaria, poderá ser solicitada a se manifestar.

§ 3º - A Comissão Multiprofissional da Unidade Hospitalar para os fins do disposto no parágrafo antecedente, emitirá parecer no prazo de 05 dias, baseado em prova pericial, na oitiva da gestante e de testemunhas, e em demais meios de prova admitidas (sic) em direito.

§ 4º - O abortamento, em qualquer caso será realizado no prazo de 7 dias contados da apresentação dos documentos referidos no 'caput' deste artigo, ou do parecer da Comissão Multiprofissional da Unidade, nas hipóteses em que for cabível a sua edição.

§ 5º - Nos casos de gravidez resultante de estupro, o abortamento só poderá ser realizado até a 12ª semana de gestação.

Art. 4º - Para fins de atendimento no disposto nos artigos 2º parágrafo 1º e 3º, e parágrafo 1º desta Portaria, o Secretário Municipal da Saúde formalizará em cada Unidade Hospitalar a criação de Comissão Multiprofissional constituída por 5 servidores, ouvida previamente a Direção da Unidade Hospitalar.

§ único - A critério do Secretário Municipal da Saúde poderão ser indicados procuradores municipais, ouvida previamente a Secretaria dos Negócios Jurídicos, para integrar a Comissão referida no 'caput' deste artigo.

Art. 5º - Fica assegurada ao médico a possibilidade de se escusar a prática do abortamento, em quaisquer das hipóteses disciplinadas nesta Portaria, em conformidade com o Código de Ética Médica.

§ único - O disposto no presente artigo não afasta, em qualquer hipótese, a responsabilidade da Unidade Hospitalar no cumprimento do determinado no art.1º desta Portaria.

- Esta Portaria entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.⁵⁰

Note-se a pressa, em praticar o aborto, que “em qualquer caso será realizado no prazo de 7 dias” (art. 3º, §4º). Note-se ainda que a objeção de consciência para recusar-se à prática do aborto só é admitida para o médico (art. 5º, *caput*), mas não para a Unidade Hospitalar (art. 5º, parágrafo único), que tem o dever de providenciar quem o pratique.

⁵⁰ SÃO PAULO (Município). Secretaria Municipal de Saúde. Portaria n. 692/89. Dispõe [sobre?] a obrigatoriedade a (sic) rede hospitalar do Município, do atendimento médico para o procedimento de abortamento, nos casos de exclusão de antijuridicidade, previstos no Código Penal. *Diário Oficial do Município*, 26 abr. 1989, p. 12. Secretário: Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho.

A Portaria foi assinada pelo Secretário Municipal de Saúde Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho. Foi publicada à revelia do Secretário dos Negócios Jurídicos Hélio Pereira Bicudo, que manifestou sua perplexidade em parecer publicado em 8 de julho de 1989 no Diário Oficial do Município:

PROTOCOLADO DESPACHADO:

3953/89 - TRANSCRIÇÃO DO OFÍCIO 238/89-SJ - PARECER DE SJ SOBRE A PRÁTICA DE ABORTAMENTO LEGAL NA REDE HOSPITALAR MUNICIPAL - DESPACHO: PUBLIQUE-SE EM DOM.

Através da Carta s/nº de 11/04/89, da D. Assessora do Programa de Saúde da Mulher, foi solicitada à Procuradoria Geral do Município, órgão subordinado a esta Secretaria, a apreciação de portaria proposta para disciplinar a 'prática do abortamento legal na rede municipal hospitalar'.

Após manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva da PGM, a Dra. Ana Maria Cruz de Moraes, na qualidade de Procuradora Geral do Município, emitiu seu parecer, remetendo-nos o expediente, como de direito, para que, sobre a matéria fosse estabelecido o entendimento da Secretaria dos Negócios Jurídicos.

Ocorre, porém, que, em 06 do corrente, antes mesmo que tivéssemos tempo hábil para examinar o problema, inegavelmente melindroso, fomos surpreendidos pela publicação, no DOM, do referido parecer.

Causo-nos (sic), o fato, grande estranheza, uma vez que a opinião exarada pela Procuradora Geral do Município constitui ato administrativo interno, meramente enunciativo, não vinculativo, e que não representa oficialmente nossa idéia sobre a questão.

Esta, aliás, difere essencialmente da que foi publicada, porque, segundo nos parece, a expedição da portaria não eliminará o risco de eventual processo por aborto criminoso.

Ao invés, entendemos que a melhor solução está em deixar-se a prática do abortamento legal para decisão do médico e da gestante, ou de seus responsáveis legais, com a observância das cautelas aconselhadas pelas circunstâncias particulares do caso em concreto.

Remetendo-nos à proposta de portaria apresentada, consideramos que a Doutrina e a Jurisprudência têm admitido também os casos de atentado violento ao pudor, sua legitimação não decorrerá suficientemente de mera existência de um boletim de ocorrência ou de um laudo do IML.

Sendo, ademais, inconclusivo o laudo, nem por isso, poderia uma comissão multi-profissional declarar a legalidade do procedimento abortivo, como se investida de função jurisdicional.

Em suma, entendemos que a prática do abortamento e a fixação das cautelas a serem observadas para tanto, deverão decorrer do exame de cada caso, isoladamente.

A decisão é do médico assistente, que, se possível, ouvirá seus colegas e, em se tratando de abortamento sentimental, as autoridades que estejam oficiando no processo-crime contra o autor do estupro.

Esta Secretaria conclui, portanto, que caracterizar-se ou não a hipótese de abortamento legal, é matéria de fato, só aferível em concreto e cuja disciplina [não é cabível?]⁵¹ por ato administrativo, mas somente pela lei penal, de competência privativa da União.

Caberá ao médico resguardar sua atuação, cercado-se dos cuidados que entender necessários, tendo em vista o caso em exame.

⁵¹ O texto publicado parece truncado. Talvez o secretário quisesse dizer: ... cuja disciplina *não é cabível* por ato administrativo, mas somente por lei penal...

Com tais ponderações, permitimo-nos ficar no aguardo das providências que se fizerem convenientes ao acerto da situação criada com a publicação de início referida.⁵²

Note-se que a Portaria 692/89 foi publicada *antes* que a Secretaria de Negócios Jurídicos pudesse emitir seu parecer. E, surpreendentemente, foi publicado um parecer interno, não vinculativo, de um órgão subordinado àquela Secretaria: a Procuradoria Geral do Município. De fato, não interessava ao Secretário de Saúde Eduardo Jorge – abertamente favorável ao aborto – a publicação do parecer do Secretário de Negócio Jurídicos Hélio Bicudo, contrário a essa prática. Esse é apenas um exemplo de recurso a meios fraudulentos, habitual entre os promotores do aborto.

Note-se ainda que, embora não contestasse a tese de que há aborto “legal” no artigo 128, CP, Hélio Bicudo entendeu que a administração pública não tinha competência para emitir um ato para disciplinar sua prática.

Por caminhos assim tortuosos, o aborto chegou ao Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya, em São Paulo, conhecido como Hospital do Jabaquara, onde foi criado o “Programa de Aborto Legal”, presidido pelo médico Dr. Jorge Andalaft.

2.2 A INTRODUÇÃO DO ABORTO NO SUS EM NÍVEL NACIONAL

Depois de São Paulo, a prática do aborto “legal” espalhou-se por outros municípios e Estados brasileiros. Em setembro de 1996, o CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria)⁵³ comemorava:

... O município de São Paulo foi o primeiro a atender os casos de aborto legal em 1989, no Hospital Jabaquara. Em seguida, Campinas, Rio de Janeiro,

⁵² SÃO PAULO (Município). Secretaria Municipal de Saúde. Parecer de SJ sobre a prática de abortamento legal na rede hospitalar municipal, *Diário Oficial do Município*, 8 jul. 1989, p. 9. Secretário dos Negócios Jurídicos: Hélio Pereira Bicudo.

⁵³ Grupo pró-aborto com sede em Brasília, que recebe financiamento da Fundação Ford, Fundação Mc Arthur, Fundo das Nações Unidas para a Mulher (UNIFEM), Fundo das Nações Unidas para a População (FNUAP) e Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF).

Pernambuco e Distrito Federal. Recentemente, Goiânia e Porto Alegre aprovaram lei municipal e o serviço está em fase de implantação.⁵⁴

A maneira de implantação do aborto nem sempre foi a edição de uma portaria. Às vezes a Câmara Municipal aprovou uma lei obrigando os hospitais a praticá-lo.

Em Goiânia, a lei municipal 7488, de 19 de outubro de 1995, que “institui atendimento pelo Sistema Único de Saúde, aos casos de interrupção da gravidez previstos em lei e dá outras providências”,⁵⁵ após sofrer grande pressão popular, acabou sendo revogada pela lei 7749, de 25 de novembro de 1997, que “revoga lei que especifica”.⁵⁶

Em Porto Alegre, a lei 7781, de 15 de abril de 1996, que “dispõe sobre o atendimento, em hospitais pertencentes ou conveniados ao Sistema Único de Saúde no município de Porto Alegre, nos casos de aborto previstos na legislação brasileira e dá outras providências” foi declarada inconstitucional em 9 de agosto de 1999 pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. O fundamento do acórdão, porém, foi que “... a norma impugnada violou a lei do orçamento ao criar despesa pública não prevista e feriu o princípio a separação dos poderes.”⁵⁷ . Pena que o Tribunal não fez qualquer referência à violação do direito constitucional à vida.

Em setembro de 1996, o CFEMEA informava que o aborto “legal” já era praticado nas seguintes unidades hospitalares:⁵⁸

- 1) Hospital Regional da Asa Sul (HRAS), Brasília, DF;
- 2) Centro Integrado de Saúde Amauri de Medeiros (CISAM), Recife, PE;
- 3) Hospital Agamenon Magalhães, Recife, PE;
- 4) Instituto Municipal da Mulher Fernando Magalhães, Rio de Janeiro, RJ;

⁵⁴ ABORTO legal será apreciado na Câmara dos Deputados, *Femea*, set. 1996, p. 6.

⁵⁵ GOIÂNIA. Lei n. 7488, de 19 de outubro de 1995, que institui atendimento pelo Sistema Único de Saúde, nos casos de interrupção da gravidez previstos em lei e dá outras providências. *Diário Oficial do Município*, n. 1528, 1 nov. 1995, p. 1.

⁵⁶ Idem, Lei n. 7749, de 25 de novembro de 1997, que revoga lei que especifica. *Diário Oficial do Município*, n. 2001, 5 dez. 1997, p. 1.

⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 598077931. Tribunal Pleno. Julgado em 09 ago. 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php> Acesso em: 24 jul. 2006.

⁵⁸ Cf. ABORTO legal será apreciado na Câmara dos Deputados. *Femea*, set. 1996, p. 6.

5) Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya (Jabaquara), São Paulo, SP;

6) Hospital Pérola Byengton, São Paulo, SP;

7) Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher (CISAM), Campinas, SP.

Em 27 de fevereiro de 1997, em um seminário pró-aborto realizado em Brasília, representantes do Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya orgulhavam-se de já terem feito 100 abortos desde 1989 até janeiro de 1997. Quanto ao método utilizado, 32 haviam sido feitos por misoprostol e curetagem, 59 por aspiração manual intra-uterina (AMIU), 6 por aspiração elétrica e 3 por métodos combinados.⁵⁹

Em março de 1998 a imprensa noticiava: “O número de hospitais públicos que realizam aborto legal no país aumentou de 9 para 13 no último ano e ainda deve crescer.”.⁶⁰

Havia, no entanto, a aspiração de que o aborto “legal” fosse praticado em toda a rede hospitalar brasileira. Para esse fim, o deputado federal Eduardo Jorge (PT/SP) — o mesmo que, quando secretário de saúde, havia editado a portaria 692/89, que instituiu o aborto “legal” no município de São Paulo — propôs, juntamente com a deputada federal Sandra Starling (PT/MG), o Projeto de Lei n. 20, de 19 de fevereiro de 1991, que “... dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde.”.⁶¹ O projeto é quase literalmente uma cópia da Portaria Municipal 692/89. Em sua justificação, tal portaria é citada, assim como o parecer da Procuradoria Geral do

⁵⁹ Cf. HOSPITAL MUNICIPAL DR. ARTHUR RIBEIRO DE SABOYA. *Programa de Aborto Legal*. Elaboração por Dra. Maria Luiza Righetti (Diretora da Unidade de Internação) e Dr. Thomaz A. C. Cardoso de Almeida (Diretor Técnico do Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya). Apostila distribuída no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, por ocasião do Seminário “A cumprida história da lei não cumprida”, organizado pelo CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria), pelo CNDM (Conselho Nacional de Direitos da Mulher) e pela RedeSaude (Rede Nacional de Saúde e Direitos Reprodutivos). O seminário foi patrocinado pelo Fundo das Nações Unidas para a População (FNUAP), a quem a presidente da mesa dirigiu seus agradecimentos, no final do evento.

⁶⁰ NÚMERO de hospitais que realizam aborto legal passa de 9 para 13. *Folha de S. Paulo*, 18 mar. 1998, p. 6.

⁶¹ Cf. BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 20, de 19 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde. *Diário do Congresso Nacional*. 5 mar. 1991. Seção 1, p. 899-902.

Município. Obviamente, o deputado não fez qualquer citação do parecer contrário da Secretaria dos Negócios Jurídicos.

No dia 27/9/1995, o projeto foi aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) da Câmara, na forma do substitutivo da relatora deputada Jandira Feghali (PC do B/RJ). A proposição, no entanto, sofreu enorme resistência de grupos pró-vida, o que fez com que sua votação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJC) fosse adiada por várias sessões. Somente em 20/8/1997 o projeto foi votado nessa Comissão, com um placar apertadíssimo: 23 votos contrários e 23 votos favoráveis. Havendo empate, prevaleceu então, segundo as normas regimentais, o parecer da relatora Zulaiê Cobra (PSDB / SP), favorável ao projeto.

No entanto, o caminho a ser percorrido até que o PL 20/91 se convertesse em lei parecia enorme. No dia 3/9/1997, o deputado pró-vida Salvador Zimbaldi (PSDB / SP) e outros apresentaram o recurso 184/97, solicitando que a proposta fosse apreciada pelo plenário da Câmara, antes de seguir para o Senado.

Os abortistas perceberam que o caminho legislativo estava obstruído, e tentaram um atalho pelo Executivo. Pressionaram o então Ministro da Saúde Carlos Albuquerque a “regulamentar” o aborto no SUS. Vejamos um artigo de jornal da época:

O ministro da saúde Carlos Albuquerque, tem um prazo de quinze dias para decidir se acata ou não a resolução aprovada ontem pelo Conselho Nacional de Saúde (CNS) recomendando que o Executivo regulamente a realização do aborto legal no Sistema Único de Saúde. *A intenção do conselho é fazer com que o governo se antecipe à polêmica e demorada votação no Congresso Nacional do projeto de lei autorizando o SUS a prestar serviços de interrupção de gravidez nos casos previstos pelo Código Penal - estupro ou risco de vida para a mãe.* Carlos Albuquerque, que já causou polêmica ao se declarar contrário ao aborto, fugiu do assunto ‘Não sei do que estão tratando lá dentro’, desconversou ao chegar à sala de reunião do CNS.⁶² (destacou-se)

O próximo Ministro da Saúde, José Serra, logo ao tomar posse, cederia às pressões e assinaria uma “Norma Técnica” para instaurar o aborto em toda a rede pública hospitalar brasileira.

2.2.1 A Norma Técnica “Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes”

Em 5 de novembro de 1998, o Ministério da Saúde divulgou pela Internet⁶³ uma Norma Técnica intitulada *Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*.⁶⁴ Essa data consta unicamente de fontes jornalísticas:

O Ministério da Saúde divulga, hoje [05/11/1998], pela Internet as normas para a realização de aborto previsto no Código Penal e de assistência a mulheres e adolescentes vítimas de violência sexual. O documento, obtido com exclusividade pelo Estado, fornece orientações aos hospitais do Sistema Único de Saúde (SUS) interessados em criar serviços, que devem incluir desde o apoio psicológico a medidas de prevenção contra a contaminação por doenças sexualmente transmissíveis e gravidez indesejada.⁶⁵

No dia seguinte, a Folha de São Paulo falava sobre a Norma, observando que eram mínimas as chances de aprovação da prática do aborto “legal” no SUS pelo Congresso Nacional:

O Ministério da Saúde divulgou normas técnicas para prevenção e tratamento de danos provocados por violência sexual contra mulheres. O material mostra quais devem ser os procedimentos adotados para a interrupção da gravidez em casos de estupro.

A norma não é de adoção obrigatória, mas uma orientação para serviços de saúde que queiram implementar esse tipo de atendimento. Ou seja, os hospitais não são obrigados a realizar o aborto em caso de estupro.

(...)

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados já aprovou um projeto de lei que obriga os hospitais do SUS (Sistema Único de Saúde) a realizar o aborto nos casos em que o Código Penal não prevê punição: gravidez que cause risco de vida à mulher ou resultante de estupro. O texto ainda precisa ser votado no plenário da Câmara e pelo Senado, e são mínimas as chances de aprovação.⁶⁶ (destacou-se)

⁶² CONSELHO defende o aborto legal. *Correio Braziliense*, 6 nov. 1997, p.13.

⁶³ Em <<http://www.saude.gov.br/programas/mulher/norviol.html>>

⁶⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: normas técnicas*. Elaboração: Ana Paula Portela e outros. Brasília, DF: [s.n], 1999.

⁶⁵ Sônia Cristina SILVA, Norma para realização de aborto legal é divulgada. *O Estado de S. Paulo*, 05 nov. 1998, p. A13.

⁶⁶ SAÚDE diz como tratar violência a mulher. *Folha de S. Paulo*, 06 nov. 1998, Caderno Cotidiano, p. 27.

Nota-se como a edição da Norma Técnica foi um atalho encontrado pelos abortistas, diante dos obstáculos encontrados no Congresso Nacional. Mas... o que é uma “norma técnica”?

Não é uma lei. Também não é uma portaria. Não tem a solenidade de que se costuma revestir um ato administrativo. As “normas técnicas” estão previstas na Lei nº. 8.080, de 19 de setembro de 1990:

Art. 15º A União, os estados, o Distrito Federal e os municípios exercerão, em seu âmbito administrativo, as seguintes atribuições:

(...)

V - elaboração de *normas técnicas* e estabelecimento de padrões de qualidade e parâmetros de custos que caracterizam a assistência à saúde;

VI - elaboração de *normas técnicas* e estabelecimento de padrões de qualidade para promoção da saúde do trabalhador. (destacou-se)

Ao contrário de uma portaria, uma “norma técnica” não tem um número, não tem data de “entrada em vigor”, não é dividida em artigos e parágrafos e – ao que parece – nem precisa ser publicada no Diário Oficial. Foi esse instrumento infralegal que os abortistas encontraram para oficializar a prática do aborto no Brasil.

Apesar de a palavra *aborto* estar ausente do título, a morte provocada do nascituro constitui o núcleo dos 6 capítulos que compõem o documento.

A Norma instrui os hospitais do SUS — Sistema Único de Saúde — a praticarem aborto de crianças com até cinco meses de vida (20 semanas), que tenham sido geradas em um (suposto) estupro. Os procedimentos são descritos detalhadamente, de acordo com a idade da criança:

a) Para crianças com alguns dias de vida (até 72 horas depois de ocorrida a violência sexual) recomenda-se o microaborto, pelo método de Yuzpe, chamado pelo eufemismo “anticoncepção de emergência”. O Método de Yuzpe “... consiste na tomada de anticoncepcional oral, combinado na dose total de 200 mcg de etinil-estradiol mais 100 mcg de levonorgestrel, em duas doses, com intervalo de 12 horas, sendo a primeira ingestão até 72 horas depois do estupro.”⁶⁷

b) Para crianças com até 12 semanas (3 meses),

⁶⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: normas técnicas*, 1999, cap. V - B, p. 14.

... podem ser utilizados, para o *esvaziamento da cavidade uterina* [eufemismo para aborto] os dois métodos identificados a seguir.

1. Dilatação do colo e curetagem

(...)

2. Aspiração Manual Intra-Uterina (AMIU)

(...)”⁶⁸ (destacou-se)

c) Para crianças entre 13 e 20 semanas (até cinco meses)

A interrupção da gravidez dar-se-á mediante a indução prévia com misoprostol na dose de 100 a 200 mcg no fundo de saco vaginal, após limpeza local com soro fisiológico, a cada 6 horas. (...) Após a *eliminação do conceito* [mais um eufemismo], proceder-se-á a complementação do *esvaziamento uterino* [mais um eufemismo] com curetagem, se necessário.⁶⁹ (destacou-se)

Advirta-se que a Norma evita sistematicamente o uso de termos como “criança”, “bebê” ou “nascituro”. O verbo “matar” e o substantivo “morte” também são proibidos. No entanto, vale lembrar que o método chamado “curetagem” nada mais é que o esquartejamento da criança com duas lâminas afiadas (as curetas) e que a “aspiração manual” é o desmembramento do bebê feito através de seringas de vácuo. Quanto ao misoprostol (conhecido comercialmente por *Cytotec*), trata-se de uma substância que provoca violentas contrações no útero, expulsando o bebê prematuramente.

Em se tratando de crianças de cinco meses, geralmente elas nascem vivas, respiram e choram, embora por pouco tempo. Depois da morte, serão lançadas na lata de lixo mais próxima. Não convém falar de tais assuntos durante uma refeição.

Acima de cinco meses, a Norma recomenda, paradoxalmente, que se poupe a vida do inocente. Neste caso — mas não para crianças mais novas — “... deve-se oferecer acompanhamento pré-natal e psicológico, procurando-se facilitar os mecanismos de adoção, se a mulher assim o desejar.”⁷⁰

Há um trecho do capítulo VI que fala dos documentos e procedimentos obrigatórios para a realização do aborto e daqueles que são apenas recomendados (mas sem obrigatoriedade):

⁶⁸ Ibidem, cap. VII, p. 15-16.

⁶⁹ Ibidem, cap. VII, p. 16.

⁷⁰ Loc. cit.

Documentos e procedimentos obrigatórios

- Autorização da grávida – ou, em caso de incapacidade, de seu representante legal –, para a realização do abortamento, firmada em documento de seu próprio punho, na presença de duas testemunhas – exceto pessoas integrantes da equipe do hospital –, que será anexada ao prontuário médico.
- Informação à mulher – ou a seu representante legal –, de que ela poderá ser responsabilizada criminalmente caso as declarações constantes no Boletim de Ocorrência Policial (BOP) forem falsas.
- Registro em prontuário médico, e de forma separada, das consultas, da equipe multidisciplinar e da decisão por ela adotada, assim como dos resultados de exames clínicos ou laboratoriais.
- Cópia do Boletim de Ocorrência Policial.

Recomendados

- Cópia do Registro de Atendimento Médico à época da violência sofrida.
- Cópia do Laudo do Instituto de Medicina Legal, quando se dispuser.⁷¹

É interessante notar que a mulher não precisa *provar* que sofreu violência sexual para requerer o aborto. Os documentos comprobatórios (Registro de Atendimento Médico, Laudo do IML — Instituto Médico Legal...) são apenas *recomendados*. O único documento a ser apresentada pela suposta vítima é a cópia do Boletim de Ocorrência Policial assinado por ela mesma. Como todos sabem, a lavratura do Boletim de Ocorrência pode ser feita apenas com o comparecimento exclusivo de alguém na repartição policial. Abriram-se assim as portas para a falsificação de estupros e o aborto em série.

Convém lembrar, como já referimos, que nos Estados Unidos o aborto foi declarado “legal” em 1973 (decisão *Roe versus Wade*) graças a um falso estupro. Pergunta-se: será que apenas a mulher norte-americana é capaz de mentir? Será que uma mulher, já decidida a matar o próprio filho, teria algum escrúpulo para não dizer mentira?⁷²

O número de hospitais públicos fazendo aborto, bem como o número de abortos, cresceu exponencialmente desde a expedição da “Norma Técnica”. Em 02 de dezembro de 2001, isso era afirmado pelo seguinte artigo publicado no Jornal do Brasil:

⁷¹ Ibidem, cap. VI, p. 15.

