

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ  
FACULDADE DE DIREITO

FRANCISCO DAVI FERNANDES PEIXOTO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS  
ANENCEFÁLICOS

FORTALEZA  
2006

FRANCISCO DAVI FERNANDES PEIXOTO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INTERRUPTÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS  
ANENCEFÁLICOS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará  
em 22/02/2006, como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Francisco Régis Frota Araújo

FORTALEZA  
2006

2006  
FRANCISCO DAVI FERNANDES PEIXOTO

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS  
ANENCEFÁLICOS

Monografia submetida à Coordenação do Curso de  
Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará  
em 22/02/2006, como requisito parcial para obtenção do  
grau de bacharel em Direito.

Aprovada em \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA

---

Prof. Francisco Régis Frota Araújo (Orientador) - Mestre  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Prof. Victor Hugo Medeiros de Alencar  
Universidade Federal do Ceará (UFC)

---

Marcelo Lopes Barroso  
Defensor Público da União

A meus pais,  
Ozânias e Glória,  
por todos os sacrifícios

“É fácil notar as injustiças, difícil é fazer a justiça.”  
Mahatma Ghandi

## RESUMO

Inicialmente temos que ressaltar que este trabalho não lida apenas com a ciência jurídica, mas também com a sociologia, história, filosofia e um pouco da medicina. Isto é necessário porque este trabalho trata da controversa questão social da legalização do aborto no caso de fetos anencefálicos. Expõe também o aborto enquanto fenômeno social e seus efeitos e consequências jurídicas. Por fim, enfatiza os direitos fundamentais, especialmente a Dignidade da Pessoa Humana, e como esta está diretamente relacionada com aqueles direitos e com o problema dos fetos anencefálicos e da interrupção da gravidez.

Palavras-Chave: Aborto, Anencefalia, Direito Fundamentais, Dignidade da Pessoa Humana.

## ABSTRACT

Initially, we have to highlight that this work will not deal only with the law science, but also with sociology, history, philosophy and some of the medicine. It is necessary, because this work deals with the controversial social question of the legalization of the abortion in the case of anencephalic fetus. Also exposes the abortion while a social phenomenon and its juridical effects and consequences. At least, emphasizes the fundamental rights, especially the Dignity of the Human Person, and how this is directly related with those rights and with the problem of the anencephalic fetus and the interruption of the pregnancy.

**Key-Words:** Abortion, Anencephaly, Fundamental Rights, Dignity of the Human Person.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>2 GESTAÇÃO E ABORTO - ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA.....</b>	<b>11</b>
2.1 Aborto e Sociedades da Antiguidade.....	12
2.2 O Aborto na Idade Média – Influências do Cristianismo.....	16
2.3 O Aborto e Sociedade Moderna - As inovações do Século XX.....	20
2.4 O Aborto no Brasil – Do Código Imperial à Modernidade.....	22
<b>3 ANENCEFALIA – CONCEITO E IMPLICAÇÕES.....</b>	<b>27</b>
3.1 A Anencefalia e os Critérios de Vida e Morte.....	31
3.2 A Bioética e a Anencefalia.....	37
3.3 A ADPF nº 54 e o Direito Constitucional à Saúde.....	42
<b>4. O CRIME DE ABORTO E A QUESTÃO DA ANENCEFALIA.....</b>	<b>45</b>
4.1 Conceito e Princípios de Direito Penal.....	45
4.1.1 Princípio da Intervenção Mínima.....	49
4.1.2 Princípio da Liberdade, Princípio da Legalidade e Princípio da Tolerância.....	52
4.1.3 Princípio da Humanidade.....	55
4.2 Crime de Aborto - Classificação Doutrinária.....	56
4.3 Tipos de Aborto (Arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40).....	59
4.4 Anencefalia e Direito Penal – Atipicidade da Conduta.....	66
4.5 Anencefalia e Direito Penal – Inexigibilidade de Conduta Diversa.....	71
<b>5. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETOS ANENCEFÁLICOS.....</b>	<b>74</b>
5.1 Breve Histórico da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais.....	76
5.2 Características e Classificação dos Direitos Fundamentais.....	82
5.3 A Dignidade da Pessoa Humana.....	89
5.4 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais.....	94
5.5 A Dignidade da Pessoa Humana e a Anencefalia.....	100
<b>6 CONCLUSÃO.....</b>	<b>103</b>
<b>7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....</b>	<b>105</b>



## 1 INTRODUÇÃO

Recentemente, com a chamada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 54, que atualmente tramita no Supremo Tribunal Federal, foi colocado em foco a discussão acerca da interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

Conhecido remédio constitucional, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental tem como objetivo evitar a lesão de determinado preceito tido como fundamental pela constituição em face de qualquer ato do Estado, ou até mesmo reparar dano a preceito fundamental que advenha de ato estatal, quando houver relevante controvérsia entre a Constituição Federal de 1988 e qualquer lei ou ato normativo Federal, Estadual ou Municipal, anterior ou posterior.<sup>1</sup>

A dita ADPF nº 54, formulada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS, questionava os arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940, em face dos seguintes preceitos fundamentais expressos na Carta Magna: a Dignidade da Pessoa Humana (Art 1º, III), a Legalidade, em seu conceito mais amplo, da Liberdade e da Autonomia da Vontade (art. 5º, II) e também os diretamente relacionados à Saúde (Art. 6º *caput*, e Art .196).

Destarte, conforme o despacho do Min. Marco Aurélio, relator do processo: “O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da

---

<sup>1</sup> Nesse sentido: MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2002. p. 642.

gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.”

O vigor com que se dão as discussões entre os juristas sobre o tema, perante a quase que ausente composição doutrinária acerca do mesmo, bem como os conflitos sociais suscitados são os principais motivos que me levaram a escrever acerca deste tão discutido tema.

No sentido etimológico, a palavra aborto origina-se de *ab* – privação, e *ortus* – nascimento. A palavra aborto na verdade se refere ao produto da concepção abortada, interrompida. Já abortamento sim, etimologicamente, significa a conduta de abortar.

O cerne da questão aqui desenvolvida será acerca da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, de sua legalidade ou ilegalidade pelo ordenamento, tendo em vista, principalmente, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

## 2 GESTAÇÃO E ABORTO - ANÁLISE HISTÓRICA E SOCIOLÓGICA

Antes de adentrarmos no tema da anencefalia propriamente dita, bem como do crime de aborto, convém dispormos brevemente acerca o aborto, enquanto fenômeno histórico e social.

Fazê-lo-emos não apenas pela prudência, mas principalmente para a melhor compreensão sociológica do fenômeno do aborto, como este foi tratado por diferentes civilizações e culturas durante o tempo.

É sabido que atualmente o aborto, embora tido como ato ilícito pela maioria, senão por todas as legislações e ordenamentos jurídicos mundiais atuais, nem sempre teve esse tipo de tratamento, vez que, em certas civilizações este era permitido, senão incentivado em alguns casos.

Analisaremos inicialmente as principais civilizações do mundo antigo que trataram o tema, seu pensamento acerca do mesmo, bem como a forma como suas leis lidavam com este.

No mundo antigo, como aliás, iria perdurar durante muito tempo, daremos especial abordagem à civilização dos gregos, seus pensadores e filósofos e suas idéias principais acerca do aborto e da concepção, tendo uma especial atenção para os pensamentos de Platão, Aristóteles, Licurgo, Sólon e Hipócrates.

Posteriormente, veremos como o cristianismo, durante e após a Idade Média, influenciou nesta temática, dando enfoque especial ao pensamento de Santo Tomás de Aquino e Santo Agostinho.

Com efeito, é um erro considerarmos que o pensamento cristão acerca do aborto, levando em consideração a Igreja Católica Apostólica Romana, foi o mesmo desde a sua fundação, não tendo variado durante o tempo.

Ora, a Igreja Católica Apostólica Romana é um instituição secular que influenciou, e ainda influencia, a sociedade ocidental de diversas formas e em diversos níveis, de modo que tomar por pressuposto que uma instituição deste porte teve sempre o mesmo pensamento e os mesmos princípios é um desatino.

Toda instituição segue o caminho natural, às vezes de forma brusca outras vezes mais suave, de evoluir junto com a sociedade. Voltar às costas para as transformações sociais e tentar impor um pensamento retrógrado e conservador é um verdadeiro contra-senso.

Também neste capítulo, analisaremos o aborto na sociedade moderna, para depois adentrarmos no tema da anencefalia propriamente dita. Não abordaremos a anencefalia enquanto fenômeno na idade antiga ou na idade média, pois não a mesma não tinha como ser diagnosticada até o fim do século XX.

Com efeito, somente no final do século XX, após a segunda guerra mundial, foi que as ciências passaram a receber grandes investimentos do setor público e privado, sendo a época em que se deu o grande salto do conhecimento da humanidade.

O enorme avanço de ciências como a biologia, a física, a medicina e a química, para citar algumas, trouxe à tona novas e intrigantes discussões filosóficas, como por exemplo, o problema que nos propomos a discutir neste trabalho, acerca da dignidade da pessoa humana e da interrupção de gestação de fetos anencefálicos.

Com efeito, os pensadores e a filosofia nunca mais seriam os mesmos, tendo que se adaptar a nova realidade que a descoberta de problemas, até então sem resposta, estava sendo dada pela ciência, porém, para cada nova descoberta, sempre se abria uma janela.

Você acha que há lugar para a filosofia no mundo de hoje?

Claro, mas só se for baseada no atual estado de conhecimento e realização científicos [...] Os filósofos não podem isolar-se contra a ciência. Ela não apenas ampliou enormemente nossa visão da vida e do universo: também revolucionou as regras segundo as quais opera o intelecto. (JACOB, 1993 apud HOBBSAWN, 1995, p. 504)

## 2.1 Aborto e Sociedades da Antiguidade:

A primeira legislação a tratar acerca do aborto como crime foi, sem dúvida, o famoso Código de Hammurabi. Uma das primeiras codificações legais de que se tem história, o Código de Hammurabi recebeu este nome por ter sido criado durante o reinado de Khammu-rabi, ou como ficou mais conhecido Hammurabi, cujo breve período durante o século dezoito antes de Cristo (1792-1759 a.C.) “...forneceu o modelo, realizado em poucas oportunidades, para um só reino ao sul da Mesopotâmia, com sua capital na Babilônia.” (BARRACLOUGH et al., 1996, p. 24).

Apesar de já ser um enorme avanço para a legislação da antiguidade histórica, o Código de Hammurabi funcionava basicamente pela *lex talionis*: “Um olho por um olho, um dente por um dente.”

Essa é a lição do emérito doutrinador **César Roberto Bitencourt**:

Com a evolução social, para evitar a dizimação das tribos, surge a *lei de talião*, determinando a reação proporcional ao mal praticado: *olho por olho, dente por dente*. Esse foi o maior exemplo de tratamento igualitário entre infrator e vítima, representando de certa forma a primeira tentativa de humanização da sanção criminal. A *lei de talião* foi adotada no Código de Hamurábi (Babilônia), no Êxodo (hebreus) e na Lei das XII tábuas (romanos) (BITENCOURT, 2003, p. 22)

Senão vejamos a letra do Código de Hammurabi, *in verbis*:

Art. 209 - Se alguém bate numa mulher livre e a faz abortar, deverá pagar dez siclos pelo feto.

Art. 210 - Se essa mulher morre, se deverá matar o filho dele.

Art. 211 - Se a filha de um liberto aborta por pancada de alguém, este deverá pagar cinco siclos.

Art. 212 - Se essa mulher morre, ele deverá pagar meia mina.

Art. 213 - Se ele espanca a serva de alguém e esta aborta, ele deverá pagar dois siclos.

Art. 214 - Se esta serva morre, ele deverá pagar um terço de mina.

Como se pode observar existia clara distinção entre as classes sociais, sendo que a classe a qual pertencia a vítima influía diretamente para a aplicação ou não de uma pena mais

severa. Todavia, não havia punição para a mulher que praticava aborto, mas apenas se um terceiro causa abortamento nesta.

Um posicionamento diferente tinham os Assírios, povo belicoso e militarmente engenhoso, cujo império precedeu o império persa. Para os Assírios, a mulher que praticasse abortamento tinha como pena a empalação, isto é, ser trespassada por uma lança pelo ânus, além de que o seu corpo não podia ser sepultado.

Já o Código Persa, estabelecia punições para a mulher, o homem e o terceiro que de qualquer forma concorressem para o crime, *in verbis*:

- Art. 40. Se um homem conhece uma mulher, sob poder ou não, casada ou não, e a faz mãe;
- Art. 41. Se ela declara que a criança é desse homem;
- Art. 42. Se este lhe diz: consulta uma velha;
- Art. 43. Se a mulher consulta uma velha;
- Art. 44. Se esta velha traz venenos ou remédios próprios para matar o germe ou o expulsar, ou plantas capazes de fazer abortar;
- Art. 45. E se disser à mulher: desembaraça-se dessa criança;
- Art. 46. E se a mulher se desembaraça da criança;
- Art. 47. O homem, a mulher e a velha são igualmente culpados por esse crime.

A lei mosaica dos antigos hebreus, ou, em hebraico, “Torá”, que significa “a instrução, a lei”, também estabelece penas para o crime de aborto, seguindo também a regra da *lex talionis*. Dos cinco livros que constituem o Pentateuco, o chamado Decálogo e o Código da Aliança (Capítulos 20 ao 23), o livro Êxodo, estabelece o seguinte:

- Se homens brigarem, e acontecer que venham a ferir uma mulher grávida, e esta der a luz sem nenhum dano, eles serão passíveis de uma indenização imposta pelo marido da mulher, e que pagarão diante dos juízes.
- Mas, se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe.

A lei do Decálogo e o Código da Aliança foi praticamente repetida no Código Deuteronômio (conhecido com “segunda lei”), de modo que, não havia punição para a mulher que praticasse conduta abortiva entre os antigos hebreus.

Na antiga Grécia, enquanto filósofos como Sólon e Licurgo eram contrários ao aborto, Platão e Aristóteles o defendiam, porém, somente enquanto não existisse alma no produto da concepção, o chamado sopro da vida.<sup>2</sup>

Os pensamentos de Aristóteles e Platão foram verdadeiros predecessores das idéias de Thomas Malthus, pois o primeiro aconselhava o aborto para manter o equilíbrio entre os meios de subsistência e a população, ao passo que o segundo defendia o aborto em toda mulher que concebesse após os quarenta anos de idade.

Todavia, não podemos deixar de mencionar Hipócrates, chefe da escola de medicina de Cós, considerado o pai da medicina científica grega. Antes de Hipócrates, a medicina era vista mais como uma parte da mitologia, sendo a chamada “arte de curar os males”, ensinada aos homens pelo centauro Quíron, que teve como discípulo Esculápio, cujo símbolo era a serpente, daí o símbolo da medicina ser este.

Foi a partir de Hipócrates que os sacerdotes curadores (denominados asclepiades) e os médicos passaram a distanciar-se cada vez mais, de modo que, gradualmente os templos e as escolas de medicina se distanciaram até romperem totalmente.

A obra de Hipócrates constitui o chamado *Corpus Hippocraticum* “constituído por mais de cinquenta tratados, que representa a mais imponente documentação antiga de caráter científico que chegou até nossas mãos.”(REALE; ANTISERI, 1990, p. 114).

Dentre o *Corpus Hippocraticum* está o juramento de Hipócrates, feito até hoje por milhares de médicos recém-formados em todo o mundo e que estabelece:

Por Apolo médico, por Esculápio, por Higéia, por Panacéia e por todos os deuses e deusas, invocando-os por testemunhas, juro manter este juramento e este pacto escrito, segundo as minhas forças e o meu juízo. [...] Não darei a ninguém nenhum preparado mortal, nem mesmo se me for pedido, e nunca darei tal conselho; também não darei as mulheres pessários para provocar aborto.

---

<sup>2</sup> Nesse sentido: FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S.A., 2001. p. 244.

Já em Roma antiga, “(...) a Lei das XII Tábuas e as Leis da República não cuidavam do aborto, pois consideravam o produto da concepção como parte do corpo da gestante e não como ser autônomo, de modo que a mulher que abortava nada mais fazia que dispor de seu próprio corpo.”(CAPEZ, 2003, p. 107-108). Destarte, o feto era considerado como *pars viscerum matris*, ou seja, parte das entranhas maternas, de modo ficava ao arbítrio exclusivo desta a prática ou não do abortamento.

Posteriormente, a lei romana passou a proibir o aborto em vista do direito do pai à sua prole, à sua herança sanguínea corporificada em seus descendentes. Septimus Severo punia com a morte aquele aborto cujo único fim era mero lucro.

No entanto, foi apenas com o advento do cristianismo que o aborto passou a ser radicalmente condenado e proibido.

## **2.2 O Aborto na Idade Média – A Influência do Cristianismo**

Sem dúvida alguma, após o advento da religião cristã pela maioria das nações e impérios europeus da Idade Média, o aborto passou a ser tido como crime, não apenas contra os homens, contra a sociedade, mas também e principalmente contra Deus.

O cristianismo praticamente unificou toda a Europa. Estava presente como a força cultural dominante, superando diversos conflitos, guerras e rivalidades políticas. A lei da igreja era universal e de domínio do papado romano.

Vimos que o juramento de Hipócrates e diversas legislações condenavam a prática abortiva. Todavia, deve-se ter em mente que, mesmo com estas proibições legais, a prática do



aborto não era moralmente reprovável pelas sociedades daquela época, pelo contrário, era até usual.

Ensina-nos o professor Maurizio Mori, bioeticista, filósofo e diretor da “International Association of Bioethics”:

A firme condenação hipocrática do aborto deve portanto ser considerada uma exceção no mundo antigo, uma vez que a prática do aborto era muito difundida, e de várias maneiras, sobretudo desfrutando das propriedades farmacológicas de plantas específicas, conhecidas por algumas mulheres que sabiam preparar determinadas poções, utilizadas durante ritos mágicos (MORI, 1997, p. 17-18)

Essa prática e uso de “poções mágicas” por parte destas mulheres era também conhecida como *pharmakeia*, sendo estas conhecidas como *pharmakai*, foi proibida pelas primeiras comunidades cristãs como “obras da carne” (Carta aos Gálatas 5,19-21), sendo também condenados as *pharmakai*, os magos e feiticeiros “ao tanque ardente de fogo e enxofre, a segunda morte” (Apocalipse 21,8). Eram consideradas *haeresis*, ou seja, hereges, aqueles contrário as doutrinas de fé da Igreja Católica.

