



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
COORDENAÇÃO DE ATIVIDADES COMPLEMENTARES
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

TAIANE NOGUEIRA OQUENDO

**NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
(ABORTO NECESSÁRIO E ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ
RESULTANTE DE ESTUPRO) PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE
1988**

**Fortaleza
2011**

TAIANE NOGUEIRA OQUENDO

NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
(ABORTO NECESSÁRIO E ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ
RESULTANTE DE ESTUPRO) PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão.

Fortaleza
2011

Ficha catalográfica elaborada pela Bibliotecária Marina Alves de Mendonça CRB-3/985

O61n Oquendo, Taiane Nogueira

Não recepção do artigo 128 do código penal brasileiro (aborto necessário e aborto no caso de gravidez resultante de estupro) pela constituição federal de 1988 / Taiane Nogueira Oquendo

66 f., enc.

Monografia (Graduação) - Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2011.

Orientador: Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão

1.Aborto - legislação 2.Direito à vida
I. Falcão, Raimundo Bezerra (orient.) II. Universidade Federal do Ceará –
Graduação em Direito III. Título

CDD 341.55621

*"Eu vim para que todos tenham vida e a
tenham em abundância"
(Jo 10,10)*

TAIANE NOGUEIRA OQUENDO

NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO
(ABORTO NECESSÁRIO E ABORTO NO CASO DE GRAVIDEZ
RESULTANTE DE ESTUPRO) PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Monografia apresentada à Coordenação do Curso de Graduação em Direito, da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 14/06/2011

BANCA EXAMINADORA

Professor livre-docente Raimundo Bezerra Falcão (Orientador)
Universidade Federal do Ceará - UFC

Especialista Michelle Amorim Sancho Souza
Universidade Federal do Ceará – UFC

Bacharel Homero Bezerra Ribeiro
Universidade Federal do Ceará - UFC

À Sagrada Família, ao Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz e a todos aqueles que lutam pelo respeito à vida em todas as suas fases

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por nos amar e nos dar o dom da vida, bem como por todo o apoio que dEle recebi na elaboração do presente trabalho.

Agradeço à Santíssima Virgem Maria, Nossa Senhora de Guadalupe, pelo seu amor maternal por todos nós, por rogar por nós, em especial pelos nascituros.

Agradeço à Santa Gianna Beretta Molla pelo seu exemplo de amor e doação ao próximo, de médica, esposa e mãe, ela que ofertou a sua vida para que sua filha pudesse nascer.

Agradeço ao Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do Pró-Vida de Anápolis, pelo seu incansável trabalho pela promoção da dignidade da pessoa humana, especialmente com a valorização e o respeito à vida humana em todas as suas fases.

Agradeço ao meu caríssimo orientador, Prof. Dr. Raimundo Bezerra Falcão, por todo o apoio recebido e, principalmente, pelo testemunho de cristão comprometido com o amor ao próximo e o respeito à vida.

Agradeço a todos os professores do Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará por terem compartilhado seus conhecimentos comigo.

Agradeço aos meus padrinhos, José Medeiros e Aldair, por terem me dado à luz para a Santa e Madre Igreja Católica Apostólica Romana.

Agradeço aos meus pais pelo amor deles por mim e por terem me dado a vida, em especial à minha mãe por ela ser um exemplo de MÃE, com todo o amor, a beleza e a ternura que essa palavra contém.

RESUMO

Analisa o artigo 128 do Código Penal brasileiro (segundo o qual não se pune os denominados aborto necessário e aborto sentimental) à luz do direito à vida - o mais elementar de todos os direitos humanos, consagrado pela Constituição Federal de 1988, especialmente no *caput* de seu artigo 5º. Aborda a questão do início da vida humana, com ênfase na proteção à vida intra-uterina por nosso ordenamento jurídico, e do início da personalidade jurídica da pessoa natural, defendendo que a ordem jurídica brasileira adotou a teoria concepcionista. Demonstra a incompatibilidade do artigo 128 do Código Penal com a Carta Magna brasileira, uma vez que o referido artigo vai de encontro ao direito à vida e ao princípio da dignidade humana, os quais foram albergados por nossa Lei Maior. Conclui que o artigo 128 do Código Penal brasileiro não foi recepcionado pela Constituição Federal da República Federativa do Brasil, devendo tal artigo ser retirado do ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito à vida. Vida intra-uterina. Nascituro. Aborto necessário. Aborto sentimental. Não recepção de lei.

ABSTRACT

Examines article 128 of the Brazilian Criminal Code (according to which we don't punish the so-called sentimental abortion and medically necessary abortion) in light of the right to life - the most basic of all human rights enshrined in the Constitution of 1988, especially in *caput* of article 5. Addresses the issue of beginning human life, with emphasis on protecting the intrauterine life by our legal system, and the beginning of the legal personality of a natural person, advocating that the Brazilian legal system adopted the conceptionist theory. Demonstrates the incompatibility of article 128 of the Criminal Code with the Brazilian Constitution, since that article goes against the right to life and the principle of human dignity, which were hosted by our Highest Law. Concludes that article 128 of the Criminal Code has not been approved by the Brazilian Federal Constitution of the Federative Republic of Brazil, this article should be removed from the Brazilian legal system.

Keywords: Right to life. Intrauterine life. Unborn child. Medically necessary abortion. Sentimental Abortion. Non-receipt of law.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	O DIREITO À VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	12
2.1	A Constituição Federal de 1988 e o Direito à vida	12
2.2	O direito à vida e a legislação infraconstitucional	18
3	O INÍCIO DA VIDA HUMANA E A CIÊNCIA	25
3.1	O zigoto humano já é uma vida humana!	25
3.2	A ética médica e o respeito à vida humana em todas as suas etapas	32
4	O ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO	35
4.1	Artigo 128, I, do Código Penal	41
4.2	Artigo 128, II, do Código Penal	44
5	A NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	50
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS	58
	ANEXO – A história da Religiosa estuprada na Bósnia	63

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940), em seu artigo 128, diz que não se pune o chamado aborto necessário ou terapêutico e o chamado aborto ético ou sentimental.

O denominado aborto necessário ou terapêutico é o realizado quando os médicos dizem não haver outro meio de salvar a vida da gestante (artigo 128, I, do CP), enquanto o denominado aborto ético ou sentimental é o realizado se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (artigo 128, II, do CP).

Esse artigo, ao trazer duas situações nas quais não se pune um crime doloso contra a vida humana, o aborto, expressa uma falsa mentalidade de que a vida do nascituro é menos importante que a vida de quem já nasceu. No que concerne ao chamado aborto necessário, o referido artigo considera o risco de morte da gestante um mal maior que a morte certa do nascituro, chegando ao absurdo de admitir que a morte de uma criança inocente seja usada como meio “terapêutico” para preservar a vida da mãe. Tal conduta, que por si só já é inaceitável (nunca a vida humana deve ser vista como um meio), ignora (ou prefere ignorar) que, com todos os recursos de que a medicina dispõe hoje, nunca se poderá falar no aborto como único meio de salvar a vida da mãe (pode ser o mais fácil, o mais barato, o mais cômodo, mas nunca o único).

Quanto ao denominado aborto sentimental ou ético (e há ética em matar um inocente?), diz-se que seria uma maldade com a mulher vítima de estupro obrigá-la a levar adiante uma gravidez que foi fruto de uma violência. Quem defende essa teoria se esquece de que, no ventre dessa mulher, está uma vida humana, um bebê que não tem culpa do crime que seu pai cometeu; esquece-se de que, com o aborto, é aplicada pena de morte para a pobre criança, quando nem mesmo ao estuprador se pode aplicá-la. Temos então que, para o artigo 128, II, do CP, a vontade da mãe, a escolha dela sobre a continuação ou não da gravidez está acima do direito de um ser humano à vida.

Ao contrário do que defendem os abortistas, apesar de o artigo 128 do Código Penal brasileiro continuar sendo (erroneamente) aplicado (inclusive o Ministério da Saúde

editou normas técnicas - Prevenção e tratamento dos agravos resultantes da violência sexual contra mulheres e adolescentes; Gestação de alto risco; Atenção humanizada ao abortamento – regulamentando a realização de abortos pelo Sistema Único de Saúde (SUS) nas duas situações descritas no mencionado artigo do Código Penal, alegando (como alega a doutrina majoritária) que se trata de espécies de “aborto legal”, de um direito da mulher ao aborto), ele não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

É exatamente a não recepção do artigo 128 do Código Penal pela Constituição Federal de 1988 (a qual ficou conhecida com o nome de Carta Cidadã, por ter positivado uma série de direitos humanos, como o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, os quais são diretamente feridos pela prática do aborto) que se buscará demonstrar através do presente estudo.

Analisaremos o tratamento dado ao direito à vida, com ênfase no tratamento jurídico do nascituro, pelo ordenamento jurídico brasileiro, especialmente pela Constituição Federal, nossa Lei Maior, mas também pela análise de tratados sobre direitos humanos (esses tratados possuem, no Brasil, por força constitucional, *status* supralegal, estando abaixo da Constituição e acima da legislação ordinária), bem como de diversos dispositivos infraconstitucionais.

Além do tratamento jurídico do nascituro, abordaremos o fundamento científico da defesa da vida desde a concepção e como a ética médica encara o aborto.

Examinaremos ainda o artigo 128 do Código Penal, demonstrando no que esse artigo se opõe ao tratamento dado à vida e à dignidade da pessoa humana pela Constituição Federal de 1988.

Diante do que foi dito, percebemos a importância de um estudo sobre a não recepção do artigo 128 do Código Penal brasileiro por nossa Carta Magna, uma vez que esse dispositivo infraconstitucional vem sendo usado como fundamento para a realização de abortos erradamente ditos legais, situação essa que é uma afronta à ordem constitucional e ao mais fundamental dos direitos humanos: o direito à vida!

2 O DIREITO À VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste capítulo, analisaremos o tratamento dado pelo ordenamento jurídico pátrio ao direito à vida, com uma compreensão da Constituição Federal de 1988 no contexto dos esforços internacionais para a proteção dos denominados direitos humanos e com uma leitura da legislação infraconstitucional à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

2.1 A Constituição Federal de 1988 e o direito à vida

No contexto internacional, há um notável movimento em busca de que os Estados comprometam-se a respeitar os denominados direitos humanos. Direitos Humanos são aqueles inerentes a todo ser humano, tendo sua raiz na dignidade e no valor da pessoa humana.¹

E o que impulsiona os esforços para a defesa dos direitos humanos no cenário internacional? Exatamente a tomada de consciência – favorecida pelo processo de globalização, com a “diminuição das distâncias” possibilitada pelo desenvolvimento tecnológico, com uma maior interação entre pessoas de países e culturas diferentes, bem como pela terrível experiência do tratamento degradante e massacre de milhões de pessoas na 2ª Guerra Mundial – de que, para além das diferenças culturais, sociais, étnicas, todo ser humano possui igual valor, pois o valor da pessoa humana reside simplesmente no atributo de ela ser humana.

Além do reconhecimento de que o ser humano tem valor por si mesmo, percebemos que nós seres humanos temos muitas necessidades em comum. Quando falo em necessidades, não me refiro aqui apenas a necessidades como a alimentação, o vestuário, a moradia, tratamentos de saúde, mas também à toda necessidade relativa ao pleno

¹ ANNONI, Danielle. **O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas**. Revista Ius Gentium/ Faculdade Internacional de Curitiba. v. 1, n. 2 (jul./dez. 2007). Curitiba: Ibpx, 2007, p. 82.

desenvolvimento da pessoa humana, como - uma vez que o homem é um ser social – a necessidade de estabelecer vínculos afetivos, relações sociais, de ter acesso ao conhecimento, de trocar experiências, de expressar-se, seja através da cultura, da religião, dos meios de comunicação; necessidade de buscar um sentido para a sua vida, de ter um ideal, de ser feliz! E é exatamente esse pleno desenvolvimento da pessoa humana que se busca garantir com a luta pelos direitos humanos.²

Nesse sentido, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas (ONU), trouxe em seus trinta artigos os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana.³

Assim, busca-se a proteção de todo ser humano, sem qualquer distinção, em qualquer lugar do globo em que ele se encontre.

Carvalho, referindo-se ao conteúdo da citada Declaração, destaca que a mesma “alude a direitos de caráter ‘fundamental’, isto é, os considerados irrenunciáveis como o direito à vida, à incolumidade física, à liberdade de locomoção, ao trabalho livre, à igualdade perante a lei, e muitos outros.”⁴

Nossa Constituição Federal de 1988, inclusive pelo contexto histórico em que foi promulgada (acabávamos de sair de um período ditatorial, marcado pelo desrespeito à pessoa humana, por meio de censuras, prisões arbitrárias, torturas, assassinatos), não foi insensível a esse movimento de efetivação dos direitos humanos, tendo, por sua vez, positivado em seu texto uma série deles⁵, trazendo como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana:

² Segundo a lição de Miguel Reale, justiça implica “constante coordenação racional das relações intersubjetivas, para que cada homem possa realizar livremente seus valores potenciais visando a atingir a plenitude de seu ser pessoal, em sintonia com os da coletividade”. Cf. REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 379.

³ Cf. Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948.

⁴ CARVALHO, Júlio Marino. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998, p. 58.

⁵ Importante estabelecer a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais: “Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). [...] Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que – ao menos em regra –

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III - a dignidade da pessoa humana;

Quanto ao direito à vida, o mesmo foi tutelado por nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, *caput*, *in verbis*:

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

[...]

O direito à vida é o primeiro dos direitos humanos - isso porque não há como falar em respeito à dignidade da pessoa humana, direito à liberdade, direito à igualdade ou qualquer outro direito de quem não tem assegurado o próprio direito à vida. Corroborando esse entendimento, a Ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - atuando como relatora de Habeas Corpus⁶ em favor de nascituro⁷ - em decisão liminar ratificada pelo Colegiado da Quinta Turma, que deferiu o pedido, desautorizando o aborto de nascituro acometido de anencefalia, diz-nos que “A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado”. Temos também José Afonso da Silva, o qual, ao tratar em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo” do direito à vida, ensina-nos que:

atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. [...] Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter-relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas conseqüências práticas não podem ser desconsideradas”. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 35, 36,40 e 42.

⁶ Acórdão do Habeas Corpus nº 32.159 RJ (2003/0219840-5), em favor de Maria Vida, uma criança anencéfala de Teresópolis (RJ). Quinta Turma do STJ. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Decisão Unânime. Data do Julgamento: 17/02/2004.

⁷ Nascituro, do latim *nasciturus*, é aquele que há de nascer (falando-se dos seres concebidos e ainda não dados à luz). Disponível em: <<http://www.lexico.pt/nascituro/>>. Acesso em: 04 jun. 2011.

Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos.⁸

Nesse mesmo sentido, temos o Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal (STF), Dr. José Néri da Silveira:

É de ter-se em consideração, efetivamente, que o direito à vida, - assegurado pela Constituição, repita-se, também ao ser humano em sua existência intra-uterina, - é o primeiro dos direitos fundamentais, não excedido na hierarquia dos valores constitucionais por qualquer outro.⁹

E ainda Cícero Harada, advogado, Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil no Estado de São Paulo (OAB-SP), Presidente da Comissão de Defesa da República e da Democracia da OAB-SP e ex-Procurador do Estado de São Paulo.

O direito à vida, hoje, mais do que nunca, há de ser, alto e bom som, afirmado e proclamado. [...] Que direito há que lhe sobrepassa? Nenhum! O direito à liberdade, à igualdade, à segurança, à propriedade privada, os direitos sociais, tais quais, a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, enfim, todos os direitos são corolários, emanações, do direito à vida, por isso concorrem para a manutenção deste.¹⁰

José Afonso da Silva, ainda quanto ao direito à vida, cita (apesar de fazer a ressalva de que possui opinião diferente quanto à questão do aborto) o admirável dizer de Jacques Robert:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá o

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 198.

⁹ SILVEIRA, José Neri da. **Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16602>>. Acesso em: 23 maio 2011.