⁷² No dia 20/8/1997, na Comissão de Constituição, Justiça e Redação da Câmara dos Deputados, a deputada Zulaiê Cobra (PSDB/SP), relatora do Projeto de Lei 20/91, que pretendia obrigar o SUS a praticar abortos em caso de estupro, pronunciou uma frase cômica: “A mulher brasileira não mente”. Tal frase era dirigida ao deputado Vicente Cascione (PTB/SP), que achava necessária a instauração de um inquérito policial para comprovar o estupro. Para Zulaiê Cobra, bastava o boletim de ocorrência policial, ou seja, a simples palavra da mulher.

BRASÍLIA - Enquanto 13 projetos sobre aborto tramitam no Congresso Nacional, 48 hospitais do Sistema Único de Saúde (SUS) já interrompem a gestação de mulheres grávidas em consequência de estupros. Em 1999, apenas oito estabelecimentos realizavam esse procedimento no país. *O aumento coincide com a publicação de uma norma técnica, com diretrizes para o atendimento a mulheres e adolescentes vítimas de violência sexual, assinada há três anos pelo ministro da Saúde, José Serra.*

(...)

Entre 1989 e 2001, houve cerca de 800 abortos legais no SUS, segundo o Jorge Andalaft, presidente da comissão para o assunto na Federação das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (Frebasgo). *Quase a metade teria ocorrido nos últimos três anos.* Os hospitais, embora desobrigados a realizar o aborto legal, multiplicam os serviços.⁷³ (destacou-se)

2.2.2 “Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento”

A situação se agravou depois da ascensão do presidente Luís Inácio Lula da Silva, cujo partido sempre lutou pela legalização do aborto. No dia 15 de dezembro de 2004, o Ministro da Saúde Humberto Costa divulgou uma nova Norma Técnica: “Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento”.⁷⁴ Desta vez, nem sequer houve o cuidado de omitir no título a referência ao aborto. Tal Norma ficou oculta de nossos olhos por muito tempo. Em abril de 2005, o Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo (CREMESP) publicou-a na Internet.⁷⁵ Suas 36 páginas falam muitas vezes sobre o problema do “abortamento inseguro” e da falta de um “abortamento rápido, seguro e sem riscos”. A “segurança”, porém, não se refere à criança que será abortada, mas somente à gestante.

Acerca do aborto em caso de estupro, a Norma repete o mesmo argumento do ex-Ministro José Serra. Segundo ela, em caso de estupro o aborto é um “direito da mulher”. E mais: para fazer uso desse “direito”, ela nem precisa levar ao hospital um boletim de ocorrência. Basta falar que foi violentada e que engravidou em razão da violência. Só isso.

São palavras textuais da nova Norma:

⁷³ GARDA, Cinthia. Norma técnica da Saúde aumenta aborto legal. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 02 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/papel/brasil/2001/12/01/jorbra20011201005.html>> Acesso em: 8 dez. 2001.

⁷⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*. Elaboração de Adson França e outros. Brasília, DF: [s.n.], 2005.

... O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesses casos e a mulher violentada sexualmente não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento. (destacou-se)⁷⁶

Ora, é óbvio que o Código Penal não faz qualquer exigência para o aborto. Se — como veremos adiante — o aborto é crime (haja ou não aplicação de pena), como poderia o Código Penal dar os requisitos para praticá-lo? Justamente porque é crime, o Código não fala de boletim de ocorrência policial, nem de laudo do IML, nem de atestado médico, nem de alvará judicial. Nada disso poderá tornar legítima a prática de um crime.

A nova Norma vai além: exige que o médico pratique o aborto, mesmo contra a própria consciência, quando não houver outro médico disposto a praticá-lo:

Não cabe objeção de consciência:

(...)

b) Em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) médico(a) que o faça e quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) médico(a);⁷⁷

E acrescenta: “É dever do Estado manter, nos hospitais públicos, profissionais que realizem o abortamento ...”.⁷⁸ Note-se a simplicidade com que se fala de abortamento como se fosse um ato médico, quando na verdade é a total negação da Medicina.

Além de estimular a prática do aborto nos casos em que não há aplicação de pena, a Norma proíbe severamente que alguém comunique à autoridade competente até mesmo a notícia de um aborto punível:

Diante do abortamento espontâneo ou provocado, o(a) médico(a) ou qualquer profissional de saúde não pode comunicar o fato à autoridade policial, nem ao Ministério Público, pois o sigilo na prática profissional da assistência à saúde é dever legal e ético, salvo para proteção da usuária e com o seu consentimento ...⁷⁹

⁷⁵ Em <http://www.cremesp.org.br/crmonline/publicacoes/atencao_humanizada.pdf>.

⁷⁶ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento*: norma técnica, 2005, p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 15.

⁷⁸ *Loc. cit.*

⁷⁹ *Ibidem*, p.14.

Na mesma página, a Norma chega ao cúmulo de dizer que o médico que comunica o aborto à autoridade responderá pelo crime de violação do segredo profissional (art. 154, Código Penal). Ora, para que haja tal crime, é preciso que o profissional revele o segredo “sem justa causa”. Sobre isso, diz Julio Fabbrini Mirabete:

A denúncia de crime, ainda que por profissionais, constitui, porém, justa causa para a revelação do segredo. Trata-se de faculdade outorgada a qualquer cidadão (art. 5º, § 3º, CPP) e de dever imposto aos funcionários públicos (art. 66, inciso I, da LCP).⁸⁰

Ao longo do texto da Norma, o leitor se depara com várias palavras suaves: “humanização”, “acolhimento”, “direitos humanos”, “postura ética”, “respeito”. Nunca, porém, tais expressões se referem ao nascituro. Ao tratar dos métodos de abortamento, usa-se o eufemismo “esvaziamento uterino”.⁸¹ A criança nunca é chamada de criança, mas de “produto da concepção”, “material ovular”, “feto”, “conteúdo uterino” ou “restos ovulares”. Nas páginas 28 e 29 há um item dedicado ao “alívio da dor” durante o abortamento. Nada se fala, porém, da dor que sentirá o bebê ao ser aspirado em pedaços (aborto por aspiração), ao ser esquartejado (aborto por curetagem) ou ao ser expulso prematuramente e deixado à míngua até a morte (aborto por indução farmacológica).

2.2.3 Reedição da Norma Técnica “Prevenção e Tratamento dos Agravos da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes”

A Norma Técnica editada pelo Ministro José Serra foi reeditada, com alterações, pelo Ministro Humberto Costa.⁸² Também ela ficou oculta até ser publicada na página do CREMERJ em abril de 2005.⁸³ Basicamente, ela repete as

⁸⁰ Julio Fabbrini MIRABETE, *Manual de direito penal*, 2003. v. 2, p. 216.

⁸¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento*: norma técnica, 2005, p. 25.

⁸² Idem. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes*: norma técnica. 2. ed. atual. e ampl. Elaboração: Antônio Carlos Toledo Junior e outros. Brasília, DF: [s.n.], 2005.

⁸³ Em <<http://www.cremesp.org.br/crmonline/publicacoes/prevencao.pdf>>.

alegações da “Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento” e procura justificar a não exigência do boletim de ocorrência policial:

O Boletim de Ocorrência Policial registra a violência para o conhecimento da autoridade policial, que determina a instauração do inquérito e da investigação. O laudo do IML é documento elaborado para fazer prova criminal. *A exigência de apresentação destes documentos para atendimento nos serviços de saúde é incorreta e ilegal.*⁸⁴ (destacou-se)

Há nela uma frase surpreendente: “... O Código Penal afirma que a palavra da mulher que busca os serviços de saúde afirmando ter sofrido violência deve ter credibilidade, ética e legalmente, devendo ser recebida como *presunção de veracidade* ...”.⁸⁵

Faltou dizer em que artigo o Código Penal presume ser verdadeira a palavra de uma gestante já disposta a exterminar sua prole.

Ao referir-se ao microabortivo conhecido como “pílula do dia seguinte”, a Norma substitui o termo aborto por “anticoncepção de emergência” (AE). Ao referir-se ao mecanismo de ação de tal fármaco, chega a ponto de dizer o seguinte:

... Não existem evidências científicas de que a AE exerça efeitos após a fecundação, de que atue impedindo a implantação ou que implique a eliminação precoce do embrião. *Não há efeitos abortivos com o uso da AE.*⁸⁶

Essa (des)informação é nova. Usualmente os defensores da “pílula do dia seguinte” diziam que ela não era abortiva porque eliminava o embrião humano antes da nidação (e segundo eles, a gravidez só se inicia com a nidação). Diziam ainda que os embriões, antes da nidação, não são indivíduos humanos, mas somente “pré-embriões”. Mas ninguém ousava negar que tal pílula causa uma desestruturação do endométrio (parede interna do útero), impedindo o desenvolvimento do embrião após a fecundação. Pode-se perguntar ao Ministério da Saúde: como é que, após a fecundação, um embrião humano consegue sobreviver diante das convulsões uterinas que sofre a usuária de tal pílula?

⁸⁴ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. 2. ed. atual. e ampl., 2005, p. 16.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 42.

2.2.4 As Portarias 1145 e 1508 de 2005, do Ministério da Saúde

O ato administrativo que solenemente oficializou a prática do aborto na rede hospitalar pública foi a Portaria 1145 do Ministério da Saúde, de 7 de julho de 2005, que “*dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei (sic), no âmbito do Sistema Único de Saúde*”.⁸⁷ Ao contrário das “normas técnicas” que a precederam, tal portaria era composta de um preâmbulo e oito artigos, e foi publicada integralmente pela Imprensa Nacional. O artigo 8º dizia: “*Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação*”, ou seja, no dia 8 de julho de 2005.

Baixada no apagar das luzes da administração do Ministro Humberto Costa, essa portaria teve vida curta. O primeiro ato de seu sucessor, Saraiva Felipe, ao assumir o Ministério, foi suspender as portarias publicadas de 4 a 11 de julho de 2005 por Humberto Costa, entre elas a Portaria 1145.⁸⁸ A suspensão foi prorrogada por mais 45 dias.⁸⁹

Em 1º de setembro de 2005, Saraiva Felipe baixou outra portaria⁹⁰ bem semelhante à do seu antecessor Humberto Costa. A nova portaria do aborto, que recebeu o número 1508, “*dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei (sic), no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS*”. Vale a pena transcrever os “considerando” da Portaria 1508, que revelam o entendimento do administrador sobre a prática do aborto:

Considerando que o Código Penal Brasileiro estabelece como requisitos para o aborto humanitário ou sentimental, previsto no inciso II do art. 128, que ele seja praticado por médico e com o consentimento da mulher;

⁸⁶ Ibidem, p. 23.

⁸⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n.1145, de 7 de julho de 2005. Dispõe sobre procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da União*, 8 jul. 2005, Seção 1, p. 31.

⁸⁸ A suspensão se deu pela Portaria 1187, de 13 de julho de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 14 de julho de 2005, edição n. 134, seção 2, p.27.

⁸⁹ A prorrogação se deu pela Portaria 1269, de 3 de agosto de 2005, publicada no Diário Oficial da União em 5 de agosto de 2005, edição n. 150, seção 1, p. 21.

⁹⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria 1508, de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. *Diário Oficial da União*, 2 set. 2005, n. 170, Seção 1, p. 124.

Considerando que o Ministério da Saúde deve disciplinar as medidas assecuratórias da licitude do procedimento de interrupção da gravidez nos casos previstos em lei quando realizado no âmbito do SUS;

Considerando a necessidade de se garantir aos profissionais de saúde envolvidos no referido procedimento segurança jurídica adequada para a realização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei; e

Considerando que a Norma Técnica sobre Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes não obriga as vítimas de estupro da apresentação do Boletim de Ocorrência para sua submissão ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do SUS, resolve:

Da leitura dessa introdução, conclui-se que, segundo o pensamento do administrador público:

a) os “requisitos” do artigo 128, II, CP não se referem tão-somente à não-aplicação da pena de um crime já consumado; são requisitos prévios para a prática de um ato considerado lícito;

b) em tal caso, o aborto não só é um *direito* da gestante, mas um *dever* do Estado (“... o Ministério da Saúde *deve* disciplinar...”);

c) um ato administrativo (como uma portaria) tem o condão de dar aos médicos “segurança jurídica” para a prática de um ato tipificado no Código Penal;

d) a palavra da gestante desejosa de abortar tem absoluta confiabilidade, uma vez que nem sequer um boletim de ocorrência (que não é prova pericial) é necessário para se crer que sua gravidez resultou de uma violência.

A novidade da Portaria 1508 de 2005 é que ela, não apenas dispensa a apresentação do boletim de ocorrência, mas facilita ao máximo a fraude. Se uma mulher já estiver decidida a praticar um aborto, mas estiver vacilante sobre que estória de estupro inventar, bastará preencher um Termo de Relato Circunstanciado (Anexo I da portaria), que já contém todo o esquema de uma narrativa de agressão sexual. Basta completar as lacunas. Eis uma amostra de um trecho do formulário:

Declaro ainda, que fui agredida e violentada sexualmente por _____ homem(s) de aproximadamente _____ anos, raça/cor _____ cabelos _____, trajando (calça, camisa, camisetas, tênis e outros), outras informações (alcoolidado, drogado, condutor do veículo/tipo _____ etc.).

O crime foi presenciado por (se houver testemunha)

Nunca foi tão fácil falsificar um estupro e fazer um aborto no SUS...

2.2.5 "Gestação de Alto Risco – Manual Técnico", do Ministério da Saúde

Há uma terceira Norma do Ministério da Saúde, chamada "Gestação de Alto Risco: Manual Técnico", que é a única cujo texto completo está disponível no portal do Ministério da Saúde.⁹¹

Essa Norma, cuja terceira edição é datada do ano 2000, prevê a prática do aborto no SUS “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (art. 128, I, CP). Trata-se do chamado aborto “necessário” ou “terapêutico”:

Entende-se por risco de vida materna toda situação clínica que ocorre durante o período gestacional, quer por doença própria da gestação ou doença preexistente que coloca em risco a vida da gestante e inviabiliza a continuação da gravidez. Nesses casos, está indicada a interrupção da gravidez no sentido de preservar a vida da mulher.

É indispensável que, no mínimo, dois médicos atestem que *a interrupção da gravidez é a única maneira de salvar a vida da mulher*. Pelo menos um deles deve ser da especialidade que está determinando o motivo da interrupção.

Não é necessário pedir autorização à comissão de ética do hospital, sugerindo-se apenas a sua notificação, já que trata-se de procedimento *eticamente embasado* e previsto no Código Penal Brasileiro, 1940 (Art. 128).⁹² (destacou-se)

Do texto acima, depreende-se que o administrador considera legal (e “eticamente embasado”) o aborto provocado para preservar a vida da gestante. Não há qualquer menção ao caso inverso: a provocação da morte da gestante para preservar a vida do nascituro. Admitida a legalidade da primeira conduta, por força da isonomia seria de se admitir a legalidade da segunda.

Dois médicos devem atestar algo difícilimo: “a interrupção da gravidez é a *única* maneira de salvar a vida da mulher”. Quem – em sã consciência – seria capaz de garantir isso? Se nem sequer há certeza quanto ao êxito letal, muito menos se pode assegurar que a provocação do aborto evitará a morte materna. E menos ainda se pode dizer que essa é “a *única* maneira” de salvar a vida da gestante.

Há, porém, um vestígio de bom senso no seguinte parágrafo:

Em face aos avanços tecnológicos, são *raras* as condições maternas que indicam interrupção da gravidez. Entretanto, em pacientes com quadros clínicos de

⁹¹ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *Gestação de alto risco: manual técnico*. 3 ed. Brasília, DF: [s.n.], 2000. Disponível em:

<http://dtr2001.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestacao_alto_risco.htm> Acesso em: 04 set. 2006.

⁹² Ibidem, p. 151.

evolução desfavorável, como, por exemplo, hipertensão aórtica ou cardiopatia com hipertensão pulmonar, a gravidade da doença justifica a interrupção da gravidez.⁹³ (destacou-se)

Melhor seria trocar o termo “raras” por inexistentes. Os quadros clínicos acima citados – como veremos adiante – de modo algum são curáveis *por meio do aborto*, e menos ainda *só por meio do aborto*.

Para esses supostos casos de aborto “necessário”, o Manual Técnico prevê procedimentos nada agradáveis de serem lidos ou presenciados:

a. até 12 semanas: dilatação do colo uterino e curetagem ou aspiração manual intra-uterina (AMIU);

b. entre 13 e 28 semanas: indução prévia com misoprostol (*Cytotec*).⁹⁴

Note-se que, quando “necessário”, o aborto é indicado até 28 semanas (!), o que corresponde a cerca de sete meses, indo além do limite máximo de 20 semanas da Norma Técnica do aborto em caso de estupro.

⁹³ Loc. cit.

⁹⁴ Cf. *Ibidem*, p. 152.

3 EXISTE ABORTO LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO?

3.1 A CLÁSSICA DOCTRINA DO “ABORTO LEGAL”

Clássico é aquilo que é “usado nas aulas ou classes”.⁹⁵ Quase todo estudante de Direito Penal ouve o professor dizer que no Brasil há dois casos de aborto “legal”, correspondentes aos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal. Cito textualmente o penalista Ricardo Dip, ferrenho opositor da tese do aborto “legal”:

A doutrina penal brasileira tende a afirmar que essas referidas hipóteses constituem ambas *causas de justificação*, vale dizer, excludentes da antijuridicidade (por exemplo: Magalhães Noronha, II - N. 286; Paulo José da Costa Júnior, II - p. 37; Damásio de Jesus, II - p. 136-137; Fabbrini Mirabete, II - P. 82; Mayrink da Costa, Parte Especial, II - I, p. 191; Fragoso, Parte e Especial, I, p. 85).⁹⁶

É forçoso, portanto, reconhecer que a maioria dos doutrinadores interpreta os casos referidos no artigo 128 do Código Penal como “excludentes da antijuridicidade” ou “excludentes da ilicitude”, vale dizer, como a concessão de um *direito ao aborto*.

3.2 A DOCTRINA DISSIDENTE, QUE NEGA O “ABORTO LEGAL”

No entanto, tal opinião, embora majoritária na doutrina penalista divulgada, não é consensual. Figuras de destaque no mundo jurídico brasileiro negam terminantemente a existência de qualquer *direito* de matar diretamente um inocente nas hipóteses do referido dispositivo penal. Entre elas, podemos citar alguns nomes, apenas a título de exemplo, Ives Gandra Martins, Walter Moraes,

⁹⁵ Aurélio Buarque de Hollanda FERREIRA. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 1986. Verbetes “clássico”, acepção n.º 8.

⁹⁶ Ricardo Henry Marques DIP. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, dez. 1996, p.531.

Ricardo Henry Marques Dip, Jaques de Camargo Penteado e Vicente de Abreu Amadei.

Geralmente o estudante de Direito aceita como verdade o que vem do professor. E este aceita como verdade o ensinado pela maioria dos doutrinadores. No entanto, a grandeza de um jurista não está em repetir mecanicamente o que ouviu dos mestres. Ao defender uma tese, muito mais do que dizer “foi-assim-que-me-ensinaram” ou “aprendi-assim-na-faculdade”, o jurista tem o direito — e até o dever — de examinar a solidez da doutrina habitualmente ensinada e aprendida. A esse respeito, diz Miguel Reale:

O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou. É nesse momento que se revela advogado por excelência, que se transforma em jurisconsulto.⁹⁷

Não se quer, com isto, desprezar o valor que tem o argumento da concórdia majoritária em torno de uma tese. Assume-se que é mais fácil alguém enganar-se sozinho do que em dupla. Assim — raciocina-se — quanto maior o número de pessoas concordes com o mesmo juízo, maior a possibilidade de ele ser verdadeiro.

No entanto, a História conhece casos em que a maioria errou, e errou grosseiramente. Foi a maioria dos presentes à Corte de Pilatos que optou pela crucifixão de Jesus. Mais recentemente, como já vimos, em 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos emitiu a sentença *Dred Scott versus Sandford*, na qual, por sete votos favoráveis e dois contrários, declarava-se que o negro não tinha personalidade jurídica e que não gozava de direito algum, sendo propriedade de seu dono.

Superando o postulado falho de que “a maioria tem sempre razão”, pretende-se demonstrar que, no controvertido tema do chamado “aborto legal”, a verdade está com a aparente minoria dos penalistas, que nega a existência da legalidade de qualquer assassinato intra-uterino.

⁹⁷ Miguel REALE, *Lições Preliminares de Direito*, 1998, p. 174.

Embora defendida expressamente por poucos, a tese aqui exposta é fácil de ser entendida e impõem-se ao intelecto de qualquer pessoa isenta de parcialidade.

3.3 A SIMPLES EXEGESE DO ARTIGO 128, CP

Um dos princípios fundamentais da hermenêutica é “deixar o texto falar”, a fim de extrair o que nele está contido. Uma das tentações a serem vencidas é a de inserir no texto a opinião do intérprete. Nesse último caso, não se estaria fazendo uma “exegese”, mas uma “*in-egese*”.

Uma simples leitura atenta do artigo 128 do Código Penal bastaria para concluir que nele não está contido um *direito* de abortar, mas tão-somente uma não aplicação da pena após o fato já consumado. A expressão “não se pune”, que inicia o *caput* do artigo, não nos permite ir além. A esse respeito, cite-se Ricardo Dip:

A leitura do *caput* do mencionado art. 128 (“*Não se pune* etc.”) está, para logo, a sugerir que aí se acham causas isentas de apenamento ou, quando muito, excludentes da punibilidade, como resulta de avultado critério hermenêutico, assim referido pelo grande penalista que foi Basileu Garcia: ‘... o nosso estatuto penal usou do seguinte sistema, segundo esclarecimentos prestados por um dos autores do projeto - Nelson Hungria: a expressão ‘não há crime’ indica a presença de causas justificativas; e as expressões ‘não é punível’, ‘não é passível de pena’, ‘está isento de pena’ e outras semelhantes compreendem as dirimentes’ (I - n. 95).

Está a cuidar-se das chamadas *excusas absolutórias*, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que ela se relaciona. Sua essência, é lição de Jiménez de Asúa, “reside em que não suprimem a ação, nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, tampouco a imputabilidade e culpabilidade, mas, *utilitatis causa* e por motivos atinentes à relação pessoal ou à peculiaridade da conduta concreta de um sujeito, a lei *perdoa* a pena” (VII - n.1963). Trata-se de causas que impedem a imposição da pena (assim se expressa Creus, 378). Consagrando uma impunidade, nada obstante a existência de uma conduta típica, antijurídica e culpável (como se define o crime); pode dizer-se, com Maurach, que aí se encontra um *delito impune* (§ 32 - II - 2). Assim, no CP brasileiro, acham-se, por exemplo, excusas absolutórias previstas no art. 181 (crimes contra o patrimônio praticados pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou por ascendente da vítima) e no art. 348, § 2º (no crime de favorecimento pessoal, ser o prestador do auxílio ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso). Numa frase expressiva - muito embora seu autor a considere um tanto exagerada -, Jiménez de Asúa diz graficamente: “... nas causas de justificação não há delito; nas de inimputabilidade (e, pode acrescentar-

se, também nas de inculpabilidade) não há delinqüente; nas escusas absolutórias não há pena” (VII - n. 1959).⁹⁸

O comentário do penalista acima é claro. Nenhum jurista de bom senso, ao examinar o artigo 181, CP, que não aplica pena a crimes contra o patrimônio praticado entre familiares, diria que os filhos têm o *direito* de furtar de seus pais. Nenhum magistrado, em sã juízo, se arvoraria nesse dispositivo para conceder a um cidadão um alvará para furtar do próprio pai. Nenhum Ministro de Estado da Educação (assim se espera) baixaria uma “Norma Técnica” instruindo os professores da rede escolar a ministrar a disciplina “furto legal”, na qual os alunos aprendessem as maneiras mais eficientes de surrupiar coisas do papai e da mamãe. Todos esses disparates poderiam ocorrer se se confundisse a *não-punição do furto* com o *direito prévio de furtar*.