Assim, durante boa parte da Idade Média, principalmente após 450 d.C., e daí durante mais 13 séculos, o aborto praticado pelas *pharmakai* seria tratado de uma forma quase mística, de modo que podemos apenas imaginar o número de mulheres que arderam nas chamas da Santa Inquisição, instituição esta criada pelo Papa Gregório IX. Em suas *Decretais* (1234 d.C.), Gregório IX afirmou: “Se alguém, para satisfazer sua luxúria, ou com ódio meditado, faz algo a um homem ou a uma mulher, ou oferece-lhe algo para beber que impeça a ele de gerar ou a ela de conceber, ou ainda à progênie de nascer, que seja tratado como homicida.”,

Daí se originam as lendas acerca das bruxas, cujos atos contraceptivos e abortivos eram tidos como pecados de lascívia, luxúria, adultério, impuridade e contrários ao matrimônio, contra o *sacramentum magnum*.

O *Concilium* de Elvira (Espanha, 305 d.C.) tinha como pena para o crime de aborto a excomunhão perpétua. Já o *Concilium* de Ancira (Ancara, 314 d.C.) reduziu a pena de excomunhão perpétua para excomunhão por 10 anos, sendo esta a pena aplicada por toda a Alta Idade Média. O *Concilium* de Constantinopla, por sua vez estabeleceu a pena capital, ou seja, a condenação à morte.

Todavia, não se pode enxergar a instituição da igreja como única culpada por essa mistificação, pois a própria ignorância da população local em muito contribuiu para o mesmo, como, por exemplo, as tradições de xamanismo de povos bárbaros como os Celtas e os povos Germânicos. Ora, a gravidez só era tida como certa quando a mulher percebia os movimentos do feto, ou seja, por volta do quinto mês.

Aliás, não devemos generalizar o pensamento cristão daquela época relativo ao aborto como um só. De fato, entre os padres cristãos ocorriam duas teses, a da animação imediata, segundo a qual o feto já está formado, ou seja, já possui corpo e alma próprios desde a concepção, e a tese da animação retardada, segundo a qual a alma só adentra ao novo ser algum tempo após a sua concepção.

Destacamos, principalmente, as idéias de Santo Agostinho e o de São Tomás de Aquino.

Aurélio Agostinho, antes de ser consagrado sacerdote em 391 d.C., ou mesmo de ter sido batizado em 387 d.C., já havia ensinado retórica em Cartago (375-383 d.C.) e Roma (384 d.C.) dente outras cidades.

Para Santo Agostinho, inspirado pela doutrina de Aristóteles, o aborto seria apenas considerado crime se o feto já tivesse alma, isto é, quando ocorresse o que se chamava de “o

sopro de vida”, o que, para alguns autores seria entre 40 à 80 dias da concepção<sup>3</sup>, ao passo que outros encaram o prazo como um pouco maior, variando de 40 à 90 dias da concepção<sup>4</sup>. Seria este o posicionamento no sentido da teoria da animação retardada.

Quase dez séculos mais tarde, Santo Tomás de Aquino (1225-1274 d.C.) também se posicionaria no mesmo sentido, defendendo também a animação retardada.

Todavia, outros nomes importantes dentre os cristãos católicos, como por exemplo, São Basílio, notável orador, tendo lecionado a disciplina de oratória em Caesarea, consideravam crime o aborto desde a concepção do feto, sendo, portanto, favoráveis à animação imediata.

Com efeito, durante os séculos XVII e XVIII, baseados em doutrinas preformistas, segundo as quais o ser já estaria preformado no sêmen masculino, o chamado “homúnculus”, alguns autores ainda defendiam a animação retardada, porém já estavam defasados, em vista das descobertas científicas, em especial na medicina e na biologia, cada vez mais crescentes.

Não havia mais espaço para atos lamentáveis que até então manchavam a história da nascente ciência da medicina obstetrícia, como, por exemplo, a condenação à morte à fogueira do médico Veit de Hambrugo em 1522 por ter se disfarçado de parteira a fim de assistir e estudar um parto<sup>5</sup>.

O século XVI foi o último nos quais as legislações puniam os praticantes do aborto de forma severa e similar ao homicídio. As leis Carolinas de Carlos V, em 1559, instituíam a morte por afogamento da mulher que abortasse. O édito promulgado por Henrique II, rei da França, em 1556 punia de forma igualmente severa a mulher que abortasse.

---

<sup>3</sup> Nesse sentido: FRANÇA, op. cit., 2001. P. 244. e MARCÃO, Renato. **O Aborto no Anteprojeto do Código Penal**. Revista Justilex. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005. p. 44.

<sup>4</sup> Nesse Sentido: CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, sentimento religioso e contra o respeito dos mortos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 107-108

<sup>5</sup> Nesse sentido: MORI, Maurizio. **A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. p. 17/18.

Já o século XVII vivenciou a chamada medicalização da gravidez, buscando cada vez mais uma maior cientificidade do parto e do processo reprodutivo humano como forma de otimização da saúde pública.

### **2.3 O Aborto e Sociedade Moderna - As inovações do Século XX**

O século XX foi, sem dúvida alguma, o século que mais trouxe inovações técnicas e científicas da história da humanidade. Desde o domínio do fogo, ou a invenção da roda, nunca se teve um avanço tão grande no saber humano ao ponto de modificar totalmente as sociedades nas quais vivia o homem.

Em 1910, todos os físicos e químicos alemães e britânicos juntos chegavam talvez a 8 mil pessoas. Em fins da década de 1980, o número de cientistas e engenheiros de fato empenhados em pesquisa e desenvolvimento experimental no mundo era estimado em cerca de 5 milhões, dos quais quase 1 milhão se achava nos EUA,[...] Embora os cientistas continuassem a formar uma minúscula fração da população, mesmo nos países desenvolvidos, o número deles continuou a crescer de maneira impressionante, mais ou menos dobrando nos vinte após 1970. (HOBBSAWM, 1995, p. 504-505)

Vê-se que era crescente os avanços em todos os ramos do conhecimento humano. Os cientistas não mais eram encarados com desconfiança e incerteza, mas, pelo contrário, faziam parte de uma seleta casta na sociedade que dispunha de privilégios em vista da sua importância para a então crescente corrida em que as potências mundiais se digladiavam.

Os reflexos dos avanços das ciências biológicas, ou ciências da saúde, tiveram também grande importância na questão da reprodução humana e do aborto. Até o começo dos anos 60, a grande maioria das legislações do mundo proibiam o aborto, salvo algumas exceções, como os Códigos Russos de 1922 e 1926, que só puniam o aborto a quem o praticava sem o consentimento da mulher e que não tivesse diploma de médico ou qualquer preparação especial

com conhecimento técnico para o mesmo, e o Código Uruguaio de 1933 à 1936, que só punia o aborto provocado sem o consentimento da gestante.

O surgimento da técnica abortiva de sucção em muito simplificou o aborto, pois passou de uma intervenção cirúrgica grave e séria, para se tornar uma mera intervenção ambulatorial, mais segura e sem tantas complicações, sendo desnecessária a anestesia geral.

O crescente movimento feminista nos anos de 1960, nos quais as mulheres reivindicavam direitos iguais aos dos homens, inclusive o direito de decidir sobre o seu próprio corpo, foram um fator decisivo para que o Estado moderno e industrializado repensasse a legislação acerca do aborto.

Todavia, não podemos deixar de citar que os avanços das ciências médicas e genéticas trouxeram a possibilidade de gerar não apenas benefícios, mas também horrores quando utilizadas de forma deturpada, a exemplo do que foi feito na Alemanha Hitlerista. O advento do aborto eugênico pela Terceiro Reich alemão, para garantir uma raça ariana superior e sem quaisquer defeitos genéticos, foi uma das maiores manchas da história da humanidade.

As políticas raciais da Alemanha nazista horrorizavam os geneticistas sérios, que – em grande parte devido ao entusiasmo dos racistas pela eugenia – haviam começado no princípio do século a por distância entre si e as políticas de seleção e reprodução genéticas humanas (que incluíam matar os “incapazes”), embora se deva admitir, com tristeza, que houve bastante apoio ao racismo nacional-socialista entre biólogos e médicos alemães. (HOBSBAWM, 1995, p. 514)

O aborto deixava de ser visto como crime similar ao homicídio para ser encarado de nova forma pelas legislações penais, principalmente a partir dos anos de 1970, com legislações mais permissivas. De fato, hodiernamente mais de 70% das legislações vigentes permitem o aborto em diversas situações de exclusão da ilicitude (ou antijuridicidade), ou até mesmo, permitindo o direito de livre escolha da mulher.<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Nesse sentido: MORI, op. cit., 1997. p. 26.

## 2.4 O Aborto no Brasil – Do Código Imperial à Modernidade

A legislação brasileira tratou do crime do aborto desde o Código Criminal do Império do Brasil de 16 de dezembro de 1830, que vigorou plenamente por sessenta anos, chegando a alcançar os primeiros anos da república até a promulgação do Código Penal republicano de 1890.

Dispunha sobre o crime de aborto o Código Imperial de 1830 na parte de crimes contra a segurança da pessoa e da vida, em seus artigos 199 e 200 da seguinte forma:

Art. 199 – Ocasionar aborto por qualquer meio empregado, interior ou exteriormente, com consentimento da mulher pejada.

Pena: prisão com trabalho de 1 a 5 anos. Se esse crime for cometido sem o consentimento da gestante.

Penas: dobradas.

Art. 200 – Fornecer, com conhecimento da causa, drogas ou quaisquer meios para produzir aborto, ainda que este não se verifique.

Pena: prisão com trabalho de 2 a 6 anos. Se esse crime for cometido por médico, boticário ou cirurgião ou ainda praticante de tais artes.

Penas: dobradas

Destarte, conforme se verifica, era importante o consentimento ou não da gestante, além de que se buscava coibir o uso de ervas ou drogas para causar o aborto, apesar de não haver majorante para o caso de morte da gestante. Não havia também punição para a gestante.

Já o Código Penal Republicano de 1890 estabelecia penalidades para a gestante, bem como formas nas quais o aborto seria legal:

Art. 300 – Provocar aborto, haja ou não a expulsão do produto da concepção.

No primeiro caso: pena de prisão celular por 2 a 6 anos.

No segundo caso: pena de prisão celular por seis meses a 1 ano.

§ 1º - Se em consequência do aborto, ou dos meios empregados para provocá-lo, seguir a morte da mulher.

Pena: prisão celular de 6 a 24 anos.

§ 2º - Se o aborto foi provocado por médico, parteira legalmente habilitada para o exercício da medicina:

Pena: a mesma estabelecida na precedente e a proibição do exercício da profissão por tempo igual ao da reclusão.

Art. 301 – Provocar aborto com a anuência e acordo da gestante:

Pena: prisão celular de 1 a 5 anos.

Parágrafo único: Em igual pena incorrerá a gestante que conseguiu abortar voluntariamente, empregando para esse fim os meios; e com redução da terça parte se o crime for cometido para ocultar desonra própria.

Art. 302 – Se o médico ou parteira, praticando o aborto legal, para salvar a gestante de morte inevitável, ocasionam-lhe a morte por imperícia ou negligência:

Penas: de prisão celular por dois meses a 2 anos, e privado do exercício da profissão por igual tempo ao da condenação.

Por fim temos a legislação penal atualmente em vigor, o Código Penal brasileiro, Decreto-lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

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

Penas - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

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

Penas - reclusão, de três a dez anos.

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

Penas - reclusão, de um a quatro anos.

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

Forma qualificada

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são 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 estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Sobre a legislação atual, os diversos tipos de aborto e a classificação doutrinária para este crime, iremos dispor no terceiro capítulo. Citamos a mesma aqui apenas para efeito de demonstrar a evolução da legislação brasileira acerca do crime.

Recentemente, no início do mês de dezembro do ano de 2005, a Comissão de Seguridade Social e Família da Câmara dos Deputados tentou votar o projeto de lei nº 1.135/91 que estabelece o direito à interrupção voluntária da gravidez, assegura a realização do procedimento no âmbito do Sistema Único de Saúde, determina a sua cobertura pelos planos privados de assistência à saúde e dá outras providências.

O projeto, de autoria dos Deputados Eduardo Jorge e Sandra Starling, teve como relatora a Deputada Jandira Feghali. A Deputada Jandira Feghali manifestou voto pela aprovação do projeto de lei acima, bem como outros que a ele foram apensados em vista de que tratavam de matérias conexas e similares.

Conforme o entendimento da relatora:

[...] o aborto é responsável por uma em cada oito mortes maternas e, se fosse disponibilizado o acesso a serviços de aborto seguro, poderiam ser evitadas entre 20 e 25% do meio milhão de mortes maternas. [...] o Brasil encontra-se entre os países com maiores obstáculos e restrições à interrupção voluntária da gravidez, e que economicamente a ilegalidade do aborto somente é possível em clínicas particulares clandestinas, impossíveis de serem fiscalizadas pelas autoridades competentes. Justifica, ainda, que essas procuras por clínicas clandestinas importam em elevados gastos para a saúde pública, uma vez que os procedimentos adotados nessas clínicas implicam em conseqüências nefastas à saúde de quem as procura, como hemorragias e infecções, dentre outros quadros clínicos possíveis.

Alia aos fatos impeditivos do aborto voluntário, os fatores morais, religiosos, políticos e éticos, citando eventos internacionais como as conferências do Cairo (Egito) e Beijing (China), onde a recomendação predominante foi de revisar a legislação dos países para descriminalizar o abortamento.<sup>7</sup>

Os debates acerca do aborto enquanto fenômeno sociológico não se restringem a Câmara dos Deputados na atual sociedade brasileira. Recentemente, em uma iniciativa do Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva (Prosare), apoiado pela fundação norte-americana McArthur, realizou um seminário para discutir aspectos jurídicos, sociais, médicos e religiosos dos direitos reprodutivos, tais como o uso de contraceptivos, a pílula do dia seguinte e, claro, o aborto.<sup>8</sup>

Vejamos o resultado da pesquisa IBOPE encomendada pela ONG Católicas pelo Direito de Decidir, que teve como público alvo 2.025 católicos de 140 municípios do Brasil:

<b>Na sua opinião, o aborto:</b>		
	<b>Deve ser permitido apenas em alguns casos?</b>	<b>Deve ser proibido em todos os casos?</b>

<sup>7</sup> <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/351078.htm>, acesso em 01 de dezembro de 2005.

<sup>8</sup> Nesse sentido: ATHAYDE, Phydia de. Debate Aberto – Aborto - Ainda que a duras penas, avança o projeto de lei a favor da prática. Pesquisas inéditas mostram o dilema de médicos e o drama de mulheres. Revista **Carta Capital**. 21 de dezembro de 2005. Ano XII. Nº 373. Editora Confiança. p.14



<b>Total BR</b>	67%	28%
<b>Sexo</b>		
Masculino.....	67%	28%
Feminino .....	66%	30%
<b>Idade</b>		
16 a 49 anos.....	70%	26%
50 anos ou mais.....	56%	36%
<b>Instrução</b>		
Até a 4ª série fundamental.....	55%	39%
Nível Superior.....	76%	15%
<b>Região</b>		
Norte e Centro-Oeste.....	59%	36%
Sudeste.....	69%	24%
<b>Condição</b>		
Capital.....	75%	18%
Interior.....	62%	34%
<b>Renda em Salários Mínimos</b>		
Mais de 10.....	75%	14%
Até 1.....	55%	41%
<b>Religiosidade</b>		
Muito praticante.....	49%	50%
Não muito/nada praticante.....	74%	21%

Fonte: Ibope para Católicas pelo Direito de Decidir, CDD-Br, fevereiro de 2005. Destaque dos percentuais nos limites superiores e inferiores de respostas obtidas no Brasil.

Como bem sabemos, a igreja repudia qualquer tipo de legalização ao aborto ou até mesmo métodos contraceptivos como a “camisinha”. Segundo o cardeal-arcebispo Dom Eugênio Salles, da arquidiocese do Rio de Janeiro, o aborto seria crime comparado ao homicídio, pior ainda, pois acaba com a vida de um inocente, não devendo ser de forma alguma legalizado, “[...] mesmo à custa de quem a gerou”. (ATHAYDE, 2005, p. 14)

Novamente ressaltamos que este trabalho de modo algum, busca atacar as instituições religiosas, porém convém ressaltar que o Brasil é um Estado Laico, ou seja, não adotou ou adota qualquer religião, garantindo apenas o livre exercício do direito à religião, à liberdade de crença.

Só em 2004, 244 mil mulheres chegaram ao SUS com problemas em função de abortos, não tendo como saber quantos foram ilegais. Seria então um caso de saúde pública o aborto ilegal? Acreditamos que sim.

O SUS realizou, em 2004, 1.600 abortos legalizados, no valor de R\$ 232 mil, porém teve que fazer curetagem em 244 mil mulheres que chegaram com complicações decorrentes de abortos, naturais ou ilegais, num valor aproximado de R\$ 35 milhões<sup>9</sup>.

Em pesquisa divulgada pelo ministério, realizada em junho, somente 11% da população defendeu que o aborto deixe de ser crime. Mas a maioria é favorável aos casos de aborto legal – estupro e risco de morte para a mãe - , assim como à ampliação para fetos sem cérebro, incompatibilidade com a vida e outros problemas graves. “Aborto é questão de saúde pública, não podemos discutir a partir da ótica do pecado ou do crime”, defende o médico Thomaz Gollop, da comissão. (BRUM, 2005, p. 87)

A sociedade e o Estado não podem virar as costas para um problema como este, adotando uma posição, com o perdão do termo, hipócrita e irresponsável. As discussões acerca deste problema estão apenas engatinhando, sendo necessária uma ampliação da mesma, a fim de que a população possa exercer sua vontade soberana.

---

<sup>9</sup> “Curetagem, *s.f.* Operação que consiste em despojar, com o dedo ou com um instrumento, uma cavidade natural (útero, articulação, etc.) ou acidental (foco de um abscesso) dos produtos mórbidos que ela pode conter e de sua mucosa doente, se necessário.” in GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. **Dicionário de termos técnicos de medicina**. 20ª ed. São Paulo:Andrei Editora, 1984. p. 280.

### 3 ANENCEFALIA – CONCEITO E IMPLICAÇÕES

Visto o aborto, enquanto fenômeno histórico e sociológico, é conveniente que agora disponhamos acerca da anencefalia em si e de como esta se relaciona ao aborto.