¹⁰ Artigo “**Matar?! Não, Senhores Deputados!!!**”, do advogado Cícero Harada, sobre o tema do aborto no Brasil, publicado em 06 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

direito de dispor da própria vida, *a fortiori* da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.¹¹

Considerando que os direitos humanos, como foi exposto, têm caráter universal, o próprio texto constitucional determinou que o termo “todos” empregado em seu artigo 5º, *caput*, deve ser compreendido sem que se faça distinção de qualquer natureza, ou seja, o termo abrange todo e qualquer ser humano, sem distinções, inclusive quanto à etapa da vida em que se encontra. Conseqüentemente, o direito à vida, garantido pela Constituição Federal, diz respeito à vida humana em todas as suas fases: vida intra-uterina, infância, adolescência, vida adulta, terceira idade, sendo a única exceção trazida pela nossa Carta Magna a aplicação de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*, da CF).

Com esse mesmo entendimento, José Néri da Silveira:

O direito à vida, como o primeiro dos direitos fundamentais (CF, art. 5º, *caput*), é garantido, pela Constituição e ordenamento legal, ao ser humano, desde a concepção até a morte. É ele, assim, assegurado, também ao *nascituro*, desde a concepção, sem distinção de qualquer natureza ou condições de maior ou menor vitalidade desse ser vivo, na fase intra-uterina, bem assim na vida extra-uterina, quer exista ou não probabilidade de duração breve.¹²

Ainda quanto ao direito à vida, além da referida proteção constitucional, foi assinada em 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, na Costa Rica, e ratificada pelo Brasil em setembro de 1992, a Convenção Americana de Direitos Humanos. Este tratado, também chamado de Pacto de São José da Costa Rica, em seus artigos 1º, n. 2, 3º, 4º, n. 1 e 29, determina que:

Art. 1º, n. 2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.
Art. 3º. Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.
Art. 4º, n. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 29

Normas de interpretação

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

¹¹ ROBERT, Jacques. *Libertés publiques*. Paris: Éditions Monchréstien, 1971, p. 234. *Apud* José Afonso da Silva. *Op. cit.* p. 198.

¹² SILVEIRA, José Neri da. **Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16602>>. Acesso em: 23 maio. 2011.

1. permitir a qualquer 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 do que a nela prevista;
2. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-Partes ou de acordo com outra Convenção em que seja parte um dos referidos Estados;
3. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo;
4. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.

Nossa Lei Maior, por sua vez, diz-nos que:

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

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

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

§ 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.

Dessa forma, ao Pacto de São José da Costa Rica, foi atribuído, pelo STF, *status* supralegal¹³, ou seja, o Pacto de São José da Costa Rica está abaixo da Constituição, mas acima da legislação interna. Assim, de acordo com os artigos acima citados do referido Pacto, temos que, para o ordenamento jurídico brasileiro, todo ser humano (pessoa) tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Para além das questões jurídicas, vejamos, através das palavras do Frei Raniero Cantalamessa¹⁴, a bela lição de respeito e amor à vida humana, em todas as suas etapas, que nos é dada pelo cristianismo:

¹³ **STF decide processos com fundamento no Pacto de San José.** Artigo publicado em Notícias do STF em 23 nov. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal>>. Acesso em: 24 maio 2011.

¹⁴ Frei Raniero Cantalamessa, Franciscano Capuchinho, foi ordenado sacerdote em 1958. Doutor em Teologia e em Literatura, foi professor de história das origens cristãs na Universidade Católica de Milão e diretor do Instituto de Ciências Religiosas. Membro da Comissão Teológica Internacional de 1975 até 1981. Em 1977 deixou o ensino acadêmico para dedicar-se inteiramente ao serviço da Palavra de Deus. Em 1980 foi nomeado Pregador da Casa Pontifícia. Por causa dessa missão, todos os anos pregou em cada semana durante a Quaresma e o Advento na presença do Papa e dos cardeais e dos bispos da Cúria Romana e dos superiores das ordens religiosas. Muitas vezes é chamado a fazer conferências e pregar retiros e congressos nacionais e internacionais.

Temos uma idéia muito redutiva e jurídica de pessoa que gera muita confusão no debate sobre o aborto. É como se uma criança adquirisse a dignidade de pessoa a partir do momento em que esta lhe é reconhecida pelas autoridades humanas. Para a Bíblia, pessoa é aquele que é conhecido por Deus, aquele a quem Deus chama por seu nome; e Deus, nos é assegurado, conhece-nos desde o seio materno, seus olhos nos viam quando éramos ainda embriões no seio de nossa mãe. A ciência nos diz que no embrião existe, em desenvolvimento, todo o homem, projetado em cada mínimo detalhe; a fé acrescenta que não se trata só de um projeto inconsciente da natureza, mas de um projeto de amor do Criador.¹⁵

2.2 O direito à vida e a legislação infraconstitucional

Segundo Farias e Rosenvald, partindo de uma visão civil-constitucional, personalidade jurídica é “o atributo reconhecido a uma pessoa (natural ou jurídica) para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e *reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos da personalidade*”¹⁶ (grifo do original). Esses doutrinadores, apoiando-se na lição de Orlando Gomes¹⁷, esclarecem que os direitos da personalidade são os que compreendem os direitos essenciais à pessoa humana, resguardando, assim, a própria dignidade da pessoa humana.¹⁸ O artigo 1º do Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), por sua vez, diz-nos que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. Percebemos então que há uma indissociabilidade entre o ser pessoa e o ter sua personalidade jurídica reconhecida.

Corroborando esse entendimento, lembremos que o já mencionado Pacto de São José da Costa Rica (ao qual, por versar sobre direitos humanos, foi reconhecido, pelo Supremo Tribunal Federal, o *status* supralegal¹⁹) determina, em seu artigo 1º, n. 2., que todo ser

Pregou nos retiros mundiais para sacerdotes acontecidos em Roma em 1984 e 1990. Por ocasião da recordação dos quinhentos anos da chegada dos 'descobridores' na América, pregou um retiro no México para 1500 sacerdotes e 70 bispos de toda a América Latina. Publicou muitos livros de espiritualidade que foram traduzidos em diversas línguas. Disponível em: <www.cantalamessa.org>. Acesso em: 29 maio 2011.

¹⁵ Comentário do Frei Raniero Cantalamessa à liturgia da festa da Natividade de São João Batista (Isaías 49, 1-6; Atos 13, 22-26; Lucas 1, 57-66.80), publicado em 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

¹⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

¹⁷ GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 153.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. Cit.*, p. 137.

¹⁹ *Ibid.*, p. 47.

humano é pessoa, complementando, em seu artigo 3º, que: “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.” Temos, assim, que, para o ordenamento jurídico brasileiro, basta ser um humano para ter a personalidade jurídica reconhecida pelo direito pátrio. E a partir de quando podemos falar que existe um ser humano? O próprio Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º, n. 1, dá-nos a resposta. Vejamos:

Art. 4º, n. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Se a vida deve ser protegida pela lei e, em geral, desde o momento da concepção, sendo o motivo dessa proteção o fato de a vida ser um direito de toda pessoa, ou seja, de todo ser humano, isso só pode significar que, se o já concebido tem direito à vida, é porque o já concebido (nascituro) é um ser humano e, se o já concebido é um ser humano, conseqüentemente, ele é uma pessoa com o reconhecimento de sua personalidade jurídica garantida.

Dessa forma, tendo em vista que o Pacto de São José da Costa Rica integra o ordenamento jurídico brasileiro, possuindo *status* supralegal, temos que o Brasil, quanto ao início da pessoa natural, adotou a chamada teoria concepcionista, segundo a qual “a personalidade jurídica é adquirida a partir do momento da concepção”²⁰ (dentre os que defendem a teoria concepcionista, temos: Teixeira de Freitas, Pontes de Miranda, Renan Lotufo, J. M. Leoni Lopes de Oliveira, Rubens Limongi França, Francisco Amaral, José Ascensão de Oliveira, Flávio Tartuce e Silmara Juny A. Chinelato e Almeida)²¹.

O nosso Código Civil, ao tratar do início da personalidade da pessoa natural, trouxe, em seu artigo 2º, a seguinte redação:

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.

Tal redação é imprecisa, pois, se por um lado diz que a personalidade civil começa com o nascimento com vida, por outro, diz que desde a concepção o nascituro é sujeito de

²⁰ *Ibid.*, p. 240.

²¹ *Ibid.*, p. 240.

direitos. Os doutrinadores, por sua vez, quanto ao início da personalidade civil, arquitetaram três teorias: a teoria natalista, a teoria condicionalista e a já mencionada teoria concepcionista.

De acordo com os que defendem a teoria natalista, a personalidade civil começa com o nascimento com vida, não tendo o nascituro personalidade jurídica, ou seja, para essa corrente o nascituro, ainda que mereça proteção legal, não é sujeito de direito.

Para a teoria condicionalista, o nascituro é “uma pessoa virtual, condicional”²², que só terá personalidade jurídica se vier a nascer com vida, ou seja, o futuro nascimento com vida é a condição para que o nascituro seja considerado sujeito de direito. No entanto, para essa corrente, o nascituro dispõe de direitos da personalidade, estando os direitos patrimoniais condicionados ao nascimento com vida. Entende que se os direitos patrimoniais são condicionados, a personalidade jurídica também é condicionada.

A já comentada teoria concepcionista defende a personalidade jurídica do nascituro, independentemente de este vir ou não a nascer, uma vez que ele (ainda que os seus direitos patrimoniais estejam condicionados ao nascimento com vida) é titular dos direitos da personalidade. Essa corrente baseia-se na consagração do direito à vida pela Constituição Federal (art. 5º, *caput*, da CF), no supramencionado Pacto de São José da Costa Rica, na Convenção dos Direitos das Crianças, bem como em outros tratados internacionais e em inúmeros dispositivos infraconstitucionais.

Passemos então a analisar algumas das normas que reconhecem o nascituro como sujeito de direito, em especial, ainda quanto ao nascituro, as normas que protegem o direito mais elementar da pessoa humana: o direito à vida.

Iniciando pelo Código Civil, vejamos os artigos 542, 1.609, p.u., 1.779 e 1.798, que tratam do nascituro:

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

[...]

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar.

Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro.

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

²² *Ibid.*, p. 240.

Percebemos assim que o Código Civil brasileiro traz uma série de direitos do nascituro. Ora, seria uma incoerência que a lei civil garantisse ao nascituro, desde a sua concepção, o direito de receber doação, de ter sua filiação reconhecida, de ter um curador, de suceder, mas não garantisse ao mesmo nascituro o próprio direito à vida!

Nesse mesmo sentido, vejamos a lição de Bruno Torquato e Taísa Macena:

Do mesmo modo, o Código Civil brasileiro, conquanto não o assuma expressamente, acaba por personificar o nascituro quando lhe reconhece a titularidade de direitos e expectativas de direitos, de forma ampla. A capacidade de gozo diferenciada entre pessoas nascidas e pessoas por nascer não influi na personificação destas. A gama de direitos albergada pela capacidade de gozo é variável ainda entre as pessoas nascidas, em virtude da situação específica de cada uma delas. A questão não é ter maior ou menor número de direitos, mas titularizar aqueles imprescindíveis à dignidade do ente nascido ou por nascer.²³

O artigo 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), por sua vez, ao tratar do direito das crianças e adolescentes à vida, determina que as políticas sociais públicas devem permitir o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso dos mesmos, *in verbis*:

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.

Observe que este Estatuto objetiva proteger os direitos das crianças e dos adolescentes, ou seja, quando o artigo 7º do ECA fala em direito à efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, esse direito é das crianças e dos adolescentes. Assim, o direito aos cuidados da saúde e aos meios que permitam o seu nascimento é um direito do nascituro, e não da mãe dele (aqui vemos claramente que a lei brasileira protege o direito do nascituro de vir a nascer. O favorecimento ao nascimento do nascituro é, então, um direito dele e não uma questão de opção da gestante).

²³ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de. **Direito à reparação do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho, dano moral e personalidade do nascituro.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 113-136, 2010, p. 133.

Confirmando essa leitura do artigo 7º do ECA, o Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, promulgada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, diz que:

Tendo em conta que, conforme assinalado na Declaração dos Direitos da Criança, "a criança, em virtude de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, **tanto antes quanto após seu nascimento**" (grifo nosso)

Há ainda a Lei nº 11.804, de 05 de novembro de 2008, a qual garante ao nascituro o direito de receber alimentos gravídicos. Vejamos o que dizem os artigos 2º e 6º dessa lei:

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes.

Parágrafo único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Art. 6º Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré.

Parágrafo único. Após o nascimento com vida, os alimentos gravídicos ficam convertidos em pensão alimentícia em favor do menor até que uma das partes solicite a sua revisão.

Temos também o Código de Processo Civil, o qual, nos artigos 877 e 878, trata da posse em nome do nascituro:

Art. 877. A mulher que, para garantia dos direitos do filho nascituro, quiser provar seu estado de gravidez, requererá ao juiz que, ouvido o órgão do Ministério Público, mande examiná-la por um médico de sua nomeação.

§ 1º O requerimento será instruído com a certidão de óbito da pessoa, de quem o nascituro é sucessor.

§ 2º Será dispensado o exame se os herdeiros do falecido aceitarem a declaração da requerente.

§ 3º Em caso algum a falta do exame prejudicará os direitos do nascituro.

Art. 878. Apresentado o laudo que reconheça a gravidez, o juiz, por sentença, declarará a requerente investida na posse dos direitos que assistam ao nascituro.

Parágrafo único. Se à requerente não couber o exercício do pátrio poder, o juiz nomeará curador ao nascituro.

É reconhecida ao nascituro a sua legitimidade processual para, representado por sua mãe, propor ação de investigação de paternidade:

Aduz a recorrente que a filiação diz respeito à dignidade da pessoa humana, e, assim, sob a égide do Novo Código Civil teria o direito de operacionalizar ação de investigação de paternidade em benefício de nascituro, sendo este o entendimento da mais moderna jurisprudência. Sustenta que o art. 1.609 do CCB preceitua que o reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento. [...] Inicialmente, define-se a ação investigatória como a que cabe aos filhos contra os pais ou seus herdeiros, para demandar-lhes o reconhecimento de filiação. Trata-se de direito personalíssimo, indisponível e imprescritível. Os direitos personalíssimos são os que pertencem ao homem e são também chamados de direitos inatos, absolutos, originários, naturais, imprescritíveis, intransmissíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, direitos essenciais da pessoa. [...] Da mesma forma entendo poder ser vista a situação em análise, em que se transmite à mãe gestante a legitimidade para pleitear direitos essenciais do nascituro. [...] Têm os nossos Tribunais reconhecido a legitimidade processual do nascituro, representado pela mãe, tendo decisão pioneira da Primeira Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, datada de 14.09.1993 (Ap. Cível n. 193648-1), atribuído legitimidade 'ad causam' ao nascituro, representado pela mãe gestante, para propor ação de investigação de paternidade com pedido de alimentos. Concluiu o relator - Des. Renan Lotufo - reportando-se à decisão pioneira no mesmo sentido do Tribunal do Rio Grande do Sul (RJTJRS 104/418) que 'ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte como autor ou réu. Representado o nascituro, pode a mãe propor ação de investigatória e o nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então uma expectativa resguardada.²⁴

No direito trabalhista, a estabilidade garantida à empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto (art. 7º, I, da CF e art. 10, II, *b*, do ADCT), tem a finalidade de proteger não apenas a mulher grávida, mas também o nascituro:

Estabilidade gestante. Trata-se de direito de que não pode dispor a empregada gestante, porquanto a consequência de seu ato atingirá também o nascituro. A recusa à proposta de readmissão, portanto, não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade provisória a que se refere o artigo 10, I, *b*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. RECURSO ORDINÁRIO DA RECLAMANTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO²⁵.