No entanto, o furto é um delito leve, se comparado ao aborto. Trata-se de um crime contra o patrimônio (Título II da Parte Especial do CP) ao passo que o aborto é um crime contra o mais fundamental de todos os direitos: a *vida* (Capítulo I, Título I, Parte Especial do CP).

Recentemente os opositores da tese abortista ganharam uma nova aliada: Maria Helena Diniz. Eis como ela se exprime, parafraseando argumentação já usada por Walter Moraes:

Haveria no Brasil aborto legal?

A resposta a essa questão liga-se à exegese do art. 128 do Código Penal ...

(...)

Há quem entenda que tal artigo, ao dispor que *não se pune* o aborto feito por médico para salvar a vida da gestante ou quando a gestação for resultante de estupro, não está descriminalizando o abortamento nessas hipóteses excepcionais, mas sim despenalizando-o. Não há pena sem crime, mas pode haver crime sem pena, ante o disposto nos arts. 23, 121, § 5º, e 181 do Código Penal. Trata-se de isenção de pena, escusa absolutória ou perdão legislativo, em que a lei, por motivo de política criminal, afasta a punibilidade. A ausência de punição não retira o caráter delituoso do fato, tanto que, se um particular vier a fazer um abortamento para salvar a vida da gestante ou porque ela foi estuprada, crime haverá e, ainda, a aplicação de uma pena. Crime é uma coisa e pena, outra. Deveras, Nelson Hungria pondera: ‘a ilicitude penal de um fato não deriva da *sanctio*, mas do *praeceptum* da norma penal. No preceito é que se encerra o juízo de reprovação, que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato. O preceito é um *prius* em relação à sanção, de sorte que, quando por uma questão

⁹⁸ Ricardo Henry Marques DIP. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, dez. 1996. p. 531-532.

de necessidade ou oportunidade (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a sanção, não desaparecendo (sic)⁹⁹ a ilicitude penal do fato'. O art. 128 ,I e II, do Código Penal está apenas autorizando o órgão julgante a não punir o crime configurado, por eximir da sanção o médico que efetuar prática abortiva para salvar a vida da gestante ou para interromper gestação resultante do estupro. Tal isenção não elimina o delito, nem retira a ilicitude da ação danosa praticada. Suprimida está a pena, mas fica o crime.¹⁰⁰

3.4 A FRAGILIDADE DA POSIÇÃO ABORTISTA

Quase a totalidade dos autores de livros sobre Direito Penal usados em nossas faculdades defende a existência de um aborto "legal". Por exemplo: Nelson Hungria,¹⁰¹ Celso Delmanto,¹⁰² Heleno Cláudio Fragoso.¹⁰³

No entanto, a melhor apologia da não existência do aborto "legal" é obtida examinando-se as palavras dos autores abortistas. Eles manifestam um mal-estar diante da redação do artigo 128 CP, que não lhes favorece a tese.

Assim, por exemplo, a respeito das duas hipóteses previstas no artigo 128 CP, escreve Júlio Fabbrini Mirabete: "São causas excludentes de criminalidade, *embora a redação pareça indicar causas de ausência de culpabilidade ou punibilidade*".¹⁰⁴ (destacou-se)

O mesmo lamento encontramos em Magalhães Noronha:

Segundo cremos, não é das mais felizes a redação do art. 128. Se o fundamento do inc. I é o estado de necessidade, e o do II ainda o mesmo estado, conforme alguns, ou a prática de um fato lícito, não nos parece que na técnica do Código se devia dizer "não se pune..." Dita frase pode levar à conclusão de que se trata de *dirimente* ou de *escusa absolutória*, o que seria insustentável. Em tal hipótese, a enfermeira que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida. Nos incisos do art. 128, o que desaparece é a *ilicitude* ou *antijuridicidade* do fato, e, conseqüentemente, devia dizer-se: "Não há crime".¹⁰⁵

⁹⁹ O texto de Nelson Hungria, aqui citado, diz "... não *desaparece* a ilicitude penal do fato".

¹⁰⁰ Maria Helena DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 2002, p. 55-56.

¹⁰¹ Cf. Nelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*, 1958. v. 5. p. 306-313.

¹⁰² Cf. Celso DELMANTO, *Código Penal Comentado*, 1991, p. 216.

¹⁰³ Cf. Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal*, 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988. v. 1. Parte Especial. p.145.

¹⁰⁴ Júlio Fabbrini MIRABETE, *Manual de Direito Penal*, 1986. v. 2. p. 79.

¹⁰⁵ Magalhães NORONHA, *Direito Penal*, 1995. v. 2, p. 58.

Diante de uma lei que não diz o que quereríamos ouvir, podemos lamentar. Porém, não mais do que isso. Assim, pode-se entender psicologicamente que Magalhães Noronha sinta compaixão pela enfermeira que auxiliou o médico a matar o nascituro. Pois, segundo esse autor, para o médico haverá uma imunidade penal, mas não para a enfermeira. Analogamente, os doutrinadores poderiam lamentar que a lei, embora isente de pena o filho que furtou do pai (art. 181, II, CP), não perdoe o colega que foi cúmplice do mesmo furto. Poderiam ainda lamentar que a lei, embora não aplique pena à mãe que escondeu seu filho delinqüente da polícia (art. 348, §2º, CP), não perdoe a vizinha que a auxiliou a favorecer o criminoso. Tudo isso tem explicação psicológica. Mas só psicológica.

O que ocorreu é que penalistas, psicologicamente inconformados, procuraram uma fórmula “lógica” que os favorecesse.

3.5 A “FÓRMULA” DOS ABORTISTAS

O título acima foi inspirado em Ricardo Dip, para o qual os “adeptos do feticídio” estariam “em busca de uma fórmula... (não importa qual)¹⁰⁶” que justificasse sua tese.

Para resolver a questão da enfermeira, transformando o *não-punível* em *lícito*, José Frederico Marques parece ter “achado a fórmula”. Diz ele, criticando Magalhães Noronha:

Parece-nos que não atentou bem o ilustre mestre para os precisos dizeres da lei. Se nela se dissesse que não se pune o médico que pratica o aborto necessário ou o aborto advindo de estupro, então sim, poderia falar-se em dirimente. O texto, no entanto, alude à não punição do *fato típico: não se pune o aborto*, é o que reza a norma legal. Ora, fato impunível é, por definição, fato que não constitui crime.¹⁰⁷

¹⁰⁶ Cf. Ricardo Henry Marques DIP, Uma questão biojurídica atual: autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar, *Revista dos Tribunais*, dez. 1996, p. 525.

¹⁰⁷ José Frederico MARQUES, *Tratado de Direito Penal: parte especial*, 1999, v. 4, p. 214.

Damásio Evangelista de Jesus repete, quase com as mesmas palavras, o argumento acima:

A disposição não contém causas de exclusão da culpabilidade, nem escusas absolutórias ou causas extintivas da punibilidade. Os dois incisos do artigo 128 contém causas de exclusão de antijuridicidade. Note-se que o CP diz que “não se pune o aborto”. Fato impunível, em matéria penal, é fato lícito. Assim, na hipótese de incidência de um dos casos do artigo 128, não há crime por exclusão de ilicitude. Haveria causa pessoal de exclusão de pena somente se o CP dissesse “não se pune o médico”.¹⁰⁸

Eureka! Está encontrada a fórmula! O artigo 128 diz que não se pune o aborto praticado por médico, em vez de dizer que não se pune o médico que pratica o aborto. Logo, conclui-se que em tais casos o aborto é “legal”.

Mas afinal, que diferença semântica há entre punir o aborto praticado pelo médico e punir o médico que pratica o aborto?

Nenhuma. Absolutamente nenhuma. Podemos imaginar um médico cumprindo pena na cadeia por ter cometido aborto. Mas ninguém consegue imaginar o aborto “atrás das grades”, sofrendo punição. Punir o crime e punir o agente do crime são coisas exatamente iguais. A diferença é puramente verbal.

3.6 “FATO IMPUNÍVEL, EM MATÉRIA PENAL, É FATO LÍCITO”?

Enquanto José Frederico Marques diz que “... fato impunível é, por definição, fato que *não constitui crime*” (destacou-se),¹⁰⁹ Damásio Evangelista de Jesus vai além: “... Fato impunível, em matéria penal, é fato *lícito*...” (destacou-se). Ambos os penalistas, porém, defendem a mesma tese: há no ordenamento jurídico brasileiro o direito subjetivo de abortar nas hipóteses do artigo 128, CP.

¹⁰⁸ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal: parte especial*, 1999, v. 2, p. 124.

¹⁰⁹ Essa afirmação seria acertada apenas se fosse admitida a *punibilidade* como elemento essencial do crime, acrescida à tipicidade, à antijuridicidade e à culpabilidade. Mas, ainda assim, entre “fato que não constitui crime” e “fato lícito” a diferença é abissal.

Ocorre que nenhum dos doutrinadores apresenta a justificação de sua fórmula, como se ela fosse evidente por si mesma. Uma veemente crítica a isso é apresentada por Walter Moraes:

Qual a base objetiva dessa linha de argumentação?

Que sustento técnico-penal ou que fundamento hermenêutico nos autorizaria reconhecer que a lei, quando dispõe que não se pune o agente está a reprimir a pena e quando dispõe que não se pune o fato está a excluir a ilicitude?

A verdade é que a imperfeita uniformidade e as imprecisões da nomenclatura legal são fatores desfavoráveis à interpretação. Pelo contrário, muitas vezes alimentam entendimentos contraditórios, perplexidades e discussões sem fim.

Considerando apenas os elementos punibilidade e pena, observe-se como o Código se exprime: 'não se pune' a tentativa impossível (art. 17); 'ninguém pode ser punido' (agente) por crime culposo a não ser nos casos expressos (art. 18, parágrafo único); é 'isento de pena' autor de crime putativo (art. 70, § 1º) (sic)¹¹⁰; 'não é punível' quem age sob coação irresistível ou em obediência a ordem não manifestamente ilegal (art. 22), etc.

Não são, todas estas, hipóteses onde faltam componentes da ilicitude objetiva ou do elemento subjetivo do crime?

Franqueada ao intérprete essa versatilidade de soluções, os arrazoados penais perdem às vezes muito de sua seriedade, assemelhando-se mais a um engenhoso arranjo de palavras, tanto melhor sucedido quanto mais habilidade verbal tenha o escritor, do que a uma verdadeira argumentação jurídica.¹¹¹

O ilustre e saudoso jurista Walter Moraes tem razão. Tal arrazoado não passa de um jogo de palavras, o que ficará ainda mais claro ao observarmos outros dispositivos penais comentados por seus autores. Vejamos:

José Frederico Marques diz, acertadamente, que o suicídio é um ato ilícito. Não obstante, diz que tal ato, que é *ilícito*, é *impunível*:

Quer parecer-nos, porém, que a ordem jurídica considera o suicídio como *ato ilícito*, embora não punível. A outra conclusão não leva o que dispõe o art. 146, §3º, nº II, do Código Penal, que considera lícita a *coação exercida para impedir suicídio*, justamente por ser ato destinado a evitar a prática de uma conduta ilícita. (...)

Por considerar o suicídio como um ato ilícito, incrimina o legislador os atos de cooperação, ajuda e incitamento desse atentado contra a vida. Não tutela o Código Penal à *vida humana*, de maneira direta, no tocante aos atentados de seu respectivo titular, e dessa forma, considera o suicídio como *ilícito não punível*, mas se o tem por antijurídico, admissível é que procure reprimir, com sanções que lhe são peculiares, àquele que incita outrem a eliminar a própria existência, ou lhe fornece auxílio e colaboração para cometer tal violação à ordem jurídica.¹¹²

¹¹⁰ Houve, no caso, um erro tipográfico. O autor se refere ao artigo 20, §1º, CP.

¹¹¹ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986, p. 22.

¹¹² José Frederico MARQUES, *Tratado de Direito Penal: parte especial*, 1999, v. 4. p. 153-154.

Ora, segundo a fórmula “*fato impunível, em matéria penal, é fato lícito*” o suicídio deveria ser lícito. No entanto, Frederico Marques considera-o um “*ilícito não punível*”, sem vislumbrar qualquer contradição interna. Note-se que o penalista não teve sequer a preocupação de dizer que *o suicida* (o agente) fica isento de pena; disse que *o suicídio* (o fato) é impunível. Nem por isso, considera-o legítimo, como o faz com o aborto.

Damásio Evangelista de Jesus comenta o artigo 142, CP, cujo inciso I assim se exprime:

Não constituem injúria ou difamação punível:

I - a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador

No caso, o que não é punível é o fato (a ofensa). Logo, tal ofensa deveria ser lícita. E realmente é assim que o doutrinador a considera:

Não é ilícita a injúria ou difamação praticada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador. Pode ser oral (alegações em audiência, debates no julgamento do Júri etc.) ou escrita (petição, alegações, razões de recurso etc.) É necessário que a ofensa seja praticada em juízo, na discussão da causa contenciosa, voluntária ou administrativa.¹¹³ (destacou-se)

Ora, na expressão “*não é ilícita*” o advérbio negativo “*não*” cancela-se com o prefixo negativo “*l*”. Ou seja, “*não é ilícita*” = “*é lícita*”. Damásio defende então um tipo particular de ofensa à honra que seria lícita ou legal. Teria então o advogado o *direito* de, no exercício de sua profissão, ofender a honra alheia.

Mas para que uma conduta seja lícita, não basta que seja impunível. É preciso que não viole qualquer lei vigente. É verdade que o artigo 142, que trata de injúria e difamação impuníveis, traz como rubrica “*exclusão do crime*”. Mas será que basta que algo não seja crime para que seja lícito? Vejamos o que diz Walter Moraes:

No caso da injúria irrogada em juízo, a lei que proíbe às partes e advogados de “empregar expressões injuriosas” (Código de Processo Civil, art. 15), não pode

¹¹³ Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal: parte especial*, 1999, v. 2., p. 229.

estar ao mesmo tempo autorizando lançá-las as mesmas partes e advogados. Desaparece a punibilidade (o crime), permanece o ilícito.¹¹⁴

¹¹⁴ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986, p. 21.

3.7 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 128, CP

Embora haja a tendência e a necessidade de especialização crescente do Direito, convém sempre lembrar que qualquer ramo do Direito Positivo subordina-se ao Direito Constitucional, e todos ao Direito Natural.

Um engenheiro não poderia especializar-se de tal modo em coberturas, que se esquecesse das vigas e dos pilares que lhes servem de apoio. Nem poderia projetar estes últimos sem levar em conta a fundação que os sustenta.

Assim, um especialista em Direito Penal deve sempre ter em mente que o Código Penal não pode contrariar a Carta Magna, e que nem aquele nem esta podem contrariar a Lei Natural. No exemplo anterior, o artigo 142, CP pode declarar que determinados tipos de injúria ou difamação sejam impuníveis. Pode mesmo declarar que não constituem crime. Mas não pode dar a um cidadão, como o advogado, o “direito” de cometê-las, sob pena de violar o direito constitucional à honra, expresso no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal: “São *invioláveis* a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.” (destacou-se)

Também o inciso V do artigo 5º refere-se à “*indenização por dano material, moral ou a imagem*” (destacou-se). Em outras palavras, embora o advogado que ofenda em juízo a honra de uma das partes, não possa ser processado criminalmente, está, todavia sujeito a uma ação indenizatória por danos morais. Não há — nem poderia haver — no direito positivo brasileiro, a faculdade de ofender a honra de outrem ou de causar danos morais a outrem.

O que vale para o direito constitucional à honra, vale com maior razão, para o direito constitucional à vida. Eis o que diz Ricardo Dip contra os defensores da tese de que há aborto “legal” no Brasil:

Nada obstante a patente autoridade desses referidos mestres do Direito penal pátrio [que admitem o aborto “legal”], as hipóteses previstas em ambos os itens do art. 128, Código Penal, *ou* configuram isenções de pena - no limite, dirimentes

(causas de exclusão da culpabilidade ou da punibilidade) -, ou se fulminam de manifesta inconstitucionalidade.¹¹⁵

Não custa recordar aqui os dispositivos constitucionais que seriam violados caso se quisesse ver no artigo 128, CP a concessão de algum “direito” ao aborto:

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 segurança e à propriedade...

(...)

Art. 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado *assegurar à criança* e ao adolescente, com absoluta prioridade, *o direito à vida*... (destacou-se)

Maria Helena Diniz, após discorrer sobre a exegese do artigo 128, CP, também comenta sobre a inconstitucionalidade da interpretação pretendida pelos abortistas:

... há quem ache que o art. 128 é uma hipótese de exclusão de antijuridicidade, por conter uma espécie de estado de necessidade ou legítima defesa (CP, art. 23, I e II), ou seja, uma situação eventual, imprevista e não provocada pelo agente. Todavia, pela interpretação desse artigo, fácil é perceber que não se ajusta aos caracteres das excludentes de antijuridicidade. Se assim é, no Brasil não há nem poderia haver aborto “legal”, ante o princípio constitucional do direito ao respeito à vida humana, consagrado em cláusula pétrea (CF, art. 5º). Portanto, se o art. 128 do Código Penal estipulasse que não há crime em caso de aborto para salvar a vida da gestante ou de gestação advinda de estupro, estaria eivado de inconstitucionalidade, pois uma emenda constitucional, e muito menos uma lei ordinária, não poderia abrir exceção ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito.¹¹⁶

A brilhante lição acima talvez requeira apenas um ligeiro reparo. A exclusão do crime não seria suficiente para caracterizar inconstitucionalidade. Para que o dispositivo fosse inconstitucional, seria necessário que ele excluísse a *ilicitude* (que é bem mais do que excluir o crime). No entanto, vale lembrar que no caso, nem sequer o crime se exclui (muito menos a *ilicitude*). Somente não se aplica a pena.

Há quem discorde da rigidez dos direitos e garantias individuais listados no Título II de nossa Constituição Federal. Segundo tais autores, a Carta Magna apenas ditaria o espírito da ordem jurídica, mas admitiria exceções a serem abertas

¹¹⁵ Ricardo Henry Marques DIP, Uma questão biojurídica atual: autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar, *Revista dos Tribunais*, dez. 1996, p.531.

¹¹⁶ Maria Helena DINIZ, *O estado atual do biodireito*, 2002, p. 56.

pela legislação infraconstitucional. Assim — argumentam — se o direito à liberdade fosse rígido, ninguém poderia ser preso; se o direito à propriedade fosse rígido, ninguém poderia sofrer sanção pecuniária; se o direito à vida fosse rígido, ninguém poderia matar em legítima defesa...

Note-se, porém, que o Estado não tem o direito de privar alguém arbitrariamente de seu direito à liberdade de locomoção. Um criminoso pode ser preso com justiça, mas porque, no ato de seu crime, perdeu, ao menos de modo temporário, a amplitude do exercício de seu direito à liberdade.

Também não pode o Estado, a seu talante, extorquir os bens do cidadão. Um motorista pode, com justiça, ser obrigado a pagar uma multa em decorrência de uma infração ao Código de Trânsito. Mas porque, no e pelo ato da infração, se submete a uma restrição efetiva ao direito de propriedade daquela quantia.

Um cidadão pode matar um agressor injusto em legítima defesa. Mas isso porque o agressor, titular do direito à vida, tem limites ao exercício desse direito, limites que desbordou no ato de sua agressão. Mesmo assim, o valor da vida é tamanho que, ao defender-se, o agredido deve usar “moderadamente dos meios necessários” (art. 25, CP). Ou seja, deve, sempre que possível, poupar a vida do agressor.

Vale a pena aqui citar mais uma vez Walter Moraes:

Mas — indagariam — o direito natural não reconhece nunca uma possibilidade de matar legitimamente?

Sim. Reconhece.

Para o direito natural, p. ex., não é ilícito uma pessoa matar em legítima defesa da própria vida; desde que a repulsa letal seja rigorosamente necessária, moderada e proporcional à agressão: *moderamen inculpatae tutelae vitae*.

(...)

Mas o direito natural não reconhece, nunca, *direito de matar*.

A morte em defesa legítima (para ilustrar) é um princípio de direito à vida, e não à morte. Permitir defesa legítima com morte é confirmar o direito à vida do defensor.

Seria bom perceber a distinção.

Uma coisa que a lei natural jamais tolera — jamais — é matar o inocente; como é o caso do aborto: que tem a ver o filho com o fato de ter sido concebido através de estupro?¹¹⁷

Precisando melhor a lição acima, o que a lei natural jamais tolera é matar *diretamente* o inocente. A morte de um inocente pode ocorrer de maneira indireta,

¹¹⁷ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986, p. 27

como efeito secundário de um ato bom. Mas a causação *direta* da morte de um inocente, ainda que feita com a mais nobre das intenções, é algo que repugna ao direito natural.

Ao assegurar a inviolabilidade do direito à vida, a Constituição está dizendo que ninguém pode ser morto arbitrariamente. Para se dizer que tal garantia constitucional não se aplica ao nascituro concebido em um estupro seria preciso provar:

— ou que o nascituro não é titular de direitos, nem sequer do direito à vida;

— ou que ele, antes titular do direito à vida, perdeu esse direito em virtude de um ato culpável.

Nenhuma dessas hipóteses se verifica. O Código Civil diz explicitamente que “a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro” (art. 2º). Logo, o nascituro é titular de direitos (a começar pelo direito à vida, sem o qual nenhum dos demais teria consistência).

Além disso, o nascituro não é capaz de praticar atos culpáveis (por exemplo, uma agressão injusta) que lhe tire o direito à vida. Das três pessoas envolvidas no crime do estupro — o estuprador, a mulher estuprada, a criança concebida — certamente não se poderá negar a absoluta inocência da última. A provocação de sua morte é uma injustiça monstruosa, cuja arbitrariedade fere frontalmente os dispositivos constitucionais que protegem a vida.

Há ainda um outro dispositivo que é violado. Trata-se de um princípio consagrado em nossa Constituição de que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado...” (art. 5º, inciso XLV). O genitor da criança não sofrerá mais do que dez anos de reclusão, que é a pena máxima para o estupro (art. 213, CP). Mas isso, só depois de um julgamento, e com amplo direito de defesa. Ao condenar sumariamente o bebê à morte, a pena não apenas passa do pai para o filho, mas é aumentada: de pena de reclusão para pena de morte!

Em suma, o Código Penal, como legislação infraconstitucional, pode, em determinadas circunstâncias, deixar de aplicar a pena a um delito contra a vida. Poderia até declarar que tal delito não constitui crime. Mas não está em seu poder

dizer que é *lícito* o atentado direto contra a vida de um inocente. O dia em que uma lei ordinária puder fazer exceção aos direitos fundamentais assegurados na Constituição, terá chegado a hora de jogar esta última no cesto de lixo.

3.8 O CÓDIGO PENAL É CÓDIGO DE DIREITOS OU DE CRIMES?

Em toda essa controvérsia sobre o chamado aborto “legal”, é impressionante que seus defensores usem como argumento um Código cuja função precípua não é elencar direitos subjetivos dos cidadãos, mas violações a esses direitos, tipificadas como crimes.

Suponhamos — apenas para argumentar — que houvesse no Brasil o “direito” de alguém matar o próprio filho. Se existisse, o lugar próprio para se encontrar tal direito seria o Código Civil, e não o Código Penal. Seria algo como a *Tábua Quarta* da Lei das Doze Tábuas (cerca de 450 a.C), que no Direito Romano tratava “do pátrio poder e do casamento”:

1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos;
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los;
3. Se o pai vendeu o filho 3 vezes, que esse filho não recaia mais sob o poder paterno;
4. Se um filho póstumo nasceu no décimo mês após a dissolução do matrimônio, que esse filho seja reputado legítimo.¹¹⁸

O Código Penal, que é essencialmente um código de crimes e de penas a ele associadas, seria o último lugar onde alguém poderia procurar um direito civil.