Primeiramente, destacamos que nosso posicionamento é de que o feto anencéfalo não seria passivo de um abortamento, mas apenas uma antecipação terapêutica do parto. Não seria crime de aborto propriamente dito realizar procedimentos no sentido de antecipar o parto do anencéfalo, pois, conforme demonstraremos a seguir, este, real e inevitavelmente, já nasceria morto.

Destacamos no item 1.3 do capítulo anterior que os avanços biomédicos do século XX foram significativos para a prevenção e cura de doenças que até então assolavam a humanidade. Aliados à física, à química e à engenharia, o surgimento de novos aparelhos permitiram diagnosticar cada vez mais cedo diversas patologias que até então eram indetectáveis para a medicina, como, por exemplo, a anencefalia.

Conforme o estudo publicado na página do Comitê Hospitalar de Bioética do Hospital de Emergência Eva Perón o diagnóstico de anencefalia se realiza no útero com alto grau de certeza. Um estudo que combinou os resultados de seis instituições, detectou mais de 130 casos, sem nenhum diagnóstico falso positivo.<sup>10</sup>

Mas o que seria afinal a anencefalia? Por ser este um trabalho voltado para o ramo jurídico das ciências e, apesar da interdisciplinariedade com a qual pretendemos abordar o problema proposto, buscaremos apenas algumas noções básicas para solucionar tal questionamento.

---

<sup>10</sup> Comitê Hospitalario de Bioética Del HOSPITAL INTERNAZIONALE GENERAL DE AGUDOS “EVA PERON”, <http://www.comite.bioetica.org/dict7.htm>

O professor Luís Roberto Barroso, autor da Petição Inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 54, define anencefalia como má formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.<sup>11</sup>

A professora MARIA HELENA DINIZ define o anencéfalo da seguinte forma:

[...]pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parte do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo a anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois (DINIZ, 2001, p. 281)

Destarte, o embrião, feto ou recém-nascido anencéfalo possuem uma chamada malformação congênita. O termo “malformação” é auto-explicativo, sendo as formações irregulares do feto, não sendo necessário tecermos informações para defini-lo, todavia o termo congênito carece de algumas considerações.

Congênito significa que o defeito está presente no feto antes, durante e depois de sua concepção. É uma patologia determinada por diversos fatores chamados teratogênicos ou teratógenos, que atuam diretamente sobre o ser em formação, ampliando a probabilidade de tais patologias. Como exemplos destes fatores, podemos citar as diversas radiações, vírus, drogas e doenças maternas existentes.<sup>12</sup>

Todavia, comprovadamente os fatores teratogênicos não são as únicas causas que incidem e concorrem para que ocorra a anencefalia, outros fatores como descendência e etnia também o fazem.

Senão, vejamos a tabela abaixo:

---

<sup>11</sup> Petição inicial da ADPF nº 54 – in <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-brs?d=ADPF&s1=54&u=http://www.stf.gov.br/Processos/adi/default.asp&Sect1=IMAGE&Sect2=THESOFF&Sect3=PLURON&Sect6=ADPFN&p=1&r=2&f=G&n=&l=20>, acesso em 01 de dezembro de 2005.

<sup>12</sup> Nesse sentido: FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas. *Ciências & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005. p. 185-190.

<b>Distribuição de fatores de risco diante do percentual de casos de anencefalia e de gestações normais controladas pelos pesquisadores.</b>		
<b>Fator de Risco</b>	<b>Casos (nº: 49)</b>	<b>Controles (nº: 201)</b>
<b>Gemelaridade</b>		
Com gemelaridade.....	45 (91,8%)	195 (97%)
Sem gemelaridade.....	4 (8,2%)	3 (1,5%)
<b>Peso do Recém-Nascido</b>		
Muito abaixo do peso.....	16 (32,7%)	1 (0,5%)
Baixo peso.....	13 (26,5%)	17 (8,5%)
Peso normal.....	9 (18,4%)	178 (88,6%)
<b>Numero de Natimortos nas Gestações</b>		
Sem natimortos.....	21 (42,9%)	181 (90%)
Com natimortos.....	19 (38,8%)	8 (4%)
<b>Números de Abortos Espontâneos</b>		
Sem abortos espontâneos.....	31 (63,3%)	161 (80,1%)
Um ou mais abortos espontâneos.....	7 (14,3%)	15 (7,5%)
<b>Idade Paterna</b>		
10 a 19 anos.....	3 (6,1%)	11 (5,5%)
20 a 40 anos.....	30 (61,2%)	163 (81,1%)
41 a 54 anos.....	9 (18,4%)	15 (7,5%)
<b>Malformados na Família</b>		
Com malformados.....	16 (32,7%)	25 (12,4%)
Sem malformados.....	30 (61,2%)	166 (82,6%)
<b>Consangüíneidade Familiar</b>		
Com consangüíneidade.....	6 (12,2%)	9 (4,5%)
Sem consangüíneidade.....	36 (73,5%)	180 (89,6%)
<b>Antepassados</b>		
Caucasóides.....	36 (73%)	118 (58,7%)
Negróides.....	1 (2%)	21 (10,4%)
<b>Zona</b>		
Rural.....	10 (73,4%)	15 (7,5%)
Urbana.....	39 (79,6%)	182 (90,5%)

Tabela retirada do artigo: FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. **Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas**. Ciências & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005. 10 (1): 185-190.

Destarte, baseando-se no estudo supracitado, podemos concluir, por exemplo, que pessoas de descendência caucasiana tem mais chance de terem filhos anencéfalos.

Nenhum anencéfalo sobreviveu mais que um tempo irrisório quando fora do corpo da mãe. Cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos anencéfalos nascem mortos e os 25% (vinte cinco por cento) restantes só sobrevivem poucas horas, dias e, em casos raríssimos, semanas.

Em verdade, mais da metade, cerca de 65% (sessenta e cinco por cento) sequer chega a nascer, vindo a falecer ainda durante a gestação. Destarte, conclui-se que ocorre total incompatibilidade com a vida extra-uterina. “Em 65 % (sessenta e cinco por cento) dos fetos anencefálicos ocorrerá a morte cardiorespiratória intra-útero,[...]”(LÔBO, 2005, p. 110)

É de suma importância compreendermos que, no caso da anencefalia, as ciências médicas e biológicas atuam com um grau de certeza absoluto, ou seja, de 100% (cem por cento). Das diversas malformações fetais que podem acontecer durante o desenvolvimento embrionário, a anencefalia é a mais grave.

Apesar de manter algumas funções vegetativas, relacionadas ao sistema respiratório e circulatório, dependentes da medula espinhal, o anencéfalo nunca terá consciência. Carecerá de todas as funções relacionadas ao sistema nervoso central, tais como a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade e a emotividade.

Ademais, o anencéfalo tem aparência grotesca, hedionda e bizarra. “A anencefalia caracteriza-se pela ausência de uma grande parte do cérebro, pela ausência da pele que teria que cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, pela ausência dos hemisférios cerebrais e pela exposição do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico.” (SEBASTIANI, 2003, p. 78-82)

Apesar de em alguns casos os olhos do anencéfalo parecerem normais, o nervo ótico, comprovadamente, não se estende até o cérebro. Possui a aparência de uma rã, com ausência de calota craniana com protusão dos olhos. Não é a toa que, para a ciência médica, a descrição da anencefalia é “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula.”(GARNIER; DELAMARE, 1987, p. 71).

Ademais, a gestação de fetos anencefálicos apresenta geralmente 30-50% (trinta a cinquenta por cento) dos casos complicações na gravidez, porém não o suficiente para que ocorra risco de vida para a gestante e seja possível o aborto terapêutico, que analisaremos no capítulo

seguinte. Pode ocorrer macrossomia fetal (fetos grandes e desproporcionais), dificuldade respiratória para a gestante, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, atonia uterina pós-parto e outras complicações.

[...]cerca de 15 – 33% (quinze a trinta e três por cento) dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos, como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar e ventrículo único. (LÓBO, 2005, p. 39)

### **3.1 A Anencefalia e os Critérios de Vida e Morte**

A tanatologia é a parte da medicina legal que estuda a morte enquanto fenômeno e as suas repercussões. Com efeito, não existe apenas um, mas diversos tipos de morte, como a morte natural, a morte violenta e a morte suspeita.

Cabe à tanatologia o estudo acerca dos critérios para saber se determinado ser está vivo ou morto. A morte não é um fenômeno pontual e instantâneo, mas sim um processo que passa por diversas etapas, sendo que, atualmente, em vista da necessidade de transplantes, o conceito de morte encefálica, isto é de parada total e irreversível da atividade encefálica, é o predominante, em detrimento do antigo critério de morte circulatória, que se referia à ausência de atividade no coração e, conseqüentemente, do sistema circulatório.

Os critérios de morte devem, dada a gravidade do assunto, ser racionais e cautelosos. Com efeito, é enorme a responsabilidade da ciência da tanatologia em face de que irá definir quando um determinado ser pode ser dado como morto, existindo não apenas limites médicos e biológicos, mas também filosóficos, éticos, jurídicos e sociais.

Foi, sobretudo, na década de 1960 que se deu a maioria dos debates acerca dos critérios definidores de morte e de quando, irremediavelmente, e em vista de fins de transplante, o indivíduo poderia ser considerado com a existência terminada. As discussões giraram

basicamente em torno da interpretação da ausência de registro de atividade elétrica no córtex e em estruturas cerebrais mais profundas, percebidas por meio de um eletroencefalograma - EEG isoeletrico, sendo este o critério de morte cerebral ou encefálica.

Havia posicionamentos contrários ao critério de morte cerebral ou lesão cerebral irreversível como definidores do momento no qual o indivíduo estava irremediavelmente morto.

Os defensores destes critérios argumentavam que existiam interesses criados para a aceitação do critério de morte cerebral, interesses estes munidos de legitimidade significativa, como por exemplo, a necessidade de órgãos frescos para transplante e os gastos da saúde pública em casos considerados irrecuperáveis.

Em 1968, o Comitê de Medicina de Harvard estabeleceu o chamado “Whole Brain Criterion”, segundo o qual o indivíduo era considerado morto com a abolição total e definitiva de toda a atividade cerebral, tendo como critérios básicos: A ausência absoluta de resposta a estímulos externos; a ausência de respiração espontânea e de movimentos respiratórios por mais de uma hora; a ausência de reflexos, de movimentos oculares, com pupilas dilatadas e fixas sem a resposta a estímulos luminosos o que indica o término de atividade elétrica no sistema nervoso central; e um EEG isoeletrico.

Cumprido destacar que esse critério serve apenas como um diagnóstico clínico de morte para efeitos de transplante. Conforme já destacamos, a morte, enquanto fenômeno científico, não pode ser encarada como pontual, mas sim um processo, de modo que não é o término do funcionamento de um determinado órgão como o cérebro ou o coração, significativamente suficiente para, de um ponto de vista amplo, dar fim definitivo à vida de uma pessoa.

A morte, como fenômeno definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que ele seja. É na extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação inteira. (FRANÇA, 2001, p. 309)



Mesmo com a ausência de atividade elétrica cerebral, outros órgãos podem continuar em funcionamento, tais como os sistemas circulatório e respiratório, por meio da manutenção mecânica destes por meses ou anos.

Já nas décadas de 1970 e 1980, com o crescente avanço da medicina, surgiram quadros clínicos intermediários dependendo da lesão do sistema nervoso, como o estado vegetativo permanente.

Surgiu a teoria da morte neocortical, ou “High Brain Criterion”, segundo a qual o fim da vida se dá quando cessa para o indivíduo as atividades corporais e mentais que lhe definem enquanto humano, com o término dos aspectos que filosoficamente lhe permitem definir a sua existência enquanto ser, sendo estes a consciência, a afetividade e a comunicação.

Com o término destes aspectos, não haveria mais de se falar em ser humano, vez que, não haveria mais ali a pessoa em sua essência, mas apenas o corpo desta. Não teria mais o indivíduo a própria noção de individualidade, de identidade enquanto ser humano. Veremos no capítulo quatro que esta teoria melhor se adapta ao conceito de Dignidade da Pessoa Humana.

No Brasil, a Resolução nº 1.480 de 8 de agosto de 1997 do Conselho Federal de Medicina, trata dos critérios para a constatação da morte. O Conselho considerou o critério da morte cerebral de forma predominante, ou seja, o “Whole Brain Criterion”, apesar de lhe dar a definição de “morte encefálica” e não de “morte cerebral”.

A morte é constatada de acordo com o período de tempo no qual o indivíduo permanece em coma aperceptivo, com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia, variando entre a faixa etária de cada paciente.

Senão, vejamos o art. 6º da Resolução nº 1.480/97:

Art. 6º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização de morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas
- d) acima de 2 anos – 6 horas

Assim, por segurança, para pacientes mais jovens é necessário um período maior para a constatação da morte, devendo, comprovadamente, mediante os exames necessários, estar demonstrada a ausência de atividade elétrica, metabólica ou perfusão sanguínea cerebral. É vital também que a morte encefálica seja consequência de um processo irreversível e de causa conhecida.

Tecnicamente, é mais seguro e plausível afirmar que um paciente está morto de acordo com os critérios da Resolução nº 1.480/97 do conselho. Tais critérios são simples, objetivos, universais e transparentes, não deixando margem para dúvida acerca de sua liceidade.

O momento exato da morte, pela própria complexidade do fenômeno, não pode ser diagnosticado, porém pode sê-lo feito em relação ao momento do fim da vida organizada. A Lei nº 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 estabeleceu, em seu art. 3º, que a constatação da morte encefálica deve ser feita por dois médicos não participantes de equipes de remoção e transplante. Referida lei trata da remoção de órgãos e tecidos humanos para fins de tratamento e transplante, criando também o Sistema Nacional de Transplantes.

Por sua vez, o conceito de vida pode ser dado por exclusão ao conceito de morte. Ou seja, como é óbvio, se algo ainda não é considerado morto é porque ainda vive. O direito à vida é direito fundamental do ser humano e, conforme veremos no capítulo quatro, chega a se confundir, na concepção de alguns doutrinadores, com a Dignidade da Pessoa Humana.

A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o direito à vida no seu art. 5º, *caput*, sendo portanto reconhecido de forma expressa pelo ordenamento jurídico brasileiro

enquanto direito fundamental que é, porém não definiu o momento exato a partir do qual começa a proteção à este direito.

O professor José Afonso da Silva define a vida da seguinte forma:

*Vida no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. [...] É um processo que se instaura com a concepção [...], transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida. (SILVA, 2003, p. 196)*

Destarte, não se compreende vida humana com a mera existência física, o mero respirar e batimentos cardíacos da pessoa. Existe vida física e vida psíquica, sendo que esta compreende a cognição que o indivíduo tem em relação ao meio que o cerca, a sua capacidade de se relacionar em sociedade. Na inexistência desta ou daquela capacidade, não há de se falar em vida humana.

Vale destacar que, certos indivíduos que já tiveram esta capacidade, mas por um infortúnio do destino se encontram em estado comatoso podem ainda serem considerados vivos, caso se trate de coma reversível, devendo ser protegido seu direito à vida.

Todavia, tratando-se de coma irreversível, com a ausência de atividade elétrica encefálica, não mais será considerado vivo, pois, para todos os fins legais, principalmente de transplante de órgãos, é pessoa morta. Não há vida humana, mas sim mera vida vegetativa de quem já teve aquela, de modo que certos órgãos são mantidos apenas para fins de transplante.

No caso do anencéfalo, este não possui córtex e hemisférios cerebrais, de modo que, segundo o critério de morte cerebral ou encefálica, o “Whole Brain Criterion”, ele é considerado morto, vez que sequer tem cérebro, quanto mais atividade cerebral. Aliás, podemos constatar que é verdadeiro contra-senso buscar atividade cerebral em quem sequer tem o cérebro.

Também de acordo com o critério de morte neocortical, o “High Brain Criterion”, o anencéfalo é morto, pois, conforme já citamos anteriormente, este carecerá de todas as funções relacionadas ao sistema nervoso central, tais como a cognição, a vida de relação, a comunicação, a afetividade e a emotividade.

Ademais, mister é destacar a Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual os anencéfalos são considerados natimortos cerebrais, sendo desnecessário avaliar no caso destes os critérios de morte para fins de transplante, podendo este procedimento ser feito até 15 dias antes da data do provável nascimento.

Possui o feto anencéfalo apenas precária e curta vida técnica; desde o ventre inconsciente, jamais virá à luz, pois sua condição é semelhante à da pessoa cuja morte encefálica já foi constatada, mas tem vida vegetativa mantida para viabilizar a doação de órgãos em condições para transplante. (LÔBO, 2005, p. 40)

Ocorre certa dúvida se o anencéfalo poderia ou não ser comparado ao indivíduo em estado vegetativo permanente, porém, com uma análise mais profunda de ambos os fenômenos, podemos observar que apesar de terem algumas semelhanças, ambos diferem de forma palmar.

O estado vegetativo permanente é o quadro clínico no qual um indivíduo, da mesma forma que o anencéfalo, permanece inconsciente, sem resposta à quaisquer estímulos externos, inclusive dor, em ciclos de sono e vigília.

Diversas enfermidades graves ou acidentes podem levar ao estado vegetativo permanente, sendo este um estado adquirido, ao passo que a anencefalia não é um estado adquirido, mas uma malformação congênita. Destarte, o anencéfalo já nasce desta forma, ao passo que o indivíduo em estado vegetativo permanente o adquire pelos percalços da vida.

O anencéfalo nunca teve cérebro, nunca viveu em sociedade ou foi consciente, já o indivíduo em estado vegetativo permanente já o fez, pois um dia já teve atividade cerebral.

Aquele tem um período de sobrevivência irrisório, ao passo que o indivíduo em estado vegetativo permanente pode viver por um amplo período.

Ademais, a anencefalia pode ser diagnosticada com precisão e o estado vegetativo permanente não pode, tendo dificuldades a sua constatação num exame clínico.

### 3.2 A Bioética e a Anencefalia

A palavra ética se originou da palavra grega “*éthos*”, significando a investigação geral sobre tudo aquilo que é bom. Ética é o estudo sistemático da argumentação de como devemos agir. O mundo ético seria o mundo da conduta, abrangendo as vastas, e porque não dizer ilimitadas, possibilidades da imaginação humana.