E ainda:

ESTABILIDADE PROVISÓRIA. GESTANTE. CONCEPÇÃO NO CURSO DO AVISO PRÉVIO INDENIZADO. A proteção à maternidade e ao nascituro, visada pela garantia provisória de emprego à gestante, tem como efeito mediato o respeito à

²⁴ TJMG, processo 1.0024.04.377309-2/001, Des. Relator Duarte de Paula, D.J. 10/03/2005, D.P. 10/06/2005.

²⁵ TRT/SP - 01770200400302000 - RO - Ac. 10ªT 20090821178 - Rel. MARTA CASADEI MOMEZZO - DOE 20/10/2009.

dignidade humana e à própria vida, não sendo, pois, razoável, dada a grande relevância dos bens tutelados, o entendimento de que deve a mesma sucumbir pelo fato de ter se efetivado a concepção no curso do aviso prévio, mormente em se considerando que este não põe fim ao contrato de trabalho, mas apenas define um termo para sua terminação. Recurso ordinário a que se nega provimento²⁶.

Vejamos ainda decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconheceu o direito de filho nascituro à época da morte de seu pai aos danos morais por esta:

DIREITO CIVIL. DANOS MORAIS. MORTE. ATROPELAMENTO. COMPOSIÇÃO FÉRREA. AÇÃO AJUIZADA 23 ANOS APÓS O EVENTO. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. INFLUÊNCIA NA QUANTIFICAÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DA TURMA. NASCITURO. DIREITO AOS DANOS MORAIS. DOCTRINA. ATENUAÇÃO. FIXAÇÃO NESTA INSTÂNCIA. POSSIBILIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Nos termos da orientação da Turma, o direito à indenização por dano moral não desaparece com o decurso de tempo (desde que não transcorrido o lapso prescricional), mas é fato a ser considerado na fixação do quantum. II - O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum. III - Recomenda-se que o valor do dano moral seja fixado desde logo, inclusive nesta instância, buscando dar solução definitiva ao caso e evitando inconvenientes e retardamento da solução jurisdicional.²⁷

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDF):

CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. DIREITO À REPARAÇÃO E À COMPENSAÇÃO. MORTE DE TERCEIRO. DANOS MATERIAIS. PENSIONAMENTO. DANO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. VALOR. MINORAÇÃO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. ÔNUS SUCUMBENCIAL. SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA. 1. CONSIDERANDO O DANO MORAL COMO A LESÃO A DIREITO DA PERSONALIDADE, DEVE-SE ADMITIR A CARACTERIZAÇÃO DE DANO MORAL EM RELAÇÃO AO NASCITURO, POIS, ALÉM DE SEUS DIREITOS ESTAREM RESGUARDADOS (ART. 2º, DO CC/2002), À LUZ DA TEORIA CONCEPCIONISTA, É O NASCITURO SUJEITO DE DIREITO. PRECEDENTES DO E. STJ. 2º CC/2002.²⁸

²⁶ TRT23. RO - 00878.2009.001.23.00-2. 2ª Turma. Relator DESEMBARGADOR JOÃO CARLOS. Publicado em 04/06/10.

²⁷ REsp 399028 SP 2001/0147319-0, Relator: Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Data de Julgamento: 25/02/2002, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 15.04.2002 p. 232RSTJ vol. 161 p. 395RT vol. 803 p. 193.

²⁸ APL 1060856520058070001 DF 0106085-65.2005.807.0001, Relator: J.J. COSTA CARVALHO, Data de Julgamento: 23/06/2010, 2ª Turma Cível, Data de Publicação: 12/07/2010, DJ-e p. 143.

3 O INÍCIO DA VIDA HUMANA E A CIÊNCIA

Neste capítulo, buscaremos mostrar que a defesa da vida humana desde a concepção e o reconhecimento da personalidade jurídica do nascituro não é uma ficção do Direito, nem se baseiam tão-somente em convicções religiosas, filosóficas ou políticas, mas se encontram alicerçados em fundamentados argumentos científicos. Veremos também o que a ética médica diz sobre a medicina e o respeito à vida em todas as suas fases.

3.1 O zigoto²⁹ humano já é uma vida humana!

Diante do que foi dito sobre a proteção do direito à vida desde a concepção, pode surgir o seguinte questionamento: “Como saber se desde a concepção realmente já se trata de uma vida humana?”. Para responder a esse questionamento, vejamos o que nos diz o Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Membro Emérito da Academia Fluminense de Medicina:

O embrião é o ser humano na fase inicial de sua vida. É um ser humano em virtude de sua constituição genética específica própria e de ser gerado por um casal humano através de gametas humanos – espermatozóide e óvulo. Compreende a fase de desenvolvimento que vai desde a concepção, com a formação do zigoto na união de gametas, até completar a oitava semana de vida. Desde o primeiro momento de sua existência esse novo ser já tem determinadas as suas características pessoais fundamentais como sexo, grupo sanguíneo, cor da pele e dos olhos, etc. É o agente do seu próprio desenvolvimento, coordenado de acordo com o seu próprio código genético. O cientista Jérôme Lejeune, professor da universidade de René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Down (mongolismo), nos diz: *“Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados*

²⁹ Zigoto (do grego *zygotós*): **1** Célula formada pela reunião de dois gametas, um masculino e outro feminino. **2** Óvulo fecundado. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

genéticos que definem o novo ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”. A ciência demonstra insofismavelmente – com os recursos mais modernos – que o ser humano, recém-fecundado, tem já o seu próprio patrimônio genético e o seu próprio sistema imunológico diferente da mãe. É o mesmo ser humano – e não outro – que depois se converterá em bebê, criança, jovem, adulto e ancião. O processo vai-se desenvolvendo suavemente, sem saltos, sem nenhuma mudança qualitativa. Não é cientificamente admissível que o produto da fecundação seja nos primeiros momentos somente uma “matéria germinante”. Aceitar, portanto, que depois da fecundação existe um novo ser humano, independente, não é uma hipótese metafísica, mas uma evidência experimental. Nunca se poderá falar de embrião como se uma “pessoa em potencial” que está em processo de personalização e que nas primeiras semanas pode ser abortada. Por quê? Poderíamos perguntar-nos: em que momento, em que dia, em que semana começa a ter qualidade de um ser humano? Hoje não é; amanhã já é. Isto, obviamente, é cientificamente absurdo.³⁰ (grifo do original)

Em defesa do início da vida desde a concepção, temos também a Dra. Alice Teixeira, professora associada da Universidade Federal de São Paulo/Escola Paulista de Medicina, formada em Medicina, em 1967, na Escola Paulista de Medicina, Doutora em Biologia Molecular, em 1971, Fellowship na Research Division de Cleveland Clinic Foundation, EUA, 1971-72, e pertencente ao Movimento Comunhão e Libertação:

Cientista que diz não saber quando inicia a vida humana está mentindo. Qualquer texto de embriologia clínica (ou humana) afirma que se inicia na concepção. Em 1827, com o aumento da sensibilidade do microscópio, permitindo visualizar o óvulo e os espermatozoides, Karl Ernst Von Baer descreveu a fecundação e o desenvolvimento embrionário. Os médicos europeus, frente tais evidências, passaram a defender o ser humano desde a concepção, contra o aborto. Em 1869 a Inglaterra foi o primeiro país a tornar o aborto ilegal. O Papa Pio IX, também em 1869 aceitou que o fato de que a vida humana se inicia na concepção. É um fato científico e não um dogma da Igreja Católica ou de qualquer religião. Para não dizer que está ultrapassado, os embriologistas, em 2005, afirmam não só que a origem do ser humano se dá na fecundação como, do ponto de vista molecular, a primeira divisão do zigoto define o nosso destino.³¹

A especialista em biologia molecular, Dra. Lílian Piñero Eça, que estuda sinais de células de embriões no útero (por meio de moléculas marcadas), ensina-nos que duas a três

³⁰ FERREIRA, Alice Teixeira; SOARES, André Marcelo Machado; BATISTA, Cláudia Maria de Castro *et al.* **Vida: O Primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. pp. 10 e 11.

³¹ Resposta à pergunta “A polêmica em torno do uso das células-tronco embrionárias se dá porque não há consenso entre os especialistas do momento exato em que se dá o início da vida humana. A moral cristã afirma que a vida começa no momento da fecundação, no entanto, prevalece o relativismo, com todas as incertezas e jogo de interesses que esta questão suscita. Afinal, que argumentos podemos ter para refutar, de vez, o posicionamento daqueles que insistem em dizer que o embrião humano não é vida, pessoa potente?”. Retirado de entrevista concedida ao jornalista Hermes Rodrigues Nery, publicada em: 03 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

horas após a fecundação, o embrião humano já se comunica com sua mãe, emitindo pelo menos 100 neurotransmissores para os 75 trilhões de células existentes no corpo da gestante, que começa a sofrer mudanças hormonais, sendo essa a forma de o embrião “falar” para o corpo da mãe se preparar para a gravidez.³²

Quanto ao início da vida na concepção, temos também o Dr. Dalton Luiz de Paula Ramos, professor de Bioética na Universidade de São Paulo – USP e membro da equipe de assessores em Bioética da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB e da Pontifícia Academia Para a Vida:

A Biologia e a Genética confirmam que, no exato momento da fecundação, isto é, quando se unem o óvulo humano (gameta feminino) com o espermatozóide (gameta masculino), inicia-se uma nova vida que passa a se desenvolver por conta própria. No momento da fecundação se cria um patrimônio genético diferente daquele do pai e da mãe. Nesse seu patrimônio genético o embrião contém toda a força de seu desenvolvimento sucessivo: Todos os caracteres corporais, a força para desenvolver as primeiras células, o desígnio para deslocar essas células e construir os órgãos. Esse processo acontece sem descontinuidade, é contínuo do começo ao fim, sem saltos de qualidade, quer dizer, sempre o mesmo sujeito, o mesmo patrimônio genético individualizado. Desde o começo, pode-se conhecer o sexo daquele indivíduo, por exemplo. Alguns argumentam que o embrião não é um ser humano, antes de 5 a 7 dias, quando então se ligaria ao útero da mãe. É claro que se nós temos uma criança recém nascida, por exemplo, que não é alimentada pela mãe, ela morre. Mas não é a alimentação que produz a criança. Então não é a implantação que faz do embrião um ser humano. A implantação faz com que o embrião, que já é uma vida humana, cresça e se desenvolva. Nos primeiros dias o embrião se alimenta daquilo que encontra no óvulo que foi fecundado e depois se implanta para ser alimentado pelo corpo da mulher, mas já está ativo, já existe. A construção de uma casa requer o envolvimento do arquiteto que faz o desenho, do empreiteiro que administra a construção, dos pedreiros que executam a obra e do material necessário. No embrião, essas diferentes funções (o desenho, a coordenação, a construção e o material de construção) se encontram e se ativam por dentro; ele é o arquiteto, o empreiteiro, o pedreiro e o próprio material. Outros dizem que até os 15 dias ainda não se formaram os sinais daquilo que vai ser o cérebro. Até que não existam os fios neurológicos ainda não existe cérebro. Mas sabemos que o cérebro se desenvolve porque o embrião o faz desenvolver. O cérebro do feto não vai se desenvolver por ação da mãe, mas se desenvolve através dos genes que estão dentro do embrião desde o primeiro momento da fecundação. Outros, ainda, dizem que também o embrião quando for implantado pode se dividir em dois, então se um ainda pode se dividir em dois, ainda não temos certeza da sua identidade. Mas quando acontecem os gêmeos, a geminação do embrião não destrói o primeiro embrião, mas separando-se algumas células estas se tornam um outro embrião. O primeiro embrião continua o mesmo e o segundo embrião continua a se desenvolver. Então temos o dobro das razões para defendê-los porque são dois embriões. Desde a fecundação o embrião é um ser humano e tem que ser respeitado como ser humano. A personalidade psicológica e social, a gente cria depois do

³² Exposição feita aos Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Audiência Pública, no dia 20.04.2007, referente à Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 3.510-0, que contesta o uso de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, previsto na Lei de Biossegurança (Lei nº 11.105/05). Disponível em: <<http://www.amebrasil.org.br/html/aborto.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

nascimento, mas a dignidade de pessoa existe desde quando começa a vida do ser humano.³³

Nesse mesmo sentido, a Dra. Lenise Aparecida Martins Garcia, professora do Departamento de Biologia Celular da Universidade de Brasília:

Nosso grupo traz o embasamento científico para afirmarmos que a vida humana começa na fecundação, tal como está colocado na solicitação da Procuradoria. (...) Já estão definidas, aí, as características genéticas desse indivíduo; já está definido se é homem ou mulher nesse primeiro momento (...). Tudo já está definido, neste primeiro momento da fecundação. Já estão definidas eventuais doenças genéticas (...). Também já estarão aí as tendências herdadas: o dom para a música, pintura, poesia. Tudo já está ali na primeira célula formada. O zigoto de Mozart já tinha dom para a música e Drummond, para a poesia. Tudo já está lá. É um ser humano irrepetível.³⁴

Ainda quanto à individualidade genética do zigoto, a Dra. Eliane S. Azevêdo, geneticista, esclarece-nos que existe identidade genética absoluta em todas as células somáticas do organismo humano e entre estas e a célula somática inicial, o zigoto. O zigoto "tem o projeto e a auto-suficiência para, interagindo com o ambiente, construir uma pessoa humana geneticamente única."³⁵

A geneticista acrescenta que “não obstante o grande número de multiplicação celular experimentado por nosso organismo desde o estágio unicelular pós-fertilização, até a morte por extrema idade, o DNA de todas as células permanece o mesmo”.³⁶

Sobre o zigoto, Ângelo Serra³⁷ dá-nos esta valiosa lição:

³³ RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Quem é o Nascituro?** Publicado em: 03 out. 2005. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

³⁴ Cf. Relatório do Acórdão da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510-0, que teve como relator o Ministro Carlos Ayres Britto.

³⁵ COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei (Orgs.). **A bioética no século XXI**. Brasília: UnB, 2000, p. 87.

³⁶ *Ibid.*, p. 88.

³⁷ Ângelo Serra obteve o doutorado em ciências biológicas e láurea em filosofia e teologia. Foi professor de genética humana na Faculdade de Medicina e Cirurgia da Universidade Católica Sacro Cuore e Diretor de serviço de citogenética clínica do Policlínico A. Gemelli de Roma, onde também organizou o Instituto de genética humana. Membro da Pontifícia Academia para a Vida, da Academia das Ciências de Nova York, e das Sociedades Americanas de Genética e para o Progresso da Ciência e da Sociedade Britânica de Biologia Celular, como também de diversas outras sociedades e academias científicas. Autor de numerosos artigos científicos e publicações, como *Nuova genetica ed embriopoiesi umana* (1990) e *L'uomo embrione, il grande misconosciuto* (2002), é colaborador da *La Civiltà Cattolica*.