Peço licença ao ilustre José Geraldo Barreto Fonseca, Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, para citar o genial argumento que dele ouvi. Diz o jurista que o simples fato de o Código Penal mencionar o aborto como meio para salvar a vida da gestante ou quando a gravidez resulta de estupro, já indica que tal aborto é crime. Jocosamente ele explica que o Código não diz, por exemplo: “não se pune a mãe que amamenta o filho”. Pois, como amamentar o filho

¹¹⁸ Sílvio de Salvo VENOSA, *Direito Civil: parte geral*, 2003, v. 1, p. 64.

não é crime, não há razão para se dizer que “não se pune”. Qualquer conduta descrita no Código Penal é, portanto, crime, a menos que se diga *explicitamente* o contrário.

3.9 O “PENALMENTE LÍCITO” NA EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DO CÓDIGO PENAL

O conteúdo do Direito Penal abarca o estudo do crime, da pena e do delinqüente, que são os seus elementos fundamentais, precedidos de uma parte introdutória.¹¹⁹

Pela lição acima, de Damásio Evangelista de Jesus, cabe ao Direito Penal, cuidar, não do que é lícito, mas do que é ilícito. Mais precisamente: de uma parte dos atos ilícitos tipificados como *crimes*,¹²⁰ aos quais normalmente estão associadas penas. Assim, os crimes são conhecidos como “*ilícitos penais*” (uma vez que há outros ilícitos, não elencados no Código Penal, mas que violam o Direito Civil, Comercial, Administrativo, Tributário, Trabalhista, Constitucional...).

A exclusão da *ilicitude* (e não apenas da tipicidade, da culpabilidade ou da aplicação da pena) é algo excepcional em Direito Penal. É muito grande a distância entre um *crime* e um *direito*.

Uma conduta, em princípio criminosa, para se converter em um *direito* do cidadão (como ocorre em “matar alguém” em legítima defesa ou em “subtrair para si coisa móvel alheia” em caso de extrema necessidade) deve resguardar os bens juridicamente protegidos pela Carta Magna e sobretudo a proporção do bem protegido em face do bem sacrificado.

Estranhamente, encontramos um *direito de matar diretamente o inocente* na Exposição de Motivos do Código Penal, publicada no Diário Oficial da União de 31 de dezembro de 1940, de autoria do então Ministro da Justiça Francisco Campos. Diz a passagem que comenta o artigo 128, CP:

¹¹⁹ Cf. Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal: parte geral*, 1999, v. 1, p. 7.

¹²⁰ e, secundariamente, das contravenções.

Mantém o projeto a incriminação do *aborto*, mas declara penalmente lícito (sic), quando praticado por médico habilitado, o aborto *necessário*, ou em caso de prenhez resultante de estupro. Militam em favor da exceção razões de ordem social e individual, a que o legislador penal não pode deixar de atender (n. 41).¹²¹

É possível que o Ministro da Justiça tenha querido dizer “penalmente impunível” ou “isento de aplicação de pena”. Se quis dizer que o aborto em tais casos é “penalmente lícito”, forçoso é reconhecer que tal entendimento é inconstitucional.

Será autêntica essa estranha interpretação sobre a “licitude” do aborto? A Exposição de Motivos não tem garantia de interpretar autenticamente o Código Penal, como observa Damásio Evangelista de Jesus:

A Exposição de Motivos constitui interpretação autêntica?
 A Exposição de Motivos não é interpretação autêntica, uma vez que:
 1) não é uma lei;
 2) não tem força obrigatória;
 3) é possível notar-se antinomia entre ela e o texto legal (cf. Basileu Garcia. *Instituições de direito penal*. 1980. v. 1, t. 1, p. 170).
 Vale como forma de interpretação doutrinária.¹²²

3.10 TENTATIVAS DE MUDAR “NÃO SE PUNE” PARA “NÃO CONSTITUI CRIME”

Em fins de 1995 estava em tramitação na Câmara dos Deputados a Proposta de Emenda Constitucional n.º 25-A/95 (PEC 25-A/95) de autoria do deputado Severino Cavalcanti, que pretendia alterar a redação do *caput* do artigo 5º, acrescentando a expressão “desde a concepção” após as palavras “inviolabilidade do direito à vida”. O objetivo não era criar um novo direito, nem ampliar um já existente, mas tão-somente explicitar o alcance da proteção constitucional à vida, que começa com a concepção.

Nessa época o jornal *Correio Braziliense* publicou em seu caderno “Direito e Justiça” um artigo de Marco Antônio da Silva Lemos, Juiz de Direito no Distrito Federal, intitulado *O alcance da PEC 25A/95*. Argumentava o magistrado que a

¹²¹ BRASIL. *Código Penal*. 1997. p. 24.

¹²² Damásio Evangelista de JESUS, *Direito Penal: parte geral*, 1999, v. 1, p. 35.

pretendida emenda era totalmente dispensável para se assegurar a proteção do nascituro. No final, escreveu um parágrafo esclarecendo a não existência do aborto legal no Brasil:

Demais disso, convém lembrar, logo de imediato, que o art. 128, CP, e seus incisos, não compõem hipóteses de *descriminalização* do aborto. Naquele artigo, não está afirmado que *'não constitui crime'* o aborto praticado por médico nas situações dos incisos I e II. O que lá está dito é que *'não se pune'* o aborto nas circunstâncias daqueles incisos. Portanto, em nossa legislação penal, *o aborto é e continua crime*, mesmo se praticado por médico para salvar a vida da gestante e em caso de estupro, a pedido da gestante ou de seu responsável legal. Apenas - o que a legislação infraconstitucional pode e deve fazer, porque a Constituição, como irradiação de grandes normas gerais, não é código e nem pode explicitar tudo - *não será punido penalmente*, por razões de política criminal.¹²³

Impressionado por ver alguém defendendo uma tese em geral não aceita pelos penalistas, procurei o autor do artigo e pedi-lhe detalhes sobre sua argumentação. Ele então escreveu-me uma carta, da qual transcrevo o seguinte trecho:

Não existem palavras inúteis na lei. Se a expressão *'não se pune'* constante do art. 128, CP, equivalesse à expressão *'não há crime'*, seria desnecessário alterá-la. Tanto ela não corresponde que, no Anteprojeto Nelson Hungria para a reforma do CP, previa-se essa alteração (a expressão *'não se pune'* seria substituída pela *'não há crime'*), e o próprio e famoso Código Penal de 1969, promulgado e revogado sem que chegasse a entrar em vigor, também não teria feito essa mudança – como de fato fez.¹²⁴

No entanto, essa não foi a única vez em que se tentou mudar a redação do artigo 128 CP. A segunda tentativa ocorreu em 1971. No dia 27 de outubro, o senador Vasconcelos Torres apresentava o Projeto de Lei do Senado 96/71. O cabeçalho dizia:

¹²³ Marco Antônio Silva LEMOS, O Alcance da PEC 25/A/95. *Correio Braziliense*, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça, p. 6.

¹²⁴ Idem, *O aborto legal* [Carta], 12 maio 1997. Na verdade, no Anteprojeto Nelson Hungria, o artigo 128 teria seu número mudado para 127, com a redação: *"não constitui crime"*. No Código Penal de 1969, o número do artigo foi mudado para 129, também com a redação *"não constitui crime"*. Tal Código foi promulgado pelo Decreto-Lei n.º 1004, de 21 de outubro de 1969, publicado no D. O. (Suplemento C) de 21 de outubro de 1969. Previsto para entrar em vigor em 1º de julho de 1974, o Código de 1969 teve sua data de entrada em vigor prorrogada pela lei 6.063, de 27 de junho de 1974. Finalmente foi revogado pela lei 6.578, de 11 de outubro de 1978, sem que nunca tivesse entrado em vigor.

Dá nova redação ao art. 128 do Código Penal, incluindo entre os casos de aborto não criminosos (sic) os praticados por médico quando a gravidez resultar de incesto, constituir grave ameaça à saúde da gestante ou envolver risco do filho nascer, física e mentalmente lesado.¹²⁵

Embora o autor, na sua justificação, defendesse a necessidade de serem “ampliados” os casos de aborto “não criminosos”, na verdade o que o projeto pretendia era criar a figura do aborto não criminoso. Sim, pois o artigo 128 começaria com as palavras: “*Não constitui crime*”. Felizmente o projeto foi rejeitado pela Comissão de Constituição e Justiça (relator José Sarney)¹²⁶ e pela Comissão de Saúde (relator Adalberto Sena).¹²⁷

A terceira tentativa ocorreu em 1984, quando o Ministério da Justiça publicou um Anteprojeto de Código Penal.¹²⁸ O artigo 128 passaria a vigorar com a redação “*não constitui crime*” e a não-incriminação incluiria também o aborto eugênico, chamado com o eufemismo de “aborto piedoso”.¹²⁹ Mais uma vez o desejo dos abortistas não se realizou. A Parte Geral do Código foi reformada pela lei 7209 de 11/7/1984, mas a Parte Especial permaneceu como estava.

A quarta tentativa aconteceu em 25 de março de 1998, quando o Ministério da Justiça publicou o Anteprojeto do Código Penal,¹³⁰ com o objetivo específico de reformar a Parte Especial. Desta vez a proposta foi pior do que a de 1984. Além de alterar o início do artigo para “*não constitui crime*” e além de propor a descriminação do aborto eugênico, o Anteprojeto pretendia excluir o crime do aborto como meio de “*preservar a saúde da gestante*”¹³¹(sic) e não apenas como meio de salvar a sua vida. Cólicas, enjões e vômitos poderiam ser alegados como causas de não incriminação do extermínio da criança por nascer. Não há exagero nessa suposição. Conforme já foi visto, no entendimento jurídico norte-americano, “saúde”

¹²⁵ BRASIL. Congresso Nacional. Ata da 156ª sessão em 27 de outubro de 1971. Projeto de Lei do Senado n. 96, de 1971. *Diário do Congresso Nacional*, 28 out. 1971, Seção 2, p. 5924.

¹²⁶ Idem. Congresso Nacional. Parecer n. 641 da Comissão de Constituição e Justiça, *Diário do Congresso Nacional*, 27 nov. 1971, Seção 2, p. 6710.

¹²⁷ Idem. Congresso Nacional. Parecer n. 642 da Comissão de Saúde, *Diário do Congresso Nacional*, 27 nov. 1971, Seção 2, p. 6710-6711.

¹²⁸ Idem. Ministério da Justiça. Portaria n. 304, de 17 de julho de 1984. *Diário Oficial da União*, 19. jul. 1984, Seção 1., p. 10522-10545. Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial. Ministro Ibrahim Abi-Ackel.

¹²⁹ Ibidem, p. 10523.

¹³⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 232, de 24 de março de 1998. *Diário Oficial da União*, 25 mar. 1998, Seção 1, p. 1-11. Ministro Iris Rezende.

significa o “bem-estar” geral, físico ou psíquico da mulher. Nos Estados Unidos – portanto – se a mulher se sente mal, por exemplo, por estar grávida e não ser casada, pode requerer aborto por motivo de “saúde”.

A Comissão Revisora do Anteprojeto, sob a presidência do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, deveria receber sugestões da sociedade até 31 de agosto de 1998, com vistas a elaborar a redação do texto final a ser encaminhado ao Presidente da República. No dia 31 de agosto de 1998 o novo Ministro da Justiça Renan Calheiros resolveu prorrogar o prazo por 60 dias.¹³²

A quinta tentativa aconteceu em 8 de abril de 1999, quando finalmente a Comissão Revisora entregou ao Ministro Renan Calheiros uma nova versão do Anteprojeto, depois de recebidas (e ignoradas) as críticas e sugestões da sociedade contra o aborto. Curiosamente, embora publicado na Internet (em www.mj.gov.br), o texto, ao que se sabe, não foi publicado por nenhuma portaria no Diário Oficial da União. O artigo 128 teve seu número mudado para 127. Como de costume, novamente apareceu a expressão “*não constitui crime*” no *caput*. Foi conservada substancialmente a mesma redação da versão anterior. Uma pequenina mudança foi, no inciso I, a exigência de o aborto ser o único meio de “*preservar de grave e irreversível dano a saúde da gestante*”.¹³³

O Ministério da Justiça desistiu, então, de prosseguir com a reforma da Parte Especial do Código Penal. Em vez disso, instalou uma Comissão presidida pelo Prof. Miguel Reale Júnior para reformar, mais uma vez, a Parte Geral. No dia 18 de agosto de 2000 foi encaminhado ao Congresso Nacional um Projeto de Lei para a reforma da Parte Geral.¹³⁴

De todo esse esboço histórico, conclui-se que há, ao longo dos anos, um desejo persistente de se mudar, no artigo 128 CP, a expressão “*não se pune*” por

¹³¹ Ibidem, p. 1, artigo 128, inciso I.

¹³² BRASIL. Ministério da Justiça. Portaria n. 631, de 31 de agosto de 1998. *Diário Oficial da União*, 31 ago. 1998. Ministro Renan Calheiros.

¹³³ Vale aqui lembrar as palavras da Academia de Medicina do Paraguai: “*En casos extremos, el aborto es un agravante y no una solución al problema*” (Declaração de 04/07/1996).

¹³⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. Ata da 150ª sessão, em 21 de agosto de 2000. Mensagem n. 1107, de 17 de agosto de 2000 (texto do projeto de lei que “altera da Parte Geral do Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências”). *Diário da Câmara dos Deputados*, 22 ago. 2000, p. 22.

“*não constitui crime*”. O que vem a confirmar a tese de que não há, atualmente, no direito positivo brasileiro, qualquer hipótese em que o aborto não seja crime.

3.11 A POSIÇÃO DE IVES GANDRA MARTINS

O eminente constitucionalista Ives Gandra Martins tem, acerca do chamado aborto “legal” uma posição singular. Tal posição, que ele teve oportunidade de expor diante dos deputados federais em audiência pública sobre a PEC 25A/95,¹³⁵ acha-se escrita em seus “*Comentários à Constituição do Brasil*”, redigida em co-autoria com Celso Ribeiro Bastos. Ao comentar o artigo 226, § 7º, que trata do “planejamento familiar”, ele transcreve ao pé da página um artigo seu publicado em *O Estado de S. Paulo*:

Todos os seres humanos são seres humanos desde a concepção. Neste momento, todos os seus componentes biológicos e psicológicos estão formados, tendo os defensores do aborto, desde a concepção, seu perfil atual delineado. A tese conveniente de que o ser humano só o seria após 3 meses não se sustenta, visto que ninguém foi animal irracional entre a concepção e os primeiros três meses, para depois se tornar um ser humano. É ser humano desde a concepção. Desta forma, o denominado aborto legal — que desde 1988 não é mais legal — nada mais é do que uma pena de morte imposta ao ser humano ainda no ventre materno.

(...)

O que pretendo deixar claro é que não há mais aborto legal no país. A lei penal, que *permittia* (sic) o aborto em duas hipóteses (estupro e perigo de vida para a mãe), não foi recepcionada pela Constituição de 1988.

(...)

Está o art. 5º, ‘caput’ da Constituição Federal, assim redigido: ‘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:...’, não havendo nenhuma dúvida de que o próprio direito à vida é garantido, mas, mais que isso, é considerado princípio fundamental do direito constitucional pátrio.¹³⁶ (destacou-se)

Que dizer dessa posição? Sem dúvida o ente humano é humano desde a concepção. Sem dúvida é partir da concepção que começa a proteção constitucional do direito à vida. Sem dúvida, obviamente, qualquer legislação anterior que *permississe* o aborto não seria recepcionada pela Constituição de 1988.

¹³⁵ Tal audiência ocorreu em 28 de novembro de 1995, 9ª reunião ordinária da Comissão Especial destinada a proferir parecer à PEC 25-A/95 (direito à vida “desde a concepção”).

¹³⁶ Ives Gandra MARTINS, Pena de morte para o nascituro. *O Estado de S. Paulo*, 19 set. 1997, p. A-2. Apud Celso Ribeiro BASTOS; Ives Gandra MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*: (promulgada em 5 de outubro de 1988), 2000, v. 8, p. 1035, nota de rodapé n.º 4.

No entanto, como vimos, o artigo 128 do Código Penal em momento nenhum “permite” o aborto. Nem sequer lá está escrito que o aborto “não é crime”. O que se diz é tão-somente que o aborto em duas hipóteses “não se pune”. Se essa não-aplicação da pena equivaler (como pretendem os abortistas) a uma permissão, então será forçoso concluir com Ives Gandra que o artigo 128, CP não está mais em vigor.

A única maneira de salvar a constitucionalidade do artigo 128, CP é não interpretá-lo além daquilo que ele próprio diz: “não se pune”. Qualquer interpretação de que tal artigo estabelece um aborto “legal”, faz com que esse dispositivo seja fulminado de inconstitucionalidade (além de desprezar a personalidade do nascituro, expressamente assegurada pelo Pacto de São José da Costa Rica).

Portanto, o artigo 128 CP é constitucional, uma vez que apenas estabelece uma não-punição para o crime do aborto após o fato já consumado, *mas nunca uma permissão prévia para abortar*, à semelhança das demais escusas absolutórias já comentadas. *Por não permitir o aborto*, o artigo 128, CP não serve de fundamentação jurídica para as deploráveis “Normas Técnicas” e Portarias expedidas pelo Ministério da Saúde.

4 O ESTADO DE NECESSIDADE E O DIREITO AO ABORTO

Os defensores da tese do “aborto legal” costumam argumentar que o inciso I do artigo 128, do Código Penal, nada mais é que um caso especial do “estado de necessidade” descrito no artigo 24 do mesmo Código. Segundo Nelson Hungria,

... trata-se de um caso especialmente destacado do ‘estado de necessidade’. Ao riscar-se o art. 128 do Código Penal, ter-se-iam de riscar, também os arts. 19, n.º I,¹³⁷ 20¹³⁸ e 146, § 3º, I. Ainda que não tivesse sido explicitamente declarada a ilicitude penal do aborto terapêutico, nenhum juiz deixaria de incluí-lo na casuística do *necessitas caret legem*.¹³⁹

O estado de necessidade é assim descrito pelo Código Penal vigente:

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

§ 1º Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo.

§ 2º Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um terço a dois terços.

A redação do artigo 24, CP pode dar margem a inúmeros abusos, pois fala de um sacrifício de um direito que não seria “razoável” exigir do agente. Embora nada haja na natureza de mais arraigado do que o amor da mãe pelo filho, algum intérprete poderia dizer que não é “razoável” exigir que ela sofra a morte por ele. Vejamos um caso histórico.

4.1 O ABORTO COMO MEIO

No ano 70 d.C., a cidade de Jerusalém foi sitiada pelo general Tito, em represália a uma rebelião dos judeus comandada pelo partido dos zelotes. Flávio Josefo, chefe militar da Galiléia, foi capturado pelos romanos. Escreveu com detalhes os horrores daquela guerra, e tentou, em vão, fazer com que seus compatriotas se rendessem. O texto a seguir refere-se ao cerco de Jerusalém:

¹³⁷ Correspondente ao atual artigo 23, I, CP: “não há crime quando o agente pratica o fato em estado de necessidade”.

¹³⁸ Correspondente ao atual artigo 24, CP, que descreve o estado de necessidade.

¹³⁹ Nelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*. 1958. v. 5, p. 307.

Josefo, cuja própria família sofreu com os sitiados, não recuou nem mesmo diante dum episódio desumano que prova que o desespero da fome já começava a turvar a razão dos israelitas.

Os zelotes percorriam as ruas em busca de alimento. Duma casa saía cheiro de carne assada. Os homens penetraram imediatamente na habitação e pararam diante de Maria, filha da nobre família Bet-Ezob, extraordinariamente rica, da Jordânia oriental. Maria tinha ido como peregrina a Jerusalém para a festa da Páscoa. Os zelotes ameaçaram-na de morte se não lhes entregasse o assado. Perturbada, a mulher estendeu-lhes o que pediam, e eles viram, petrificados, que era um recém-nascido meio devorado – o próprio filho de Maria.¹⁴⁰

Poder-se-ia tentar justificar a atitude da mulher faminta com o seguinte argumento: se ela não tivesse matado o próprio filho, ambos teriam morrido; ao matá-lo para saciar sua fome, pelo menos uma das vidas foi poupada.

No entanto, segundo o Direito Natural, *matar diretamente um ente humano inocente* é um ato intrinsecamente mau, que não pode ser justificado nem pela boa intenção, nem pelas possíveis boas conseqüências, nem mesmo pelo estado de extrema necessidade, nem sequer para salvar outro inocente.

No repugnante caso acima, a morte do bebê era um *meio* para salvar a vida da mãe. Analogamente, se durante uma gestação o aborto fosse um *meio* para salvar a vida da gestante — e ainda que fosse o único meio — tal ato seria gravemente imoral. É dever do médico salvar mãe e filho, mas não se pode salvar um deles *por meio* da morte do outro. O fim, por mais nobre que seja, não justifica um *meio* mau utilizado para alcançá-lo.

Note-se que, por infelicidade, é a palavra *meio* que é usada no inciso I do artigo 128, CP: “Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro *meio* de salvar a vida da gestante...” (destacou-se)

4.2 O ABORTO COMO EFEITO SECUNDÁRIO

Ora, o aborto como *meio* jamais pode ser admitido.¹⁴¹ O estado de necessidade admite que a morte do nascituro seja – quando muito – tolerada como *efeito*. A distinção entre *meio* e *efeito* é fundamental para que se compreendam certas questões cruciais da Bioética e do Biodireito.

¹⁴⁰ Werner KELLER, *E a Bíblia tinha razão....*, 1958. p. 340.

¹⁴¹ No máximo, poderá ser não punido, por força de uma escusa absolutória.

Assim, uma intervenção cirúrgica cardiovascular em uma mulher grávida pode ter como conseqüência a morte do nascituro. Em tal caso, a morte do inocente *não é um fim* visado pela cirurgia (o fim é a cura da cardiopatia). Também *não é um meio* (pois não é a morte da criança que “causa” a cura da mãe). É simplesmente um *segundo efeito*.

Para que se possa, porém, tolerar um efeito secundário mau, é preciso que o bem a ser alcançado seja proporcionalmente superior ou ao menos equivalente a ele. No caso relatado, a cirurgia não seria lícita se fosse possível esperar até o nascimento do bebê ou se houvesse outro meio terapêutico que fosse inofensivo para a criança.

4.3 A CAUSA COM DUPLO EFEITO

Muitos de nossos atos bons produzem efeitos maus indesejados, mas inevitáveis. Ao tomarmos uma aspirina para curar uma dor de cabeça, podemos causar dano ao estômago. Ao corrigirmos o próximo, às vezes ele se sente humilhado ou envergonhado. Ao lutarmos contra o aborto, causamos a ira dos abortistas.

Podemos praticar tais atos, que tenham duplo efeito: um bom e outro mau? Sim, mas com algumas condições.¹⁴²

- a) que a intenção do agente seja obter o efeito bom, e não o mau;
- b) que o efeito bom seja obtido diretamente da ação, e não através do efeito mau;
- c) que o efeito bom seja proporcionalmente superior ou ao menos equivalente ao efeito mau;
- d) que não haja outro meio de se obter tal efeito bom, a não ser praticando a ação *boa* que produz tal efeito secundário mau.

¹⁴² Cf. Elio SGRECCIA., *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. 1996, v. 1, p. 170-171.

Note-se bem que não se trata de “praticar um ato mau com boa intenção”. Isso nunca é moralmente lícito. O fim não justifica os meios, embora Maquiavel tenha dito o contrário.¹⁴³

No princípio em questão, trata-se de *praticar um ato bom com boa intenção*, mas que produz um efeito colateral mau indesejável, mas inevitável, embora previsível.