Ética é uma palavra de origem grega, com duas origens possíveis. A primeira é a palavra grega *éthos*, com *e* curto, que pode ser traduzida por costume, a segunda também se escreve *éthos*, porém com *e* longo, que significa propriedade do caráter. A primeira é a que serviu de base para a tradução latina Moral, enquanto que a segunda é a que, de alguma forma, orienta a utilização atual que damos a palavra Ética. (MOORE, 1974, p. 4)

É um erro comum confundir moral e ética, entretanto, ambas as palavras tem significados, e devem ser utilizadas, de formas diferentes. A palavra moral se originou da palavra latina “*morus*” significando usos e costumes. Moral é o conjunto de normas para o agir específico ou concreto.

Para Arnaldo Vasconcelos, a norma moral e a norma jurídica são espécies do gênero norma ética, por se ocuparem de condutas, sendo, portanto, a norma jurídica pertencente tanto ao mundo do direito quanto ao mundo da ética. A norma jurídica, por ser espécie do gênero norma ética, pertence ao mundo da natureza, axiológico e normativo, de modo que não afirma o que é, mas o que deve ser.

Por sua vez, a diferença entre norma jurídica e norma moral seria que esta é regra de vivência, enquanto aquela é regra de convivência.

Ao passo que a norma moral se expressa através de um juízo hipotético simples – “A” deve ser “B” - , a norma jurídica o faz mediante um juízo hipotético disjuntivo, que é composto ou complexo: “Dado H, deve ser P, ou dado ñP, deve ser S”. Em termo concretos: dada a situação de alguém (H), obrigado diante de um pretensor, na qualidade de devedor, deve ser a prestação (P), isto é, o pagamento; ou, dada a não prestação (ñP), deve ser a sanção, a saber, a atuação do poder institucionalizado com a função de realizar administrativa ou judicialmente o direito violado. (VASCONCELOS, 2002, p. 23)

Já o termo “bioética” surgiu na década de 1970, sendo criado pelo Professor Van Rensselaer Potter tendo relação ao problema da interação entre o meio ambiente e o homem. A bioética evoluiu do seu conceito original de bioética ponte para bioética global e para bioética profunda.

A bioética ponte era aquela que fazia a ligação entre as ciências e a humanidade, entre o conhecimento biológico e os valores humanos. A bioética global constituía a combinação da biologia com conhecimentos humanísticos diversos constituindo uma ciência que estabelece um sistema de prioridades médicas e ambientais para a sobrevivência aceitável. Já a bioética profunda diz respeito ao estágio atual da bioética, como ciência interdisciplinar, intercultural e que potencializa os valores humanos na ciência.

Bioética é o estudo sistemático da conduta humana na área das ciências da vida e a atenção à saúde. Não é parte da biologia, mas parte da ética, parte dos deveres do homem para com o homem e também para com todos os seres vivos. “O vocábulo bioética indica um conjunto de pesquisas e práticas pluridisciplinares, objetivando elucidar e solucionar questões éticas provocadas pelo avanço das tecnociências biomédicas” (VIEIRA, 1999, p. 15).

A bioética possui quatro princípios básicos: autonomia, beneficência, não-maleficência e justiça, apesar de alguns autores reconhecerem apenas três princípios para a

bioética. Todavia, nos posicionamos pela existência de quatro princípios, os quais explicaremos a seguir.

A autonomia diz respeito a capacidade que cada pessoa tem de se auto-determinar. Nem todos os seres humanos tem essa capacidade, podendo a autonomia ser total ou parcial, variando de acordo com a maturidade e a capacidade cognitiva de cada indivíduo. O indivíduo autônomo é aquele que age livremente, não sofrendo quaisquer restrições senão a do seu próprio querer.

A beneficência nada mais é do que a necessidade de, ao agir, fazer o bem para com o semelhante. Beneficência é fazer o bem, benevolência é desejar o bem e benemerência é merecer o bem. No contexto médico beneficência significa o dever de agir no interesse do paciente, visando o bem estar deste.

A não-maleficência é o mais controverso dos princípios da bioética. Muitos autores o confundem com o princípio da beneficência, ou até mesmo incluem neste a não-maleficência como elemento pertencente à este. O Princípio da Não-Maleficência propõe a obrigação de não infligir dano intencional. Este princípio deriva da máxima da ética médica "Primum non nocere". O Juramento Hipocrático insere obrigações de Não-Maleficência e Beneficência: "Usarei meu poder para ajudar os doentes com o melhor de minha habilidade e julgamento; abster-me-ei de causar danos ou de enganar a qualquer homem com ele."

Por fim temos a justiça enquanto princípio da bioética. Justiça não é direito. O direito é uma ciência que se posiciona no mundo do dever-ser, no mundo das possibilidades, sendo que se relaciona diretamente com a justiça, pois é um dever-ser para ser justo. O direito busca a

justiça, busca um valor e nunca um desvalor<sup>13</sup>. A justiça diz respeito à proporcionalidade das contribuições das partes.

O princípio da justiça está diretamente relacionado com a Dignidade da Pessoa Humana. A bioética deve necessariamente respeitar a dignidade de cada homem para que possa ser justa. Na lição de Maria Helena Diniz:

Com o reconhecimento do respeito à dignidade humana, a bioética e o biodireito passam a ter um sentido humanista, estabelecendo um vínculo com a justiça. Os direitos humanos, decorrentes da condição humana e das necessidades fundamentais de toda pessoa humana, referem-se à preservação da integridade e da dignidade dos seres humanos e à plena realização de sua personalidade. A bioética e o biodireito andam necessariamente juntos com os direitos humanos [...]. (DINIZ, 2001, 19-20)

A bioética relaciona-se diretamente com a questão e o problema da interrupção da gestação de fetos anencefálicos. O anencéfalo, conforme já aduzimos, apresenta uma má formação congênita grave de caráter embriológico, não tendo qualquer chance de vida extra-uterina. Trata-se de um feto totalmente inviável.

É fato que todos nascemos para morrer, todavia este está longe de ser um argumento válido na questão da anencefalia. Entre os fenômenos do nascimento e da morte existe todo um processo físico e psíquico, o qual chamamos vida, cujo desfecho é único, certo e inafastável. Na anencefalia não ocorre vida, apenas morte.

A gravidez não é um momento sem importância na vida de uma mulher. Só numa perspectiva extremamente machista para se admitir isto. Estar grávida não é, nem de longe, insignificante ou trivial. No caso da anencefalia a gestante tem que conviver com a triste realidade de que carrega em seu ventre um anencéfalo.

Em vista dos quatro princípios da bioética a opção da gestante pela antecipação terapêutica do parto do anencéfalo é plenamente válida.

---

<sup>13</sup> Nesse sentido: VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria das norma jurídica**. 5ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: 2002. p. 97.



A gestante age de forma autônoma, decidindo de forma livre nos moldes do princípio da autonomia. Não há qualquer fundamento bioético que obrigue a gestante a levar a gravidez de um feto comprovadamente inviável até o fim. Cada mulher, no exercício de seu direito de liberdade e autonomia pode, desde que devidamente informada, adotar a ação que lhe pareça melhor.

Resta também suprido o princípio da beneficência, vez que ao decidir pela antecipação terapêutica do parto do anencéfalo, a gestante tem em vista um bem para si mesma e igualmente para toda a sua família que com ela padecia. Caso contrário a gestação se converteria em dar a luz ao filho somente para enterrá-lo depois.

O princípio da justiça também se encontra satisfeito. A ciência médica pode aliviar o dano sofrido pela gestante com a antecipação terapêutica do parto, sendo justo auxiliá-la. Ocorre proporcionalidade das contribuições das partes.

Por fim, negar este direito à gestante vai em colisão ao princípio da não-maleficência, vez que lhe causaria um mal significativo a sua pessoa e também ao seu núcleo familiar.

Cumprido destacar também que o argumento de que a gestante deva obrigatoriamente levar a gravidez até o fim para a doação de órgãos é absolutamente imoral, pois viola a bioética e carece de qualquer lógica.

Primeiro porque não ocorre no Brasil demanda de órgãos de recém-nascidos, muito menos tecnologia para tais transplantes, inexistindo qualquer coerência em obrigar a mulher a levar a gravidez à termo. Pior ainda é que esse posicionamento coisifica o corpo da mulher, atentando contra o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme veremos no capítulo quatro. O seu corpo passa a ser visto como depósito de órgãos frescos, sendo verdadeira monstruosidade admitir essa hipótese.

Na lição de Luigi Ferrajoli: “Penalizá-la com a manutenção da gravidez, para a finalidade exclusiva do transplante de órgãos do anencéfalo significa uma lesão à autonomia da mulher, em relação a seu corpo e à sua dignidade como pessoa” (FERRAJOLI, 2003, p. 22).

### 3.3 A ADPF nº 54 e o Direito Constitucional à Saúde

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal questiona a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal brasileiro em face dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e da autonomia da vontade, bem como os relacionados à saúde.

Na Carta Magna existe expressa referência ao direito inalienável à saúde que todo ser humano deve ter, conforme podemos analisar os seguintes artigos, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Destarte, tanto está elencada na parte dos direitos sociais como em seção própria a saúde na Constituição Federal de 1988. Por ser direito social, a saúde é também direito fundamental do homem, devendo necessariamente ser observada no Estado Democrático de Direito, tendo por fim a consagração da igualdade social com a diminuição das desigualdades entre os homens.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Nesse sentido: MORAES, op. cit., 2002. p. 202.

Tanto é assim que, nos moldes do art. 196 da Constituição Federal de 1988, o legislador estabeleceu com o dever do Estado buscar uma otimização geral das condições de saúde para a população, valendo-se de políticas sociais e econômicas voltadas, direta e indiretamente, para esse fim.

É um erro considerar o direito à saúde meramente como bem estar físico da pessoa. Muito pelo contrário a esta posição, a saúde é vista hoje como o bem estar físico, mental e social do indivíduo. Com efeito, a Constituição da Organização Mundial de Saúde descreve esta da seguinte forma: “Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity”<sup>15</sup>

Assim, nos moldes do conceito adotado pela Organização Mundial de Saúde, para que seja satisfeito o direito constitucional, social e fundamental do ser humano à saúde, é mister que seja considerado tanto a sua perspectiva física, quanto a social e também a psicológica. Este foi o mesmo entendimento adotado no Pacto de San José da Costa Rica de 22 de novembro de 1969, incorporado à legislação brasileira pelo Decreto nº 678/92:

Artigo 5

Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

A ADPF nº 54 estabeleceu o posicionamento supra em vista de que obrigar a gestante levar ao seu término a gravidez de um feto anencefálico ser flagrante violação à este princípio. Considerar crime a conduta da antecipação terapêutica do parto nesses casos, mediante interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940, vai de encontro ao postulado da saúde.

---

<sup>15</sup>[http://policy.who.int/cgi-bin/om\\_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=basicdoc&jump=Constitution&softpage=Dokument42#JUMPDEST\\_Constitution](http://policy.who.int/cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=basicdoc&jump=Constitution&softpage=Dokument42#JUMPDEST_Constitution), acesso em 01 de dezembro de 2005.

Ora, já vimos que a gestação de um feto anencéfalo, fisicamente, é um verdadeiro martírio, visto que, comprovadamente, poucos sequer chegam a nascer, além do que, quando nascem, já nascem mortos, sem contar a alta probabilidade de complicações que esta gestação pode vir a ter.

Não obstante a violação à saúde do ponto de vista físico, senão pior o é do ponto de vista psicológico. A notícia em si da malformação congênita da anencefalia para a gestante já é deveras arrasadora, quanto pior é o fato do Estado obrigá-la a levar esta gestação até o fim.

A jurisprudência pátria já se manifestou nesse sentido, *in verbis*:

ABORTO – PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL INSTRUÍDO COM LAUDOS MÉDICO E PSICOLÓGICO – FETO PORTADOR DE ANENCEFALIA – ADMISSIBILIDADE DA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ EIS QUE EVIDENCIADO RISCO À SAÚDE DA GESTANTE, ESPECIALMENTE PSICOLÓGICA.

Diante da solicitação de autorização para realização de aborto, instruída com laudos médicos e psicológicos favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, **e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida caso leve a termo a gestação**, pois comprovado cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro) e de outras anomalias incompatíveis com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a interromper a gravidez.

(ApCrim 98.003566-0 – 2ª Cam – j. 05.05.1998 – rel. Dês. Jorge Mussi – Comarca de Videira – SC – RT 756/652)

Não apenas a saúde psicológica da mulher em tal situação é violada como também a de sua família que, inevitavelmente, terá que conviver diariamente com esta realidade. Termina por ser verdadeira tortura imposta pelo Estado admitir essa possibilidade. É uma violência à Dignidade da Pessoa Humana.

Ora, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e ao núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. (FRANCO, 2005, p. 407)

## **4 O CRIME DE ABORTO E A QUESTÃO DA ANENCEFALIA**

O crime de aborto consiste na eliminação do produto da concepção, com o término precipitado da gestação e da vida intra-uterina. Em verdade, a expressão “aborto” não é a mais adequada do ponto de vista técnico, pois esta se refere não à conduta de abortar, mas ao produto da concepção abortada.

Todavia, não obstante o termo “abortamento” ser o mais adequado, neste trabalho, por conveniência, e pelo fato de que o termo “aborto” foi o que foi escolhido pelo legislador penal, utilizaremos este em detrimento daquele.

Neste capítulo abordaremos grande parte das características do crime de aborto na legislação brasileira. Abordaremos também o modo como a moderna doutrina penal trata acerca do mesmo, dando especial destaque aos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40.

Estes artigos serão abordados com mais ênfase neste trabalho em vista de serem aqueles cuja interpretação foi contestada na ADPF nº 54 que, atualmente, tramita perante o Supremo Tribunal Federal, de modo que, são estes que tem relacionamento direto com o tema posto em foco.

Iniciaremos o capítulo abordando alguns conceitos e princípios básicos de direito penal e a forma como se relacionam com o crime de aborto e com a questão da anencefalia, sendo que, posteriormente, adentraremos na classificação doutrinária do crime, com todas as suas particularidades, tais como, sujeito ativo, sujeito passivo.

### **4.1 Conceito e Princípios de Direito Penal**

É fato que o direito possui diversos ramos em vista de que, a especificidade com que as matérias sobre os quais este versa, necessitar, ocasionalmente, de um maior aprofundamento, e de uma abordagem cada vez mais cuidadosa, minuciosa e meticulosa.

Deveras, dentre estes diversos ramos está o direito penal. O Direito Penal é ramo do direito público, pois versa não sobre relações jurídicas entre particulares, mas sim sobre relações entre estes e a sociedade, entre os indivíduos e o Estado. Destarte, ocorre uma relação de subordinação daqueles para com este.

A fonte primordial do direito é o fato social, sem o qual aquele não teria razão de ser. Quando determinado indivíduo pratica uma ação que é contrária ao ordenamento jurídico diz-se que praticou um ilícito jurídico. O direito penal trata justamente dos ilícitos jurídicos que, de forma mais gravosa, atentam contra os mais importantes bens jurídicos.

O direito penal visa justamente a tutela dos bens jurídicos tidos como os mais importantes para a sociedade, aqueles que os cidadãos mais prezam, como por exemplo o direito à vida, a indisponibilidade de seu corpo, ao patrimônio, à liberdade sexual etc. O Direito Penal atua visando o bem comum, busca salvaguardar a sociedade.

Apesar de ser também chamado de direito criminal, a definição mais ampla e aceita é a de direito penal, em vista de que apesar de o direito penal visar combater o crime, ele se vale primordialmente das penas para fazê-lo.

O fenômeno “crime” pode ser conceituado de três formas: A primeira seria o crime em sentido formal, como a ação ou omissão contrária ao ordenamento jurídico, contrária ao Direito, à qual a lei atribui uma pena.<sup>16</sup> O conceito formal visa apenas o aspecto externo do

---

<sup>16</sup> Nesse sentido: FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. P. 148.

crime, o mais aparente e mais fácil de ser percebido, que é a sua antijuridicidade, ou seja, a violação da norma jurídica positivada.

A segunda forma de se conceituar crime é aquela que segue o critério do conceito material ou substancial deste. Crime seria a ação ou omissão que causa qualquer lesão em um bem jurídico penalmente protegido por uma norma de direito,<sup>17</sup> é a ação ou omissão que contraria os valores ou interesses da sociedade.

A terceira e última forma é a conceituação de crime de acordo com o critério analítico, isto é de acordo com os elementos que compõem o crime, sendo este o conceito de crime no qual teceremos maiores considerações, examinando as teorias causalista e finalista da ação. Os critérios formal e material *per si* são insuficientes para a classificação do que seria crime, de modo que se faz necessário o critério analítico.

O crime, apesar de ser um todo unitário e indissociável, é formado por diversos elementos.

Para a teoria causalista da ação, elaborada por Von Liszt no século XIX, também denominada teoria tradicional, clássica ou causal-naturalista, a conduta é uma alteração volitiva do mundo exterior, porém uma alteração causal, perceptível pelos sentidos, sendo irrelevante o conteúdo finalístico da vontade. Assim, para a teoria causalista, ocorre separação entre a vontade e a conduta, sendo o conteúdo daquela deslocado para a culpabilidade (dolo e culpa).

As principais críticas à teoria causalista dizem respeito a sua impossibilidade de explicar a presença de elementos subjetivos do tipo e na antijuridicidade da conduta, e também nos casos de crime na forma tentada, pois nestes o dolo é elemento subjetivo do injusto ou da ilicitude, e não da culpabilidade.

---

<sup>17</sup> Nesse sentido: NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal. V. 1. Parte geral. 32 ed. atual.** São Paulo, Saraiva, 2001. p. 105.

Já a teoria finalista, que teve como sistematizador Hans Welzel, estabelece que todo comportamento humano tem uma finalidade, ou seja, um objetivo em vista, de modo que não age o indivíduo em vista de um nada, e sim em vista de um fim. Welzel baseou-se em muito na teoria da ação de Pufendorf, segundo a qual ação é exclusivamente aquela manifestação das capacidades humanas do intelecto e da vontade.

Para Welzel, a vontade é a espinha dorsal da ação final, considerando que a finalidade baseia-se na capacidade de prever, dentro de certos limites, as conseqüências de sua intervenção no curso causal e de dirigi-lo, por conseguinte, conforme um plano, à consecução de um fim. (BITENCOURT, 2003, p. 150)

Critica-se a teoria finalista pelo fato de nos crimes culposos, ocorrer resultado diferente do pretendido pelo agente na ação, o que iria de encontro à teoria finalista. Todavia, isso é improcedente, vez que não obstante o fim seja irrelevante penalmente, certamente o meio escolhido o será, de modo que o autor os considera quando da formulação de sua ação, apenas age com imprudência, negligência ou imperícia.