Deve-se sublinhar dois aspectos principais desta *nova célula*: o primeiro, que o zigoto tem sua *identidade determinada*, quer dizer *não é um ser anônimo*; o segundo, que é intrinsecamente orientado a um bem definido desenvolvimento, ou seja, a formar um sujeito humano, com uma precisa forma corpórea, e ambas, *identidade e orientação*, são essencialmente dependentes do *genoma*, que leva inscrita, em bem determinadas seqüências moleculares, a assim chamada *informação genética*. Na realidade, esta informação, substancialmente invariável, estabelece a sua *pertença à espécie humana*, define sua *identidade biológica individual* e carrega um *programa codificado*, que o dota de enormes *potencialidades morfogenéticas*, ou seja, de capacidades intrínsecas que atuarão autônoma e gradualmente durante o processo epigenético rigorosamente orientado. Um rápido olhar para as etapas do desenvolvimento que se sucedem nos permitirá estabelecer, com plena razão, que precisamente o zigoto é o *ponto exato, no espaço e no tempo, no qual um “indivíduo humano” inicia seu próprio ciclo vital.*³⁸ (grifos do original)

Desprezar o que a própria ciência nos diz sobre o início da vida humana (a qual, como pudemos ver, inicia-se com a fecundação) simplesmente para que - ao dizer que a vida do nascituro é inferior a de uma pessoa já nascida, que nem é vida humana, que é uma “coisa” que eu posso utilizar em meu benefício (como nas experiências com células-tronco embrionárias ou no uso dos corpos de crianças abortadas por indústrias de cosméticos³⁹) ou da qual eu possa simplesmente “me livrar” quando não a quiser ou quando isso me parecer mais vantajoso (como no caso do aborto) – as pessoas que desrespeitam, ceifam a vida humana na fase em que o ser humano se encontra mais frágil, mais indefeso (a vida intra-uterina), tentem se sentir melhor com sua consciência, é uma postura extremamente nociva para a humanidade, pois quando isso acontece é que testemunhamos as piores atrocidades, os maiores desrespeitos à dignidade da pessoa humana. Como prova, podemos citar dois momentos históricos em que isso também aconteceu: o primeiro foi a Segunda Guerra Mundial, com a utilização de judeus em experiências científicas (eles deveriam se sentir honrados por estarem dando as suas irrelevantes vidas pelo desenvolvimento da ciência em benefício dos superiores arianos – estou, obviamente, sendo irônica e faço isso para lembrar um dos argumentos dos que defendem as pesquisas com células-tronco embrionárias, segundo os quais seria uma honra para os embriões *in vitro*, que “acabariam mesmo sendo descartados” (os judeus também acabariam mesmo sendo assassinados), servirem para o desenvolvimento da ciência em benefício dos superiores “já-nascidos”), o uso de corpos de judeus por indústrias de sabão, o assassinato de milhões de judeus (como explicar que as pessoas que participavam de tais atrocidades conseguiam simplesmente sair de um campo de concentração – após assassinar inúmeros seres humanos – e irem para as suas casas, para terem uma tranqüila e feliz noite em

³⁸ SERRA, Ângelo. **Dignidade do Embrião Humano**. Pontifício Conselho para a Família. Lexicon: **Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas**. Brasília: Edições CNBB, 2007, pp. 192 e 193.

³⁹ AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Aborto? Nunca!** 4. ed. Lorena: Cléofas, 2010, pp. 126 a 135.

família, senão com o fato de que essas pessoas preferiam acreditar (ajudava a sufocar a consciência) que os judeus não eram “tão humanos” quanto os arianos, que os judeus eram simplesmente “coisas”, e não vidas?); o segundo momento histórico foi o da escravidão, em que os “homens brancos” (entre aspas porque não existe raça dos homens brancos, raça dos homens negros, mas apenas etnias) decidiram, por óbvias motivações econômicas, que os negros eram inferiores a eles, ou melhor, nem mesmo pessoas os negros eram. Já que os negros eram apenas “coisas”, então os “homens brancos” poderiam fazer o que quisessem com eles, pois o único direito dos negros era obedecer aos seus “donos”. Como boas “coisas”, eles deviam ser úteis aos seus “donos”, afinal, “para que serve uma “coisa” senão para ser útil a nós, os brancos, nós sim verdadeiros seres humanos?!” Essa falsa mentalidade, difundida por aqueles a quem interessava a escravidão dos negros, era uma forma de buscar sufocar a consciência dos “donos” de escravos (era mais fácil para um “dono” de escravo acreditar que não estava explorando, maltratando terrivelmente seres humanos, mas apenas utilizando essas “coisas”), o que explica o porquê de muitas pessoas que não eram monstros de maldade terem se sentido à vontade para possuírem escravos (elas preferiram acreditar no que lhes parecia mais cômodo).

Agora, voltando a falar da vida intra-uterina, não é mais cômodo, para aqueles que pensam em se beneficiar com as pesquisas com células-tronco embrionárias, acreditarem que embriões congelados (mesmo que a ciência demonstre, de forma que inclusive me parece óbvia, que desde a fecundação há vida humana, ou seja, que os embriões congelados também são vidas humanas; mesmo sabendo que embriões que ficaram congelados por vários anos, ao serem implantados no útero materno, continuaram normalmente o seu desenvolvimento⁴⁰; mesmo sabendo que a humanidade é algo intrínseco ao ser humano (perdoem-me a redundância, mas busco explicar o óbvio), ou seja, o ser humano tem valor por si mesmo, independente do lugar onde esteja – se congelado em um laboratório ou no útero materno) são apenas “coisas” e não vidas humanas? Uma mulher que opta pelo aborto realmente acredita que o nascituro não é um ser humano, uma vida humana, ou ela, por não querer a criança, por achar que o aborto é a forma mais cômoda de se livrar do “problema” de estar grávida, prefere

⁴⁰ “**Cientistas americanos conseguiram que uma mulher de 42 anos tivesse um filho saudável a partir de um embrião que permaneceu congelado por quase 20 anos.** [...] O congelamento suspende biologicamente o envelhecimento das células, e os cientistas defendem que um embrião pode permanecer neste estado por décadas. Até agora, o maior tempo que um embrião permaneceu congelado antes de ser transferido para o útero e gerado um bebê foi 13 anos, em um caso na Espanha. No Brasil, o recorde é de uma mulher do interior de São Paulo que deu à luz um bebê nascido de um embrião que ficara congelado por oito anos” (grifo nosso). Notícia publicada em: 11 out. 2010. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/bbc>>. Acesso em: 04 jun. 2011.

acreditar que o nascituro não é um ser humano, não é um filho dela, para, assim, tentar se sentir melhor quanto ao fato de ter assassinado (ou de ter permitido que assassinassem) seu filho ainda em seu ventre? A difusão da falsa mentalidade de que o nascituro não é uma vida humana, ou ao menos de que ele não é uma vida humana até tantas semanas da gestação, não teria como propósito (à semelhança do que aconteceu com os escravos) favorecer àqueles que buscam lucrar com a crescente indústria do aborto?

Confirmando o que falamos ao fazermos um paralelo entre o tratamento que foi dado ao escravo e o tratamento que é dado ao nascituro, não os considerando pessoas, mas apenas “coisas” sujeitas aos caprichos daqueles que os possuem (no caso do escravo, o “dono”; no caso do nascituro, a mãe⁴¹):

Em 1857 a Suprema Corte dos Estados Unidos emitia a sentença "Dred Scott". 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 elaborou 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 são cidadãos dos Estados Unidos. Nenhum Estado poderá aprovar nenhuma lei que restrinja os privilégios dos cidadãos dos Estados Unidos*". Ironicamente, esta 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 Suprema 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 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. Para declarar que o nascituro não era pessoa, e que portanto não tinha direito à vida, a Suprema Corte usou o mesmo texto da emenda que outrora

⁴¹ “Quem é o filho? Porque se o filho é um direito, ou é um “produto” (é chamado “o produto da concepção”), chega-se à óbvia conclusão que posso tratá-lo como “objeto”. Se, no entanto, o filho é “alguém” diante do qual eu devo estar como quem está diante de um mistério, então provavelmente poderemos recomeçar a refletir”. Trecho de entrevista dada pelo Dr. Carlo Valerio Bellieni, pediatra, dirigente do departamento de terapia intensiva do recém-nascido do Policlínico universitário “*Le Scotte*”, de Siena, Itália. Na mesma entrevista, o Dr. Bellieni acrescentou que “No momento chegamos realmente, em certos casos, à perda da razão, porque tendo que afirmar que a vida humana inicia no momento em que um espermatozóide e um óvulo se encontram e formam um novo DNA, é como dizer uma coisa muito banal. E, no entanto, precisamos defender esta evidência. Ter que afirmar que a vida humana não inicia quando se sai da barriga da mãe, porque na saída da barriga não muda absolutamente nada, senão um pouco de ar que entra nos pulmões, é uma obviedade. E, no entanto, estamos precisando defender também isso. Estamos indo em direção à necessidade não apenas de afirmar os valores morais, mas de afirmar a realidade”. Publicada em: 19 set. 2007. Disponível em: <<http://www.cnbb2.org.br/>>. Acesso em: 28 maio 2011.

havia proibido a escravidão. Dizia tal emenda que "*todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos são cidadãos dos Estados Unidos*". 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, a Suprema Corte declarou textualmente que "*a personalidade legal não existe nos Estados Unidos antes do nascimento*". Assim, qualquer lei, como a do Texas, que proibia o aborto até o momento do nascimento foi declarada inconstitucional. A Suprema Corte declarou textualmente que o aborto deveria ser permitido até o momento do nascimento, quando o médico julgasse necessário, conforme ele entendesse, para a **saúde** da mãe, "*considerada esta à luz de todos os fatores emocionais, psicológicos e familiares que fossem importantes para o bem-estar da paciente*". 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 (aborto a pedido - *abortion on demand*). Por uma estranha 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.⁴² (grifos do original)

3.2 A ética médica e o respeito à vida humana em todas as suas etapas

A Medicina é “uma das áreas do conhecimento humano ligada à manutenção e restauração da saúde. Ela trabalha, num sentido amplo, com a prevenção e cura das doenças humanas num contexto médico⁴³”. Assim, não há como deixarmos de relacionar a Medicina com a promoção da vida, com o zelo por esta. Dessa forma, nada mais natural que esperarmos que os médicos atuem sempre em defesa da vida humana, e nunca contra ela.

Quanto à ética médica e o respeito à vida em todas as suas etapas, inclusive na fase intra-uterina, vale lembrarmos do famoso “Juramento de Hipócrates”⁴⁴, que fazem os médicos ao se formarem. Vejamos:

Eu juro, [...], cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue:
[...] **Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e**

⁴² CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto e Moral**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm>>. Acessado em: 21 maio 2011.

⁴³ Definição dada pelo Portal da Medicina do site <<http://www.encyclopedia.com.pt/articles>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

⁴⁴ Hipócrates: filósofo grego, nascido na ilha de Cós (460-377 a.C), que, por seus ensinamentos sobre ética médica, veio a ser cognominado o Pai da Medicina. Cf. AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Aborto? Nunca!** 4. ed. Lorena: Cléofas, 2010, pp. 26 e 27.

entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva. Conservarei imaculada minha vida e minha arte. [...] Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados. Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto. Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça.⁴⁵ (grifo nosso)

Em vigor desde o dia 13 de abril de 2010, o atual Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1931/2009, em seu primeiro capítulo, traz vinte e cinco princípios fundamentais do exercício da Medicina. Destes vinte e cinco princípios, destacamos três (capítulo I, I, II e VI):

- I - A Medicina é uma profissão a serviço da saúde do ser humano e da coletividade e será exercida sem discriminação de nenhuma natureza.
- II - O alvo de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.
- [...]
- VI - O médico guardará absoluto respeito pelo ser humano e atuará sempre em seu benefício. Jamais utilizará seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Percebemos então que o médico compromete-se a respeitar, beneficiar e a ter o máximo zelo pelo ser humano, sem discriminação de nenhuma natureza, bem como se compromete a jamais utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento, exterminar ou atentar contra a dignidade e integridade do ser humano. Uma vez que o zigoto possui um patrimônio genético humano (46 cromossomos em cada célula de seu corpo, ou seja, exatamente o mesmo código genético de qualquer membro da espécie humana, seja ele uma criança, um adulto ou um idoso), único e irrepetível, código genético este que permanecerá o mesmo em todas as fases de sua vida, que determinará todas as suas características genéticas, o seu desenvolvimento intra-uterino e o extra-uterino em todas as suas etapas (infância, adolescência, vida adulta, terceira idade), é inegável que a vida humana inicia-se na

⁴⁵ Retirado do site do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo - CREMESP, <www.cremesp.org.br>. Acesso em: 28 maio 2011.

concepção⁴⁶. Ora, se desde a concepção já há vida humana, o Código de Ética Médica determina então que o médico comprometa-se a respeitar, beneficiar e a ter o máximo zelo pelo ser humano desde a concepção, sem discriminação de nenhuma natureza, bem como se comprometa a jamais utilizar seus conhecimentos para causar sofrimento, exterminar ou atentar contra a dignidade e integridade do ser humano desde a concepção.

Nesse mesmo sentido, o plenário acadêmico da Academia Nacional de Medicina de Buenos Aires aprovou, em 28 de julho de 1994, uma Declaração sobre o aborto, a qual afirmava que o início da vida humana na fecundação não é um argumento metafísico ou uma hipótese teológica, mas sim um fato cientificamente comprovado, o que faz do aborto uma negação da medicina, a qual existe para promover e proteger a vida, e não para a destruir. Além disso, a Declaração lembrou ser uma incoerência que, por um lado, a medicina invista no desenvolvimento da tecnologia no setor da reprodução humana, a fim de combater a mortalidade perinatal, salvando fetos e recém-nascidos enfermos, enquanto, por outro lado, a ciência seja conivente com o assassinato de nascituros⁴⁷.

⁴⁶ O Dr. Jérôme Lejeune, da Universidade René Descartes, em Paris, pai da genética moderna e descobridor da Síndrome de Down, afirmou que “O que define um ser humano é o fato de ser membro da nossa espécie. Assim, quer seja extremamente jovem (um embrião), quer seja mais idoso, ele não muda de uma espécie para outra. Ele é da nossa estirpe. Isto é uma definição. Diria, muito precisamente, que tenho o mesmo respeito à pessoa humana, qualquer que seja o número de quilos que pese, ou o grau de diferenciação das células.” Cf. AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **O Bebê de proveta**. Disponível em: <www.cleofas.com.br>. Acesso em: 08 nov. 2005.

⁴⁷ AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Aborto? Nunca!** 4. ed. Lorena: Cléofas, 2010, pp. 218 a 220.

4 O ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

Segundo Fernando Capez,⁴⁸ o Direito Penal é o ramo do ordenamento jurídico responsável por selecionar os comportamentos humanos mais nocivos à coletividade, capazes de ferir valores fundamentais para a convivência social (como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade), descrevendo tais comportamentos como infrações penais e cominando-lhes sanções penais (penas privativas de liberdade, penas restritivas de direitos, penas pecuniárias e medidas de segurança)⁴⁹, bem como estabelecendo as regras complementares e gerais necessárias à correta e justa aplicação dessas sanções.

Nesse contexto, o Código Penal brasileiro (Decreto-Lei n° 2.848, de 07 de Dezembro de 1940), dentre os crimes contra a vida, prevê o crime de aborto⁵⁰, o qual, nas acertadas palavras de Maria José Miranda Pereira, Promotora de Justiça do Distrito Federal, nada mais é que matar alguém que se encontra na fase de vida intra-uterina⁵¹ (que vai do momento da concepção até o nascimento):

Na qualidade de mulher e de promotora de justiça, constato que, de todos os crimes contra a vida, o aborto é o mais paradoxal, o 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 ridiculamente pequena. Tão pequena que o autor pode beneficiar-se da suspensão condicional do processo (art. 89 da 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 não foi até hoje colocado na lista dos crimes considerados hediondos (Lei 8072/1990). [...] 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,

⁴⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral** (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 1.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 358 a 360.

⁵⁰ “Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção da gravidez

⁵¹ “A vida, independentemente do seu tempo, deve ser protegida. Qual a diferença entre causar a morte de um ser que possui apenas 10 dias de vida, mesmo que no útero materno, e matar outro que já conta com 10 anos de idade? Nenhuma, pois vida é vida, não importando a sua quantidade de tempo”. GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Impetus, 2005, p. 268.

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 criancinhas a abrir o lucrativo negócio de uma clínica de abortos. O que vem ocorrendo, entretanto, é uma extrema eficiência das estratégias dos aguerridos lutadores pelo "direito" ao aborto, que tão bem dissimulam o verdadeiro propósito, propagandeando a "nobre intenção de ajudar a mulher."⁵² (grifos do original)

Ora, tendo em vista que o aborto está incluído em capítulo que trata “dos crimes contra a vida” (e não no capítulo que trata “das lesões corporais” ou “da periclitacão da vida e da saúde”, o que aconteceria se o bem jurídico tutelado pelo direito penal, ao determinar que aborto é crime, fosse a integridade física ou a saúde da gestante), e a única vida ceifada pela prática de tal crime é a da criança no ventre de sua mãe, e não a vida da gestante (ainda que a morte desta possa resultar do crime de aborto - art. 127 do CP), a única conclusão razoável a que podemos chegar é que o bem jurídico tutelado pelo referido diploma legal ao criminalizar o aborto é a vida do nascituro, ou seja, a própria lei penal diz-nos que na fase intra-uterina há vida humana (e não uma mera expectativa de vida humana) e que esta merece proteção pelo ordenamento jurídico brasileiro. Tal conclusão é, inclusive, a única que se harmoniza com o tratamento dado ao direito à vida por nossa Constituição Federal (a qual consagra o direito à vida como um direito de todos (art. 5º, *caput*), trazendo como única exceção a esse direito a pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*)), pelos tratados internacionais – dos quais o Brasil é parte - que versam sobre direitos humanos e pela legislação ordinária⁵³.