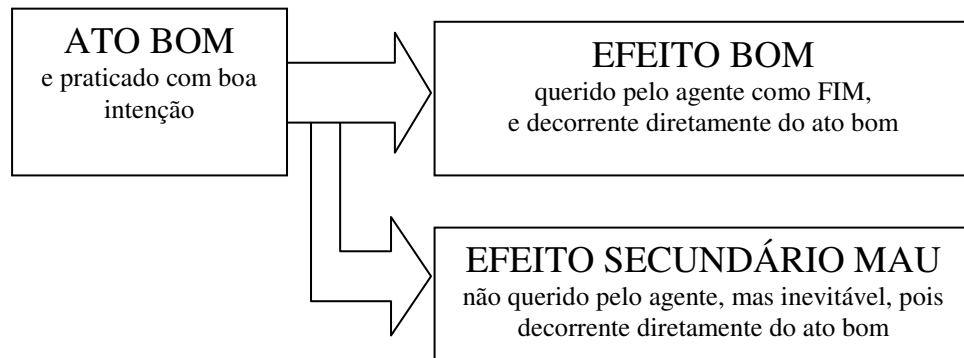


Figura 4 – O princípio ético da causa com duplo efeito.

O caso seguinte pode ilustrar a aplicação desse princípio:

Uma mulher grávida sofre de uma infecção renal. O médico prescreve-lhe um antibiótico. Há, porém, o perigo remoto de a droga causar danos ao nascituro. No entanto, não há outro antibiótico que seja menos nocivo ao bebê e nem é possível esperar o nascimento da criança para iniciar o tratamento.

Nesse caso:

a) a intenção do agente é curar a infecção renal (efeito bom) e não causar dano ao nascituro (efeito mau);

b) a cura da infecção renal (efeito bom) é obtida diretamente da ação de tomar o antibiótico, e não através do dano causado ao nascituro (efeito mau). Se, absurdamente, a mulher não tomasse o antibiótico, mas lesasse diretamente seu bebê, tal dano não iria causar a cura de sua infecção renal;

¹⁴³ “Na conduta dos homens, especialmente dos príncipes, contra a qual não há recurso, os fins justificam os meios” (MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor”, v. 2). p. 104. (capítulo XVIII, n. 5)

c) como a chance de lesão à criança, embora exista, é pequena, e como o tratamento é urgente, o efeito bom (a cura da infecção renal) é proporcionalmente superior ao possível efeito mau.

d) não há outro meio de se obter a cura da infecção, a não ser pela ingestão de um antibiótico. O médico poderia prescrever outro antibiótico, mas nenhum seria isento de riscos para a criança.

Logo, o ato pode legitimamente ser praticado.

O princípio da causa com duplo efeito foi descrito de maneira lapidar pela Academia de Medicina do Paraguai (1996):

Não comete ato ilícito o médico que realiza um procedimento tendente a salvar a vida da mãe durante o parto ou em curso de um tratamento médico ou cirúrgico cujo efeito causar *indirectamente* a morte do filho quando não se pode evitar esse perigo por outros meios.¹⁴⁴ (destacou-se)

Lamentavelmente, há juristas que zombam da aplicação do princípio da causa com duplo efeito, entre eles o próprio Nelson Hungria:

... Ora, esse apelo ao *aborto indireto* é apenas uma acomodação com o céu, um expediente arditosamente excogitado para conciliar escrúpulos religiosos com a imperativa necessidade prática. Tanto vale querer um resultado quanto assumir o risco de produzi-lo...¹⁴⁵

O erro do raciocínio acima é elementar. O dolo direto (querer um resultado) equivale ao dolo eventual (assumir o risco de produzi-lo) porque neste caso o agente pouco se importa com a produção do eventual resultado. O homicida que, mirando em direção ao seu desafeto, que está cercado de outras pessoas, diz consigo mesmo “pouco me importa se, ao errar o tiro, eu vier a matar outrem”, está agindo com dolo eventual.

Caso totalmente diferente é o do médico que, querendo preservar a vida do nascituro e temendo que ele venha a morrer, ainda assim prescreve a uma gestante vítima de infecção renal um antibiótico que eventualmente poderá ter efeito abortivo.

¹⁴⁴ ACADEMIA DE MEDICINA DEL PARAGUAY, Declaración aprobada por el Plenario Académico Extraordinario en su sesión de 4 de Julio de 1996, tradução nossa. (4. No comete acto ilícito el médico que realice un procedimiento tendiente a salvar la vida da madre durante el parto o en curso de un tratamiento médico o quirúrgico cuyo efecto causare indirectamente la muerte del hijo cuando no se puede evitar ese peligro por otros medios.)

¹⁴⁵ Nelson HUNGRIA, *Comentários ao Código Penal*. 1958. v. 5, p. 308.

4.4 O ARTIGO 128, INCISO I É UMA HIPÓTESE DE “ESTADO DE NECESSIDADE”?

Antes de comentar em detalhe a questão do estado de necessidade, convém lembrar o sábio ensinamento de Walter Moraes, que adverte que o inciso I do artigo 128, CP não se enquadra nas hipóteses do artigo 24, CP:

Parece oportuno lembrar, ainda, que, também comum entre os escritores do direito penal, é a opinião de que as hipóteses do aborto dito ‘legal’, constituem uma espécie de *estado de necessidade*. Mas logo acrescentam: os casos previstos no art. 128 não se igualam exatamente a estados de necessidades na acepção estrita do art. 24.

Esta é a verdade.

O estado de necessidade é uma *situação* eventual e não um padrão típico de fato determinado. É uma situação imprevista, de *perigo atual*, não provocada pela vontade do próprio agente. E nada disso se dá necessariamente no caso do art. 128, que é uma regra da lei, não concernente a perigo atual, e que ademais requer seja a ação praticada por médico.

Não se trata de estado de necessidade; a não ser por comparação, por aproximação.

Estado de necessidade verdadeiro e próprio poderia, sim, ocorrer, eventualmente, em caso de aborto, mas não por ajustar-se às descrições do art. 128.¹⁴⁶

Vale aqui esclarecer que o estado de necessidade “verdadeiro e próprio”, a que se refere o ilustre jurista, poderia ocorrer apenas como justificador da morte *indireta* do nascituro (como nos exemplos acima referidos), nunca para justificar o aborto *diretamente* provocado.

4.5 O “ESTADO DE NECESSIDADE” PODE JUSTIFICAR QUALQUER CONDUTA?

Os doutrinadores, talvez por falta de uma sólida base filosófica, costumam ser muito confusos na exemplificação do estado de necessidade. Frequentemente confundem a morte do inocente tolerada como *efeito* secundário de um ato bom com a morte do inocente provocada como *meio* para se obter algum bem.

No caso da mulher faminta que devorou o próprio filho, a morte do inocente foi um *meio* para saciar sua fome e salvar a própria vida. Trata-se de um ato intrinsecamente mau, ainda que praticado com boas intenções.

Totalmente diferente é o caso do comandante que, para salvar um submarino, manda fechar a escotilha de um compartimento torpedeado que começa a se encher de água. Tal ação (fechar a escotilha) não é má em si, e nem sequer é praticada com má intenção. No entanto, ela terá como *efeito* inevitável a morte de dez tripulantes daquele compartimento, que serão afogados. A morte desses inocentes, causada *indiretamente*, não é um “meio” de salvar a embarcação. O meio é o fechamento da escotilha. Se, absurdamente, o comandante mantivesse a escotilha aberta, mas mandasse matar os dez tripulantes, não salvaria o submarino. Nesse exemplo, jamais se pode dizer que a salvação do submarino se deu *por meio* da morte de dez inocentes.

O estado de necessidade justifica a atitude do comandante, mas não a da mulher faminta.

Se a necessidade servisse para justificar qualquer conduta, seria lícito, em casos extremos, cometer adultério, entregar-se à prostituição, praticar um perjúrio e até mesmo matar e devorar o próprio filho!

É interessante como Santo Tomás de Aquino (1225-1274) justifica o impropriamente chamado *furto famélico*. Ele concorda, seguindo Aristóteles, que há certas coisas cujo próprio nome já manifesta a malícia, entre as quais o furto. E acrescenta que aquilo que é mau em si mesmo não pode tornar-se bom por causa de um fim bom. Assim, um furto (sem deixar de ser furto) não pode ser justificado pela boa intenção com que é praticado.

No entanto, o direito à propriedade não é absoluto. Assim, “... os bens que alguns possuem em superabundância são devidos, em virtude do direito natural, ao sustento dos pobres”.¹⁴⁷ Portanto, normalmente compete à iniciativa de cada um dispensar os bens próprios para socorrer os necessitados.

¹⁴⁶ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986. p. 22-23.

¹⁴⁷ Cf. *Suma Teológica*, II^a-II^{ae}, questão 66, artigo 7. In: Santo Tomás de AQUINO, *Suma Teológica*: II seção da II parte: questões 57-122, 2005, v. 6, p. 166.

... Contudo, se a necessidade é de tal modo evidente e urgente, que seja manifesto que se deva obviar à instante necessidade com os bens ao nosso alcance, quando por exemplo é iminente o perigo para a pessoa e não se pode salvá-la de outro modo, então alguém pode licitamente satisfazer à própria necessidade utilizando o bem de outrem, dele se apoderando manifesta ou ocultamente. *E esse ato, em sua própria natureza, não é furto ou rapina.*¹⁴⁸ (destacou-se)

O furto fica descaracterizado, porque “*in necessitate, sunt omnia communia*” (em estado de necessidade, todas as coisas tornam-se comuns).¹⁴⁹ A propriedade então dá lugar à comunidade. Não existindo mais fronteira entre o próprio e o alheio, entre o “meu” e o “teu”, não há que se falar em furto. Na linguagem penal de hoje, diríamos que a necessidade extrema torna a subtração de coisa móvel alheia um fato *atípico* pela ausência da elementar “alheia”.

4.6 O “ESTADO DE NECESSIDADE”: EXCLUSÃO DA ILICITUDE OU DA CULPABILIDADE?

A maioria dos penalistas afirma que o estado de necessidade descrito no artigo 24, CP constitui uma causa de *exclusão de ilicitude*. Assim, seria lícito tanto subtrair de outrem um alimento em caso de fome extrema, quanto matar o companheiro de naufrágio para poder salvar-se em uma tábua de salvação incapaz de suportar dois naufragos. Assim não pensa, porém, Heleno Cláudio Fragoso, que distingue o estado de necessidade como excludente de ilicitude e o estado de necessidade como excludente de culpabilidade:

O estado de necessidade é excludente da ilicitude quando, em situação de conflito ou colisão, ocorre o sacrifício do *bem de menor valor* (...). A inexigibilidade de outra conduta, no entanto, desculpa a ação quando se trata do sacrifício de *bem de igual ou de maior valor*, que ocorra em circunstâncias nas quais ao agente não era razoavelmente exigível comportamento diverso, excluindo, pois, a culpabilidade.

O estado de necessidade previsto no art. 24 do CP vigente, portanto, pode excluir antijuridicidade ou culpabilidade, conforme o caso.¹⁵⁰

¹⁴⁸ Loc. cit.

¹⁴⁹ Loc. cit.

¹⁵⁰ Heleno Cláudio FRAGOSO. *Lições de Direito Penal: parte geral*, 2003, p. 261.

Essa também é a posição de Ricardo Dip, que observa, contudo, que o artigo 23 traz a rubrica “exclusão de ilicitude”¹⁵¹:

Outrossim, a rubrica introdutória do art. 23, Código Penal, diz, com efeito, ‘*exclusão de ilicitude*’, mas o texto desse mesmo artigo preceitua mais amplificadamente: ‘*não há crime*’, que é, no aqui relevante, como dizer ‘se há estado de necessidade, não há crime: se justificador, porque não há ilícito; se dirimente, porque não há culpa’. Sem ignorar que as rubricas, segundo pensava Cujacius, servem freqüentemente de *claves legum*, sua relevância exegética não vai ao ponto de que se possa recorrer a elas para contrariar literalmente a norma: o argumento *a rubrica* é sempre subsidiário.¹⁵²

Também segundo Zaffanori e Pierangeli,

... a lei é livre para encampar, numa mesma fórmula eximente, pressupostos que pertencem à justificação e à exculpação...¹⁵³

(...)

... Esta distinção de modo algum viola o texto legal porque, em ambos os casos, devem estar reunidos os requisitos do art. 24 do CP, só que a causa com que se exime a responsabilidade penal, num caso será de justificação (não haverá injusto), e, em outro, haverá injusto, mas o agente não será penalmente responsável em razão da ausência de culpabilidade.¹⁵⁴

Para esses autores, no conflito entre duas vidas humanas, nunca haverá causa de justificação, pois em tal caso “não se pode falar jamais em males maiores ou menores”.¹⁵⁵ Assim, não se pode alegar que a morte da criança seja um “mal menor” que a morte da mãe, nem vice-versa. E ainda:

Tampouco pode medir-se os males, quando se trate de vidas humanas, pelo número das mesmas, posto que ainda que se usasse uma vida para salvar mil, sempre se estaria usando o homem como *meio*, e, com isso, se violaria a sua condição de pessoa, que exige a sua consideração invariável *como fim em si mesma*.¹⁵⁶ (destacou-se)

A diferenciação explícita das duas figuras de estado de necessidade estava prevista no Código Penal de 1969 (Decreto-Lei n. 1004, de 21 de outubro de 1969), que nunca chegou a entrar em vigor. O artigo 25 trazia o estado de

¹⁵¹ Em sua redação original, o artigo 19 do Código Penal (correspondente ao atual art. 23) trazia a rubrica “exclusão de criminalidade” (Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940). A reforma da parte geral feita pela Lei 7209, de 11 de julho de 1984, deu ao atual artigo 23 a rubrica “exclusão de ilicitude”.

¹⁵² Ricardo Henry Marques DIP. Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da norma *versus* busca progressiva do direito, *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*, 1999, p. 369.

¹⁵³ Raúl Eugenio ZAFFARONI; José Henrique PIERANGELI, *Manual do Direito Penal brasileiro: parte geral*, 1999, p.588.

¹⁵⁴ *Ibidem*. p. 591.

¹⁵⁵ *Ibidem*. p. 594.

¹⁵⁶ *Loc. cit.*

necessidade como excludente da culpabilidade, enquanto o artigo 28 trazia o estado de necessidade como excludente de ilicitude:

Art. 25. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa. (Estado de necessidade como excludente de culpabilidade)

(...)

Art. 28. Considera-se em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar direito seu ou alheio de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo. (Estado de necessidade como excludente ao crime)

A diferenciação encontra-se hoje explícita no Código Penal Militar vigente (Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969):

Estado de necessidade, como excludente de culpabilidade

Art. 39. Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.

(...)

Estado de necessidade, como excludente do crime

Art. 43. Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para preservar direito seu ou alheio, de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, desde que o mal causado, por sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo.

De fato, a menos que queira tratar de maneira igual os casos desiguais – o que constituiria uma “injustiça legislativa” – é preciso que se dê tratamento diferenciado aos que agem de uma ou outra maneira para escapar à necessidade. A conduta do náufrago que mata seu companheiro de infortúnio de modo nenhum pode ser considerada lícita. Seria o mesmo que a lei cancelar o “direito do mais forte”, o que nada mais é que a destruição do próprio direito. Tal conduta pode, quando muito, ser “exculpada” por misericórdia para com a fraqueza moral humana.

4.7 O DEVER DA MÃE DE ENFRENTAR O PERIGO

Examinemos agora o aborto provocado como *meio* para salvar a vida da gestante. Já demonstramos que o artigo 128, I, CP não constitui uma subespécie do artigo 24, CP. Não requer que o perigo seja atual e exige que o agente seja médico. A redação “não se pune” relativa aos dois incisos, é própria das escusas absolutórias, em que o crime permanece, mas a pena não se aplica.¹⁵⁷

Pergunta-se: abstraindo do artigo 128, I, CP, poder-se-ia, em algum caso, reconhecer, com fundamento exclusivo no artigo 24, CP, à mãe ou ao médico o *direito* de matar diretamente o nascituro como *meio* de salvar a vida da gestante? Certamente não.

Deixando de lado por ora, o recurso ao Direito Natural, verificamos que o texto legal traz uma importante ressalva: “Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo” (art. 24, §1º, CP). Tal dever *decorrente da lei* têm o policial, o soldado, o bombeiro, o médico sanitário, o capitão de navio ou aeronave.¹⁵⁸ Júlio Fabbrini Mirabete argumenta que, com base no artigo 13, §2º, CP, que cuida da omissão penalmente relevante, está obrigado a enfrentar o perigo – e não pode alegar estado de necessidade – também quem “assumiu a responsabilidade de impedir o resultado” (alínea b) e quem “com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado” (alínea c).¹⁵⁹ Tais pessoas, em virtude da lei penal, têm também dever *legal* de enfrentar o perigo. Ficam assim excluídos da alegação de “estado de necessidade” quem assume compromissos com uma classe de natção, quem guia excursionistas em regiões inóspitas, quem orienta pessoas em suas primeiras tentativas de dirigir veículos, quem recebe obrigações com relação a enfermos e crianças e até quem efetiva

¹⁵⁷ Cf. Ricardo Henry Marques DIP. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, dez 1996, p. 531-532.

¹⁵⁸ Cf. Júlio Fabbrini MIRABETE.. *Manual de Direito Penal: parte geral*, 2005. v. 1. p. 180.

¹⁵⁹ Cf. *Ibidem*. p. 180-181.

rápidos e ocasionais atos de cortesia ou favor, como auxiliar, na transposição de uma avenida larga e movimentada, uma pessoa idosa e trôpega.¹⁶⁰

Ora, se até a babá está excluída da alegação de “estado de necessidade”, seria o cúmulo do absurdo dizer que a mãe, ligada por laços naturais à própria prole, poderia lícitamente, não apenas deixar de proteger a criança, nascida ou por nascer, mas até matá-la (!) alegando “necessidade” de salvar a vida própria. Os genitores – pai e mãe – têm, mais do que qualquer outra pessoa, o dever (legal e moral) de enfrentar o perigo em benefício de seus filhos. Essa regra, inscrita na natureza, não é e nem poderia ser validamente contrariada pelo legislador positivo.¹⁶¹

Acerca da estreiteza dos laços que unem mãe e filho, vale a pena transcrever o que diz Maria José Miranda Pereira¹⁶²:

Segundo a sabedoria chinesa, a melhor definição do adjetivo ‘bom’ é a junção do ideograma ‘mãe’ com o ideograma ‘filho’. É tão natural e instintivo o amor que une mãe e filho, seja este nascido ou por nascer, que a união de ambos é algo de maravilhosamente ‘bom’. A *contrario sensu*, dificilmente haverá [o] que mais mereça o adjetivo ‘mau’ do que a separação entre ambos ou, pior ainda, a destruição de um pelo outro. Assim, o aborto não é apenas mau; ele é mau ‘por excelência’.

Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime *nefando*.¹⁶³

Nefando como é, o aborto há de ser repudiado inclusive quando “necessário” para salvar a vida da mãe.

¹⁶⁰ Cf. Alberto R. R. Rodrigues de SOUZA. *Estado de necessidade*: um conceito novo e aplicações mais amplas, 1979. p. 92.

¹⁶¹ Diz Santo Tomás de Aquino: “... toda lei humanamente imposta tem tanto razão de lei quanto deriva da lei da natureza. Se, contudo, em algo discorda da lei natural, já não será lei, mas corrupção da lei.” (Suma Teológica, I^a-II^{ae}, q. 95, a.2. In: Santo Tomás de AQUINO. *Suma Teológica*: I seção da II parte: questões 49-114, 2005, v. 4, p. 576.)

¹⁶² Promotora de Justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, ficou célebre por sua atuação no “caso Galdino”, o do índio pataxó que morreu incendiado por “brincadeira” de alguns jovens.

¹⁶³ Maria José Miranda PEREIRA. Aborto. *Consulex*, 15 maio 2004, p. 37.

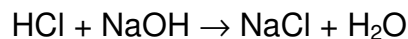
4.8 OCORRE ALGUM CASO EM QUE O ABORTO SEJA “NECESSÁRIO” OU “TERAPÊUTICO”?

O problema da ilicitude do aborto como *meio* para salvar a vida da gestante foi abordado sem que se perguntasse se tal caso ocorre de fato, ou se é mera questão especulativa. É difícil imaginar o caso em que a morte do bebê, por si só, “cause” a salvação da vida da gestante, seja um “meio” utilizado para curá-la. Na verdade, a morte do nascituro não traz benefício algum para a gestante. Convém citar esta frase lapidar da Academia de Medicina do Paraguai (1996):

Ante patologias da mãe ou do feto que surjam durante a gravidez, a medicina moderna, utilizando a tecnología disponível em reprodução humana, conta com os meios para conservar a vida materna, o fruto da concepção e combater conseqüentemente a mortalidade perinatal. *Em casos extremos, o aborto é um agravante, e não uma solução para o problema.*¹⁶⁴ (destacou-se)

A insistência de certos médicos em indicar o aborto como “meio” — e até como “único meio” — para se salvar a vida de uma gestante parece derivar de uma espécie de credence. Analisemos o exemplo análogo, retirado da Química:

Ácidos e bases neutralizam-se mutuamente, produzindo um sal e água. Assim, uma solução de ácido clorídrico (HCl) é neutralizada por uma solução de hidróxido de sódio (NaOH), produzindo cloreto de sódio (NaCl) e água (H₂O).



Imagine-se agora que, alguém, por acidente, tenha deixado derramar ácido clorídrico em sua pele. Suponha-se que um químico, presente no laboratório, levado pela convicção de que um ácido é neutralizado por uma base, aplicasse sobre a pele corroída da vítima uma solução de hidróxido de sódio (soda cáustica). O resultado seria, não um alívio, mas um agravamento da corrosão.

Da mesma forma, diante do fato de que certas doenças se tornam mais complicadas com a gravidez, há médicos que, à semelhança do químico do exemplo anterior, acreditam que o aborto fará “desengravidar” a paciente, levando-a ao

¹⁶⁴ ACADEMIA DE MEDICINA DEL PARAGUAY. *Declaración aprobada por el Plenario Académico Extraordinario en su sesión de 4 jul. 1996*, tradução nossa. (Ante patologias de la madre o del feto que surjan durante el embarazo, la medicina moderna, utilizando la tecnología disponible en reproducción humana, cuenta con los medios para conservar la vida materna, el fruto de la concepción y combatir conseqüentemente la mortalidad perinatal. En casos extremos, el aborto es un agravante y no una solución al problema.)

estado anterior à concepção do filho. Segundo Alberto Raul Martinez, professor da Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto (SP), em depoimento de 1967,

... deve-se levar em conta que a reação mais comum do médico não afeito à especialidade ginecológica, quando a prenhez ocorre em uma de suas pacientes já afetadas por problema físico ou mental, é a de que a remoção da gestação poderia simplificar a questão.¹⁶⁵

Isso, porém, não ocorre. O aborto é uma prática tão selvagem que, além de condenar à morte um inocente, agrava o estado de saúde da gestante enferma.

Sobre este assunto, convém citar a célebre aula inaugural “*Por que ainda o aborto terapêutico?*” do médico-legal João Batista de Oliveira Costa Júnior para os alunos dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965:

Limitar-me-ei, nestas considerações, apenas ao chamado aborto terapêutico, que, na prática, pode confundir-se com o aborto necessário, porque o tempo não me permitiria tratar de todas as outras espécies conhecidas.

(...)

Digo, inicialmente, que se me fosse permitido, chamá-lo-ia de aborto desnecessário ou, então, de aborto anti-terapêutico.

(...)