Destarte, um homem que acidentalmente lesiona outro não quis o resultado, porém quis os meios, ou seja, a forma com a qual agiu, de modo que deve ser punido, em vista de que, dentre as possíveis formas que tinha para escolher, optou por aquela que causou prejuízo à terceiro, agindo ou de forma negligente ou imprudente ou com imperícia.

Nos filiamos à doutrina finalista por entendermos que esta é a mais adequada e de melhor formulação.

Para os causalistas crime é tido como fato típico, antijurídico e culpável<sup>18</sup>, ao passo que, para os finalistas, crime é todo fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade não um elemento integrante do conceito de crime, mas pressuposto de aplicação da pena.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. V. 1. Parte geral. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 145-146

<sup>19</sup> Nesse sentido: JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral**. V. 1. 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 395-396.



Típico é o fato concreto que está perfeitamente adequado à conduta abstrata descrita na norma penal. Antijurídico é o fato contrário ao direito, ao ordenamento. E culpável é o fato reprovável socialmente.

Visto o conceito de crime, trataremos agora acerca dos princípios do direito penal.

O direito penal possui uma série de princípios fundamentais que o definem e o caracterizam, de modo que aqui abordaremos apenas os que, a nosso ver, são os mais importantes para este trabalho.

#### **4.1.1 Princípio da Intervenção Mínima**

Segundo a lição da professora Alice Bianchini<sup>20</sup>, o princípio da intervenção mínima do direito penal pode ser analisado sob três perspectivas: a do princípio da necessidade, segundo a qual só deve atuar o legislador penalista nas situações estritamente necessárias, ou seja, aquelas que não poderiam ser resolvidas por meio de outros dispositivos jurídicos e sociais que estão ao dispor do Estado; a do princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos que dispõe que apenas os bens jurídicos de maior relevância e mais importantes para a sociedade devem estar sob a tutela do direito penal; e, por fim, sob a perspectiva do princípio da ofensividade, segundo o qual apenas as ofensas mais graves e que causam significativo clamor e ojeriza social devem ser dignas da tutela do direito penal.

A análise do princípio da intervenção mínima é de suma importância para a compreensão da questão de saber se o “aborto” de fetos anencefálicos merece ou não estar sob os auspícios do direito penal, conforme veremos logo a seguir.

---

<sup>20</sup> Nesse sentido: BIANCHINI, Alice. **Pressupostos matérias mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002. p. 28/29

O princípio da intervenção mínima constitui o caráter de subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal. O direito penal atua apenas em situações de exceção, ou seja, quando outras normas de direito, ou até mesmo quaisquer instrumentos que o Estado se valha para garantir o bem comum, como, por exemplo, políticas públicas, não sejam capazes de resolver *per si* a lesão ou ameaça a determinado bem jurídico.

Daí dizer-se fragmentária essa proteção (caráter fragmentário), pois se concentra o direito penal não sobre o todo de uma dada realidade, mas sobre fragmentos dessa realidade de que cuida, é dizer, sobre interesses jurídicos relevantes cuja proteção penal seja absolutamente indispensável. (QUEIROZ, 1998, P. 119)

Ora, na questão dos fetos anencefálicos, é de se questionar se seria ou não necessária a intervenção do direito penal sob as três perspectivas do princípio da intervenção mínima.

Do ponto de vista do princípio da necessidade, podemos observar que o direito penal teria caráter meramente punitivo para os praticantes do aborto de fetos anencefálicos, sejam estes a gestante ou profissionais de saúde.

O termo “pena” se originou de penitência, ou seja, a busca pela redenção dos pecados. Em épocas obscuras o caráter da pena era meramente punitivo, buscando infligir ao condenado um mal similar e proporcional ao causado, conforme pudemos analisar no capítulo um. Todavia, com a evolução de conceitos humanitários, a pena passou também a ter mais dois aspectos: os aspectos educativo ou ressocializador e o intimidatório.

O aspecto intimidatório diz respeito à infligir de temor aos indivíduos que vivem em meio ao crime para que não pratiquem a conduta, ou seja, busca reprimir o sentimento de impunidade, ao passo que o educativo ou ressocializador se relaciona com a reeducação do condenado para que, após o cumprimento de sua pena, possa voltar a conviver em sociedade. O aspecto ressocializador foi fruto da influência da Escola penalista correcional e da Escola social.

Com efeito, nenhum caráter ressocializador ou educativo ocorreria com a aplicação do direito penal, sendo que, as normas de direito penal, funcionariam como verdadeiros instrumentos cuja única função seria punir os praticantes da conduta, o que contraria a doutrina penalista desde o movimento humanista do direito penal no século XVIII, constituindo um verdadeiro retrocesso evolutivo nas normas de direito penal.

Ademais, o Estado dispõe de formas mais eficazes, como por exemplo, políticas públicas sócio-educativas, para lidar com a questão dos anencéfalos, da prevenção da anencefalia e dos chamados fatores teratogênicos, já analisados no capítulo anterior.

Destarte, não se mostra necessária a atuação do direito penal, pois, conforme já vimos supra, este só deve ser posto em prática em situações de exceção, nas quais não haver meio mais eficaz de tratar a situação.

Já sob o ponto de vista do princípio da exclusiva proteção do bem jurídico, também não ocorre qualquer necessidade da atuação do direito penal, visto que o bem jurídico aí tutelado seria a vida do anencéfalo, porém, conforme vimos no tópico anterior, não há de se falar em vida para este, mas sim, sempre e inevitavelmente, morte.

Conforme já vimos no capítulo antecedente, o anencéfalo seria um natimorto nos moldes da Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, bem como do critério da morte encefálica, adotado pela legislação brasileira para se conceituar a morte.

O feto anencéfalo estaria irremediavelmente condenado à morte desde a sua concepção, de modo que sequer há de se falar em qualquer bem jurídico tutelável, quanto mais em bem jurídico tutelável de forma suficiente para que o direito penal atuasse.

Por fim, sob a ótica do princípio da ofensividade, é que a questão merece um maior cuidado. De fato, alguns setores da sociedade brasileira se mostram abalados e horrorizados sob a possibilidade da ocorrência de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, não

admitindo a sua liceidade e, por conseqüência, o direito das mães e dos profissionais de saúde de realizar tal procedimento.

Todavia, apenas “onde se verificarem condições insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre realização e desenvolvimento da personalidade de cada homem” (DIAS, 1993, p. 65) é que deve atuar o direito penal. Não é o que ocorre, pois apenas alguns setores da sociedade, e não ela toda ou a sua maioria esmagadora, conforme explanado no capítulo anterior, reprovam a conduta da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos.

Não se pode impor a vontade de um grupo a outro nas sociedades onde vigora o Estado Democrático de Direito, conforme veremos nos princípios seguintes a serem analisados.

#### **4.1.2 Princípio da Liberdade, Princípio da Legalidade e Princípio da Tolerância.**

O princípio da liberdade tem sua origem no tema da Revolução Francesa “liberdade, igualdade e fraternidade”. Referido princípio estabelece que existe uma parcela de liberdade mínima pertencente ao indivíduo na qual o Estado não pode intervir ou penetrar.

O Estado deve necessariamente respeitar esta liberdade de autodeterminação de cada indivíduo sob pena de violar as liberdades individuais mais básicas do alicerce constitucional. Nossa atual Constituição estabelece, por exemplo, o chamado princípio da legalidade, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, sendo referência direta a este princípio.

O princípio da liberdade está exposto no art. 3º, inciso I da Constituição federal, tendo estabelecido o legislador constituinte originário que é objetivo do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

O princípio da legalidade ou da reserva legal é correlato do princípio da liberdade, tendo sua origem no “Bill of Rights” das colônias inglesas da América do Norte e na “Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen” da Revolução Francesa. Uma faceta do princípio da legalidade se encontra na chamada expressão latina criada originalmente por Feuerbach “nullum crimen, nulla poena sine lege”.

Constitui verdadeira limitação ao *jus puniendi* estatal, de modo que a lei deve definir de modo preciso e cristalino as condutas delituosas, definindo o crime e sua sanção, de modo a confinar o poder punitivo do Estado, e impedir que este se valha daquele poder de forma arbitrária ou excessiva.

Para Francisco de Assis Toledo, o princípio da legalidade “significa, em outras palavras, que a elaboração de normas incriminadoras e das respectivas sanções constitui matéria reservada ou função exclusiva da lei”(TOLEDO, 1994, p. 21).

Em nossa carta magna, o princípio da legalidade está exposto no art. 5º, incisos XXXIX e XL, demonstrando o posicionamento do legislador constitucional de clara proteção ao direito de liberdade do cidadão, ao direito de ir e vir sendo garantia fundamental deste perante a figura do Estado.

Apenas os Estados ditatoriais e tirânicos não respeitam os princípios da liberdade e da legalidade, sendo que, em vista da suma importância dos mesmos, tais Estados estão inevitavelmente condenados a serem extintos.

Já o princípio da tolerância é basilar na atual sociedade pluralista. Referido princípio estabelece que o Estado não deve atuar e legislar em matérias que dizem respeito à autonomia dos indivíduos, a sua individualidade e subjetividade, como, por exemplo, o direito à liberdade religiosa.

[...]sempre que o direito criminal invade as esferas da moralidade ou do bem estar social, ultrapassa os seus próprios limites em detrimento das suas tarefas primordiais [...]. Pelo menos do ponto de vista do direito criminal, a todos os homens assiste o inalienável direito de ir para o inferno à sua própria maneira, contanto que não lesem ao diretamente ao alheio.(DIAS, ANDRADE, 1984, p. 405-406)

O Estado não deve ultrapassar suas fronteiras e atuar nas áreas da moralidade e individualidade, pois estaria atuando como meio de imposição tirânica de determinados grupos sociais sobre outros, o que viola os postulados básicos dos regimes democráticos.

Cabe ao Estado garantir a igualdade, segurança e o mínimo vital aos seus cidadãos, atuando de forma neutra nos campos da moral, ideologia e cultura, não invadindo a vida privada das pessoas a não ser para coibir condutas que prejudiquem terceiros.

Na questão da anencefalia, verifica-se que seria flagrante violação ao princípio da liberdade e da tolerância impor a estas mulheres que, por um infortúnio vieram a sofrer com a sina de terem fetos anencefálicos em seu ventre, obrigatoriamente levassem essa gravidez até o final, que, conforme já vimos, só pode ser um a morte do anencéfalo.

A interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, de fato, é moralmente reprovável por parte de alguns setores da sociedade, porém apenas isto não é motivo suficiente para que seja justificada a sanção penal a esta conduta.

As instituições religiosas têm o direito de pregar suas doutrinas, e o que as mesmas consideram imoral ou não, todavia, impor as mesmas por meio do aparato estatal e da lei penal à outros cidadão é verdadeira aberração aos princípios aqui vistos.

Ademais, as condutas meramente imorais não merecem a tutela do direito penal, quanto mais aquelas imorais apenas sob a ótica de um ramo da sociedade. “A moralidade, enfim, é condição de relação social, não uma estrutura a ser protegida em si mesma, e jamais emprestaria licença política para intervenção do Estado em procedimentos pessoais”

(BIANCHINI, 2002, p. 36). O incesto, por exemplo, embora socialmente reprovável pela maioria da sociedade não está sob os auspícios da tutela penal.

#### 4.1.3 Princípio da Humanidade

O princípio da humanidade do direito penal estabelece que o Estado, no exercício regular de seu poder de punir, não pode atuar de modo a aplicar sanções e penas que atinjam a dignidade da pessoa humana.

Deste princípio decorrem que são impossíveis as aplicações de penas cruéis e desumanas, de tortura, de trabalhos forçados e da pena de morte, estando o mesmo expresso na Constituição Federal, em seu Art. 5º, inciso XLVII, *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:

XLVII – não haverá penas:

- a) de morte, salvo em caso de guerras declarada, nos termos do art. 84, XIX;
- b) de caráter perpétuo;
- c) de trabalhos forçados;
- d) de banimento;
- e) cruéis;

O caráter ressocializador da pena é consequência direta do princípio da humanidade, pois este proíbe penas que, em verdade, degradariam o detento, deixando pior do que quando entrou na instituição penitenciária estatal.

Zaffaroni, citado por César Roberto Bitencourt, dispõe da seguinte forma: “[...] esse princípio determina a inconstitucionalidade de qualquer pena ou consequência do delito que crie uma deficiência física (morte, amputação, castração ou esterilização, intervenção neurológica etc.), como também qualquer consequência jurídica impagável do delito” (ZAFFARONI Apud. BITENCOURT, 2003, p. 15).

Na questão da anencefalia, ressalta óbvio o caráter cruel da pena de prisão, tanto para os profissionais de saúde, como para a gestante que se vale da interrupção de uma gestação cujo feto comprovadamente é natimorto, para dar fim ao seu sofrimento. A pena agravaria ainda mais a situação de temor psicológico no qual esta estaria inserida.

#### **4.2 Crime de Aborto - Classificação Doutrinária**

Em nosso atual Código Penal, o crime de aborto está situado no Capítulo I, Título I da Parte Especial, crimes contra a pessoa, na mesma linha do Código Penal Espanhol. Todavia, os códigos penais de outros países classificam o crime de aborto de forma diversa.

O Código Penal Italiano, por exemplo, classifica o aborto entre os crimes contra a integridade e a saúde da estirpe, numa clara influência da legislação romana que assim o considerava.

Conforme a lição do Professor Damásio E. de Jesus<sup>21</sup>, as normas penais são de três tipos: Normas penais incriminadoras, que definem os delitos e suas respectivas penas; normas penais permissivas, que prevêm algumas hipóteses nas quais determinadas condutas que, em regra, seriam ilícitas e puníveis, em vista de algumas circunstâncias, são permitidas pela legislação; e normas penais explicativas, que buscam elucidar as normas penais incriminadoras ou permissivas ou delimitam o seu âmbito de incidência.

Na parte especial do Código Penal, as normas penais são classificadas em de sentido amplo e de sentido restrito. As de sentido restrito são as normas penais incriminadoras, já as de

---

<sup>21</sup> Nesse sentido: JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral**. V. 1. 24ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 3.



sentido amplo abrangem não apenas as incriminadoras como também as normas penais permissivas.

Os dispositivos que analisaremos neste capítulo são todas as normas penais da parte especial de sentido amplo, porém, somente os arts. 124 e 126 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40, são normas penais em sentido estrito, pois descrevem determinadas condutas imputando-lhes uma sanção penal adequada.

O crime de aborto é considerado crime contra a pessoa, pois o bem jurídico por ele protegido é a pessoa humana antes mesmo do seu nascimento. Os chamados delitos contra as pessoas não tratam apenas de condutas que tenham por objetivo a proteção de pessoas já nascidas e vivas, mas também daquelas que, não obstante ainda não terem nascido, já foram concebidas.

Aliás, protegem também as pessoas jurídicas, obviamente apenas nos casos nos quais estas podem ser sujeito passivo da conduta, pois, apesar de poderem ser difamadas (Art. 139 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40) as pessoas jurídicas não podem sofrer crime de aborto.

Por fim, o aborto é crime contra a vida porque atenta contra o bem jurídico vida humana, constitucionalmente protegido, e tido como inviolável pelo art. 5º da Constituição Federal de 1988. Desta forma, para efeitos penais, o feto humano é considerado pessoa desde a sua concepção, sendo a sua vida um bem jurídico penalmente protegido.

O aborto é também considerado crime material, instantâneo, de dano e de forma livre.

É crime material, pois ocorre a descrição de uma conduta com um resultado necessário para que o Estado possa se valer de seu *jus puniendi*. Destarte, plenamente possível é a tentativa no crime de aborto.

É crime instantâneo, pois, sua consumação se dá num só instante e cessa, não permanecendo em continuidade a lesão ao bem jurídico, mas apenas os seus efeitos.

É crime de dano, pois exige que o resultado morte do feto objetivamente se consuma. Ocorre a destruição do produto da concepção, seja ele o ovo (três primeiras semanas da gravidez), embrião (até três primeiros meses) ou feto (após os três primeiros meses). Destarte, deve a gestação ser normal e não extra-uterina ou molar. Nestas gestações, não ocorre a existência de vida, de modo que não há crime.

É crime de forma livre, pois pode ser praticado por quaisquer meios, de ação ou omissão, que seja capaz de provocar a conduta. Podem ser meios químicos, como pelo emprego de substância abortivas inorgânicas (fósforo, arsênio) ou orgânicas (estricnina, ópio), por meios físicos, sejam eles mecânicos (traumatismos), elétricos (corrente galvânica ou farádica) ou térmicos (bolsas de água quente ou gelo no ventre) e por processos psíquicos (susto, terror). “Quaisquer que sejam, é necessária a idoneidade. Absolutamente inidôneos, tais como práticas supersticiosas, rezas, despachos, beberagens inócuas etc. não haverá sequer tentativa” (NORONHA, 2001, p. 57).

Destarte, para que o aborto seja considerado crime é exigido que se comprove a ação e o resultado através de exame de corpo de delito na mulher. Senão, vejamos a jurisprudência pátria:

“Não se configura o aborto sem prova segura de que tenha sido provocado”

(TJSP – Rec. Rel. Franklin Nogueira – RJTJSP 128/432)

“Atestando o laudo médico a inexistência de elementos para concluir se houve ou não aborto provocado, impõe-se a impronúncia”

(TJSP – Rec. – Rel. Jefferson Perroni – RT 560/321)

Observe-se ainda o caso da mulher tentar praticar aborto presumindo que está grávida, na chamada gravidez psicológica. É necessária a comprovação da gravidez. Caso contrário, trata-se de crime impossível, hipótese prevista no art. 17 do Código Penal brasileiro, por absoluta impropriedade do objeto, sendo a tentativa inidônea.

“Ausente a prova do estado fisiológico da gravidez não há cogitar-se do crime de provocação de aborto. Tem-se, na espécie, um delito impossível”

(TJSP – Rec. – Rel. Segurado Braz – RT 697/286)

Ademais, pode ocorrer que durante o emprego das manobras abortivas o feto já estivesse morto apesar de permanecer intra-uterino. Nesta hipótese também ocorrerá crime impossível.