Vejamos os artigos que tratam do aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:

Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

⁵² PEREIRA, Maria José Miranda. **Aborto: a quem interessa?** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8562>>. Acesso em: 22 maio 2011.

⁵³ Vide capítulo **O DIREITO À VIDA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO** (pp. 12 a 24 da presente obra).

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro⁵⁴ e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

A redação do artigo 128 do Código penal, ao utilizar a expressão “não se pune”, referindo-se ao aborto provocado como única forma de salvar a vida da mãe e ao aborto em caso de gravidez resultante de estupro, gerou uma divisão na doutrina: parte dela⁵⁵ defende que, segundo esse artigo, o aborto, nas duas situações previstas por ele, continua a ser crime⁵⁶,

⁵⁴ **Estupro**

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º **(VETADO)** (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

⁵⁵ "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**" (grifos do original). LEMOS, Marco Antônio Silva. **O alcance da PEC 25/A/95**. Publicado no Correio Braziliense, 18/12/1995, Caderno Direito e Justiça, p. 6, *apud* CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O José do Pulo: o salto triplo do Ministro José Serra. (prática do aborto pelo SUS)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/985>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁵⁶ Crime (delito) é a conduta humana típica, antijurídica e culpável. Sobre esse conceito, Zaffaroni e Pierangeli nos dão a seguinte explicação: “Delito é uma conduta humana individualizada mediante um dispositivo legal (tipo) que revela sua proibição (típica), que por não estar permitida por nenhum preceito jurídico (causa de justificação) é contrária à ordem jurídica (antijurídica) e que, por ser exigível do autor que agisse de maneira

no entanto, por uma questão de política criminal, o agente não é punido. Essa previsão de não punição por questão de política criminal, nós chamamos de escusa absolutória⁵⁷. Assim, as condutas previstas no art. 128, I e II, do CP, não são casos de “aborto legal”, pois, ainda que não punidas, continuam a ser crime.

Para a doutrina majoritária⁵⁸, apesar de o texto do artigo 128 trazer a expressão “não se pune”, não estamos diante de escusas absolutórias, mas sim diante de duas situações em que abortar não constitui crime. Dessa forma, o aborto provocado se não há outro meio de salvar a vida da gestante e o provocado se a gravidez resulta de estupro não constituem crime, sendo, então, duas modalidades de aborto legal⁵⁹.

Segundo as normas técnicas “Atenção humanizada ao abortamento⁶⁰” e “Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual Contra Mulheres e Adolescentes⁶¹”, no caso de gravidez resultante de estupro, não é necessário boletim de ocorrência nem autorização judicial para ter acesso ao chamado “aborto legal”. A gestante precisa apenas preencher o “Termo de Relato Circunstanciado”, dando informações sobre o acontecimento do crime do qual diz ser vítima (o local, dia e hora aproximada do fato; tipo e forma de violência; descrição dos agentes da conduta, se possível; e identificação de testemunhas, se houver), e assinar um “Termo de Responsabilidade” em que diz estar ciente de que, se estiver mentindo ao dizer que foi vítima de violência sexual, responderá pelos crimes de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal) e de aborto (art. 124 do Código Penal). Deverá ainda assinar o “Termo de Consentimento Livre e Esclarecido”, em que, dentre outras coisas, a mulher declara estar ciente dos desconfortos e riscos possíveis a sua saúde

diversa diante das circunstâncias, é reprovável (culpável). O injusto (conduta típica e antijurídica) revela o desvalor que o direito faz recair sobre a conduta em si, enquanto a culpabilidade é uma característica que a conduta adquire por uma especial condição do autor (pela reprovabilidade), que do injusto se faz ao autor.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 373. Os mesmos penalistas ensinam ainda que são causas de justificação (situações que excluem o caráter delitivo de uma conduta típica) o estado de necessidade, a legítima defesa, o estrito cumprimento do dever legal e o regular exercício de direito. Cf. *Ibid.*, p. 370.

⁵⁷ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *Op. cit.*

⁵⁸ Cf. GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Impetus, 2005, p. 285.

⁵⁹ Cf. *Ibid.*, p. 283.

⁶⁰ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica**. 2. ed. atual. e ampl. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010.

⁶¹ Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica**. 2. ed. atual. e ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

envolvidos na realização do aborto. (sim, mesmo no aborto “seguro” há riscos). Se a gestante for menor de idade, os representantes legais dela também deverão assinar os referidos termos (se os representantes não quiserem assinar, o aborto não poderá ser realizado; se os representantes legais da jovem forem a favor do aborto, mas ela não, o aborto também não será realizado). A “interrupção voluntária da gravidez” (eufemismo para aborto) no caso de gravidez resultante de estupro é possível até a 20ª semana da gravidez.

O aborto no caso em que o médico diz que esse é o único meio de salvar a vida da mãe, segundo a norma “Gestação de alto risco”, pode ser realizado até a 28ª semana da gravidez, precisando apenas que dois médicos assinem termo dizendo que são favoráveis ao procedimento.⁶²

Para compreendermos melhor quem é essa criança, chamada pelas mencionadas normas técnicas de conteúdo da concepção, que será covardemente assassinada no útero materno, vejamos como se dá o desenvolvimento fetal até a 28ª semana, quando ainda é possível abortar “legalmente” no Brasil:

Primeiro trimestre

- 0 a 4 semanas

Uma vez que o óvulo é fecundado sofre um processo de divisão à medida que passa para as trompas de Falópio. A célula divide-se em duas durante as primeiras 24 horas e no quarto dia já é uma massa, constituída por mais de 100 células, chamada zigoto. O óvulo continua a dividir-se à medida que é arrastado pelas trompas em direção ao útero. Por sua vez, o útero vai-se preparando graças ao aumento de estrogênio e de progesterona. Neste momento o bebê corresponde a um conjunto de células designado de blastocisto que tem uma massa no interior que é o próprio embrião. Esta massa está rodeada por uma cavidade cheia de um líquido, que irá transformar-se no líquido amniótico, e por um conjunto de células que irão transformar-se na placenta. Quando começa o desenvolvimento começa também a produzir-se a hormona da gravidez hCG (gonadotrofina coriônica humana) cuja função é suspender a ovulação e aumentar a produção de estrogênio e progesterona (para impedir que o blastocisto se desprenda do útero). Esta hormona é a que possibilita dar o resultado positivo no teste de gravidez. Desta forma, na terceira semana poderá saber se está grávida. Na 4ª semana o embrião tem a forma de um disco constituído por três camadas de células que depois serão os diferentes tecidos do corpo humano. O disco interno (endoderme) irá tornar-se nos pulmões, no fígado e no sistema digestivo. O disco médio (mesodermo) constitui os ossos, os músculos, os rins, os órgãos sexuais e o coração do bebê. Por último, o disco externo (ectodermo) formará a pele, o cabelo, os olhos e o sistema nervoso. **Neste momento o seu filho mede aproximadamente três milímetros e está completamente agarrado à placenta.**

- 5 a 8 semanas

O embrião cresce a um ritmo muito rápido. Na quinta semana começam a formar-se os rins, o fígado, o sistema nervoso, a coluna vertebral, a cabeça e o tronco. Uma

⁶² Cf. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Gestação de alto risco: norma técnica**. 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

parte do centro do embrião irá converter-se no coração do bebê. Na sexta semana o embrião já cresceu cerca de 6 milímetros. Se pudesse ver para dentro do útero encontraria uma cabeça enorme com umas manchas escuras que correspondem à formação dos olhos e do nariz. De lado estão dois buracos que marcam os ouvidos ainda em crescimento. Por baixo uma abertura que mais tarde será a boca do bebê e umas pequenas “pregas” que serão a garganta. Por dentro a língua e as cordas vocais começam a tomar forma. **O cérebro aumenta de tamanho e o coração já bate a um ritmo de 100 a 130 pulsações por minuto.** Começa a notar-se o que mais tarde serão os braços e as pernas. As mãos e os pés assemelham-se a pás porque os dedos ainda não estão definidos. A circulação do sangue também inicia o seu funcionamento. É nesta altura que se diferenciam os órgãos genitais e se desenvolvem os intestinos. O bebê já tem os lábios e o nariz visíveis. Formam-se os dentes e o interior da boca e os ouvidos começam a desenvolver-se. As pálpebras cobrem parcialmente a íris que já tem cor. Desenvolve-se o cordão umbilical que fornece alimento e elimina os resíduos do bebê. Para além disso, o sistema digestivo e os pulmões continuam a ganhar forma. O bebê também tem um apêndice e um pâncreas que, eventualmente, produzirá o hormônio insulina para ajudar na digestão. O fígado já está a trabalhar na produção de glóbulos vermelhos. **No final da oitava semana o bebê já mede 2,5 centímetros. Todos os órgãos principais já estão formados, mas não completamente. A cauda embrionária do bebê desaparece. O cérebro está completamente desenvolvido e os neurônios começam a dividir-se formando o sistema nervoso.**

- 9 a 12 semanas

Os dedos desenvolvem-se formando as impressões digitais. Todas as articulações começam a trabalhar para que o bebê movimente os seus membros. **O crescimento do cérebro aumenta rapidamente. Cerca de 250 mil novos neurônios são produzidos a cada minuto.** As pálpebras permanecem fechadas e não vão abrir até às 27 semanas. Os lóbulos das orelhas já estão formados e até ao final da semana todas as funções dos ouvidos estão completas. O lábio superior está completamente formado e a sua boca e narinas começam a mudar. **A cada dia aparecem novos detalhes no corpo do bebê – unhas, pelugem, etc.** Os dedos estão agora completamente distintos. As pernas esticam e os pés podem ser bastante grandes. A pele ainda é transparente permitindo ver muitos vasos sanguíneos. Alguns ossos começam agora a endurecer. **No final deste trimestre o bebê mede cerca de 6,3 centímetros e pesa mais ou menos 14 gramas. A cabeça começa a ficar redonda e a cara a tomar forma (aqui já é possível ver o perfil do bebê).** Os olhos, que no início estavam nos lados da cabeça, ficam agora sobre a cara e os ouvidos estão próximos das posição certa.

Segundo trimestre de gravidez

- 13 a 16 semanas

O corpo do bebê começa agora a ficar proporcional. Durante este período começam a surgir os pêlos e as sobrancelhas. A pele do bebê é coberta com uma pelugem macia, chamada de lanugo, que serve de proteção. O sistema reprodutivo desenvolve-se. Nos homens a próstata, nas meninas os ovários. O fígado do bebê começa a secretar a biliar, um sinal de que já está a funcionar corretamente. E o baço inicia a produção de glóbulos vermelhos. Nesta fase já é possível saber se é menino ou menina. O seu filho mede agora cerca de 15 centímetros e pesa aproximadamente 70 gramas. Nas próximas semanas o bebê crescerá muito rápido.

- 17 a 20 semanas

Para além do lanugo o corpo do bebê está coberto com uma substância gordurosa cuja finalidade é proteger a pele. Esta gordura vai desaparecendo ao longo das próximas semanas. As cordas vocais já funcionam. Os olhos e as orelhas alcançaram a sua localização definitiva. Os ossos do ouvido interno e as terminações nervosas do cérebro já estão desenvolvidos o suficiente para que você possa ouvir alguns sons, como os batimentos cardíacos e o sangue que passa pelo cordão umbilical. O seu bebê vai começar a comer mais. **Pela 20ª semana o bebê tem cerca de 20 centímetros e pesa mais ou menos 255 gramas.**

- 21 a 24 semanas

O bebê tem aproximadamente 27 centímetros e pesa entre 560 a 680 gramas. **De agora em diante começa a desenvolver-se os sentidos, principalmente o tacto e o paladar. O sistema que controla os sentimentos e as emoções está em plena formação.** Os sistemas digestivo, circulatório e respiratória estão a amadurecer e a preparar-se para a vida fora do útero. Os vasos sanguíneos desenvolvem-se e os pulmões já estão prontos para a respiração.

O cérebro cresce rapidamente e aparecem as papilas gustativas. Às vezes pode parecer que o bebê está com soluços. Os pulmões desenvolvem os alvéolos e as suas células produzem uma substância que ajuda os sacos de ar a trabalhar facilmente.

- 25 a 28 semanas

Durante o sétimo mês o bebê vai mudar de posição e adotar a posição final. **As pálpebras começam a separar-se e o bebê já é capaz de abrir os olhos e ter percepção de alguma luz.** Os pulmões, o fígado e o sistema imunitário ainda têm que amadurecer. **No entanto, se o bebê nascesse neste momento teria uma hipótese de sobreviver de 65%.** Ele mede agora cerca de 36 centímetros e pesa pouco mais de um quilo.⁶³ (grifo nosso)

4.1 Artigo 128, I, do Código Penal

Para a corrente que defende que o aborto realizado em qualquer uma das duas situações descritas pelo artigo 128 do Código Penal brasileiro não constitui crime, o artigo 128, I, seria um caso de estado de necessidade.⁶⁴

Estado de necessidade⁶⁵, de acordo com Fernando Capez, é:

causa de exclusão da ilicitude da conduta de quem, não tendo o dever legal de enfrentar uma situação de perigo atual, a qual não provocou por sua vontade, sacrifica um bem jurídico ameaçado por esse perigo para salvar outro, próprio ou alheio, cuja perda não era razoável exigir⁶⁶.

⁶³ Disponível em: <<http://www.todopapas.com.br/gravidez/semanas-a-semanas/desenvolvimento-do-feto-semana-a-semana--3021>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

⁶⁴ Cf. GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Impetus, 2005, p. 283.

⁶⁵ 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. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - Não pode alegar estado de necessidade quem tinha o dever legal de enfrentar o perigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - Embora seja razoável exigir-se o sacrifício do direito ameaçado, a pena poderá ser reduzida de um a dois terços. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

⁶⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral** (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 274.

Capez ressalta ainda que, para alegar, quanto ao sacrifício de um bem, o estado de necessidade, é necessário que não houvesse uma outra forma de salvar direito próprio ou alheio de perigo atual, devendo-se sempre escolher o meio menos danoso de afastar esse perigo⁶⁷.

Assim, quanto ao art. 128, I, só poderíamos falar em estado de necessidade se, verdadeiramente, o aborto, diante de um perigo atual de morte para a gestante, fosse o único meio de salvar a vida dela⁶⁸. No entanto, lembremos que, na gravidez de alto risco, há um RISCO de morte para a mãe, enquanto que com a prática do aborto há a CERTEZA de morte do filho. Além disso, sabemos que a medicina dispõe hoje de recursos cada vez mais avançados para o tratamento da saúde humana, inclusive quanto à assistência pré-natal, não cabendo que se fale em aborto como único meio terapêutico para salvar a vida da mãe (não lhes parece estranho que o assassinato de um ser humano no ventre de sua mãe seja visto como meio terapêutico?). Sustentando esse mesmo entendimento, a Academia de Medicina do Paraguai, em Declaração sobre o aborto, aprovada em Plenário Acadêmico Extraordinário no dia 04 de julho de 1996, referindo-se à prática do aborto “terapêutico”, afirmou que: “Em casos extremos, o aborto é um agravante, e não uma solução para o problema⁶⁹”.