Ante os processos atuais [de 1965!] da terapêutica e da assistência pré-natal, o aborto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo, então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica, estou certo, não o é, presentemente. Demonstrem, pois, os legisladores coragem suficiente para fundamentar seus verdadeiros motivos, e não envolvam a Medicina no protecionismo ao crime desejado. Digam, sem subterfúgios, o que os soviéticos, os suecos, os dinamarqueses e outros já disseram. Assumam integralmente a responsabilidade de seus atos.

[...]

... o aborto terapêutico não é o único meio para preservar a vida da gestante, sendo mesmo mais perigoso do que o prosseguimento da gravidez, razão pela qual não poderia, também, o anteprojecto ser aplicado quando fala em um “mal consideravelmente inferior ao mal evitado”.

[...]

Por quê, então, o aborto terapêutico?

Por tudo isso que acabo de dizer, considero a prática abortiva, mesmo no chamado aborto terapêutico, um crime de lesa pátria e de lesa humanidade.¹⁶⁶

A irritação de Costa Júnior deve-se ao fato de o Código Penal isentar de pena o médico que pratica o aborto “se não há outro meio de salvar a vida da gestante” (art. 128, I). Outro motivo é que, na época, o anteprojecto de reforma do Código, chefiado por Nelson Hungria, pretendia conservar tal cláusula.

¹⁶⁵ Apud João Evangelista dos Santos ALVES et al. *Aborto: o direito do nascituro à vida*, 1982, p. 85.

¹⁶⁶ João Batista de O. COSTA JÚNIOR, *Por quê, ainda, o aborto terapêutico?* *Revista da Faculdade de Direito da USP*, 1965, volume IX, p. 314-329.

Da forma como foi redigido o dispositivo penal, no código vigente e, por sinal, como também consta no anteprojeto, tenho para mim que, se honestidade houvesse na sua observância, teria sido uma norma inteiramente inócua, porque nunca ocorreria tal espécie de aborto; mas o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro abôrto criminoso.¹⁶⁷

A acusação é gravíssima. Segundo Costa Júnior, nunca ocorre o caso em que o aborto é necessário para salvar a vida da gestante. O objetivo de se manter a impunidade em tal caso é, para ele, única e exclusivamente, ocultar os verdadeiros e inconfessáveis motivos do aborto.

Em sua magnífica aula, Costa Júnior refuta, uma por uma, as principais “indicações” para o aborto terapêutico: nas cardiopatias, na hipertensão arterial, na tuberculose pulmonar, nas perturbações mentais e nos vômitos incoercíveis. A título de ilustração, reproduzimos um trecho de sua argumentação contra o aborto em gestantes tuberculosas:

Schaeffer, Douglas e Dreispon, em 1955, após meticulosa observação de tuberculosas grávidas, durante vinte anos no New York Lying-in Hospital, divulgaram as seguintes e eloqüentes conclusões, que encerram indubitavelmente qualquer discussão sobre tal assunto:

Resultados dos casos observados	Com abôrto terapêutico	Sem aborto terapêutico
melhorados	13%	56%
inalterados	47%	38%
agravados	33%	3%
mortes	7%	3%

Como, pois, conciliar o aborto terapêutico com a legislação penal ante esses resultados, quando o previsto legalmente é para salvar a vida ou, segundo outros códigos, também preservar a saúde da gestante, e não para aumentar o índice de mortalidade ou a percentagem dos malefícios?¹⁶⁸

A conclusão a que chegou Costa Júnior não difere daquela a que chegaram quatro médicos, em 1982, após consulta a colegas de várias especialidades: cardiologia, pneumologia, nefrologia, psiquiatria, endocrinologia, metabiologia, hematologia, bioquímica, farmacologia, ginecologia e obstetrícia. A obra foi laureada com o Prêmio Genival Londres, em 30 de julho de 1982, pela Academia Nacional de Medicina. No capítulo final, intitulado “Comentários e Conclusões” lê-se:

¹⁶⁷ Ibidem, p. 315-316.

¹⁶⁸ Ibidem, p. 322. Acrescentamos o ponto de interrogação, que está faltando no original, sem dúvida por erro tipográfico.

Fundamentando-se nos importantes depoimentos atrás transcritos, pode-se afirmar que, atualmente, a Medicina oferece ao médico meios para prosseguir na luta em busca do fim almejado, qual seja a salvação do binômio mãe-filho, não sendo válido o apelo ao chamado abortamento 'terapêutico'.¹⁶⁹

De tudo o que foi exposto, percebe-se o descabimento de o Ministério da Saúde recomendar a prática do aborto, por exemplo, em caso de "hipertensão aórtica ou cardiopatia com hipertensão pulmonar".¹⁷⁰

¹⁶⁹ João Evangelista dos Santos ALVES et al., *Aborto: o direito do nascituro à vida*, 1982, p. 135-136.

¹⁷⁰ BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *Gestação de alto risco: manual técnico*, 2000, p. 151.

5 O SALTO TRIPLO: DO CRIME AO LÍCITO DESEJÁVEL PELO ESTADO

Ao determinar a prática do aborto pela rede hospitalar pública nos casos elencados pelo artigo 128 do Código Penal, o administrador deu um salto triplo sem precedentes na história brasileira.

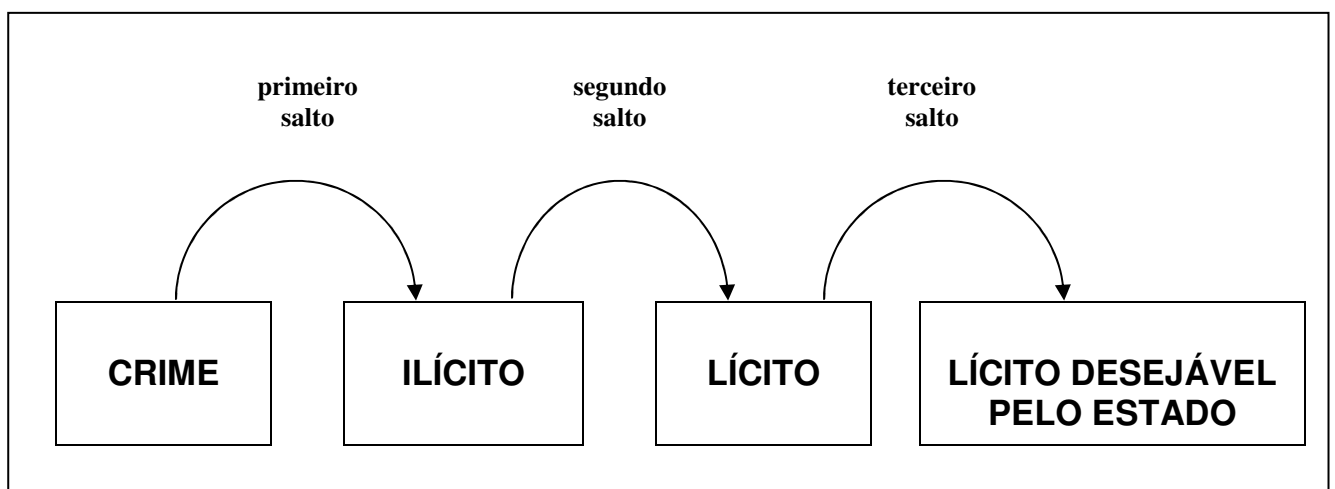


Figura 5 – O salto triplo do administrador público brasileiro.

5.1 PRIMEIRO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO NÃO É CRIME.

Como vimos, o crime subsiste mesmo se, por razões especiais, não se aplica pena ao seu autor. Paulo de Tarso Machado Brandão explica que dizer “não se pune” é diferente de dizer “não é crime”. Não há pena sem crime (ou contravenção), mas pode haver crime sem pena. Em seus artigos, quando o Código Penal afasta o crime, utiliza expressões como “não há crime” ou “salvo”. Por exemplo, assim, dispõe o artigo 23, CP:

Não há crime quando o agente pratica o fato:
 I - em estado de necessidade;
 II - em legítima defesa;
 III - em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito”.
 (destacou-se)

E dispõe o artigo 137, ao referir-se ao crime de rixa:

Participar de rixa, *salvo* para separar os contendores. (destacou-se)

Redação diferente encontra-se no artigo 181, CP:

É isento de pena quem comete qualquer dos *crimes* previstos neste título, em prejuízo:

I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal;

II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. (destacou-se)

Paulo de Tarso faz notar que, no caso, a lei fala expressamente de um *crime* para o qual o criminoso está *isento de pena*, "... ou seja, há o crime, mas não há a pena".¹⁷¹ É o caso clássico, por exemplo, do furto praticado entre pessoas da mesma família, para as quais há uma escusa absolutória.

Cita ainda o exemplo do homicídio culposo (art. 121, §5º, CP), em que "o juiz poderá deixar de aplicar a *pena* se as consequências da *infração* atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária". Note-se que há *infração* (penal, é óbvio), mas pode não haver aplicação de *pena*. É o que ocorre com um pai que vem a matar seu filho, por exemplo, com disparo acidental de arma de fogo. E conclui:

Logo, dentro da sistemática do Código Penal, quando ocorre uma isenção de pena, estamos diante do perdão legislativo, ou seja, o legislador por razões de política criminal, afasta a punibilidade, o que se chama em direito, escusa absolutória ou extinção de punibilidade.¹⁷²

O jurista cita um exemplo curioso extraído da Constituição Federal. Enumera ela, entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a "proteção do salário na forma da lei, *constituindo crime sua retenção dolosa*" (art. 7º, X, CF).

Ou seja, é a própria Constituição que indica um crime, sem fazer previsão da pena. Será que por não existir a pena a mora salarial fica permitida? É lógico que não, pois feriria a Carta Magna.¹⁷³

O patrão que retém o salário do empregado *comete crime*. No entanto, não fica sujeito a *pena* alguma, uma vez que até agora não foi editada uma lei ordinária que a preveja. Trata-se de norma constitucional de eficácia limitada.

¹⁷¹ Paulo de Tarso Machado BRANDÃO, *A farsa do aborto legal*, Brasília, DF, [s.n.], 1997. Conferência proferida no seminário do mesmo nome, no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, em 24 set. 1997. Disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/ptarso2.doc>> Acesso em: 27 ago. 2006.

¹⁷² Loc. cit.

¹⁷³ Loc. cit.

Citando Michel Temer, Paulo de Tarso aduz “que há a eficácia jurídica, impedindo que ‘se edite normas em sentido oposto’ (p. 28, Elementos de Direito Constitucional, 8ª Edição).”¹⁷⁴

Além do que se disse, poderíamos citar mais uma vez o grande Walter Moraes: “Quanto ao aborto, a lei diz ‘não se pune’. Suprime a pena. Fica o crime”.¹⁷⁵

5.2 SEGUNDO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO NÃO É ILÍCITO.

Mesmo que, por hipótese, o aborto em caso de estupro não fosse crime, o Estado ainda estaria bem longe de poder baixar uma “Norma Técnica” ou uma portaria autorizando sua prática nos hospitais públicos, pois estaria autorizando a prática de um ilícito. Pois há vários atos que violam alguma lei (e são, portanto, *ilícitos*) sem que, porém, tenham sido definidos como *crimes*.

Isso foi muito bem ilustrado por Walter Moraes, em sua palestra proferida na Câmara dos Deputados em Brasília, no seminário “*A farsa do aborto legal*” (24/09/1997):

Um bom exemplo de ilícito que não é crime pode ser encontrado no próprio artigo da Constituição que proíbe a violação da vida.
Alguns incisos adiante (X), o artigo 5º proclama, com a mesma solenidade do direito à vida, que é inviolável a imagem das pessoas.
É uma proibição grave; senão, não estaria na Constituição.
Mas violar a imagem não é crime.
Vou dizer que imagem é a aparência física, seja no original, seja representada em retrato, busto etc.; e que violar a imagem é utilizá-la sem o consentimento da pessoa representada.¹⁷⁶

Mais adiante, continua o jurista:

O que faz uma proibição legal tornar-se crime?
Simplificando, de novo: é a lei.
A lei descreve um comportamento humano e diz: isto é crime.
Então, aquele ilícito é crime.¹⁷⁷

¹⁷⁴ Loc. cit.

¹⁷⁵ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, mar./abr. 1986. p.21.

¹⁷⁶ Idem, *A farsa do aborto legal*: conferência proferida no seminário do mesmo nome, no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, em 24 set. 1997. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/wmoraes1.doc>> Acesso em: 27 ago. 2006.

¹⁷⁷ Loc. cit.

Ele então cita o artigo 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal, que diz: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Portanto, ainda que um ato viole diretamente um direito garantido por lei, este ato só será crime se for definido como tal pela lei. Continua Walter Moraes:

Se o aborto que o Código Penal chama de necessário, ou o por causa de um estupro (art. 128), não fosse crime, ainda assim seria um ilícito jurídico, pois é justamente uma forma de homicídio proibido na fórmula constitucional “inviolabilidade do direito à vida”.

Eu digo “se não fosse crime”.

Se.

Mas é crime.

A Lei retira a “cominação legal” de pena, como diz a Constituição; mas não a definição legal de crime.¹⁷⁸

Vários anos antes, o mesmo autor já havia escrito:

Certamente, a grande maioria dos ilícitos jurídicos que se cometem no embate da vida social, não são crimes.

Então, dizer que o aborto terapêutico (ou o de honra) é legal ou lícito só porque não configura crime, seria incidir em formidável simplismo.¹⁷⁹

No mesmo sentido, leciona Vicente Amadei:

Ademais, o campo das condutas permitidas e das condutas proibidas não é fechado na esfera do Direito Penal: a) não há, por exemplo, crime em mero inadimplemento contratual, mas isso não significa que seja permitido ao devedor não pagar a prestação no vencimento; b) não há, por exemplo, crime se o empregado falta ao trabalho sem justo motivo ou se o empregador retarda o pagamento de salário, mas isso não significa que essas condutas sejam permitidas.¹⁸⁰

Para que o aborto em caso de estupro não fosse um ilícito, assim como o aborto dito “necessário”, seria preciso revogar todas as leis que protegem a vida humana, sobretudo as que protegem o nascituro.

Seria preciso retirar do “caput” do artigo 5º da Constituição Federal a “*inviolabilidade do direito à vida*”.¹⁸¹

¹⁷⁸ Loc. cit.

¹⁷⁹ Walter MORAES, O problema da autorização judicial para o aborto, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, mar./abr., 1986, p. 23.

¹⁸⁰ Vicente de Abreu AMADEI, *Ilusão do necrodireito fetal e aborto na rede hospitalar pública*, fev. 1997, Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/vamadei.doc>>. Acesso em: 27 ago. 2006.

¹⁸¹ Mas seria estranho que permanecessem invioláveis os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, garantidos no mesmo artigo; pois como um morto poderia gozar de tais direitos?

Seria preciso retirar o inciso XLV do artigo 5º da Constituição Federal, que diz: “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”, uma vez que o que o administrador pretende é punir com a morte a criança por causa do crime de estupro cometido pelo seu pai.

Seria preciso retirar o artigo 227 da Constituição Federal que diz: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente *com absoluta prioridade, o direito à vida*”. (destacou-se)

Seria preciso revogar o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8069/90), sobretudo o seu artigo 7º, que diz: “A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas públicas *que permitam o seu nascimento...*” (destacou-se)

Seria preciso revogar o Código Civil, com todos os direitos assegurados ao nascituro desde a sua concepção, conforme diz seu artigo 2º: “... a lei põe a salvo *desde a concepção* os direitos do nascituro”.

Seria também preciso denunciar o Pacto de São José da Costa Rica, que reconheceu explicitamente a personalidade do nascituro.

Em resumo, para que o aborto sem pena deixasse de ser ilícito, seria preciso fazer uma verdadeira revolução na legislação brasileira. Nem sequer uma emenda constitucional que abolisse o direito à vida seria possível, pois diz o artigo 60 § 4º da Constituição Federal:

Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV - *os direitos e as garantias individuais.*

Pode-se ver então a grandiosidade deste segundo salto do administrador público.

5.3 TERCEIRO SALTO: DIZER QUE, NOS CASOS DO ARTIGO 128, CP, O ABORTO DEVE SER FAVORECIDO PELO ESTADO.

Ainda que, por absurdo, o aborto em caso de estupro ou como “único meio” para salvar a vida da gestante (art. 128, I e II, CP) não fosse crime e nem fosse um ilícito, mesmo assim o administrador deveria pensar duas vezes antes de editar uma Norma Técnica ou Portaria que favorecesse sua prática. Pois nem tudo aquilo que é lícito fazer, é desejável pelo Estado que se faça.

Reza a Constituição Federal em seu artigo 37, *caput*, que “a administração pública (...) obedecerá aos princípios da *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...” (destacou-se). Para o administrador, o princípio da legalidade é mais rigoroso que o descrito no artigo 5º, II, CF: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Para o particular, “o que não está proibido, está permitido”. Para o administrador, só é permitido fazer o que a lei autoriza, ou seja, é preciso uma autorização legal expressa para agir.¹⁸² Assim, ao cidadão é permitido fumar, uma vez que não há lei proibindo essa prática.¹⁸³ Ao administrador, porém, não é lícito fomentar o tabagismo. Um dos motivos é que não há lei que o autorize a fazê-lo. Outro motivo é que uma campanha dessa natureza chocar-se-ia contra o interesse público, que deve ser o fim de toda administração. Assim, é louvável que o Estado, por meio do Ministério da Saúde, faça publicidade contrária a uma prática *legal*: o fumo.

Outro exemplo: diz o artigo 5º, inciso XV da Constituição Federal: “É livre a locomoção em território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”.

Assim, é lícito que os moradores do campo abandonem sua terra e venham procurar abrigo na cidade. No entanto, este fenômeno, conhecido como êxodo rural, está longe de ser desejável, por causar desemprego, inchaço urbano e

¹⁸² Cf. Alexandre de MORAES, *Direito Constitucional*, 2003, p.311.

¹⁸³ Há apenas restrições legais quanto ao fumo em certos lugares e ocasiões.

proliferação de favelas. Por isso, o Estado não procura favorecê-lo. Ao contrário, estimula a fixação da população rural em suas terras.

É lícito, ainda, que qualquer brasileiro deixe o país com seus bens. No entanto, nem por isso, o Estado favorece a emigração, oferecendo, por exemplo, passagens aéreas gratuitas para os que quiserem definitivamente abandonar o Brasil e fixar residência no estrangeiro.

Logo, mesmo que matar o nascituro em algum caso fosse um ato lícito, o administrador deveria perguntar a si mesmo: tal ato deve ser estimulado? O Ministério da Saúde (que existe para cuidar da saúde) deve instruir os hospitais a matar bebês? Há lei prevendo expressamente esse *dever* da administração? Há interesse público em tal prática?

Note-se que, se o Ministério da Saúde empreendesse uma política de fomento ao tabagismo, o absurdo seria bem menor do que o de atos administrativos de favorecimento ao aborto. Pois enquanto o tabagismo é nocivo à saúde, o aborto é a supressão direta da vida humana.

Cabe aqui uma palavra acerca do argumento de que a prática “legal” do aborto, realizada pela rede hospitalar pública, reduziria o número de “abortos inseguros”, feitos em clínicas clandestinas, e das mortes maternas deles resultantes. Fala-se em centenas de milhares de mulheres que a cada ano morreriam em decorrência de tais abortos. Em 25 de dezembro de 1997, a deputada Jandira Feghali (PC do B/ RJ), presente em um debate sobre o aborto ocorrido no plenário da Câmara dos Deputados, assim se referiu aos pró-vida:

“Quem está dizendo ser a favor da vida está, na verdade, condenando *300 mil mulheres à morte todo ano, que morrem em consequência dos abortos clandestinos em mãos de curiosos*”.¹⁸⁴ (destacou-se)

A deputada pró-aborto usou um número pelo menos 1.500 vezes maior que o real. O índice anual não chega a duzentos (200), conforme os dados a seguir, disponíveis a qualquer internauta que visitar a página do Departamento de Informação e Informática do SUS - DATASUS¹⁸⁵:

¹⁸⁴ Leandro FONTES, Carismáticos tumultuam a sessão sobre o aborto, *O Globo*, 26 nov. 1997, p. 8.

¹⁸⁵ Disponível em <<http://www.datasus.gov.br>>. Acesso em 04 abr. 2005.

Ano	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Número de mulheres mortas em gravidez que terminou em aborto	146	163	119	147	128	148	115

Há, de fato, um interesse especial dos promotores do aborto em manipular dados e fraudar informações. Isso foi confessado abertamente pelo ginecologista e obstetra norte-americano Dr. Bernard Nathanson, um dos fundadores, no final da década de 60, da Liga Nacional para os Direitos do Aborto, nos Estados Unidos e diretor, a partir de 1971, da maior clínica de abortos do mundo: o Centro de Saúde Sexual, em Nova Iorque. Hoje, convertido à causa pró-vida e profundamente arrependido pelos abortos que praticou (60.000 sob suas ordens e 5.000 pessoalmente por ele) ele explica como a falsificação de estatísticas foi eficiente para mudar a opinião do povo norte-americano sobre o aborto:

É uma tática importante. Dizíamos, em 1968, que na América se praticavam um milhão de abortos clandestinos, quando sabíamos que estes não ultrapassavam de cem mil, mas esse número não nos servia e multiplicamos por dez para chamar a atenção. Também repetíamos constantemente que as mortes maternas por aborto clandestino se aproximavam de dez mil, quando sabíamos que eram apenas duzentas, mas esse número era muito pequeno para a propaganda. Esta tática do engano e da grande mentira se se repete constantemente acaba sendo aceita como verdade.

Nós nos lançamos para a conquista dos meios de comunicações sociais, dos grupos universitários, sobretudo das feministas. Eles escutavam tudo o que dizíamos, inclusive as mentiras, e logo divulgavam pelos meios de comunicações sociais, base da propaganda.¹⁸⁶

Esse método, que funcionou nos Estados Unidos, foi usado depois em outros países:

Quando mais tarde os pró-abortistas usavam os mesmos 'slogans' e argumentos que eu havia preparado em 1968, ria muito porque eu havia sido um de seus inventores e sabia muito bem que eram mentiras.¹⁸⁷

A Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires afirma:

HÁ EXPERIÊNCIA MUNDIAL DE QUE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NÃO ACABA COM O CLANDESTINO, pois é um procedimento que se prefere ocultar. A diminuição de mortes maternas esperada com a legalização será acompanhada de maior número de abortos, ou seja, maior número de mortes fetais...¹⁸⁸
(tradução nossa)

¹⁸⁶ Bernard N. NATHANSON. *Eu pratiquei cinco mil abortos*. Conferência pronunciada no Colegio Médico de Madrid em 5 nov. 1982, publicada pela revista Fuerza Nueva. Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc45845>> Acesso em: 4 abr. 2005.

¹⁸⁷ Loc. Cit.

¹⁸⁸ ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE BUENOS AIRES, *Aborto provocado*, 28. jul. 1994.

Suponhamos, porém, por absurdo, que de fato o número global de abortos diminuísse caso ele fosse permitido. Seria conveniente então legalizar o aborto? Ilustremos a questão com a seguinte estória:

Um cidadão caminhava pela praça pública quando foi abordado por um ladrão, que lhe solicitou a carteira com dinheiro. A poucos metros do ladrão estava um policial que presenciava passivamente ao assalto.

— Estou sendo assaltado! – gritou a vítima ao guarda. — O senhor não vai fazer nada?

— Não posso fazer nada – disse ele. – Trata-se de um furto legal.

— Furto legal? Desde quando existe furto legal?

O guarda tomou fôlego para dar uma aula sobre o que aprendera recentemente em um curso de atualização jurídica:

— Durante muito tempo, o furto foi considerado crime por nossa legislação. No entanto, quanto mais reprimíamos o furto, mais ele era praticado. Porém, de acordo com estatísticas feitas por estudiosos, o número de furtos diminuiu nos países em que ele foi legalizado. Seguindo o bom exemplo desses países, o Brasil também resolveu, para o bem da sociedade, excluir do Código Penal o crime de furto. Decidiu também incluir o direito ao furto entre os direitos humanos fundamentais.