Por isso, é tão importante que ocorra o exame de corpo de delito para a comprovação da gravidez, porém, caso o mesmo seja impossível de ser feito por quaisquer motivos, poderá ser suprido por outros meios de prova, inclusive, prova testemunhal.<sup>22</sup>

Nesse sentido já decidiu o **Supremo Tribunal Federal**:

**STF:** “Crime de aborto provocado por terceiro. Auto de corpo de delito. Impossibilidade de sua realização por haverem desaparecidos seus vestígios. Decisão que, implicitamente, julga inaplicável a regra que autoriza, nessa hipótese, o suprimimento de auto do corpo de delito por prova testemunhal. Ofensa ao art. 167 do Código de Processo Penal. Recurso extraordinário conhecido e provido” (RTJ, 80/254)

O Elemento subjetivo do crime de aborto é o dolo, a vontade livre e consciente de provocar a interrupção da gravidez ou que ao menos o sujeito assuma o risco de produzir tal resultado. Assim, só é punível o aborto a título de dolo direto ou eventual. A ação penal é pública incondicionada, podendo ter início com a mera *notitia criminis*.

#### **4.3 Tipos de Aborto (Arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40)**

Conforme destacamos supra, em vista de que a ADPF nº 54 tratou apenas dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40, analisaremos apenas esses neste trabalho, pois são os únicos pertinentes ao mesmo.

Estabelece o art. 124 do Código Penal brasileiro:

---

<sup>22</sup> Nesse sentido: CAPEZ, op. cit., 2003. p.110.

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.

Estabelece o artigo supracitado não um, mas dois tipos de aborto, o aborto provocado pela gestante, também chamado de auto-aborto, e o aborto consentido pela gestante.

O auto-aborto tem como sujeito ativo da conduta a gestante, ou seja, é esta quem pratica as manobras abortivas, físicas, químicas ou psíquicas, no sentido de dar término à vida do feto.

Magalhães Noronha considera o terceiro que porventura auxilia a gestante na prática da conduta delituosa como co-autor para o crime, em vista do art. 29 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40.<sup>23</sup>

Este não é o posicionamento de Damásio E. de Jesus e Fernando Capez. Para os doutos doutrinadores, auto-aborto é crime de mão própria, de modo que não admite co-autoria. Assim, quem auxilia, induz ou instiga a gestante à prática do aborto não é co-autor e sim partícipe.<sup>24</sup> Existem posicionamentos jurisprudenciais no sentido de que, quem atua como partícipe, não seria assim considerado, mas sim como autor do delito do art. 126 do Código Penal, Decreto-Lei nº 2.848/40.

Vale destacar que, se o sujeito praticar algum ato executivo da conduta abortiva será enquadrado no tipo penal do art. 126, que será analisado a seguir. O sujeito passivo no auto-aborto é o produto da concepção, seja ele ovo, embrião ou feto.

A outra conduta tipificada no art. 124 é o aborto consentido, no qual um terceiro executa o aborto com o consentimento da gestante. Nos moldes da teoria monista da ação adotada pelo código penal em seu art. 29, o sujeito que pratica a conduta devia ser considerado co-autor

<sup>23</sup> Nesse sentido: NORONHA op. cit., 2001. p. 61.

<sup>24</sup> Nesse sentido: CAPEZ op. cit., 2003. p.114. e JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. V. 2. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio.** 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 124.

da mesma, porém, em vista da tipificação do art. 126, este se enquadra neste artigo e não no art. 124.

Vejamos então o art. 126 do Código Penal Brasileiro:

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

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

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

A expressão “consentimento” do artigo acima é elemento subjetivo do tipo, significando permissão ou anuência da gestante à prática do aborto. Sujeito ativo da conduta é todo o indivíduo que empregue as manobras abortivas, sendo aceito o concurso de pessoas, como, por exemplo, o típico caso do médico que é auxiliado por profissionais de enfermagem em uma clínica clandestina de aborto. Sujeitos passivos são a gestante e o feto.

O consentimento pode ser verbal ou escrito ou de qualquer outra forma, resultando da própria conduta da gestante e deve perdurar por todo o tempo, tanto antes quanto durante a execução do abortamento. Assim, se antes a mulher anuiu com o aborto, porém, posteriormente a mesma vem mudar de idéia e, mesmo assim o indivíduo o pratica, não será o caso de aborto consentido mas sim de aborto provocado, isto é sem a anuência da gestante.

Vale ressaltar que a atuação da mulher não é secundária, pois esta é a verdadeira autora da conduta, ela não omite, e sim age.

Embora o consenso constitua elemento subjetivo do tipo, a conduta da gestante não é meramente subjetiva. Seu comportamento não é simples omissão ou conivência. Ela coopera com o terceiro nas manobras abortivas. Não permanece inerte, mas colabora com movimentos corpóreos (p. ex.: colocando-se em posição obstétrica). Não se omite, age. (JESUS, 2001, P. 126)

O parágrafo único estabelece um agravante para esta conduta, no caso de consentimento viciado seja pela ausência de capacidade da gestante de consentir ou pela própria forma com a qual é obtido o consentimento.

Por fim o art. 128 dispõe:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

São as chamadas formas de aborto legal, isto é, as formas permitidas pela lei.

Vimos que para parte da moderna doutrina penalista, crime é todo fato típico, antijurídico e culpável. Pratica o chamado ilícito penal o indivíduo que exerce determinada conduta concreta plenamente capaz de ser enquadrada em determinada norma de direito penal de forma abstrata tipificada regularmente, de forma que viole o ordenamento jurídico e seja socialmente reprovável.

A culpabilidade, que para a maioria dos autores não é elemento nuclear do crime, mas pressuposto de aplicação da pena, é justamente a ojeriza da sociedade ao agente pela prática do delito.

No caso do art. 128 do Código Penal brasileiro, pela presença do elemento do tipo “não se pune”, ocorre expressamente hipótese de exclusão da antijuridicidade ou da ilicitude do fato, pois “Fato impunível em matéria penal é fato lícito.”(JESUS, 2001, p. 128). Assim, em quaisquer das duas hipóteses não há de se falar em crime, pois está presente essa cláusula legal de exclusão da antijuridicidade do fato.

É necessário que o aborto legal seja praticado por médico conforme a letra da lei, todavia a parteira ou enfermeira que auxilia o médico não pratica crime, pois se a conduta deste não é punível, sendo lícita, não pode ser ilícita e punível a conduta daquelas.<sup>25</sup>

Vejamos a jurisprudência pátria acerca do aborto legal:

---

<sup>25</sup> Nesse sentido: FRANCO, Alberto Silva... (et al.) **Código penal e sua interpretação jurisprudencial**, volume 1, tomo 2: parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 2126.

“A prática de aborto não constitui finalidade da medicina. Ao reverso, estão os médicos proibidos de praticá-lo, exceto nas hipóteses que a lei penal chama de aborto necessário, na falta de outro meio para salvar a vida da gestante ou quando resulte de estupro a gravidez”  
(TJSP –Rec. – Rel. Adriano Marrey - RT 454/364)

O primeiro caso é o do chamado aborto necessário, exposto no inciso I deste artigo. Ocorrem situações nas quais a gravidez da mulher lhe traz risco de vida, de modo que não há meio de salvá-la e ao feto. O aborto necessário pode ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo), sendo que alguns doutrinadores costumam denominar o aborto necessário de aborto terapêutico.

Ocorre neste caso um confronto entre o direito à vida da gestante e o direito à vida do feto, sendo que o legislador preferiu aquele em detrimento deste. Assim, para que seja preservada a vida materna, permite o legislador que se realize o aborto nestes casos.

Busca-se aí ressaltar o direito não apenas da gestante de preservar sua existência no caso de uma gravidez que representa uma ameaça a esta, mas também o do médico que o faz para salvar a gestante.

É o médico que decide acerca da necessidade ou não da prática do aborto necessário, tendo direito sobre a vida e a morte do feto, apesar de ser recomendado que este consulte uma junta de médicos.<sup>26</sup> Assim, independe o médico do consentimento ou não da gestante ou de sua família para a prática do aborto necessário, principalmente o de cunho terapêutico.

Aliás, é mister ressaltar que as lesões corporais porventura provocadas na gestante quando na prática deste tipo de aborto são impuníveis, pois são praticadas pelo médico para salvar a vida da mesma.

“Reconhecido o aborto terapêutico, realizado para salvar a vida da paciente, não se justifica a condenação do acusado pelas lesões corporais nela produzidas, em virtude da intervenção a que se submeteu”

---

<sup>26</sup> Nesse sentido: COSTA JÚNIOR, Paulo Jose da. **Direito penal: curso completo**. 8ª ed. ver. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 268.

(RT 413/286)

Os seguintes países que não permitem o aborto, exceto quando há risco à vida da mãe: Afeganistão, Angola, Brasil, Camboja, Chile, Colômbia, Costa do Marfim, Filipinas, Guatemala, Haiti, Honduras, Iêmen, Indonésia, Irã, Irlanda, Laos, Líbano, Líbia, Mauritânia, México, Moçambique, Nicarágua, Nigéria, Paraguai, Quênia, República Dominicana, Síria, Sri Lanka, Sudão, Tanzânia, Venezuela e Zaire.

Já estes permitem o aborto: África do Sul, Albânia, Austrália, Áustria, Bangladesh, Bélgica, Bulgária, Canadá, china, Cingapura, Coreia do Norte, Cuba, Dinamarca, Eslováquia, Estados Unidos, Finlândia, França, Holanda, Hungria, Índia, Itália, Iugoslávia, Japão, Noruega, República Tcheca, Romênia, Rússia, Taiwan, Tunísia, Turquia, Vietnã e Zâmbia.

A segunda forma de exclusão da antijuridicidade ou ilicitude do crime e aborto é o caso do inciso II, o aborto sentimental, humanitário ou ético. O aborto sentimental passou a ser aceito como legal a partir da primeira guerra mundial (1914-1918), quando era comum que os invasores ou vencedores dos conflitos “celebrassem” a sua vitória estuprando as mulheres dos derrotados.

Um coito vagínico violento pode vir a gerar um fruto na mulher violentada. O legislador achou por bem permitir que a mulher opte pela decisão de não querer gerar um filho cuja origem não foi de amor, mas sim de uma das piores situações de terror físico e, principalmente psicológico, que pode passar uma mulher. O Estado não pode nem deve obrigar uma mulher a passar por esse tipo de situação.

O crime de estupro pode ser tanto com violência real ou presumida, de modo que a norma em questão não distinguiu se apenas para o estupro com violência real pode a mulher optar pelo aborto, podendo fazê-lo tanto num caso como no outro. Ademais, por analogia *in bonam*



*partem*, o aborto de uma gravidez resultante de atentado violento ao pudor também pode ser enquadrado como aborto sentimental.

Diferente do que ocorre com o aborto necessário, é mister que haja o prévio consentimento da gestante para que seja feito o aborto sentimental. Não ocorre a necessidade de uma autorização judicial para a prática do aborto, ficando a realização deste a critério do médico.

Todavia, é mister que haja prova idônea de que a gravidez resulta de crime de estupro, como boletim de ocorrência ou lesões da conjunção carnal forçadas atestadas.

Situação particular é a do médico que é induzido em erro por declarações falsas da gestante, realizando o aborto. A doutrina penalista diverge sobre a situação.

Damásio E. de Jesus sustenta que há erro de tipo (art. 20, §2º do Código Penal brasileiro) com a exclusão do dolo e, conseqüentemente, da tipicidade da conduta, vez que incorre a possibilidade de forma culposa no crime de aborto<sup>27</sup>. Já Paulo José da Costa Júnior sustenta que ocorre erro sobre a ilicitude do fato<sup>28</sup> (art. 21 do Código Penal Brasileiro).

Além dos tipos de aborto supracitados e equivalentes aos tipos penais analisados, outros tipos existem e tem importância significativa para a compreensão neste trabalho.

O chamado aborto natural é aquele que a gravidez acaba de forma espontânea, ou seja, em vista de patologia que acometa ao feto ou à gestante. Já o aborto acidental é aquele no qual por causa de grave acidente dá-se fim a gravidez de forma abrupta. Em ambos os tipos de aborto não há de se falar em crime<sup>29</sup>, pois ocorre ausência de dolo.

O aborto social ou econômico é aquele praticado no caso de famílias deveras numerosas, nas quais o nascimento de mais um integrante apenas agravará o caso. Do ponto de vista social, a fim de contornar crises financeiras e sociológicas, o aborto social é, supostamente,

---

<sup>27</sup> Nesse sentido: JESUS, op. cit., 2001. p. 122.

<sup>28</sup> Nesse sentido: COSTA JÚNIOR, op. cit., 2000. p. 268.

<sup>29</sup> Nesse sentido: JESUS, Damásio E. de. **Código Penal anotado**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.414.

justificável, todavia, não foi este o posicionamento do legislador infraconstitucional, de modo que é crime o aborto social.<sup>30</sup>

Existe o chamado aborto “honoris causa”, mais comum até meados de século passado. É o que ocorre quando a mulher, solteira ou viúva, para evitar desonra em meio à sociedade, pratica o aborto. Honra é o estado de dignidade que goza o indivíduo perante os seus pares, ou seja, no convívio social. A legislação penal considera crime este tipo de aborto, sendo, portanto, punível esta conduta.

Temos por fim o aborto eugenésico, eugênico ou piedoso. Esta prática de abortamento ocorre nos casos nos quais a criança comprovadamente venha a nascer com deformidade ou enfermidade incurável, como, por exemplo, a anencefalia. O adjetivo *eugênico*, deriva de *eugenia* (do grego *eugéneia*), isto é, a ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana. Estes fetos confundem-se com o antigo “monstrum vel prodigium”, do Direito Romano.

Destarte, concluímos que o feto anencefálico é passível de sofrer aborto eugenésico, porém um aborto eugenésico *sui generis*, vez que, conforme já analisamos, a anencefalia é a pior e mais gravosa moléstia que pode acometer o feto durante a gestação.

#### **4.4 Anencefalia e Direito Penal – Atipicidade da Conduta**

Vimos que a legislação penal brasileira atualmente não permite o aborto eugenésico, sendo crime. A jurisprudência, contudo, é controversa, conforme podemos analisar:

“Habeas-Corpus. Concessão. Os abortos eugênico e o econômico não são reconhecidos pelo Direito pátrio, que considera impuníveis apenas os abortos necessário e o

---

<sup>30</sup> Nesse sentido: LEITE, Gisele. **Debate sem fronteira: a polêmica questão do aborto na história e no mundo.** Revista Consultor Jurídico. 2 de julho de 2002.

sentimental, "ex-vi" art. 128, I e II do C.P. Ordem concedida em favor do feto em gestação para que não seja dolosamente inviabilizado seu nascimento. (SCK)"  
 (Tipo da Ação: HABEAS CORPUS - Número do Processo: 2000.059.01629 - Data de Registro : 22/09/2000 - Folhas: 11017/11021 - Comarca de Origem: Capital - Órgão Julgador: Sexta Câmara – Criminal - Votação : Unânime – Relator: Des. Eduardo Mayr - Julgado em 04/07/2000)

“ABORTO – EUGÊNICO – FETO COM MÁ FORMAÇÃO CONGÊNITA – IMPOSSIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA COMPROVADA – MEDIDA DESTINADA A EVITAR SOFRIMENTO FÍSICO E PSICOLÓGICO À MÃE E FAMILIARES – EXPEDIÇÃO DA AUTORIZAÇÃO E EVENTUAIS OFÍCIOS DETERMINADA – SEGURANÇA CONCEDIDA.

Solicitação de autorização judicial para a interrupção da gravidez em decorrência de mal formação congênita do feto comprovada cabalmente por laudos médicos, Admissibilidade como forma de evitar a amargura e o sofrimento psicológico da mãe que, de antemão, sabe que o filho não terá qualquer condição de sobrevivência.

(TJSP, Mandado de Segurança n. 309.340-3/5 – Cotia – 1ª Câmara Criminal – Relator: David Haddad – 22.05.00 – V.U.)”

Vimos no capítulo antecedente que no caso do feto que sofre de anencefalia ocorre total incompatibilidade com a vida extra-uterina. Vimos também que não há qualquer possibilidade de salvar o feto que seja acometido de tal mal-formação congênita, bem como o terror psicológico que esta situação impõe à gestante, violando o seu direito constitucional à saúde, principalmente no seu campo psíquico.

Segundo o critério adotado pela Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, no conceito de morte adotado pela legislação pátria conforme a lei dos transplantes, o feto anencefálico já é considerado morto. Isto já foi exaustivamente demonstrado, de modo que não iremos repetir o que já foi abordado.

Visto isso, convém agora analisarmos quais as implicações de ordem prática destes postulados no direito penal, ou seja, se para efeitos penais o feto anencefálico é passível ou não de sofrer uma conduta abortiva ou uma mera antecipação de seu parto.

Nos moldes da doutrina finalista, crime é todo fato típico e antijurídico, sendo que a culpabilidade não seria elemento essencial para que se configure o delito, mas sim pressuposto de aplicação da pena.

Tipo é a descrição abstrata de determinada conduta tida como proibida pela norma penal. Tipicidade é justamente a exata adequação do caso concreto à conduta abstrata descrita na lei. Ou o fato preenche todas as características do tipo ou é atípico.

Para que determinado fato seja típico ele deve infligir os objetos material e jurídico protegidos pela norma penal. Objeto jurídico é o bem ou interesse jurídico protegido pelo direito penal, ao passo que objeto material é a pessoa ou coisa sobre a qual versa a conduta.

[...] Aplicando o princípio da exclusiva proteção de bem jurídico sobre o tipo penal proibitivo, será necessário, antes da incidência da norma sobre a conduta do sujeito, verificar, se é realmente possível aplicá-la, não somente sob o aspecto gramatical, mas também a efetiva existência de lesão ou a exposição a perigo de lesão de bem jurídico tutelado. (LÓBO, 2005, p. 103)

Vimos que o direito penal, baseando-se numa série de princípios supracitados, define quais os bens jurídicos que são necessários de sua tutela. Luiz Régis Prado dispõe definições de diversos autores para o que vem a ser bem jurídico, todavia, a que achamos mais acertada é a de “[...] tradição neokantiana, de matriz espiritualista, procura-se conceber bem jurídico como valor cultural – entendida a cultura no sentido mais amplo, como um sistema normativo. Os bens jurídicos têm como fundamento valores culturais que se baseiam em necessidades individuais. Essas se convertem em valores culturais quando são socialmente dominantes.”