Nesse sentido, já em 1965, o médico-legal J. B. de Oliveira e Costa Júnior, em aula inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, disse, quanto ao artigo 128, I, do CP (denominado aborto necessário ou terapêutico pela doutrina) que:

se me fosse permitido, chamá-lo-ia de abôrto desnecessário ou, então, de abôrto anti-terapêutico [...] Não nego que, no passado, indicações raríssimas, fossem justificadas do ponto de vista médico, para salvar a vida materna, sem a consideração dos argumentos contrários, de ordens mais ponderáveis, os quais não pretendo aduzir, porque me propus, a mim mesmo, tratar do tema unicamente dentro do âmbito da medicina; porém, na atualidade, insistir-se no mesmo propósito só poderia demonstrar má fé ou ignorância. Basta que meditemos um pouco nas palavras pronunciadas, em 1948, pelo Prof. Raul Briquet, e que nunca foi ligado a qualquer preceito ou preconceito religioso, quando afirmou que o abôrto terapêutico significava “deficiência de conhecimentos médicos ou inobservância dos princípios básicos da assistência pré-natal” [...] Ante os processos atuais da terapêutica e da

⁶⁷ *Ibid.*, p. 279.

⁶⁸ “Do ponto de vista moral, a atitude correta da mãe consistiria em preferir a sua morte à do filho. Afinal de contas, seria esse tipo de ação que se esperaria de uma mãe em relação a um filho já nascido. A criança no ventre materno é tão humana quanto a criança que já veio à luz.” MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos, uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006, p. 150.

⁶⁹ AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **Aborto? Nunca!** 4. ed. Lorena: Cléofas, 2010, pp. 77 e 78.

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 desejado⁷⁰.

Observemos ainda que existem algumas situações em que determinados tratamentos de saúde da gestante podem ter o efeito secundário e não desejado (e que deve ao máximo ser evitado) de causarem a morte do nascituro. Essas situações não se confundem de forma alguma com o aborto provocado, pois o procedimento abortivo tem como efeito primário e desejado a morte do nascituro, a pretexto de ser esse um meio de preservar a vida da mãe, enquanto os referidos tratamentos de saúde (os quais, por colocarem em risco a vida do nascituro, só são aceitáveis no caso de risco iminente de morte da mãe, em que este risco não possa ser evitado de outra maneira) têm como efeito primário e desejado preservar a vida da mãe, sendo a morte do nascituro um efeito secundário, não desejado e, ao máximo, evitado, contudo tolerado. Aqui, a preservação da vida da mulher é conseguida diretamente pelo tratamento de saúde aplicado (e não por meio da morte do nascituro, como acontece no aborto), sendo a morte do nascituro um efeito secundário (e não um meio) que se aceita (e que não é provocada diretamente, como no aborto) quando há a impossibilidade de salvar a vida da mãe e do filho⁷¹.

Apesar de ser moralmente lícito a gestante se submeter a tratamento de saúde na situação descrita acima, lembremos que todas as mães (ao menos aquelas que verdadeiramente merecem ser chamadas de mães) não hesitariam em arriscar ou mesmo em dar as suas vidas para salvarem, mesmo que a chance fosse mínima, seus filhos já nascidos. Por que então não ter a mesma coragem e a mesma demonstração de amor ilimitado quanto aos filhos não nascidos?⁷²

Quanto ao artigo 128, I, do Código Penal, tendo em vista a situação acima descrita, em que um tratamento de saúde para evitar a morte da gestante pode ocasionar, como

⁷⁰ Preleção inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965. Publicado na Revista da Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1965, volume IX, p. 312-330.

⁷¹ Cf. CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O aborto (des)necessário**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abdesn.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁷² Santa Gianna Beretta Molla, médica pediatra italiana, estava grávida quando descobriu estar com o útero canceroso. Seu médico falou-lhe da urgência de submetê-la a uma histerectomia (extração do útero), para extirpar o tumor, pois a gestante corria risco de morte. Ela, no entanto, heroicamente, recusou-se a passar pela cirurgia, para assim preservar a vida de sua filha. Gianna faleceu uma semana após ter dado à luz Gianna Emanuela, que hoje é médica como a mãe. Cf. *Ibid.*

efeito secundário e não desejado, a morte do nascituro, o advogado e presidente do Pró-Vida de Anápolis, Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, sugere, em substituição da atual e inaceitável (tanto do ponto de vista moral quanto do ponto de vista legal) redação do referido artigo, a seguinte redação:

Art. 128 - Não constitui crime um procedimento médico, não diretamente abortivo, tendente a salvar a vida da gestante, que tenha como efeito secundário e indesejado, embora previsível, a morte do nascituro.

Parágrafo único: A exclusão de ilicitude referida neste artigo não se aplica:

I - se a morte do nascituro foi diretamente provocada, ainda que tenham sido alegadas razões terapêuticas

II - se era possível salvar a vida da gestante por outros procedimentos que não tivessem como efeito secundário a morte do nascituro.⁷³

4.2 Artigo 128, II, do Código Penal

Quanto ao art. 128, II, que trata do chamado “aborto sentimental”, há doutrinadores que dizem que se trataria apenas de uma situação específica de inexigibilidade de conduta diversa⁷⁴, sendo esta, segundo Capez, uma “causa de exclusão da culpabilidade, fundada no princípio de que só podem ser punidas as condutas que poderiam ser evitadas.”⁷⁵ Será então que não abortar no caso de gravidez resultante de estupro pode ser considerada uma conduta inexigível (mesmo sabendo que abortar é matar um ser humano inocente e indefeso)?

Como mulher, inclusive pelos testemunhos de mulheres violentadas que tive a oportunidade de ler ou de ouvir, imagino o quanto é dolorosa a experiência de um estupro. A mulher que sofre tal violência costuma se sentir “suja”, envergonhada, invadida na sua

⁷³ CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc76755>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁷⁴ “Entendemos, com a devida *venia* das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.” GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói: Impetus, 2005, p. 287.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral** (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 328.

intimidade, violada na sua liberdade ou até mesmo culpada (“Se eu não tivesse ido por aquele caminho”, “Se eu não tivesse ido para casa tão tarde” ou “Se eu não tivesse ficado com tanto medo que nem tive coragem de gritar por socorro”). Nessa situação, a mulher gostaria de esquecer o que lhe aconteceu, fingir que foi só um “sonho ruim”. Isso faz com que muitas delas não denunciem o caso à polícia e tenham até mesmo vergonha de contar o acontecido para as pessoas próximas a ela. No entanto, essa postura de simplesmente “tentar esquecer” (como se desse) que foi violentada, fingir que nada aconteceu, não seja uma forma eficaz de superar o trauma. Enfrentar o fato de que foi vítima de um crime extremamente cruel - o estupro - com a ajuda de um psicológico, com o apoio da família, dos amigos e, para aquelas que crêem, com o incomparável apoio de Deus, percebendo que ela foi vítima e não culpada, que é o estuprador (e não ela que é inocente) quem tem motivo para sentir vergonha do que aconteceu e que, se ela deixar que a lembrança do estupro a impeça de ser feliz, ela estará permitindo que o violentador continue a exercer um domínio sobre a sua liberdade, é essa sim uma forma eficaz de a mulher superar o trauma e seguir sua vida, sem desistir de ser feliz. Entretanto, como já foi dito, muitas vezes a postura da mulher vítima de estupro é a de tentar apagar da lembrança a violência sofrida, fingir que foi um pesadelo, apagar qualquer vestígio do que aconteceu (por isso reações como, ao chegar em casa logo após o ocorrido, tomar banho lavando exageradamente a pele, jogar no lixo as roupas que usava quando sofreu a agressão), mas algo inesperado pode acontecer: a mulher começa a sentir enjôos, sono excessivo, os seus seios inchados e doloridos, a menstruação atrasa...não, ela não quer acreditar, mas é verdade, ela está grávida.

Nesse contexto, a mulher pode, levada pela dor da violência sofrida, transferir a raiva, ou o ódio, que tem do estuprador para o bebê, por ver neste um vestígio do que aconteceu que ela não pode apagar. O que fazer então? Como vimos, desde a concepção há uma vida humana, a qual, inclusive, já é tutelada pelo direito brasileiro (uma vez que o Brasil adotou a teoria concepcionista quanto ao início da personalidade da pessoa natural), sendo o direito à vida o direito mais básico da pessoa humana (é preciso estar vivo para exercer outros direitos!). Aqui, temos duas possibilidades: a primeira é dizer para essa mulher que, acima do direito à vida que o filho dela (sim, filho dela) possui, está o direito dela de dispor do seu próprio corpo (mas o bebê faz parte do corpo da mulher ou está no corpo da mulher?⁷⁶), de

⁷⁶ “Um outro argumento, totalmente descabido, mas ainda muito usado e repetido, é que a criança é parte do corpo da mãe, uma espécie de apêndice que poderia ser extirpado sem problemas morais. Os defensores dessa tese acabam por inventar uma nova anatomia. Pois no meu tempo de adolescente, aprendi que o corpo humano é composto de cabeça, tronco e membros. Para eles, o corpo humano teria quatro partes: cabeça, tronco, membros

não ser obrigada a levar adiante uma gravidez resultante de uma violência, de proteger a sua honra (e estar grávida por ter sofrido uma violência sexual é uma desonra? A mulher perde a honra quando é estuprada? Não seria esse, ao contrário do que pregam as feministas favoráveis ao aborto, um pensamento machista (uma vez que tanto a mulher quanto o bebê são inocentes, a única pessoa, nesse caso, que eu vejo que perdeu a honra foi o agressor, pelo ato abominável que ele praticou?)); a segunda possibilidade é esclarecer essa mulher de que a criança que ela leva em seu ventre é tão inocente quanto ela e que não é justo que o bebê pague pelo crime que o pai dele cometeu⁷⁷, que a criança é um ser humano que merece ter sua vida respeitada e que seria uma crueldade tirar a vida do bebê (e essa mãe sabe, por experiência própria, quão terrível é ser vítima da crueldade de outrem), que, se ela não se sentir capaz de amar essa criança, não quiser criar esse filho, ela pode dar essa criança para adoção (a mulher não é obrigada a criar esse filho, mas também não tem o direito de dispor da vida dele) e que matar, ou permitir que se mate, um filho, ainda que indesejado, no próprio ventre seria se impor mais um trauma além do trauma do estupro⁷⁸.

e criança. Esta última poderia ser cortada com a mesma facilidade com que se cortam as unhas e os cabelos. Dá para aceitar?" CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto e Moral**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁷⁷ “Em setembro de 1998 os jornais noticiaram um trágico acontecimento. Uma menina de dez anos, de iniciais C.B.S., moradora do município de Israelândia, GO, havia sido sofrido abuso sexual por dois velhos e estava grávida. Seus pais queriam que ela fizesse aborto. O público ficou extremamente chocado, e com razão, com a monstruosidade de dois velhos abusarem de uma menina. No entanto, a imprensa desviou sistematicamente a atenção do bebê que a menina carregava no útero, e que não tinha culpa alguma de ter um pai estuprador. Inutilmente eu e meus companheiros pró-vida fomos até Israelândia para dissuadir a família de abortar. Até mesmo um casal de Brasília já se havia oferecido para adotar o bebê tão logo ele nascesse. Apesar disso as forças da morte prevaleceram. No dia 3 de outubro de 1998, às 9h 30min, o bebê, que já tinha quatro meses, foi executado no Hospital de Jabaquara, São Paulo. A equipe que fez o aborto disse que usou de uma microcesariana, mas evitou (com razão) contar os detalhes. Eu, porém, vou contar. Os "médicos" fizeram uma incisão no útero da menina e retiraram a criança ainda viva e presa ao cordão umbilical. Seu coração estava batendo e seus olhinhos fitavam os olhos dos algozes. É bem provável que ela tenha respirado e chorado. Que fizeram então os médicos? Um dos procedimentos seguintes: asfixiaram o bebê contra a placenta; estrangularam o bebê; ou simplesmente cortaram seu cordão umbilical e jogaram-no na lata de lixo mais próxima, até que morresse. Pergunto: o aborto é ou não é mais monstruoso que o estupro? Os dois velhos foram presos. Não acompanhei seu julgamento, mas certamente eles não receberam mais do que dez anos de reclusão, que é a pena máxima prevista para o estupro (Código Penal, art. 213). O bebê, porém, sem nenhum direito de defesa, foi condenado sumariamente à pena de morte. Tal assassinio violou frontalmente um princípio consagrado em nossa Constituição de que "nenhuma pena passará da pessoa do condenado" (art. 5º - inciso XLV). Desta vez a pena não apenas passou do pai para o filho, mas foi aumentada: de pena de reclusão para pena de morte.” CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto e Moral**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁷⁸ Nesse caso, diante de uma colisão entre princípios constitucionais (de um lado, temos a liberdade e a autonomia da vontade da gestante de decidir se leva ou não a gravidez adiante e, do outro, o direito de um ser humano, o nascituro, à vida), deve prevalecer o de maior peso, o direito à vida, o mais elementar dos direitos humanos, pois de modo algum é razoável dar à mãe o direito de dispor da vida do seu filho, sendo, no entanto, asseguradas à gestante a liberdade e a autonomia de vontade para decidir se deseja criar seu filho ou entregá-lo para a adoção. Quanto à solução para a colisão de princípios, vejamos o que nos diz Cachichi, apoiado em Alexy: “Na condição de mandamentos de otimização, sem que haja invalidade de qualquer um deles, um dos princípios

Sobre essa situação, vejamos o que nos diz o Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz:

Certa vez um navio navegava tranquilamente 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 argüíram 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 firme⁷⁹.

Temos, assim, que o aborto em caso de gravidez resultante de estupro é ilegal, pois, além de o ordenamento jurídico brasileiro tutelar o direito do nascituro à vida, em harmonia com a nossa Carta Magna, a qual proclamou o direito à vida em todas as suas fases (art. 5º, *caput*), significando dizer que o artigo 128 não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não há o que se falar em inexigibilidade de conduta diversa. Além disso, o

cede em relação a outro na precisa medida exigida pelas circunstâncias do caso concreto em que a colisão sucedeu. Noutras palavras, as nuances do caso concreto determinarão qual o princípio detém menos peso, a ceder em favor do de maior peso". CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33132-41840-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2011. Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 93. [trad. esp. Teoría de los derechos fundamentales. 2. ed. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007].

⁷⁹ CRUZ, Luiz Carlos Lordi da. **Um passageiro indesejado**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/passind.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

aborto, ao contrário do que defendem os abortistas, não é, de forma alguma, um meio de garantir o bem-estar da mulher (como vimos, o que garante o bem-estar da mulher que foi estuprada é o recebimento de apoio psicológico, familiar, espiritual, ajudando-a a superar a violência sofrida), pois, além de tirar uma vida humana, é prejudicial também para a mãe.