O cidadão impacientou-se com aquele discurso e respondeu:

— Senhor guarda, não me interessa saber se o número total de furtos cresce ou diminui quando o furto é legalizado. O que me interessa é saber se eu, aqui e agora, tenho ou não tenho direito ao salário que acabei de receber e que está na minha carteira.

Mais uma vez o guarda suspirou e disse:

— O senhor, enquanto pessoa, não tem direito à propriedade nem à segurança. O que importa é o bem de toda a sociedade. É em prol dela que o senhor tem o dever de, agora, dar a carteira a quem lhe está solicitando.

Para os abortistas, o que importa não é o valor intrínseco da vida *desta criança* que está no ventre *desta mãe*. O importante é o aumento ou a diminuição da taxa geral de abortos. A sociedade tem primazia absoluta sobre a pessoa. A lei deve deixar de proteger o indivíduo para se voltar exclusivamente para o todo social.

Tal pensamento, porém, é contrário à nossa Constituição Federal. Segundo ela, a República Federativa do Brasil tem como um dos fundamentos “a dignidade da pessoa humana” (art.1º, III, CF) e como um dos princípios a “prevalência dos direitos humanos” (art. 4º, II, CF). Assim, se o direito à vida *deste indivíduo humano* é inviolável (art. 5º, caput, CF), o aborto tem que ser proibido. E ponto final.

6 A TUTELA DO NASCITURO “DE LEGE FERENDA”

Ao lado de uma onda frenética de luta pela legalização do aborto, encontram-se no exterior alguns bons exemplos legislativos de proteção penal ao nascituro.

Na Itália, em 19 de fevereiro de 2004 o Parlamento aprovou a Lei n. 40, “Norma em matéria de procriação medicamente assistida”,¹⁸⁹ que protege o embrião humano originado por fertilização *in vitro*.¹⁹⁰ Essa lei proíbe a destruição e a crioconservação (congelamento) de embriões (art. 14, 1), a produção de embriões em número superior ao necessário para um único implante, e que nunca poderá ser superior a três (art. 14, 2), e a “redução embrionária” em caso de gravidez múltipla (art. 14, 3). Quem praticar qualquer dessas condutas é punido com até três anos de reclusão, e com multa de 50.000 a 150.000 euros (art. 14, 6). Curiosamente (e paradoxalmente) essa lei ressalva a vigência da lei 194, de 22 de maio de 1978, que introduziu a permissão para o aborto no país.

Em 25 de março de 2004, o Senado dos EUA aprovou um projeto de lei que dá proteção penal à criança por nascer (*unborn child*). No dia 1º de abril o presidente George W. Bush sancionou a lei, chamada “*Unborn Victims of Violence Act of 2004*” (Lei dos nascituros vítimas de violência, de 2004).¹⁹¹

Desde então, pelo direito norte-americano, quem causa morte ou lesão corporal a uma criança no ventre de sua mãe, responde separadamente pela morte ou lesão ao bebê, além da morte ou lesão à gestante. O crime persiste ainda que o agente não saiba que a mulher está grávida ou que não tenha a intenção de causar a morte ou lesão corporal ao nascituro. Se, porém, a morte ou tentativa de morte do

¹⁸⁹ PARLAMENTO ITALIANO. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

¹⁹⁰ Cf. ITÁLIA proíbe doação de esperma e aluguel de útero. *BBC Brasil.com*. Londres, 9 mar. 2004. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/story/2004/03/040309_italiaas.shtml>. Acesso em: 31 maio 2004.

¹⁹¹ UNITED STATES OF AMERICA. *Unborn Victims of Violence Act of 2004 or Laci and Conner's Law*. To amend title 18, United States Code, and the Uniform Code of Military Justice to protect unborn children from assault and murder, and for other purposes. Washington, DC. 1 Apr. 2004.

nascituro é intencional, o agente responde por “matar intencionalmente ou tentar matar um ente humano” (“*intentionally killing or attempting to kill a human being*”).

Nesse ponto, os EUA estão à frente do Brasil, pois em nosso direito não há previsão explícita para o crime de lesão corporal ao nascituro. Um homicídio (ou qualquer outro crime) praticado contra mulher grávida incorre na agravante genérica do artigo 61,II,h, CP, mas tal conduta não é considerada um “homicídio duplo”. Uma lesão corporal em mulher grávida é qualificada se de tal ato resulta um aborto (art. 129,§2º,IV, CP). Mas nesse caso o nascituro não aparece, senão timidamente, como o titular do bem jurídico (a vida) penalmente protegido. Note-se que nem sequer há, no Brasil, a modalidade culposa do crime de aborto.

É interessante como a referida lei norte-americana faz questão de ressaltar a pessoa do nascituro:

Quando usado nesta sessão, o termo “criança por nascer” significa a criança no útero, e o termo ‘criança no útero’ ou ‘criança, que está no útero’ significa um membro da espécie *homo sapiens*, em qualquer estágio de desenvolvimento, que é trazido no ventre.¹⁹²

Curiosamente (e paradoxalmente) essa lei coexiste com a decisão *Roe versus Wade* e não se aplica ao nascituro vítima de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

No Brasil, já houve quem notasse a ausência do aborto na lista dos crimes considerados hediondos. No dia 11 de agosto de 1998, o deputado Francisco Silva (PPB/RJ) apresentou o Projeto de Lei 4703/98 que “acrescenta o inciso VIII e o § 1º ao art. 1º da Lei n.º 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos”.¹⁹³ Tal projeto pretendia considerar hediondo “qualquer forma de aborto direto, voluntário, como fim ou como meio”. Com o fim da legislatura, porém, o projeto foi arquivado definitivamente em 02/02/1999 pela Mesa Diretora.

No dia 26 de junho de 2001, um deputado alagoano, Givaldo Carimbão (PSB/AL) apresentou um projeto quase idêntico. Trata-se do Projeto de Lei

Disponível em: <<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/abortion/unbornbill32504.html>> Acesso em: 28 ago. 2006.

¹⁹² Loc cit. United States Code, Title 18, Part I, Chapter 90A, §1841 (d), tradução nossa. (As used in this section, the term ‘unborn child’ means a child in utero, and the term ‘child in utero’ or ‘child, who is in utero’ means a member of the species *homo sapiens*, at any stage of development, who is carried in the womb.)

¹⁹³ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4703, de 1998 (do Sr. Francisco Silva). Acrescenta o inciso VIII e o § 1º ao art. 1º da Lei n.º 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. *Diário da Câmara dos Deputados*, 21 out. 1998. p. 23809-23813.

4917/2001, que “inclui inciso no artigo primeiro da lei 8072, de 25 de julho de 1990, tipificando como hediondo o crime de aborto e altera os artigos 124, 125 e 126 do código penal brasileiro, e dá outras providências”.¹⁹⁴ Segundo o autor, “o crime do aborto, por ser praticado contra um ser sem permitir nenhuma chance de escapatória para a vítima, deve ser punido de forma mais rigorosa”.

A proposta legislativa mais simples e eficiente, porém, parece ser a descrita por Maria José Miranda Pereira:

Se as feministas, instruídas por seus financiadores, têm sua ‘proposta normativa’ para a revisão da lei penal do aborto, eu também tenho a minha. É uma sugestão simples que, se acolhida, colocará o Brasil na vanguarda da defesa dos direitos humanos:

Os artigos que incriminam o aborto (124 a 128) poderiam *todos* ser excluídos do Código Penal sem nenhum prejuízo para a tutela do nascituro, contanto que o *caput* do artigo 121 sofresse uma ligeira alteração:

Art. 121- Matar alguém, *fora ou dentro do organismo materno*.

Assim haveria total equiparação entre nascidos e nascituros quanto à violação do direito à vida, acabando-se, de uma vez por todas, com qualquer forma de preconceito de lugar (dentro ou fora do organismo materno). Essa nova redação incriminaria também quem concorresse, por ação ou omissão, para a morte do bebê. A modalidade culposa do aborto seria também punível, admitindo-se, porém, o perdão judicial (art. 121, §5º, CP). Obviamente qualquer aborto doloso seria, então, homicídio qualificado, o que desestimularia os matadores de crianças a abrir o lucrativo negócio de uma clínica de abortos...¹⁹⁵

A sugestão acima prima pela simplicidade e eficiência. Da equiparação entre nascido e nascituro resulta que todo aborto doloso é homicídio qualificado. A inclusão na lista dos crimes hediondos é automática, nos termos da Lei 8072, de 1990:

Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, *consumados ou tentados*:

I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e *homicídio qualificado* (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V). (destacou-se)

Além disso, a figura específica do auto-aborto (art. 124, CP), aplicável só à gestante, torna-se supérflua. Qualquer dos genitores – pai ou mãe – que der causa à morte do filho nascituro responde penalmente na medida de sua culpabilidade (art.

¹⁹⁴ Idem. Projeto de Lei n. 4917, de 2001. Inclui inciso no artigo 1º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, tipificando como hediondo o crime de aborto, e altera os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*, 30 jun. 2001. p. 32304-32306.

¹⁹⁵ Maria José Miranda PEREIRA, Aborto: a quem interessa?, *Revista da AMPDFT*, maio 2006, p. 36.

29, CP). A isonomia passa a ser perfeita: quanto ao sujeito passivo (nascido e nascituro) e quanto ao sujeito ativo (pai e mãe).

CONCLUSÃO

Este trabalho teve por objetivo examinar a licitude da política administrativa de prática de abortos ditos “legais” pelo Sistema Único de Saúde.

Dentre todos os possíveis conceitos de aborto, escolheu-se como mais apropriado o de Leoncini: “a interrupção da gravidez antes do termo normal, com morte do produto da concepção, em nexos de causa e efeito”. Verificou-se que o nascituro, sujeito passivo do aborto, é vítima de um preconceito de idade (antes ou depois do nascimento), de tamanho (pequeno e grande), mas sobretudo de lugar (dentro e fora do útero materno). Isso se demonstra pela linguagem coloquial (“este bebê nasceu ontem; só tem um dia de *vida*”), pela insistência de muitos civilistas de só reconhecer no nascituro “expectativa de direitos” e pela insignificância das penas previstas para o crime de aborto, em comparação com as previstas para o homicídio.

A personalidade do nascituro, como se ouviu de Vicente Amadei, é uma realidade originária. O nascituro é pessoa, não porque a lei lhe conferiu direitos e deveres, mas por ser um centro de irradiação de direitos e deveres. Cabe ao legislador tão-somente reconhecer esse dado da natureza.

Discutiu-se a linguagem obscura do artigo 4º do antigo Código Civil, que embora pusesse a salvo desde a concepção os direitos do nascituro, afirmava que a personalidade do homem só começa do seu nascimento com vida. Foram citados argumentos de vários juristas que, ainda na vigência da legislação de 1916, defendiam que o nascituro é pessoa, e não mera expectativa de pessoa: Walter Moraes, Franco Montoro, Otávio Ferreira Cardoso e Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida. Em seguida, apresentou-se o Pacto de São José da Costa Rica, subscrito em 1969 e internalizado em 1992, que revogou a parte inicial do artigo 4º do Código Civil, ao reconhecer, de maneira inequívoca, a personalidade do nascituro. Lamentou-se que o legislador ordinário, ao elaborar o Código Civil de 2002, tenha ignorado o compromisso internacional assumido, repetindo quase integralmente no artigo 2º a redação do artigo 4º do Código revogado. Colocou-se o problema da possibilidade de uma lei ordinária afastar a aplicação de um tratado internacional, entendimento esse que tem prevalecido no Supremo Tribunal Federal desde 1977. Apresentou-se a posição de Flávia Piovesan, para quem os tratados

internacionais de direitos humanos têm *status* constitucional, por força do artigo 5º, §2º da Constituição Federal. Foi narrado o acréscimo do parágrafo terceiro ao artigo 5º da Carta Magna efetuado pela Emenda Constitucional 45/2004, que equiparou tais tratados a emendas à Constituição, desde que aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros. Mostrou-se que, segundo Flávia Piovesan e Valério de Oliveira Mazzuoli, tal exigência só se requer para os tratados ratificados após a referida Emenda, que serão materialmente e formalmente constitucionais. Os tratados já ratificados antes da Emenda continuam sendo apenas materialmente constitucionais. Apresentou-se o promissor entendimento de Francisco Rezek, para quem, em virtude do acréscimo do parágrafo 3º ao artigo 5º, os tratados anteriores foram recepcionados e elevados a categoria de tratados de nível constitucional. Se prevalecer esse entendimento com a nova composição da Suprema Corte, será fácil que se declare inconstitucional a primeira parte do artigo 2º do novo Código Civil — que insiste em dizer que a personalidade civil só começa com o nascimento com vida — em contraposição ao disposto no Pacto de São José da Costa Rica, que afirmou que o nascituro tem direito de ter reconhecida sua personalidade.

Ao tratar da implantação do aborto na rede hospitalar pública, falou-se sobre a estratégia dos grupos pró-aborto, em especial da IPPF (Federação Internacional de Planejamento Familiar), de buscar alguma brecha na legislação ou mesmo de violá-la a fim de mudá-la. No Brasil, a brecha encontrada foi o artigo 128 do Código Penal, que diz que o aborto “não se pune” quando praticado por médico como único meio para salvar a vida da gestante (inciso I) e quando a gravidez resulta de estupro (inciso II). Narrou-se como a prática do aborto em tais casos pelo SUS foi implantada, inicialmente em São Paulo, em 1989, depois em todo o território nacional, em 1998, por meio de uma série de atos administrativos: portarias e normas técnicas do Ministério da Saúde.

Passou-se então à discussão da natureza jurídica das hipóteses elencadas no artigo 128 do Código Penal. Segundo a doutrina penalista clássica, geralmente transmitida e recebida sem reflexão crítica, elas seriam *excludentes de ilicitude*, concedendo um *direito* subjetivo à prática do aborto. Mostrou-se que a simples exegese do artigo 128 não leva a essa interpretação, mas aponta para a

figura das *excusas absolutórias*, ou seja, causas que excluem a pena, mas deixam subsistir o crime. Demonstrou-se a fragilidade da posição abortista, sobretudo pelo lamento de autores como Júlio Fabbrini Mirabete e Magalhães Noronha sobre a “infelicidade” da redação “não se pune”, que não favorece a tese da exclusão da ilicitude. Apresentou-se a “fórmula” de José Frederico Marques, seguida por Damásio Evangelista de Jesus, segundo os quais haveria, no dispositivo, exclusão de ilicitude, e não mera isenção da pena, já que o texto se refere à não-punição do fato (“não se pune o aborto...”) e não à não-punição do agente (“não se pune o médico...”). Fato impunível seria, por definição, fato que não constitui crime (segundo Frederico Marques) ou fato lícito (segundo Damásio). Haveria assim aborto *legal* nas duas hipóteses referidas.

Mostrou-se a severa crítica de Walter Moraes a esse raciocínio, que se baseia num mero “arranjo de palavras” e não num sério fundamento hermenêutico. Demonstrou-se a inconsistência da fórmula “fato impunível, em matéria penal, é fato lícito”, uma vez que o próprio Frederico Marques reconhece o suicídio como um *ilícito impunível*. Além disso, a impunibilidade da injúria ou difamação irrogadas em juízo (art. 142, I, Código Penal), que para Damásio implica autêntica exclusão de ilicitude, contradiz o mandamento do artigo 15 do Código de Processo Civil, que proíbe às partes e advogados o emprego de expressões injuriosas. Demonstrou-se ainda, seguindo Walter Moraes, Ricardo Dip e Maria Helena Diniz, que a interpretação doutrinária que reconhece o aborto “legal” no artigo 128, CP fatalmente é fulminada por maltratar a Constituição, que assegura a todos a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *caput*) e em especial à criança, com absoluta prioridade (art. 227, *caput*). A Carta Magna também proíbe que a pena passe da pessoa do condenado (art. 5º, XLV), o que ocorreria se houvesse permissão legal de punir com a morte a criança por causa do crime de estupro cometido por seu genitor.

Ademais, alegou-se que o Código Penal é precipuamente um código de crimes, e não de direitos, sendo estranho que lá se vá buscar o direito de matar o próprio filho. Se tal direito existisse, deveria ser procurado na legislação civil (conforme previa a Lei das Doze Tábuas), e não na lei penal. Narrou-se ainda que houve, ao longo da história, cinco tentativas (todas frustradas) de se mudar a redação “não se pune” para “não constitui crime” no atual artigo 128, CP, o que

corroborar a tese de que não há, no direito pátrio, qualquer aborto que não seja crime.

De um estudo detalhado do “estado de necessidade” descrito no artigo 24 do Código Penal, chegou-se à conclusão de que nele não se enquadra o aborto descrito no inciso I do artigo 128, conhecido como “necessário”. Além disso, segundo Heleno Cláudio Fragoso, Ricardo Dip, Zaffaroni e Pierangeli, a fórmula única do artigo 24 encerra duas espécies de estado de necessidade: o justificante e o meramente exculpante. Em se tratando do conflito de bens de igual valor, como duas vidas humanas, pode haver, no máximo, uma exclusão de “culpabilidade”, por misericórdia com a fraqueza moral humana, mas nunca uma exclusão de ilicitude, que acabaria por cancelar o direito do mais forte de destruir o mais fraco. Ademais, segundo Júlio Fabbrini Mirabete, tem o dever *legal* de enfrentar o perigo – e não pode alegar “estado de necessidade” — quem assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e quem, com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º, *b* e *c*, CP). Assim, a gestante tem o dever, moral e *legal*, de enfrentar o perigo da própria gravidez, não podendo omitir-se diante da necessidade do bebê e muito menos destruir o bebê alegando “estado de necessidade”.

O “estado de necessidade”, conforme se viu, só justificaria a morte *indireta* do nascituro, como efeito secundário de uma ação em si boa. Jamais serviria para justificar a causação direta da morte de um inocente.

Citando a declaração de vários médicos, entre eles João Batista de Oliveira Costa Júnior, não ocorre o caso em que o aborto seja *meio*, e muito menos o *único meio* para salvar a vida da gestante. Ao contrário, concluiu-se que o aborto dito terapêutico ou necessário (que Costa Júnior chama de antiterapêutico ou desnecessário) agrava o estado da gestante enferma, além de destruir a vida de um inocente.

Avaliando agora a conduta do administrador, descreveram-se quantos saltos ele deu ao concluir que “o aborto que não se pune deve ser favorecido pelo Estado”.

O primeiro salto foi dizer que, nos casos do artigo 128, CP, o aborto não é crime. Na verdade, o crime permanece; só a pena é suprimida. Mas, ainda que o

aborto não fosse crime, ele seguiria sendo um ilícito (não penal), por vulnerar preceitos do direito constitucional e civil.

O segundo salto — e o maior de todos — foi passar do ilícito não-penal ao lícito. Ora, os ilícitos, em sua grande maioria, não são crimes. Citaram-se, como exemplos, a violação da imagem, o inadimplemento contratual e a falta ao trabalho sem motivo justo. Para que o aborto, nos casos do artigo 128, CP, fosse lícito, seria preciso revogar todas as normas jurídicas, civis, constitucionais e internacionais, que protegem a vida do nascituro. E isso não seria possível sequer por uma emenda à Constituição, uma vez que o direito à vida constitui cláusula pétrea (art. 60, § 4º, IV, CF).

O terceiro salto foi passar do lícito ao lícito desejável pelo Estado. Com efeito, pelo princípio da legalidade que informa o direito administrativo (art. 37, *caput*, CF), não basta que uma conduta não seja proibida para que o Estado possa adotá-la. O Estado necessita de expressa autorização legal para agir de determinado modo. Assim, há várias condutas lícitas (ou não proibidas), como o tabagismo, que o Estado não pode fomentar, seja por falta de previsão legal, seja por vulnerar o interesse público. Assim, ainda que, por absurdo, o aborto, em algum caso fosse “permitido”, o Ministério da Saúde não poderia baixar normas técnicas ou portarias instruindo os hospitais a praticá-lo.

No último capítulo, foram descritas algumas louváveis experiências legislativas de proteção ao nascituro, na Itália e nos Estados Unidos, e sugeriu-se uma mudança no Código Penal a fim de enquadrar no tipo homicídio qualquer conduta abortiva. Bastaria alterar a redação do *caput* do artigo 121 do Código Penal para “matar alguém, *fora ou dentro do organismo materno*”, suprimindo-se todos os artigos que incriminam o aborto (arts. 124 a 128). A isonomia entre nascidos e nascituros seria perfeita, e o Brasil ocuparia a vanguarda da defesa dos direitos humanos.

A presente monografia não esgotou o tema — que, aliás, é inesgotável — mas espera-se que leve os leitores a uma reflexão crítica sobre a existência do chamado aborto “legal” e sobre o dever do Estado de financiá-lo. Trata-se de uma contribuição visando evitar o risco — do qual ninguém está imune — de os

acadêmicos se comportarem como meros receptores e repetidores mecânicos de fórmulas.

APÊNDICE A – Um passageiro indesejado

(CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *Aborto. Faça alguma coisa!*, Anápolis, n. 10, p. 3, 21 maio 1998)

Certa vez um navio navegava tranqüilamente quando foi surpreendido pelo ataque de corsários. Inutilmente o capitão tentou opor resistência. Os piratas, armados e experimentados no saque, invadiram a embarcação e roubaram tudo que lhes parecia valioso ou útil. Por fim, antes de partir, resolveram deixar no navio uma carga “inútil”, um menino que haviam capturado na última pilhagem na esperança frustrada de obterem algum dinheiro como preço de resgate. Atiraram violentamente a criança no convés e saíram rindo zombeteiramente.

O capitão, tremendamente abalado pelo ataque que sofrera, ordenou aos marinheiros que fizessem uma limpeza completa, a fim de que nenhum vestígio restasse da invasão dos piratas. E para que não ficasse a mais leve lembrança do triste episódio, determinou que o menino fosse lançado ao mar.

A decisão surpreendeu os marinheiros, que argumentaram ser a criança inocente e necessitada de apoio. O capitão replicou, porém, que a simples presença da criança lhe era molesta, uma vez que havia entrado sem permissão e como fruto de uma violência. Além disso, acrescentou, como dono do navio ele tinha o direito de dispor dos passageiros e da tripulação. Conservar ou não o menino era uma decisão que cabia exclusivamente a ele. Os súditos argüiram que o menino não era uma parte do navio sobre o qual o capitão tinha poder, mas um ser humano digno de respeito. Além disso, acrescentaram, seria demais levar a criança até o próximo porto e deixá-la em terra firme sob o cuidado de alguma família? O comandante, no entanto, foi inflexível em sua decisão. Como os tripulantes hesitassem em cumprir sua ordem, ele próprio, irado, agarrou a criança e atirou-a ao mar. No meio das ondas e sem saber nadar, ela logo foi tragada pelas águas e afogou-se.

Espero que não apenas os marinheiros, mas também o leitor reprove a atitude do capitão, que quis descarregar sobre o menino a cólera contra os corsários. Pois esta atitude é defendida pelos que apóiam o direito de a mulher abortar quando a gravidez resulta de um estupro. A argumentação é análoga: ela é dona do seu corpo e pode dispor da vida ou da morte da criança. A simples

presença da criança, fruto de uma violência, causa-lhe repulsa. E ela não é obrigada a carregar um filho que foi gerado contra a sua vontade. A mulher tem portanto o direito de livrar-se dele antes de dá-lo à luz. A “solução” para a violência sofrida seria uma nova violência, maior que a primeira, e praticada contra alguém absolutamente inocente, que apenas desejaria o direito de nascer e pôr os pés em terra firme.