Não há tipicidade penal sem que determinada conduta seja materialmente típica, ou seja, que seja capaz de infligir dano ao bem jurídico penalmente tutelado.

Na lição de Heleno Cláudio Fragoso:

Objeto substancial do crime é aquilo que a ação delituosa atinge; é o conteúdo material ou realístico da norma penal. Para que se chegue a conhecer essa realidade que a ação incriminada atinge, é indispensável, sem dúvida, partir de um exame do sentido da norma jurídica em geral, e da ordem jurídico-penal em particular. (FRAGOSO, 1995, p. 148)

O crime de aborto tem por objeto jurídico a proteção da vida do feto. Já vimos que o feto anencéfalo não possui qualquer possibilidade de vida extra-uterina, não possuindo qualquer

possibilidade de atividade encefálica e sendo considerado morto pelos critérios médico-legais existentes em nosso ordenamento.

Ocorre assim atipicidade da conduta, vez que o objeto jurídico do crime é inexistente. Inexiste também o objeto material do delito, que seria o feto viável, pois, como já vimos, para todos os efeitos legais, o anencéfalo é um natimorto.

Não apenas da ausência de lesão ao objeto material e jurídico é que se dá a atipicidade da conduta abortiva no caso da anencefalia, mas também pela ausência de suporte fático do tipo.

No *iter criminis* da conduta abortiva, a morte do feto deve ser consequência direta dos meios físicos, químicos ou psicológicos que estão sendo utilizados na conduta. É necessária a comprovação da relação causal entre conduta e resultado, sendo que este deve decorrer daquela.

O tipo penal do crime de aborto exige a potencialidade de vida extra-uterina para que seja considerado crime, tanto que não ocorre, por exemplo, crime de aborto em casos de gravidez molar e extra-uterina.

Ora, no caso da anencefalia não existe potencialidade de vida extra-uterina. O feto anencefálico padece não em vista da conduta praticada pelo profissional de saúde, mas sim pela moléstia que lhe é acometida.

Por fim, verificamos que também ocorre atipicidade da conduta pela ausência do elemento subjetivo do tipo dolo. O dolo é o elemento geral e primordial do tipo, sendo a consciência, intenção e vontade de realizar a conduta descrita no tipo.

Três teorias procuram explicar o dolo.

Primeiramente, a teoria da vontade, segundo a qual a essência do dolo é a vontade de realizar a ação delituosa e obter o resultado. Nesta teoria é irrelevante que o indivíduo tenha

consciência do fato, mas sim a busca do resultado em si. Critica-se esta teoria no caso de crimes nos quais o autor age com indiferença ou desprezo.

Já a teoria da representação, contrariando a da vontade, o que importa é a representação subjetiva da conduta por parte do agente, ou seja, a previsibilidade do resultado de ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal como provável, e não a sua finalidade em si.

Por fim, a teoria do consentimento conciliou as posições de ambas as teorias da vontade e da representação. Para a teoria do consentimento age com dolo aquele que consente na sua produção ou assume o risco de produzi-lo.

O nosso Código Penal optou pela utilização da teoria da vontade no dolo direto e pela teoria do consentimento no dolo eventual.

Independente das teorias que buscam explicar o dolo é pacífico que este é formado por dois elementos: o elemento cognitivo ou intelectual, que consiste na consciência do que se pretende realizar. É a previsibilidade do evento, a consciência dos elementos do tipo, mas não da ilicitude, pois a consciência real ou potencial da ilicitude, com a adoção da teoria finalista da ação, foi deslocada para a culpabilidade.

E também o elemento volitivo, a vontade, o *animus*, a vontade e consciência puramente psicológica de praticar a ação. Para que haja o elemento volitivo é necessário que pré-exista o elemento cognitivo, ou seja, a previsibilidade, pois não se pode querer aquilo que é imprevisível.

No caso específico da anencefalia, verifica-se que ocorra ausência do elemento subjetivo do tipo dolo por ausência de seu elemento volitivo. Nem a gestante nem o profissional de saúde que pratica a antecipação terapêutica do parto age em busca da prática do abortamento, ou seja, visando acabar com a vida do feto.

Não ocorre qualquer intenção de causar a morte, mas sim de restaurar a saúde da gestante. Destarte, ausente está o *animus* de buscar qualquer abortamento, e sim, uma mera conduta lícita e terapêutica.

Senão, vejamos o seguinte posicionamento da jurisprudência pátria, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA. ANENCEFALIA. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO PARA QUE A REQUERENTE SEJA SUBMETIDA A CIRURGIA. PRESENÇA DO “FUMUS BONI IUTIRS” E DO “PERICULUM IN MORA”.

Se, os laudos médicos acusam a presença de feto anencéfalo, através de realização de exames de ultra-sonografia realizados em 21.03.2003 e em 25.05 do mesmo ano, demonstrando que a anencefalia é um defeito de fechamento do tubo neural, levando a não formação adequada do encéfalo e da calota craniana, de etiologia multi fatorial, é uma condição incompatível com a vida em 100% dos casos, levando a óbito intra-útero ou no período neonatal precoce e a gestação é frequentemente complicada por polidramnia a qual se ocorrente no último trimestre poderá acarretar graves conseqüências para a saúde da gestante, justificada a necessidade para a realização de cirurgia para remoção do feto anencefálico, **conduta atípica por não atingir nenhum bem jurídico penalmente tutelado**, presentes o “fumo boni iuris” e o “periculum in mora”, concede-se a segurança.

(TJRJ, 8ª Câmara Criminal, processo nº 2003. 004.00030, rel. Des. Maria Raimunda T. Azevedo, votação uânime, julgado em 26/06/2003)

#### 4.5 Anencefalia e Direito Penal – Inexigibilidade de Conduta Diversa

Alguns doutrinadores e certos posicionamentos jurisprudenciais propõe que o parto possa ser antecipado no caso do anencéfalo não por atipicidade da conduta, mas por causa supralegal de exclusão da culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa.

[...] mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciado por laudos subscritos por juntas médicas, o Poder Judiciário tem autorizado a prática do aborto [...] Tecnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher. (CAPEZ, 2003, p. 123)

Conforme já foi aludido supra, a culpabilidade é justamente o sentimento de reprovação social ao delito praticado, o asco que a conduta causa à sociedade. Ela é composta por

três elementos: imputabilidade, consciência real ou potencial acerca da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa.

Deste modo, para que determinado fato típico e antijurídico possa ser culpável faz-se necessário que o agente em juízo subjetivo próprio, possa optar por conduta diversa da que praticou. Seria o caso em questão, vez que para a mulher, a fim de se livrar de seu suplício, teria como única conduta a prática do abortamento, e ao médico, caberia acabar com o sofrimento de sua paciente.

A causa de exclusão da culpabilidade estaria comprovada então, sendo tida por supralegal pelo fato de que, apesar de não estar positivada, encontrar posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que a justifiquem e lhe fornece substrato para subsistir.

Todavia, apesar deste posicionamento, não cremos que seja o correto, pois conforme foi comprovado, sequer ocorre crime por ausência de tipicidade da conduta na questão da anencefalia.

Ora, vimos que se não há tipicidade, não há crime. Se não há crime, ou seja, fato típico e antijurídico, não há de se falar em culpabilidade, pois, nos moldes da teoria finalista, culpabilidade não é elemento do crime, mas pressuposto de aplicação da pena.

Por fim, cumpre destacar que a legislação penal brasileira data da época de 1940, sendo legislação que, embora para a época se adequasse às aspirações sociais vigentes, bem como fosse condizente ao conhecimento das ciências da medicina e da biologia, hoje é legislação demasiadamente ultrapassada com o avanço tecnológico. Segundo a tese de mestrado de Cecília Lobo: “[...] os estudos referentes à medicina fetal e à terapia neonatal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há pouco mais de dez anos. Explica-se assim a lacuna do Código Penal.” (LÔBO, 2005, p. 147).



Atualmente, o Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal prevê a possibilidade da antecipação do parto até a 20ª semana no caso de comprovada mal-formação física ou psíquica, por exame pré-natal e com parecer de uma junta de médicos.

Este é o entendimento de Cezar Roberto Bitencourt, para quem “é perfeitamente defensável a parte do Anteprojeto de Reforma da Parte Especial do Código Penal, que autoriza o aborto quando o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais, ampliando a abrangência do aborto eugenésico ou piedoso” (BITENCOURT, 2001, p. 156).

## **5. A Dignidade da Pessoa Humana e a Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos.**

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, ao analisar os argumentos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF nº 54), concedeu liminar “ad referendum” do Tribunal Pleno no sentido de sobrestar as decisões e processos não transitados em julgado relativos à prática de aborto em razão da anencefalia e concedendo a gestante com fetos anencefálicos o direito de optar pela antecipação terapêutica do parto.

A ADPF nº 54 colocou em questionamento a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal brasileiro, Decreto-lei nº 2.848/40, em face dos preceitos constitucionais fundamentais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal de 1988), da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e da autonomia da vontade (art. 5º, II da Constituição Federal de 1988), bem como os relacionados à saúde (art. 6º “caput”, e art. 196 da Constituição Federal de 1988), quando relacionados à questão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos.

A Petição Inicial da ADPF nº 54 teve como requerente a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde – CNTS, sendo de autoria do doutor Luís Roberto Barroso, afirmava serem distintas as figuras da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos do aborto, pois este pressupõe possibilidade de vida extra-uterina, o que não ocorre com fetos anencéfalos.

A liminar concedida pelo ministro Marco Aurélio foi revogada por maioria do Tribunal Pleno, na sua segunda parte, que concedia a gestante com feto anencefálico o direito de optar pela antecipação terapêutica do parto, vencidos os Ministros Marco Aurélio (relator), Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence.

Durante o procedimento da ADPF nº 54, diversas instituições tentaram funcionar no processo enquanto “amicus curiae”, ou amigo da corte, como por exemplo a Conferência Nacional de Bispos do Brasil – CNBB, a Católicas pelo Direito de Decidir, Conectas Direitos Humanos e Centro de Direitos Humanos – CDH, entre outros, sendo em sua maioria indeferidos até o presente momento por Despacho Ordinatório do Supremo Tribunal Federal por entender o relator ausente a conveniência e necessidade de intervenção de tais entidades.

O pedido final da ADPF nº 54 visa a declaração de inconstitucionalidade com eficácia abrangente e vinculante da interpretação dos artigos. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, Decreto-lei nº 2.848/40, como impeditiva da antecipação terapêutica do parto de feto anencefálico, diagnosticado por médico habilitado, reconhecendo-se assim o direito subjetivo da gestante de interromper a gestação sem necessidade de prévia apreciação do caso ao judiciário. Busca a interpretação dos artigos supracitados conforme a Constituição Federal, em especial com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

É fato que a ADPF nº 54 também tratou de outros direitos fundamentais constitucionais, à saber a legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e da autonomia da vontade, e da saúde. Estes já foram examinados durante os capítulos anteriores desta obra

Escolhemos destacar em nosso estudo o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana pelo fato deste, ao menos em comparação com aos demais, ser um preceito fundamental mais expressivo. A Dignidade da Pessoa Humana está diretamente relacionada aos direitos fundamentais, sendo um dos alicerces básicos dos ordenamentos jurídicos modernos ocidentais, senão o mais importante.

Todas as constituições democráticas contemporâneas consagram o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana de forma expressa ou tácita<sup>31</sup>, de modo que a Constituição Federal Brasileira de 1988 o fez expressamente em seu art. 1º, III, *in verbis*:

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;

Nesta parte de nosso trabalho, tentaremos expor de maneira vaga o que vem a ser a dignidade da pessoa humana, vez que, por se tratar de conceito altamente abstrato, definir de forma exata e precisa o conceito desta é tarefa de cunho impraticável neste modesto trabalho. Seria muita pretensão de nossa parte, em um mero trabalho de monografia, pretender conceituar aquilo que eméritos doutrinadores divergem e discutem.

Veremos também a forma como a Dignidade da Pessoa Humana se relaciona com a questão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, bem como a suposta colisão dos direitos fundamentais da dignidade da pessoa humana e do suposto direito à vida do feto anencefálico.

Todavia, antes de adentrarmos no enfoque da dignidade da pessoa humana, é essencial que discorramos acerca dos direitos fundamentais de forma geral, para depois tratarmos da relação entre estes e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

### **5.1 Breve Histórico da Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**

A história dos direitos fundamentais relaciona-se diretamente com a própria história dos Estados Modernos, visto que foi praticamente com e por causa destes que surgiram aqueles.

---

<sup>31</sup> Nesse sentido: STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 164.

Os direitos fundamentais surgiram e foram reconhecidos apenas com a sua consagração nas primeiras Constituições, aproximadamente em fins do século XVIII, com a paulatina evolução dos conceitos filosóficos e sociológicos, bem como de sua positivação enquanto normas.<sup>32</sup>

Sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais influíram inúmeros fatores da história humana, como a industrialização dos estados modernos, a transição da idéia de Estado Liberal para Estado Democrático de Direito, o processo de colonização e descolonização, e os avanços tecnológicos e científicos.

Durante o período da antiguidade, embora ainda não estivessem positivados os direitos fundamentais do homem, não podemos afirmar que estes se encontravam em total abandono, pois o conceito de que certos direitos naturais são inerentes à todos os homens pelo simples fato de existirem encontram guarida em ideologias desta época, como o pensamento cristão e a estóica greco-romana. Já estava presente a tese da unidade da humanidade, e de conceitos como dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade para todos os homens.

Santo Tomás de Aquino, além de ser figura de destaque no pensamento cristão e estóico supracitado, teve mérito ainda maior por ter estabelecido a existência de duas ordens jurídicas, uma de direito natural, inerente à racionalidade humana, e outra de direito positivo, sendo que a violação daqueles por parte destes justificaria a desobediência da lei pelos homens, pois esta lei seria considerada despótica, tirânica e injusta.

Além disso, ao conceito da “dignitas humana” de Santo Tomás de Aquino era que este se mostrava inerente à personalidade humana, sendo característica inata de todos os homens, desde que tenham raciocínio livre e são. A dignidade que todo homem teria é característica

---

<sup>32</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4ª ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 43/44.

inalienável, incondicionada e geral nos moldes do pensamento tomista, incorporando-se à teoria jusnaturalista a partir deste ponto.

No século XVI, a doutrina jusnaturalista chega ao apogeu fundamentando-se nas doutrinas contratualistas. Muitos filósofos, principalmente espanhóis e alemães<sup>33</sup>, da época defenderam idéias de reconhecimento dos direitos naturais dos indivíduos, de liberdade, igualdade e dignidade para todos os homens, do direito à vida e à integridade corporal.

No século XVII, pensadores como Pufendorf, Hobbes e Milton continuaram a pregar a inalienável condição do homem de ter uma vida digna e o direito destes a um mínimo jurídico inerente a todo ser humano. Seriam os direitos naturais, os quais não poderiam ser limitados pelo Estado. Ocorreu uma laicização e racionalização do direito natural.

Milton não definiu limites aos direitos naturais, estabelecendo que todos os homens teriam direito de se autodeterminar, de liberdade e de manifestação religiosa e de pensamento.

Já Hobbes, em muito baseado em teorias contratualistas, apesar de reconhecer os direitos naturais, dispôs que estes se encontravam à disposição do soberano. Para Hobbes, os direitos naturais só poderiam ser praticados de forma plena e absoluta em estados naturais do homem, não no estado moderno, pois nesse caso, poderiam ser limitados pelo poder estatal.

Pufendorf discordava de Hobbes. Para aquele, mesmo o monarca não dispunha de direitos absolutos, devendo, real e necessariamente respeitar direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

Em fins do Século XVII e no século XVIII, Locke propôs os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à resistência como inalienáveis e naturais do homem, sendo legítima a

---

<sup>33</sup> Apenas para citar alguns dois filósofos que tinham este pensamento citamos os espanhóis Francisco Suárez, Gabriel Vázquez e os alemães Hugo Donnellus e Johannes Althusius.

ação deste de resistir a qualquer tentativa de violação destes, mesmo por parte dos governantes, todavia, restringiu esta possibilidade apenas aos indivíduos chamados cidadãos (proprietários).

Outros pensadores também se destacaram no século XVII, como, por exemplo, Paine que foi quem primeiro destacou a expressão “direito do homem” no lugar de “direitos naturais”. Contudo, foi em Kant que ocorreu a maior inovação na questão de direitos humanos.

Kant estabeleceu como fundamento da dignidade humana a autonomia ética, sendo que o homem nunca poderia ser tratado como objeto, nem por ele próprio. A autonomia da vontade do homem seria justamente a capacidade humana de se autodeterminar e agir conforme esta autodeterminação, mediante prévia compreensão das leis.

Kant propôs que, para se autodeterminar, é essencial ao ser a capacidade de cognição do meio e racionalidade, de modo que apenas os seres humanos poderiam fazê-lo, sendo portanto os únicos dignos, que possuem dignidade.

Os seres cuja natureza depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). (KANT, 1980, p. 141)

Já Hegel não admitia que o ser humano já nascesse digno, pelo contrário, para ele o indivíduo só possui dignidade a partir do momento em que assume a condição de cidadão. Dignidade era o dever e cognição do cidadão de respeitar seus pares enquanto pessoas.

Foi durante o século XVIII que ocorreu o auge da positivação dos direitos naturais, os direitos e garantias individuais e fundamentais da pessoa humana. Todavia, antes deste período, já haviam positivações de cunho constitucional no sentido de reconhecer os direitos humanos fundamentais, como por exemplo a *Magna Charta Libertatum* da Inglaterra, em 1215.

A *Magna Charta Libertatum* não estabelecia qualquer direito para a população inglesa, pois se tratava de um pacto firmado entre os barões e bispos ingleses e pelo Rei João

Sem-Terra. Apesar disso, aquela foi a base para certos direitos fundamentais atuais, como, por exemplo, o direito à propriedade e o *habeas corpus*.

De suma importância também foi a Reforma Protestante e as diversas guerras religiosas desencadeadas por esta, pois o direito à liberdade religiosa encontraria lastro após estes fatos.

De igual importância foi também o *Habeas Corpus Act* de 1679, e o *Bill of Rights* de 1689, positivamente que reconheceram direitos não apenas aos nobres ingleses, como na *Magna Charta Libertatum*, mas para todos os cidadãos ingleses, limitado o poder da coroa inglesa em relação aos seus súditos.

Apesar de alguns autores considerarem a legislação inglesa como o berço dos direitos fundamentais, mais acertado é dizer que estas leis inglesas eram, na verdade, liberdades legais e individuais reconhecidas pelo Estado. Ainda não tinham a essência dos direitos fundamentais, com a ausência de suas características básicas.