O já citado Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz recebeu, em 20 de dezembro de 2005, uma mensagem, enviada por correio eletrônico, de uma jovem que já abortou dois filhos, na qual essa jovem partilhou sobre os terríveis efeitos psicológicos do aborto. Tal mensagem foi publicada, com a anuência da jovem, no site do Pró-Vida de Anápolis. Leiamos:

Paz e Bem! Padre, o que mais quero de Deus é o seu perdão e o perdão dos anjinhos que não vieram ao mundo por minha total culpa. Não há um dia em minha vida que não me lembre do que fiz e daria minha própria vida para voltar atrás. Deus, não há dor maior! É dor de alma, tristeza profunda no íntimo. Quantas mulheres cometem o aborto sem a exata noção do que causa em seu emocional e psicológico. Eu sou uma delas. Padre, por 02 vezes pratiquei tal ato horrendo e não consigo me perdoar por isso. Mesmo me confessando e tendo palavras de consolo e compaixão do sacerdote, eu não consigo me perdoar Deus em sua infinita misericórdia e amor nos aceita. Sei que Ele ama o pecador, mas não o pecado. Já se passaram 05 e 04 anos deste meu erro e todas as vezes que leio sobre o assunto, eu não consigo controlar o tremor que sinto no coração. É uma ferida aberta. Hoje tenho muitos traumas. Até de maternidade. Gostaria muito de casar, mas gostaria de adotar uma criança ou mais de uma. Meu pensamento é que, se os dois primeiros pelo meu egoísmo e desespero, não tive a capacidade de amá-los suficientemente ao ponto de ir contra todos e o mundo para tê-los, eu não tenho o direito de agora com minha situação boa querer ter filhos. Os que se foram tem igual valor dos que poderiam vir a nascer hoje. É uma punição que dou a mim mesma. Eu AMO muito crianças Pe Lodi. Eu tenho muito amor no meu coração pelo meu próximo. Por isso me cobro e me culpo tanto pelo ato que fiz no passado. Na Bíblia, Saulo quando teve o encontro pessoal com Jesus, sentiu dores na alma pelas vidas que tirou na perseguição dos cristãos. Eu conheço essa dor. Às vezes quando durmo, parece que minha alma está em agonia. Participo de diversos retiros da Igreja Católica, inclusive de retiros de Cura de Traumas. Hoje, faço parte de um ministério de música católica e faço de tudo para esclarecer as jovens sobre esta terrível decisão. Pe Lodi, peço a Deus por sua luta e que o Senhor Jesus possa abençoá-lo e dar-lhe força para continuar com este trabalho. Deus te abençoe sempre!! Roberta (Rio de Janeiro - RJ)⁸⁰

Segundo o professor Tonino Cantelmi, psiquiatra e psicoterapeuta, e a psicóloga clínica Cristina Carace, ao falarem do que se convencionou chamar de síndrome pós-aborto (que é uma espécie de transtorno de estresse pós-traumático causado pela experiência do aborto), "O vínculo mãe-feto começa imediatamente depois da concepção, também nas mulheres que projetam abortar – afirmam –, enquanto os processos psicológicos substantivos

⁸⁰ Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/index1.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

a esta relação precoce são inconscientes e vão além do controle consciente da mãe⁸¹”. Assim, o aborto, além de ser uma violência inaceitável contra o nascituro, deixa também profundas marcas nas mães que decidiram abortar, pois a mulher sabe que consentiu no assassinato de seu próprio filho. Mesmo que ela o considerasse só uma expectativa de vida, ela sabe que seu filho viria a nascer, a menos que essa mulher viesse a sofrer um aborto espontâneo, se ela não tivesse decidido abortar. Esse fato de ter impedido uma criança, o próprio filho, de nascer não é algo que é possível desprezar. Dessa forma, mesmo que o filho não fosse desejado, mesmo que a própria mulher tenha decidido abortar, essa mãe terá que pagar o alto preço de saber que ela pôs fim a uma vida humana.

⁸¹ **Transtornos pós-aborto na psique da mulher são silenciados.** Publicado em: 02 out. 2007. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

5 NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto, relator da ADIN 3.510-0 (que questionava a constitucionalidade do artigo 5º da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005 - Lei de Biossegurança, que disciplina a realização de pesquisas com células-tronco embrionárias humanas - e cuja decisão foi, lastimavelmente, pela liberação de pesquisas com células-tronco embrionárias, apesar de termos visto a fundamentada afirmação de inúmeros cientistas de que desde a concepção já há vida humana, ou seja, de que o embrião, esteja ele congelado em um laboratório ou no ventre materno, é uma vida humana), em seu voto, que foi pela total improcedência da referida ADIN (apesar de o Ministro Ayres Britto ter assumido, no mesmo voto, que a vida humana se inicia na concepção⁸²), afirmou que:

Não que a vedação do aborto signifique o reconhecimento legal de que em toda gravidez humana já esteja pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas: a da mulher grávida e a do ser em gestação. Se a interpretação fosse essa, então as duas exceções dos incisos I e II do art. 128 do Código Penal seriam inconstitucionais, sabido que a alínea *a* do inciso XLVII do art.5º da Magna Carta Federal proíbe a pena de morte (salvo “em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX”). O que traduz essa vedação do aborto não é outra coisa senão o Direito Penal brasileiro a reconhecer que, **apesar de nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal ser uma pessoa física ou natural**, ainda assim faz-se portadora de uma dignidade que importa reconhecer e proteger. Reconhecer e proteger, aclare-se, nas condições e limites da legislação ordinária mesma, devido ao mutismo da Constituição quanto ao início da vida humana.⁸³ (grifo do original)

Seguindo o raciocínio do referido Ministro, temos então que, se a lei reconhece que em toda gestação humana já está pressuposta a presença de pelo menos duas pessoas (e, como já vimos, para o ordenamento jurídico brasileiro o nascituro é pessoa), a da mulher

⁸² “Por este visual das coisas, **não se nega que o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino**. Um gameta masculino (com seus 23 cromossomos) a se fundir com um gameta feminino (também portador de igual número de cromossomos) para a formação da unitária célula em que o zigoto consiste” (grifo do original). ADI 3510/DF, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

⁸³ ADI 3510/DF, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

grávida e a do ser em gestação, os incisos I e II do artigo 128 do Código Penal (que tratam, respectivamente, da não punição do aborto se não há outro meio de salvar a vida da gestante e se a gravidez resulta de estupro) são inconstitucionais, pois a Lei Maior brasileira proíbe, salvo em caso de guerra declarada, a pena de morte (art. 5º, XLVII, *a*, da CF). Como já vimos, o ordenamento jurídico brasileiro adotou a teoria concepcionista, o que significa que desde a concepção o ser humano é legalmente considerado pessoa. Nesse sentido, vejamos trecho do voto, ainda na ADIN 3.510-0, do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Ricardo Lewandowski:

A se levar às últimas conseqüências tal raciocínio, qual seja, o da prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre as leis ordinárias⁸⁴, não há como deixar de concluir, *concessa venia*, que a vida, do ponto de vista estritamente vista legal, começa na concepção, ou seja, a partir do encontro do espermatozóide com o óvulo. Isso porque o art. 4, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, sem cuidar da implantação ou não do ovócito fecundado em um útero humano – até porque à época de sua aprovação não se cogitava, ainda, da técnica da fertilização extra-corpórea -, estabelece, *tout court*, o seguinte: “Toda a pessoa tem direito que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde a concepção**” (grifei). Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão “em geral” nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in utero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo⁸⁵.

Quanto à incompatibilidade do artigo 128 do Código Penal com a atual Constituição Federal brasileira, Maria Helena Diniz ensina-nos que:

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**

⁸⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 47.

⁸⁵ ADI 3510/DF, Rel. Ministro AYRES BRITTO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 29/05/2008, DJ 28/05/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/>>. Acesso em: 21 maio 2011.

Constituição Federal de 1988. É indubitável que o aborto sem pena, previsto no art. 128, é um delito⁸⁶ (grifo nosso).

Nesse mesmo sentido, Ives Gandra Martins:

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 permitia (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.⁸⁷

Pelo princípio da supremacia da Constituição⁸⁸, temos que a Constituição Federal é a Lei Maior do nosso ordenamento jurídico, servindo como fundamento de validade para todos os dispositivos infraconstitucionais. Isto significa que as normas jurídicas infraconstitucionais devem manter coerência com a Constituição Federal, sob pena de exclusão do dispositivo infraconstitucional colidente. Assim, uma vez que a Constituição garante a todos o direito à vida em todas as suas fases, todo o nosso ordenamento jurídico deve também voltar-se para a proteção da vida, devendo qualquer dispositivo infraconstitucional contrário a essa proteção ser expelido do nosso ordenamento jurídico.

Uma vez que o artigo 128 do Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940) estabelece, sem amparo constitucional, duas exceções ao direito à vida (direito este que, como foi dito, foi consagrado por nossa Lei Maior como um direito de todos (art. 5º, *caput*, da CF), ao qual trouxe como única exceção a ele a possibilidade de aplicação

⁸⁶ 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, p. 56.

⁸⁷ MARTINS, Ives Gandra. **Pena de morte para o nascituro**. O Estado de S. Paulo, 19 set. 1997, p. A-2. *apud* BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: (promulgada em 5 de outubro de 1988)**. v. 8. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 1035, nota de rodapé n. 4.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005, p. 46.

de pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*, da CF)), temos que esse artigo é claramente incompatível com a Constituição Federal de 1988.

O Supremo Tribunal Federal, órgão incumbido por nossa Carta Magna de guardá-la (art. 102, *caput*, da CF), entende que, em caso de lei anterior à atual Constituição Federal não ser compatível com esta, a lei anterior não é dita inconstitucional⁸⁹ (pois só há inconstitucionalidade congênita, enquanto tal lei já se encontrava em vigência quando foi promulgada a nova Constituição), mas sim se diz que a lei anterior não foi recepcionada pela nova Carta Magna⁹⁰. De acordo com o artigo 1º, p.u., I, da Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a ação idônea para provocar o STF a uma manifestação sobre a não recepção, por nossa Lei Maior, de lei que viole preceito fundamental quando tal lei é anterior ao advento da Constituição Federal de 1988.⁹¹ Reconhecida a não recepção, a decisão tem força vinculante, bem como efeitos *erga*

⁸⁹ “a lei só poderá ser inconstitucional se estiver em litígio com a Constituição sob cujo pálio agiu o legislador. A correção do ato legislativo, ou sua incompatibilidade com a lei maior, que o macula, há de ser conferida com a Constituição que delimita os poderes do Poder Legislativo que elabora a lei, e a cujo império o legislador está sujeito. É em relação a nenhuma outra. O legislador não deve obediência à Constituição antiga, já revogada, pois ela não existe mais. (...) Muito menos à Constituição futura, inexistente, por conseguinte, por não existir ainda. É por essa singelíssima razão que as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham”. Cf. BROSSARD, Paulo. **Constituição e Leis a Ela Anteriores**. Revista Trimestral de Direito Público, 4/1993, p. 16.

⁹⁰ RE 396.386/SP, Rel. Ministro CARLOS VELLOSO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/06/2004, DJ 13/08/2004: EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. DANO MORAL: OFENSA PRATICADA PELA IMPRENSA. INDENIZAÇÃO: TARIFAÇÃO. Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa, art. 52: NÃO-RECEPÇÃO PELA CF/88, artigo 5º, incisos V e X. RE INTERPOSTO COM FUNDAMENTO NAS ALÍNEAS a e b. I. - O acórdão recorrido decidiu que o art. 52 da Lei 5.250, de 1967 - Lei de Imprensa - não foi recebido pela CF/88. RE interposto com base nas alíneas a e b (CF, art. 102, III, a e b). Não-conhecimento do RE com base na alínea b, por isso que o acórdão não declarou a inconstitucionalidade do art. 52 da Lei 5.250/67. **É que não há falar em inconstitucionalidade superveniente. Tem-se, em tal caso, a aplicação da conhecida doutrina de Kelsen: as normas infraconstitucionais anteriores à Constituição, com esta incompatíveis, não são por ela recebidas. Noutras palavras, ocorre derrogação, pela Constituição nova, de normas infraconstitucionais com esta incompatíveis.** II. - A Constituição de 1988 emprestou à reparação decorrente do dano moral tratamento especial - C.F., art. 5º, V e X - desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. Posta a questão nesses termos, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa. Se o fizéssemos, estaríamos interpretando a Constituição no rumo da lei ordinária, quando é de sabença comum que as leis devem ser interpretadas no rumo da Constituição. III. - Não-recepção, pela CF/88, do art. 52 da Lei 5.250/67 - Lei de Imprensa. IV. - Precedentes do STF relativamente ao art. 56 da Lei 5.250/67: RE 348.827/RJ e 420.784/SP, Velloso, 2ª Turma, 1º.6.2004. V. - RE conhecido - alínea a -, mas improvido. RE - alínea b - não conhecido.

⁹¹ “Trata-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental, com pedido de medida liminar, proposta pelo Partido Popular Socialista - PPS, objetivando que esta Corte declare que não foi recepcionado pela Constituição de 1988 o art. 86 do Decreto-Lei 200, de 25 de fevereiro de 1967 (...). Preliminarmente, reconheço a legitimidade ativa *ad causam* da agremiação partidária que assina a inicial, (...) **Depois, anoto que, (...) é cabível a arguição de descumprimento de preceito fundamental para evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, ou quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, inclusive anteriores à Constituição.** (...) não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade – isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia

omnes (Art. 10, §3º, da Lei nº 9.882) e, em regra, *ex nunc* (uma vez que a incompatibilidade não se deu quando do nascimento da norma, mas sim após a promulgação de nossa atual Carta Magna, que aconteceu em 05 de outubro de 1988), sendo ainda controversa a permissibilidade da modulação temporal dos efeitos em relação às hipóteses de não recepção.⁹²

Os legitimados para proporem ADPF (art. 103, da CF e art. 2º, I, da Lei nº 9.882) são: o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. Pelo art. 2º, §1º, da Lei nº 9.882, temos ainda que qualquer interessado pode solicitar ao Procurador-Geral da República a propositura de ADPF, situação em que o Procurador-Geral da República examinará os fundamentos jurídicos do pedido e decidirá sobre o cabimento do seu ingresso em juízo.

constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata – há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental. (...) Assim, numa primeira análise dos autos, reconheço que se afigura admissível a utilização da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, sob o aspecto do princípio da subsidiariedade, vez que a norma nela impugnada veio a lume antes da vigência da Constituição de 1988. No que concerne ao pedido de medida liminar, todavia, verifico que não se mostram presentes os requisitos autorizadores de sua concessão, quais sejam, *o fumus boni iuris* e *o periculum in mora*. Com efeito, observo que o dispositivo atacado estabeleceu que a tomada de contas referentes à movimentação dos créditos destinados à realização de despesas reservadas ou confidenciais será feita em caráter sigiloso. Ocorre, porém, que o princípio da publicidade na Administração Pública não é absoluto, porquanto a própria Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso XXXIII, *in fine*, restringiu o acesso público a informações cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (...) Em outras palavras, tanto o dispositivo contestado na presente ação, quanto o art. 5º, XXXIII, da Lei Maior, ressaltaram o caráter sigiloso de determinadas informações relativas à Administração Pública. Não considero, portanto, suficientemente caracterizado *o fumus boni iuris*, seja porque o sigilo dos dados e informações da Administração Pública, ao menos numa primeira análise da questão, encontra guarida na própria Carta Magna, seja porque ele não é decretado arbitrariamente, mas determinado segundo regras legais pré estabelecidas." (ADPF 129-MC, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática, julgamento em 18-2-08, DJE de 22-2-08)." (grifo nosso) **“Diante de todos esses argumentos e considerando a razoabilidade e o significado para a segurança jurídica da tese que recomenda a extensão do controle abstrato de normas também ao direito pré-constitucional, não se afiguraria despropositado cogitar da revisão da jurisprudência do STF sobre a matéria. A questão ganhou, porém, novos contornos com a aprovação da Lei n. 9.882, de 1.999, que disciplina a arguição de descumprimento de preceito fundamental e estabelece, expressamente, a possibilidade de exame da compatibilidade do direito pré-constitucional com norma da Constituição Federal. Assim, toda vez que se configurar controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito federal, estadual ou municipal, anteriores à Constituição, em face de preceito fundamental da Constituição, poderá qualquer dos legitimados para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade propor arguição de descumprimento.”** (ADPF 33-MC, voto do Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 29-10-03, DJ de 6-8-04)". (grifo nosso) Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=1>>. Acesso em: 05 jun. 2011.

⁹² AMORIM, Victor. **Possibilidade de modulação dos efeitos na ADPF em se tratando de direito pré-constitucional.** Disponível em: <<http://vajamorim.blogspot.com/2011/03/possibilidade-de-modulacao-dos-efeitos.html>>. Acesso em: 06 jun. 2011.

Assim, qualquer cidadão, ainda que não possa ele mesmo propor ADPF, não apenas pode, mas deve exigir de seus representantes que não permaneçam indiferentes diante da nefasta permanência de um dispositivo legal (o artigo 128 do CP) que representa um inconstitucional e abominável “direito de matar”.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos que o direito à vida foi proclamado pela Constituição Federal de 1988 como um direito de todos (art. 5º, *caput*), tendo a nossa Lei Maior estabelecido como única exceção a esse direito a permissão de aplicar-se pena de morte em caso de guerra declarada (art. 5º, XLVII, *a*).