APÊNDICE B – A vitória do “achismo”

(CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *Aborto. Faça alguma coisa!*, Anápolis, n. 3, p. 2-3, 21 jul. 1996)

Certa vez os matemáticos de um país viram-se às voltas com um problema intrincado: quantas diagonais podem ser traçadas em um icoságono? Era preciso desenhar um polígono de 20 lados (icoságono) e depois, pacientemente, unir os vértices não consecutivos dois a dois e contar o número de diagonais traçadas. Um matemático jovem, aplicando uma fórmula algébrica simples, afirmou que no icoságono havia 170 diagonais. Este número foi considerado elevado demais por alguns, pequeno demais por outros, e houve polêmica na assembléia. Foi então que o presidente da mesa teve uma idéia genial: resolver o caso por meio de uma votação. Cada matemático recebeu uma cédula onde escreveu quantas diagonais ele "achava" que o icoságono deveria ter. Feita a apuração dos votos, o número 100 ganhou por maioria. O presidente então falou com voz magistral: "Fica decretado por esta assembléia que o icoságono tem exatamente 100 diagonais, nada mais, nada menos".

Esta estória é obviamente absurda e ridícula, pois as verdades matemáticas não se decidem pelo "achismo". Já dizia alguém com sabedoria: "Dois mais dois são quatro, mesmo contra a minha vontade".

No entanto, quando se trata de verdades morais, muito mais importantes que as verdades matemáticas, parece que a maioria pode defini-las por votação e decreto. Por exemplo: um ser humano não nascido tem ou não tem direito à vida? É evidente que tem. Trata-se de uma verdade moral, que deriva da dignidade do homem, criado à imagem e semelhança de Deus. Aliás, se tirarmos do homem (grande ou pequeno, forte ou fraco, nascido ou não nascido) o direito à vida, de que adiantarão os outros direitos (saúde, educação, segurança, propriedade...)? Pode um defunto ter saúde? Pode um morto receber educação? Pode um cadáver gozar de segurança? Pode um falecido possuir bens?

O direito à vida desde a concepção é uma verdade gritante. No entanto está em cena no Congresso Nacional a seguinte comédia: definir por votação se esta verdade vai ou não continuar sendo verdade. A maioria terá o poder de decidir, por

exemplo, que a criança não nascida é um ser bruto cujos restos mortais podem encher as latas de lixo dos hospitais.

O simples fato de isto ser posto em votação é vergonhoso. Se além de votado, o assassinato intra-uterino for aprovado, o Brasil estará assinando seu atestado de brutalidade e selvageria. A partir daí esta nação simplesmente não merecerá mais subsistir.

Nota: contrariando a decisão dos matemáticos daquele país, um icoságono tem realmente 170 diagonais.

ANEXO A — Declaração da Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires sobre o aborto provocado

(tradução nossa)

*A ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE BUENOS AIRES
EXPRIME À COMUNIDADE SUA OPINIÃO SOBRE O
ABORTO PROVOCADO*

Cumprido com isso um dos objetivos fundamentais explicitados em seus Estatutos, que é "expressar opinião sobre assuntos de interesses transcendentais, relacionados com as ciências médicas, conexas ou afins".

A VIDA HUMANA COMEÇA COM A FECUNDAÇÃO, isto é um fato científico com demonstração experimental; não se trata de um argumento metafísico ou de uma hipótese teológica. No momento da fecundação, a união do pró-núcleo feminino e masculino dá lugar a um novo ser com sua individualidade cromossômica e com a carga genética de seus progenitores. Se não se interrompe sua evolução, chegará ao nascimento.

COMO CONSEQÜÊNCIA, TERMINAR DELIBERADAMENTE COM UMA VIDA HUMANA É INACEITÁVEL. Representa um ato contra a vida, pois a única missão de qualquer médico é proteger e promover a vida humana, nunca destruí-la. Esta convicção está guardada na cultura mundial e mui notavelmente no Juramento Hipocrático. Sendo o direito à vida o primeiro dos direitos personalíssimos, toda legislação que autorize o aborto é uma negação destes direitos e, portanto, da própria Medicina.

COM OS AVANÇOS TECNOLÓGICOS ATUAIS EM REPRODUÇÃO HUMANA para combater a mortalidade perinatal, salvando fetos e recém-nascidos enfermos, resulta um absurdo a destruição de um embrião ou feto.

UTILIZA-SE COMO ARGUMENTO PARA PROMOVER O ABORTO o crescimento desmedido da população mundial, que impediria o desenvolvimento econômico dos povos. A esse respeito, cabe assinalar que os cálculos realizados não se cumpriram, e que o desenvolvimento econômico deve dirigir-se a buscar novos canais de produção. Também se utiliza para promover o aborto legalizado a maior morbimortalidade materna do aborto clandestino. Deve-se pontualizar que, se

bem que a morbimortalidade materna seja maior neste último, não é exclusiva dele, pois o dano é inerente ao próprio procedimento de interrupção intempestiva e artificial da gravidez.

HÁ EXPERIÊNCIA MUNDIAL DE QUE A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO NÃO ACABA COM O CLANDESTINO, pois é um procedimento que se prefere ocultar. A diminuição de mortes maternas esperada com a legalização será acompanhada de maior número de abortos, ou seja, maior número de mortes fetais. Há experiência mundial de que a legalização do aborto segue a legalização da eutanásia em recém-nascidos.

Esta declaração foi aprovada pelo Plenário Acadêmico da Academia Nacional de Medicina em sua Sessão privada de 28 de julho de 1994.

Acad. MARIO A. COPELLO

SECRETÁRIO GERAL

ANEXO B — Declaração da Academia de Medicina do Paraguai

(tradução nossa)

DECLARAÇÃO DA ACADEMIA DE MEDICINA DO PARAGUAI

A Academia de Medicina do Paraguai, cumprindo com um dos objetivos estatutários de "*expressar sua opinião que considere de interesse transcendente*" (art. 3, I), analisou em sessões de Plenário Acadêmico Extraordinário o tema do aborto e decidiu *declarar*:

1. A missão primária do médico é a de proteger a vida, e não destruí-la.
2. O aborto não é aceitável como método de planificação familiar nem de limitação da população. Não resolve tampouco os problemas do desenvolvimento econômico e social.
3. Diante de patologias da mãe ou do feto que surjam durante a gravidez, a medicina moderna, utilizando a tecnologia disponível em reprodução humana, conta com meios para conservar a vida materna, o fruto da concepção e combater conseqüentemente a mortalidade perinatal. Em casos extremos, o aborto é um agravante, e não uma solução para o problema.
4. Não comete ato ilícito o médico que realize um procedimento tendente a salvar a vida da mãe durante o parto ou em curso de um tratamento médico ou cirúrgico cujo efeito cause indiretamente a morte do filho quando não se pode evitar esse perigo por outros meios.

Esta declaração foi aprovada pelo Plenário Acadêmico Extraordinário da Academia de Medicina do Paraguai em sua sessão de 4 de julho de 1996

Acadêmica Amelia A. de Gonzalez

Secretária Geral

Acadêmico Carlos M. Ramírez Boettner

Presidente

ANEXO C — A História se repete

(BETTENCOURT, Estêvão. Brasil, recordista mundial de abortos. *Pergunte e Responderemos*. Rio de Janeiro: Lumen Christi, ano 31, n. 338, jul. 1990, p. 321-323.)

A Suprema Corte dos Estados Unidos, em sua histórica sentença "*Roe versus Wade*", declarou que a criança por nascer não é pessoa. Isso aconteceu em 22 de janeiro de 1973. Estava instaurado o aborto legal em todo o território estadunidense.

No século anterior, em 1857, a sentença "*Dred Scott*" havia declarado que o negro não era pessoa. Estava confirmada a escravidão legal em todo o território estadunidense.

O quadro comparativo a seguir foi publicado no jornal *Washington Post*, como matéria paga, pela associação *Women for the Unborn* (Mulheres em favor do não nascido).

A ESCRAVIDÃO SENTENÇA DRED SCOTT DE 1857	O ABORTO SENTENÇA ROE V. WADE DE 1973
Sete Magistrados votaram a favor, Dois em contrário: O negro não é pessoa, Pertence ao seu dono.	Sete Magistrados votaram a favor, Dois em contrário: O não nascido não é pessoa, Pertence à sua mãe.
Mesmo que possua um coração e um cérebro e biologicamente seja tido como humano, um escravo não é pessoa perante a lei. A sentença Dred Scott do Supremo Tribunal dos Estados Unidos o afirma claramente. Por conseguinte pode-se comprar, vender e matar o escravo.	Mesmo que possua um coração e um cérebro e biologicamente seja tida como humana, a criança não nascida não é pessoa perante a lei. O Supremo Tribunal dos Estados Unidos o afirmou claramente. Por conseguinte o não nascido pode ser destinado à morte ou deixado em vida.
Um homem de raça negra só adquire a sua personalidade jurídica ao ser posto em liberdade. Antes disto, não nos devemos preocupar com ele, pois não tem direitos perante a lei.	Um bebê só adquire personalidade jurídica ao nascer. Antes disto, não nos devemos preocupar com ele, pois não tem direitos perante a lei.
Se você julga que a escravidão é má, ninguém obriga você a ter um escravo. Mas não imponha sua Moral aos outros. A escravidão é legal.	Se você julga que o aborto é mau, ninguém obriga você a cometê-lo. Mas não imponha sua Moral aos outros. O abortamento é legal.
Todo homem tem o direito de fazer o que queira com aquilo que lhe pertence.	Toda mulher tem o direito de fazer o que queira com o seu próprio corpo.

Acaso não será a escravidão mais humanitária? Afinal o negro não tem o direito de ser protegido? Não é melhor ser escravo do que ser enviado, sem preparo e experiência, a um mundo cruel?

Acaso não será o aborto mais humanitário? Afinal não têm todos os bebês o direito de ser desejados e amados? Não é melhor que a criança jamais chegue a nascer do que enfrentar, sozinha e sem amor, um mundo cruel?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABORTO legal será apreciado na Câmara dos Deputados. *Fêmea*. Brasília, DF, ano 5, n. 44, p. 6-7, set. 1996.
- ACADEMIA DE MEDICINA DEL PARAGUAY. *Declaración aprobada por el Plenario Académico Extraordinario en su sesión de 4 jul. 1996*. Asunción: [s.n.], 1996.
- ACADEMIA NACIONAL DE MEDICINA DE BUENOS AIRES. *Aborto provocado*. Buenos Aires: [s.n.] 28 jul. 1994.
- ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. Direitos de personalidade do nascituro. *Revista do Advogado*, São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo, n. 38, p. 21-30, dez. 1992.
- _____. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ALVES, João Evangelista dos Santos et al. *Aborto: o direito do nascituro à vida*. Rio de Janeiro: Agir, 1982.
- AMADEI, Vicente de Abreu. *Ilusão do necrodireito fetal e aborto na rede hospitalar pública*. Osasco: [s.n.], fev. 1997, Disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/vamadei.doc>>. Acesso em: 27 ago. 2006.
- AQUINO, Tomás de. *Suma Teológica: I seção da II parte: questões 49-114*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 4.
- _____. *Suma Teológica: II seção da II parte: questões 57-122*. São Paulo: Loyola, 2005. v. 6.
- BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988)*. 2. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 8.
- BETTENCOURT, Estêvão. Brasil, recordista mundial de abortos. *Pergunte e Responderemos*. Rio de Janeiro: Lumen Christi, ano 31, n. 338, jul. 1990, p. 321-323.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso Machado. *A farsa do aborto legal*. DF, [s.n.], 1997. Conferência proferida no seminário do mesmo nome, na Câmara dos Deputados em 24 set. 1997. Disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/ptarso2.doc>> Acesso em: 27 ago. 2006.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4703, de 1998 (do Sr. Francisco Silva). Acrescenta o inciso VIII e o § 1º ao art. 1º da Lei n.º 8072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos. *Diário da Câmara dos Deputados*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 21 out. 1998. p. 23809-23813.
- _____. Câmara dos Deputados. Ata da 150ª sessão, em 21 de agosto de 2000. Mensagem n. 1107, de 17 de agosto de 2000 (texto do projeto de lei que “altera da Parte Geral do Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, e dá outras providências”). *Diário da Câmara dos Deputados*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 22 ago. 2000. p. 22.
- _____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 4917, de 2001. Inclui inciso no artigo 1º da Lei 8072, de 25 de julho de 1990, tipificando como hediondo o crime de aborto, e altera os arts. 124, 125 e 126 do Código Penal Brasileiro, e dá outras providências. *Diário da Câmara dos Deputados*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 30 jun. 2001. p. 32304-32306.
- _____. *Código Penal*. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. Congresso Nacional. Ata da 156ª sessão em 27 de outubro de 1971. Projeto de Lei do Senado n. 96, de 1971. *Diário do Congresso Nacional*. Poder Legislativo, Brasília, DF, 28 out. 1971. Seção 2. p. 5924-5925.
- _____. Congresso Nacional. Parecer n. 641 da Comissão de Constituição e Justiça. *Diário do Congresso Nacional*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 27 nov. 1971. Seção 2. p. 6710.
- _____. Congresso Nacional. Parecer n. 642 da Comissão de Saúde, *Diário do Congresso Nacional*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 27 nov. 1971, Seção 2, p. 6710-6711.

- _____. Congresso Nacional. Projeto de Lei n. 20, de 19 de fevereiro de 1991, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde. *Diário do Congresso Nacional*. Poder Legislativo. Brasília, DF, 5 mar. 1991. Seção 1, p. 899-902.
- _____. Ministério da Justiça. Portaria n. 304, de 17 de julho de 1984. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 19. jul. 1984, Seção 1, p. 10522-10545. Anteprojeto do Código Penal – Parte Especial. Ministro Ibrahim Abi-Ackel.
- _____. Ministério da Justiça. Portaria n. 232, de 24 de março de 1998. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 25 mar. 1998. Seção 1, p. 1-11. Anteprojeto do Código Penal. Ministro Iris Rezende.
- _____. Ministério da Justiça. Portaria n. 631, de 31 de agosto de 1998. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 31 ago. 1998. Ministro Renan Calheiros.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: normas técnicas*. Elaboração: Ana Paula Portela e outros. Brasília, DF: [s.n.], 1999.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. *Gestação de alto risco: manual técnico*. 3 ed. Brasília, DF: [s.n.], 2000. Disponível em: <http://dtr2001.saude.gov.br/bvs/publicacoes/gestacao_alto_risco.htm> Acesso em: 04 set. 2006.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes: norma técnica*. 2. ed. atual. e ampl. Elaboração: Antônio Carlos Toledo Junior e outros. Brasília, DF: [s.n.], 2005.
- _____. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica*. Elaboração de Adson França e outros. Brasília, DF: [s.n.], 2005.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria n.1145, de 7 de julho de 2005. Dispõe sobre procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo, Brasília, DF, 8 jul. 2005, n. 130, Seção 1, p. 31.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria 1508, de 1º de setembro de 2005. Dispõe sobre o procedimento de justificação e autorização da interrupção da gravidez nos casos previstos em lei, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. *Diário Oficial da União*. Poder Executivo. Brasília, DF, 2 set. 2005, n. 170, Seção 1, p. 124.
- CARDOSO, Otávio Ferreira. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. *Il neonato anencefalico e la donazione di organi*. 21 giugno 1996. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbita1.pdf>>. Versão portuguesa disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2006.
- CONSELHO defende o aborto legal. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 6 nov. 1997, p.13.
- COSTA JÚNIOR, João Batista de O. Por quê, ainda, o aborto terapêutico? *Revista da Faculdade de Direito da USP*, São Paulo, v. IX, p. 312-330, 1965.
- CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. A vitória do achismo. *Aborto. Faça alguma coisa!*, Anápolis, n. 3, p. 2-3, 21 jul. 1996.
- _____. Um passageiro indesejado. *Aborto. Faça alguma coisa!*, Anápolis, n. 10, p. 3, 21 maio 1998.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal comentado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 2. ed. aum. e atual. de acordo com o novo Código Civil (Lei 10.406, de 10-01-2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- DIP, Ricardo Henry Marques. Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 734, p. 517-540, dez. 1996.

_____. Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da norma *versus* busca progressiva do direito. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999. p. 355-402.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FÁVERO, Flaminio. *Medicina legal: introdução ao estudo da medicina legal, identidade, traumatologia*. 12. ed. Belo Horizonte: Villa Rica, 1991.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Hollanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*, 2. ed. rev. e aum. 14. reimpressão. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FONTES, Leandro. Carismáticos tumultuam a sessão sobre o aborto. *O Globo*. Rio de Janeiro, 26 nov. 1997, p. 8.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte especial*, 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988, v. 1.

_____. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 16. ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARDA, Cinthia. Norma técnica da Saúde aumenta aborto legal. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 2 dez. 2001. Disponível em: <<http://www.jb.com.br/papel/brasil/2001/12/01/jorbra20011201005.html>>. Acesso em: 8 dez. 2001.

GOIÂNIA. Lei n. 7488, de 19 de outubro de 1995, que institui atendimento pelo Sistema Único de Saúde, nos casos de interrupção da gravidez previstos em lei e dá outras providências. *Diário Oficial do Município*. Poder Legislativo, Goiânia, n. 1528, 1 nov. 1995, p. 1.

_____. Lei n. 7749, de 25 de novembro de 1997, que revoga lei que especifica. *Diário Oficial do Município*. Poder Legislativo, Goiânia, n. 2001, 5 dez. 1997, p. 1.

HOSPITAL MUNICIPAL DR. ARTHUR RIBEIRO DE SABOYA. *Programa de Aborto Legal*. Elaboração por Dra. Maria Luiza Righetti (Diretora da Unidade de Internação) e Dr. Thomaz A. C. Cardoso de Almeida (Diretor Técnico do Hospital Municipal Dr. Arthur Ribeiro de Saboya). São Paulo: [s.n.], 1997. Apostila distribuída no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, em 27 fev. 1997, por ocasião do Seminário "A comprida história da lei não cumprida", organizado pelo CFEMEA (Centro Feminista de Estudos e Assessoria), pelo CNDM (Conselho Nacional de Direitos da Mulher) e pela RedeSaude (Rede Nacional de Saúde e Direitos Reprodutivos).

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v. 5.

ITÁLIA proíbe doação de esperma e aluguel de útero. *BBC Brasil.com*. Londres, 9 mar. 2004. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/ciencia/story/2004/03/040309_italiaas.shtml>. Acesso em: 31 maio 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal: parte geral*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 1.

_____. *Direito Penal: parte especial*, 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

KELLER, Werner. *E a Bíblia tinha razão....* Tradução de João Távora. 2. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1958.

KISSINGER, Henry. *NSSM 200: Implications of worldwide population growth for US security and overseas interests*. Washington, DC, 10 Dec. 1974. Conhecido como Relatório Kissinger.

LEMOS, Marco Antônio Silva. O Alcance da PEC 25/A/95. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 18 dez. 1995, Caderno Direito e Justiça, p. 6.

_____. O aborto legal [Carta]. Recebida por Luiz Carlos Lodi da Cruz em 12 maio 1997.

MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. São Paulo: Martin Claret, 2002. (A obra-prima de cada autor, v. 2).

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal: parte especial*. Campinas: Millennium, 1999. v. 4.

MARTINS, Ives Gandra. Pena de morte para o nascituro. *O Estado de S. Paulo*, p. A-2, 19 set. 1997.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; IELF, 2005.

_____. O STF e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, 5 ago. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*: parte geral. 22. ed. rev. atual. por Renato N. Fabbrini. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

_____. _____.: parte especial. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1986. v. 2.

_____. _____.: parte especial. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v. 2.

MONTORO, André Franco. *Introdução à Ciência do Direito*. 25. ed. 2. tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Walter. O problema da autorização judicial para o aborto. *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, v. 99, ano 20, p. 19-29, mar./abr. 1986.

_____. *A farsa do aborto legal*. Brasília, DF: [s.n.], 1997. Conferência proferida no seminário do mesmo nome, no Espaço Cultural da Câmara dos Deputados, em 24 set. 1997. Disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/wmoraes1.doc>> Acesso em: 27 ago. 2006.

MORRE criança com acrania. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, p. 3, 15 set. 2003.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.

NÚMERO de hospitais que realizam aborto legal passa de 9 para 13. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, p. 6, 18 mar. 1998.

NARA: The National Archives Experience, Washington, DC. *Constitution of the United States*: amendments 11-27. Disponível em: <http://www.archives.gov/national-archives-experience/charters/constitution_amendments_11-27.html>. Acesso em: 19 jul. 2006.

NATHANSON, Bernard N. *Eu pratiquei cinco mil abortos*. Conferência pronunciada no Colegio Médico de Madrid em 5 nov. 1982, publicada pela revista Fuerza Nueva. Disponível em: <<http://www.providafamilia.org.br/doc.php?doc=doc45845>> Acesso em: 4 abr. 2005.

NUNES, Ana Cecília Araújo. *A história de Maria Teresa, anencéfala*, ago. 2004. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/mteresa.htm>> Acesso em: 6 jun. 2006.

PARLAMENTO ITALIANO. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/04040l.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2006.

PENTEADO, Jaques de Camargo. O devido processo legal e o abortamento. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

PEREIRA, Maria José Miranda. Aborto. *Consulex*, Brasília, DF, ano VIII, n. 176, 15 maio 2004, p. 37.

_____. Aborto: a quem interessa? *Revista da AMPDFT - Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, DF, ano 6, n. 4, p. 34-36, maio 2006.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005. p. 67-81.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 598077931. Tribunal Pleno. Relator: Clarindo Favretto. Porto Alegre. Julgado em 09 ago. 1999. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php> Acesso em: 24 jul. 2006.

REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

SAÚDE diz como tratar violência a mulher. *Folha de S. Paulo*, São Paulo, 6 nov. 1998, Caderno Cotidiano, p. 27.

SCALA, Jorge. *IPPF: a multinacional de morte*. Tradução de Luiz Carlos Lodi da Cruz. Anápolis: Múltipla Gráfica, 2004.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: Fundamentos e Ética Biomédica*. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1.

SÃO PAULO (Município). Secretaria Municipal de Saúde. Portaria n. 692/89. Dispõe [sobre?] a obrigatoriedade a (sic) rede hospitalar do Município, do atendimento médico para o procedimento de abortamento, nos casos de exclusão de antijuridicidade, previstos no Código Penal. *Diário Oficial do Município*. Poder Executivo, São Paulo, SP, 26 abr. 1989, p. 12. Secretário: Eduardo Jorge Martins Alves Sobrinho.

_____. _____. Parecer de SJ sobre a prática de abortamento legal na rede hospitalar municipal. *Diário Oficial do Município*. Poder Executivo. São Paulo, SP, 8 jul. 1989, p. 9. Secretário dos Negócios Jurídicos: Hélio Pereira Bicudo.

SILVA, Sônia Cristina. Norma para realização de aborto legal é divulgada. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, p. A13, 5 nov. 1998.

SOUZA, Alberto R. R. Rodrigues de. *Estado de necessidade: um conceito novo e aplicações mais amplas*. Rio de Janeiro: Forense. 1979.

TAHAN, Lilian. Ela desafiou a ciência. *Correio Braziliense*, Brasília, DF, p. 29, 14 fev. 2003.

UNITED STATES OF AMÉRICA. Supreme Court. *Roe v. Wade*. Appeal from the United States District Court for the Northern District of Texas. BLACKMUN, J., Opinion of the Court. Washington, DC, 22 Jan. 1973. Disponível em

<http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0410_0113_ZO.html> Acesso em: 19 jul. 2006.

_____. *Unborn Victims of Violence Act of 2004 or Laci and Conner's Law*. To amend title 18, United States Code, and the Uniform Code of Military Justice to protect unborn children from assault and murder, and for other purposes. Washington, DC. 1 Apr. 2004. Disponível em:

<<http://news.findlaw.com/hdocs/docs/abortion/unbornbill32504.html>> Acesso em: 28 ago. 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003. v. 1.

WALDMAN, Steven, CARROL, Ginny. *Roe v. Roe*. *Newsweek*, Nova York, 21 Aug. 1995, p. 24.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. 2. ed. rev. e atual. *Manual de Direito Penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.