Analisamos ainda tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, bem como vários dispositivos infraconstitucionais, observando que, para o ordenamento jurídico brasileiro, desde a concepção o nascituro já possui personalidade jurídica, sendo ele, portanto, sujeito de direito, especialmente quando se trata do direito mais elementar da pessoa humana: o direito à vida.

Verificamos também que a proteção da vida do nascituro desde a concepção está em perfeita concordância com o que nos diz a ciência sobre o início da vida humana.

Sabendo que desde a fecundação já há um ser humano cuja vida é tão valiosa e merece tanto respeito quanto a vida de qualquer pessoa já nascida, vimos que o aborto tem a mesma conseqüência de um homicídio, ou seja, matar alguém, com a diferença de que, no aborto, a vítima, um bebezinho inocente, ainda se encontra no ventre materno.

Examinamos o artigo 128, I e II, do Código Penal brasileiro, artigo esse que trata dos supostos abortos legais – aborto quando o médico diz ser esse o único meio de salvar a vida da mãe e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, e verificamos que o art. 128, I, não representa um caso de estado de necessidade (além de o risco de morte para a mãe não justificar a morte certa de um ser humano, filho dela, e de ser imoral utilizar o assassinato de um ser humano (o nascituro) como “meio terapêutico”, sabemos que, para a medicina atual, existem outros meios (estes sim verdadeiramente terapêuticos) de tratar a saúde e preservar a vida da mulher em gravidez de alto risco, o que exclui o aborto como único meio de salvar a vida da mãe, e se o aborto não é o único meio de salvar a vida da mãe, é impossível que haja aqui um estado de necessidade).

Quanto ao art. 128, II, vimos que não se trata de um caso de inexigibilidade de conduta diversa, uma vez que o direito do nascituro à vida está acima da vontade da mãe de levar ou não a gravidez adiante (como dissemos, a mãe não é obrigada a criar a criança, pois pode entregar seu filho para adoção, mas de forma alguma essa mãe tem direito de tirar a vida

do ser humano que leva em seu ventre, pois o fato de o corpo dela ser o lugar onde o nascituro se desenvolve não faz dela a dona dessa vida), bem como a permissão do aborto nesse caso seria condenar uma criança inocente, o nascituro, à pena de morte pela repulsa por um crime – o estupro – que não ele, mas o pai dele cometeu. Além disso, o aborto não ajuda a mulher grávida em decorrência de um estupro a superar o trauma pela violência sofrida, mas sim é um outro trauma, talvez até pior que o do estupro, para ela (com o aborto, essa mulher terá que lidar com o fato de ter provocado a morte de um ser humano, o próprio filho dela).

Mostramos que o artigo 128 do Código Penal é incompatível com a nossa Carta da República, pois esse artigo fere, quanto ao nascituro, o direito à vida e o respeito à dignidade da pessoa humana, os quais são garantidos pela Lei Maior brasileira.

Diante da não recepção do referido artigo 128 pela Constituição Federal de 1988, sugerimos que os cidadãos brasileiros exijam de seus representantes que proponham uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental para que o Supremo Tribunal Federal possa reconhecer a não recepção da referida norma, o que fará com que esta não mais possa ser usada para justificar a desumana e inaceitável prática do aborto.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Victor. **Possibilidade de modulação dos efeitos na ADPF em se tratando de direito pré-constitucional.** Disponível em:

<<http://vajamorim.blogspot.com/2011/03/possibilidade-de-modulacao-dos-efeitos.html>>.

Acesso em: 06 jun. 2011.

ANNONI, Danielle. **O Legado da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas.** Revista Ius Gentium/ Faculdade Internacional de Curitiba. v. 1, n. 2 (jul./dez. 2007).

Curitiba: Ibplex, 2007.

AQUINO, Felipe Rinaldo Queiroz de. **O Bebê de proveta.** Disponível em:

<www.cleofas.com.br>. Acesso em: 08 nov. 2005.

_____. **Aborto? Nunca!** 4. ed. Lorena: Cléofas, 2010.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.** v. 8. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Departamento de Gestão de Políticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Gestação de alto risco: norma técnica.** 3. ed. Brasília: Ministério da Saúde, 2000.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica.** 2. ed. atual. e ampl. – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. **Atenção humanizada ao abortamento: norma técnica.** 2. ed. atual. e ampl. – Brasília : Ministério da Saúde, 2010.

CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. **A distinção entre princípios e regras como espécies de normas na obra Teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.** Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/33132-41840-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 1: parte geral** (arts. 1º a 120). 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARVALHO, Júlio Marino. **Os direitos humanos no tempo e no espaço**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei (Orgs.). **A bioética no século XXI**. Brasília: UnB, 2000.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **O anteprojeto de Código Penal**. Disponível em: <<http://providafamilia.org/doc.php?doc=doc76755>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. **O José do Pulo: o salto triplo do Ministro José Serra. (prática do aborto pelo SUS)**. Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 42, 1 jun. 2000. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/985>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. **Aborto e Moral**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abomoral.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. **O aborto (des)necessário**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/abdesn.htm>>. Acesso em: 21 maio 2011.

_____. **Um passageiro indesejado**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/passind.htm>>. Acesso em: 07 jun. 2011.

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.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil: teoria geral**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERREIRA, Alice Teixeira; SOARES, André Marcelo Machado; BATISTA, Cláudia Maria de Castro *et al.* **Vida: O Primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Direito médico**. 9. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

GRECO, Rogério. **Direito Penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa.** Niterói: Impetus, 2005.

HERKENHOFF, João Baptista. **Filosofia do direito.** Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.
MACHADO, Hugo de Brito. **Introdução ao estudo do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Teoria dos valores jurídicos, uma luta argumentativa pela restauração dos valores clássicos.** Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; LIMA, Taisa Maria Macena de. **Direito à reparação do nascituro por morte do genitor em acidente de trabalho, dano moral e personalidade do nascituro.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 51, n. 81, p. 113-136, 2010.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Manual da monografia jurídica. 5. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Saraiva, 2007.

PEREIRA, Maria José Miranda. **Aborto: a quem interessa?** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/8562>>. Acesso em: 22 maio 2011.

Preleção inaugural dos Cursos Jurídicos da Faculdade de Direito da USP de 1965. Publicado na Revista da Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1965, volume IX, p. 312-330.

QUEZADO, Paulo; SANTIAGO, Alex. **Crimes sexuais: comentários à Lei nº 12.015/09 sobre os crimes contra a dignidade sexual.** 1. ed. Fortaleza: Gráfica e Editora Fortaleza, 2010.

RAMOS, Dalton Luiz de Paula. **Quem é o Nascituro?** Publicado em: 03 out. 2005. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRA, Ângelo. **Dignidade do Embrião Humano**. Pontifício Conselho para a Família. Lexicon: **Termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas**. Brasília: Edições CNBB, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

SILVEIRA, José Neri da. **Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/16602>>. Acesso em: 23 maio 2011.

SILVESTRIN, Natália Cristina Damásio. **Da inconstitucionalidade superveniente e da flexibilização da coisa julgada inconstitucional**. Revista da ESMESC, v. 17, n. 23, 2010. Disponível em: <<http://revista.esmesc.org.br/index.php/re/article/view/9>>. Acesso em: 24 maio 2011.

TAVARES, Andre Ramos. Curso de direito constitucional. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

TELES, Ney Moura. **Direito penal: parte especial: arts. 121 a 212**. v. 2. São Paulo: Atlas, 2004.

Transtornos pós-aborto na psique da mulher são silenciados. Publicado em: 02 out. 2007. Disponível em: <<http://www.zenit.org/>>. Acesso em: 20 maio 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ANEXO

ANEXO – A história da Religiosa estuprada na Bósnia

A Irmã Lucy Veturse, da Bósnia, foi estuprada por soldados sérvios durante a guerra entre essas etnias da antiga Iugoslávia, após a queda do comunismo. Embora violentada e humilhada, ela não admitiu o aborto e preferiu ter que deixar a vida religiosa para criar seu filho, do que abortá-lo.

Eis, a seguir, a carta emocionante que ela escreveu à sua Superiora (publicado na revista **Pergunte e Responderemos**, Nº 386, 1994, p. 318 a 321).

“Revda. Madre Geral,

Eu sou Lucy Veturse, uma das Junioristas que foram violentadas pelos milicianos sérvios ... acontecimento que atingiu a mim e às duas Irmãs Religiosas: Tatiana e Sendria.

Seja-me permitido não descer a certos particulares do fato. Há experiências tão tristes na vida que não podem ser comunicadas para ninguém a não ser àquele Bom Pastor a quem me consagrei no ano passado com os três votos religiosos.

O meu drama não é a humilhação padecida, como mulher, nem a ofensa insanável feita à minha escolha existencial e vocacional, mas é sobretudo a dificuldade de inscrever na minha fé um acontecimento que certamente faz parte do insondável e misterioso plano dAquele que eu continuarei a considerar sempre o meu Divino Esposo.

Tinha lido, poucos dias antes, o “Diálogo das Carmelitas” de Bernanos e me tinha sido espontâneo pedir ao Senhor poder eu mesmo morrer mártir. Ele me tomou na palavra,...mas de que jeito! Encontro-me atualmente numa angustiante noite escura do espírito. Ele destruiu o projeto de vida que eu considerava definitivo para mim. De improviso me inseriu em um novo desígnio que neste momento é, para mim, ainda a ser descoberto.

No meu caderno de notas tinha escrito, nos anos de minha adolescência, que nada é meu, eu não pertenco a ninguém, ninguém me pertence. Alguém, pelo contrário, me apanhou, numa noite que não queria mais lembrar, me arrancou de mim mesma, pensando tornar-me algo dele.

Era dia quando acordei; o primeiro pensamento foi mesmo aquele da agonia de Jesus no Horto. Desencadeou-se em mim uma luta terrível: perguntava-me, de um lado, por que Deus teria permitido que eu fosse dilacerada e destruída, naquilo mesmo que eu considerava a razão do meu viver, e, de outro lado, para qual novo chamado queria Ele que eu me candidatasse.

A custo, levantei-me e, enquanto auxiliada por irmã Josefina, procurava-me arrumar, escutei do Mosteiro das Agostinianas, que se situava perto do nosso, o toque do sino de Sexta. Fiz o sinal da cruz e mentalmente rezei o hino da Liturgia: “Nesta hora foi nos dada gloriosa salvação, pela morte do Cordeiro, que na Cruz trouxe o perdão...”

O que é, Madre, o meu sofrimento e a ofensa padecida em comparação a tudo aquilo que sofreu Aquele pelo qual eu tinha mil vezes prometido dar a vida? Disse então bem devagar: “Seja feita a tua vontade, sobretudo agora que não tenho outro apoio senão a certeza de que Tu, Senhor, estás perto de mim”.

Escrevo, Madre, não para receber da senhora conforto, mas para que me auxilie a agradecer a Deus por me ter associado a milhares de minhas compatrióticas ofendidas na honra e forçadas à maternidade indesejada. Minha humilhação junta-se à delas e, pois que não tenho outra coisa para oferecer para a expiação dos pecados cometidos pelos anônimos violentadores e para uma pacificação entre as duas opostas etnias, aceito a desonra padecida e a entrego à misericórdia de Deus.

Não se surpreenda se eu lhe peço compartilhar comigo o “obrigado” que poderia parecer-lhe absurdo. Chorei, nestes meses, todas as minhas lágrimas pelos meus dois irmãos assassinados pelos mesmos agressores que estão espalhando terror em nossas cidades e pensava que mais do isso não poderia sofrer. Nem imaginava que a dor pudesse ter bem outras dimensões...

À porta do nosso convento batiam cada dia centenas de criaturas famintas, tiritando de frio, com o desespero nos olhos. Lembro-me que na semana anterior uma moça de dezoito anos me tinha assim falado: “Felizes vocês que escolheram um lugar onde a maldade não pode entrar”. Tinha em mãos o livro “As alegrias do Profeta” e continuou em voz baixa: “Vocês não vão mais experimentar o que é desonra”.

Refleti demoradamente naquelas palavras e me convenci de que havia uma parte secreta da dor e do sofrimento de minha gente que ficava despercebida também a mim, e quase sentia um sentimento de pudor por ser excluída de sua participação.

Agora eu sou uma entre elas, uma das tantas anônimas mulheres do meu povo com o corpo destruído e a alma devastada. Nosso Senhor me admitiu a participar de seu mistério de vergonha; mais ainda a mim, Religiosa e freira, concedeu o privilégio de compreender até o fundo a força diabólica do mal.

Sei que, de agora em diante, as palavras de encorajamento e de consolação que conseguir extrair do meu pobre coração, serão com certeza aceitas, porque a minha história é a história delas e a minha resignação, sustentada pela fé, poderá servir, se não de exemplo, pelo menos de referencial para as suas reações morais e afetivas.

É bastante um sinal, uma pequena voz, um chamariz fraternal para colocar em movimentação a esperança de um exército de criaturas desconhecidas. Deus escolheu a mim (Deus me perdoe esta presunção) para guiar as pessoas mais humilhadas da minha gente para um alvorecer de redenção e de liberdade. Não terão mais dúvidas sobre a sinceridade das minhas propostas, porque estou chegando da fronteira da abjeção.

Lembro que, quando freqüentava em Roma a Universidade “*Auxilium*” para a formatura em Letras, uma idosa docente de Literatura Eslava citava os seguintes versos do poeta Alexei Mislovich: “Tu não deves morrer, porque tu escolheste ficar do lado da vida”. Na noite em que fui dilacerada pelos sérvios, por horas seguidas continuava a repetir para mim mesma aquelas palavras que me pareciam como um bálsamo para a alma, mesmo no momento em que o desespero parecia aflorar para me apanhar. Agora tudo passou e, se me volto para trás, tenho a impressão de ter tido um terrível sonho feio.

Tudo passou, mas, Madre, tudo está para começar. No seu telefonema, depois de suas palavras de conforto, de que ficarei agradecida por toda a minha vida, a senhora me colocou uma clara pergunta: “Que farás da vida que te foi jogada no seio?”. Percebi que sua voz tremia ao me colocar esta interrogação, à qual achei pouco oportuno responder logo, não porque não tivesse já refletido sobre a escolha, a decisão a ser tomada, mas para não atralhar as eventuais propostas e projetos seus a meu respeito.

Eu já decidi. Se for mãe, o menino será meu e de ninguém mais. Sei que poderia confiá-lo a outras pessoas, mas ele tem direito, mesmo não sendo esperado por mim, nem pedido, ao meu amor de mãe.

Não se pode arrancar uma planta de suas raízes. O grão caído no chão precisa de crescer lá onde o misterioso semeador, mesmo sendo iníquo, o jogou. Realizarei minha vocação religiosa, mas de outra maneira. Não peço nada à minha Congregação, que já me deu tudo. Fico agradecida pela solidariedade fraternal das coirmãs, que nestes dias me encheram de atenções e amabilidades, em particular por não me ter incomodado com perguntas indiscretas. Irei embora com meu filho, se Deus quiser. Não sei ainda aonde, mas Deus, que interrompeu improvisamente minha maior alegria, me orientará e indicará o caminho a percorrer para cumprir sua vontade.

Voltarei a ser uma moça pobre, retomarei meu velho avental, meus tamancos, que as mulheres usam nos dias de semana, e irei com minha mãe a recolher a resina da casca dos pinheiros dos nossos vastos bosques.

Deve mesmo haver alguém que comece a quebrar a corrente de ódio que deturpa, há tanto tempo, os nossos países. Ao filho que vier (se Deus quer que venha) ensinarei mesmo somente o AMOR. Ele, nascido pela violência, testemunhará, perto de mim, que a única grandeza que honra a pessoa humana, é aquela do PERDÃO.”

Irmã Lucy Veturse