O verdadeiro ponto de partida dos direitos fundamentais foi a Constituição Americana de 1787 e a Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

As declarações americana e francesa, pela primeira vez, estabeleceram não apenas a concessão aos cidadãos de certas liberdades individuais perante o Estado, mas a própria supremacia absoluta dos direitos fundamentais e a sua inviolabilidade, inalienabilidade e eficácia imprescritível, vinculando todo o Estado.

A diferença básica entre as positivamente americana e francesa, foi que a Declaração francesa de 1789 tratou os direitos fundamentais de forma mais abrangente, mais abstrata e com um cunho mais social, visto que teve origem de um movimento revolucionário.



Já a Constituição Americana de 1787, visto que se originava de um movimento pela independência e constituição de uma nova nação, era mais formalista e tinha uma maior concreção dos direitos no seu bojo.

O certo é que ambas influenciaram a Declaração Universal da ONU de 1948, pós-segunda guerra mundial e fruto da experiência vivenciada pelos horrores do regime nazista. No seu art. 1º estabelece que “todos os seres humanos nascem livre e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para os outros em espírito e fraternidade”.

Basicamente é a revitalização da teoria Kantiana, vez que trata da questão da racionalização do ser humano, sendo aquilo que o distingue dos demais seres e o que o torna digno e merecedor de direitos fundamentais.

Assim, na Lição do Professor Canotilho, a dignidade da pessoa humana repousa “no princípio antrópico que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastus et factor*).”(CANOTILHO, 1999, p. 219).

Por fim, é fundamental ressaltar a situação do indivíduo absolutamente incapaz. Esta também possui a mesma dignidade que outro ser humano mentalmente capaz. Conforme o pensamento de Dworkin, a dignidade humana possui um valor intrínseco à vida humana, tendo tanto um lado ativo, que reside na capacidade do ser humano se autodeterminar, ou seja, na sua liberdade, como um lado passivo, que é a sua defesa.

Assim, mesmo aquele que perdeu a consciência de sua dignidade enquanto ser humano deve tê-la respeitada. Remetemos novamente ao pensamento Kantiano segundo o qual

todo ser humano constitui um fim em si mesmo e não pode servir simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade.<sup>34</sup>

## **5.2 Características e Classificação dos Direitos Fundamentais**

Caracterizar e classificar os direitos fundamentais, se é que isto é possível, é uma tarefa deveras árdua, em vista de sua própria origem e essência, todavia, tentaremos citar algumas das principais características destes, bem como a classificação de suas dimensões.

Não obstante os direitos fundamentais serem expostos em diversas constituições nos Estados modernos, acreditamos que em todos os casos existem certas características que lhes são inerentes, de modo que são as características dos direitos fundamentais: universalidade, absolutismo, historicidade, inalienabilidade, indisponibilidade, constitucionalização, vinculação e aplicabilidade imediata.

A universalidade diz respeito ao fato que os direitos fundamentais são, em regra, de titularidade de todos os homens, ou seja, versam sobre todos os cidadãos. Porém, é de se ressaltar que alguns direitos fundamentais específicos possuem destinação especial a certas classes de indivíduos, e não a todos os cidadãos, é o que ocorre, por exemplo, com os direitos voltados para os trabalhadores, expostos no art. 7º da Constituição Federal de 1988.

Muito embora qualquer cidadão que venha a trabalhar tenha garantidos aqueles direitos constitucionalmente reconhecidos como dos trabalhadores, quem não trabalhar, com, por exemplo, um estudante, não tem razão e necessidade para se valer dos mesmos.

---

<sup>34</sup> Nesse sentido: KANT, op. cit., 1980. p. 134-135

Os direitos fundamentais são também direitos absolutos. Dizer que os direitos fundamentais são absolutos equivale a propor que os mesmos se situam no topo da hierarquia jurídica das normas do ordenamento de um Estado, porém não significa dizer que são ilimitados.

É fato que o Estado existe pela e para a proteção dos direitos fundamentais, pois não pode aquele existir quando os direitos inerentes aos seus cidadãos são ameaçados ou violados. Todavia, é pacífico que os direitos fundamentais podem sofrer restrições, seja por normas constitucionais ou por outros direitos fundamentais, caso ocorra conflitos entre os mesmos.

Assim, por exemplo, o direito de propriedade, embora até certo tempo fosse visto como direito absoluto, não é mais, vez que, hodiernamente, a função social da propriedade é inerente a este. O cidadão que não exercer seu direito de propriedade respeitando a função social desta pode vir a sofrer diversas sanções estatais, inclusive a desapropriação.

Outra característica dos direitos fundamentais é a chamada historicidade. Os direitos fundamentais só possuem validade e eficácia dentro de um determinado contexto histórico do espaço-tempo, no qual possuem condições para tal, e não de forma constante em toda a história da humanidade.

Somente após uma maturação sociológica, filosófica e econômica, é que determinada sociedade alcança a condição necessária para a positivação, vigência e eficácia plena dos direitos fundamentais enquanto normas basilares do ordenamento jurídico.

Na lição de Norberto Bobbio, os direitos não nascem todos de uma vez:

“Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitação de poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor”. (BOBBIO, 1992, p. 6)

Os direitos fundamentais também são inalienáveis e indisponíveis, não sendo passíveis de quaisquer atos de disposição jurídica ou material. A inalienabilidade e a

indisponibilidade dos direitos fundamentais encontra fundamentação no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Já vimos que a Dignidade da Pessoa Humana, nos moldes da proposição Kantiana, se fundamenta na capacidade do homem de se autodeterminar e agir de forma livre e consciente. Destarte, o direito não pode deixar que o homem se prive de sua dignidade, e, conseqüentemente, dos direitos que se fundamentam por causa e junto a esta.

Em alguns casos de exceção, se permite que o indivíduo, pelo seu arbítrio, abra mão de certos direitos fundamentais em nome de outros, sendo uma das formas de limitação dos mesmos. Porém, de maneira alguma, todos os direitos fundamentais poderiam ser disponíveis, vez que isso levaria a descaracterização do indivíduo enquanto ser humano.

Os direitos fundamentais apresentam também como característica a sua constitucionalização, ou seja, a positivação dos mesmos no ordenamento jurídico dos Estados, na posição de normas jurídicas superiores que orientam e sistematizam o ordenamento.

É a constitucionalização dos direitos fundamentais que os separa dos direitos humanos. Os direitos humanos têm uma acepção supranacional mais abstrata, de índole filosófica, ao passo que os direitos fundamentais são expostos no ordenamento de cada Estado, sendo, portanto, concretizados e positivados pelo poder legislativo. Os direitos humanos e fundamentais, como não poderia deixar de ser, inter-relacionam-se constante e diretamente, porém, é baseando-se nestes que o Estado busca a proteção do bem-comum.

Decorre da constitucionalização dos direitos fundamentais, outra de suas características que é a necessária vinculação dos Poderes Públicos a estes. O poder que consagrou os direitos fundamentais é o poder constituinte originário, superior e berço dos poderes executivo, legislativo e judiciário, de modo que ao exercerem suas funções, estes devem ter sempre em vista os direitos fundamentais e as conseqüências que destes decorrem.

Por fim, os direitos fundamentais também possuem como característica a sua aplicabilidade imediata, ou seja, a independência de quaisquer atuações legislativas para sua efetivação prática.

Essa característica dos direitos fundamentais está posta no sentido de evitar que as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais se tornem letra morta, ou seja, que embora vigentes, não tenham qualquer eficácia. “Em regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia e aplicabilidade imediata”(MORAES, 2002, p. 60).

Os tribunais e juízes da nação podem e devem aplicar os direitos fundamentais em suas decisões jurisdicionais, de modo que fica ao seu critério, na forma de verdadeiro poder-dever, quando necessário, fundamentar as suas decisões nos mesmos.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais foi expressamente imposta pela Carta Magna de 1988, *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:  
§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata.

Todavia, é de se destacar que certos direitos fundamentais positivados em normas constitucionais, por sua própria natureza, necessitam de atuação legislativa e dos poderes públicos para a sua concreção, como por exemplo, o Direito à Saúde, expresso no art. 196 da Constituição Federal de 1988.

Neste caso exemplificado acima, o legislativo deve editar normas que regularizem e sistematizem o Sistema único de Saúde. Por sua vez, o Estado deve fornecer a estrutura física e administrativa deste, a fim de garantir o direito fundamental do cidadão à saúde.

Vistas as características dos direitos fundamentais, agora classifica-los-emos de acordo com os critérios majoritários previstos na doutrina moderna.

Tradicionalmente, os direitos fundamentais são classificados em três gerações de direitos pelos doutrinadores e jusfilósofos.

Com efeito, nos ensina Manoel Gonçalves Ferreira Filho que “[...]a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, diz direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade, fraternidade”(FERREIRA FILHO, 1995, p. 57).

Alguns doutrinadores discordam desta divisão em apenas três gerações, admitindo a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais.

Analisaremos agora o que levou a essa divisão dos direitos fundamentais em gerações ou dimensões, quais as características em comum destes direitos que possibilitaram a sua divisão. Convém, entretanto, dispor que esta divisão é de meros efeitos metodológicos, visto que estes possuem as características citadas anteriormente que os tornam fundamentais.

Iniciaremos com os de primeira geração. É fato que os direitos fundamentais, conforme já analisamos, tiveram seu berço nas doutrinas liberais burguesas dos séculos XVII e XVIII, com pensadores e doutrinadores jusnaturalistas como Hobbes, Locke e Kant. Tais doutrinas tinham como ideal garantir a liberdade do indivíduo perante o poder de *imperium* do Estado, até então poder absoluto.

Os direitos de primeira geração são justamente esses direitos do cidadão que envolvem a sua liberdade, ou seja, uma parcela de direitos na qual o Estado não pode intervir. São assim direitos de cunho negativo, isto é, direitos no qual o Estado para realizá-los não tem que desempenhar nenhuma ação de cunho positivo, mas apenas não intervir nos mesmos, de modo a garanti-los.

Os direitos de primeira geração são aqueles que cabem aos cidadãos de se opor ao Estado, de resistir a quaisquer ações estatais no sentido de violá-los ou ameaçá-los.<sup>35</sup> São também chamados de direitos civis, tendo como seu leque básico o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, englobando também, não apenas as liberdades individuais, mas também as coletivas, além dos chamados direitos políticos.<sup>36</sup>

Tratam também de algumas garantias processuais que, por sua vez, se destinam a garantir a liberdade do indivíduo perante o Estado, como o *Hábeas Corpus* e o direito de petição.

Os direitos de segunda geração são também nomeados de direitos econômicos, sociais e culturais. Com a revolução industrial e os graves problemas sociais que daquela decorreram, a mera garantia da não intervenção estatal em suas liberdades se mostrou insuficiente para a manutenção e realização da justiça social.

Com efeito, no século XIX, as doutrinas socialistas se espalharam de tal forma que a contestação da exploração do homem pelo homem passou a ser cada vez mais questionada. O Estado deveria então tomar um papel ativo para propiciar aos cidadãos sob os seus auspícios condições dignas de sobrevivência, tais como saneamento básico, saúde, assistência social, educação e trabalho.

[...]o começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da conveniência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc.(CAVALCANTI, 1966, p. 202)

Assim, os direitos de segunda geração são denominados de sociais, pois buscam justamente realizar a justiça social, diminuindo a desigualdade entre os homens e otimizando as condições de vida da população menos favorecida.

---

<sup>35</sup> Nesse sentido: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997. p. 517.

<sup>36</sup> Como, por exemplo, o direito ao voto, ao sufrágio, a capacidade eleitoral passiva dentre outros.

Os direitos de terceira geração são os chamados direitos da fraternidade ou solidariedade. Não buscam a proteção dos indivíduos e sim de agrupamentos significativamente importantes, como a família ou a nação, de modo que não são de titularidade individual, mas coletiva. São os direitos coletivos ou os individuais de interesse difuso.

São ditos direito de fraternidade ou solidariedade em vista dessa sua característica de ultrapassarem a figura do “eu” e adentrarem no “nós”. Aliás, alguns autores partem para além da questão dos grupos de indivíduos organizados dentro do Estado, estabelecendo que estes direitos tem como objetivo o gênero humano, sendo sua característica a universalidade.

Os direitos fundamentais de terceira geração são mais variados e diversificados que os de primeira e segunda gerações, de modo que os doutrinadores divergem e citam vários exemplos destes. Como mais comuns temos o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente, ao desenvolvimento e à qualidade de vida.

Outros direitos de terceira geração são apontados pelos doutrinadores, sendo bem menos reconhecidos, como o direito à liberdade de informática, o direito de morrer com dignidade, o direito à mudança de sexo, a garantia das manipulações genéticas etc, apesar de alguns os enquadrarem não como direitos de terceira , mas de quarta geração.

Sobre a existência ou não de uma quarta geração de direitos fundamentais ocorre controvérsia entre os doutrinadores. Ingo Wolfgang Sarlet se posiciona no sentido de que a quarta geração de direitos fundamentais é desnecessária, visto que estes direitos já estariam abrangidos pelas três dimensões anteriores.

[...] não nos parece impertinente a idéia de que, na sua essência, todas as demandas na esfera dos direitos fundamentais gravitam, direta ou indiretamente, em torno dos tradicionais e perenes valores da vida, liberdade, igualdade e fraternidade (solidariedade), tendo, na sua base, o princípio maior da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2004, p. 59)



Já o professor Paulo Bonavides adota posicionamento diverso, propondo como quarta geração de direitos fundamentais aquela que trata dos direitos à democracia, à informação e ao pluralismo político.

O importante é ter em mente que, apesar de divergências doutrinárias acerca da divisão metodológica em três ou quatro gerações de direito, ambos, na sua essência, são tidos como fundamentais, de modo que esta divisão, quando muito, ressalta a histórica evolução dos direitos fundamentais.

É de se destacar também que os direitos e sua classificação estão em constante evolução sociológica e jurídica, tendo, por exemplo, os direitos de primeira geração ganhados novas formas de expressão que se vinculam aos direitos de terceira ou quarta geração de acordo com a classificação adotada, como o direito à liberdade de informática.

Aliás, esse reconhecimento exacerbado de novos direitos fundamentais é, de certa forma, preocupante, pois pode acabar o legislador perdendo a noção e a essência dos direitos que merecem o status maior de fundamentais, dos critérios que levam um direito ascender a esse status, podendo, possivelmente, levar a uma perigosa desvalorização destes.

### **5.3 A Dignidade da Pessoa Humana**

A Constituição Brasileira de 1988 estabeleceu expressamente o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como objetivo fundamental da república, porém, devemos nos questionar o que significa isto. Afinal, qual as implicações práticas da positivação desta norma?

Somente após ter sido reconhecida na Declaração Universal da ONU de 1948 foi que a Dignidade da Pessoa Humana passou a figurar nas constituições modernas. Hoje, referido princípio figura de forma expressa, e em alguns casos de forma tácita, na maioria das

constituições dos estados ocidentais, nos quais figuram regimes democráticos, como, por exemplo, na Constituição Alemã, este está expresso no art. 1º, inciso I.

Os antigos estados que faziam parte da União Soviética, após a queda do comunismo, também passaram a acolher o princípio em suas novas constituições, de modo que, resta comprovado o fenômeno que este princípio tende a se universalizar em todas as nações, afinal nenhum estado pode aceitar a violação deste.

Entretanto, cumpre destacar que a sua mera positividade não traga garantias disto.

[...] ninguém será capaz de negar que entre nós – e lamentavelmente cada vez mais – a dignidade da pessoa humana (de alguns humanos mais do que de outros) é desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo incremento assustador da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural e grave comprometimento das condições existenciais mínimas para uma vida com dignidade e, nesse passo, de uma existência com sabor de humanidade. (SARLET, 2006, p. 126)

O direito positivo não é meramente um conjunto de leis no sentido formal, mas também de princípios positivados em normas constitucionais, de forma expressa ou tácita, tendo também um cunho axiológico-normativo.

O legislador constituinte original, ao estabelecer que a Dignidade da Pessoa Humana é objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, positivando-a, designou aquele como princípio norteador do Estado brasileiro.

Da mesma forma que o direito está para os homens e não estes estão para aquele, o Estado brasileiro estaria voltado para seus cidadãos, e não estes que deveriam ser depreciados para benefício daquele. Os cidadãos não são objetos através dos quais o Estado brasileiro deve buscar seus objetivos, mas sim o próprio objetivo daquele, a sua finalidade primordial.

Ao fazê-lo, o legislador possibilitou à dignidade da pessoa humana ultrapassar a barreira da ética e da moralidade na qual se encontrava limitada, vindo aquela a atingir o status de norma jurídica constitucional. A Dignidade da Pessoa Humana é o princípio jurídico fundamental

(mas não absoluto) do ordenamento, a fonte de onde brota o ordenamento, sendo também o princípio de maior valor axiológico.

Sendo a Dignidade da Pessoa Humana o valor e princípio constitucional fundamental, todo o ordenamento jurídico deve orientar-se no e para o sentido daquela. Assim, a Dignidade da Pessoa Humana, implicitamente, atua impondo limites aos outros direitos fundamentais, de modo a afastá-los quando, no caso concreto, estes vão de encontro àquela.

Apesar deste princípio ser tido por alguns autores como princípio de proporções absolutas, devendo sempre prevalecer em quaisquer casos de colisão de direitos com a norma da Dignidade da Pessoa Humana, exposta no art. 3º, inciso III da Carta Magna de 1988.<sup>37</sup> Nosso posicionamento é o de que não pode existir princípio absoluto.

Além de ser temerária, a afirmação de que um princípio sempre deve prevalecer sobre os outros em qualquer situação, mesmo sendo este a dignidade da pessoa humana, é totalmente descabida.

Ora, pode ser que esta entre em conflito com si mesma no caso concreto, quando envolve a dignidade de diversas pessoas em conflito, o que seria impossível de se sopesar, caso a teoria do parágrafo anterior fosse verdadeira, pois não poderia haver relativização de um princípio absoluto. Os indivíduos são iguais em suas dignidades.

[...] não nos parece – pelo menos em nível teórico e em caráter por ora meramente especulativo – dasarrazoado indagar, se, para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma determinada pessoa (ou grupo de pessoas) não se acaba, por vezes, afetando (limitando) a dignidade de outra pessoa, seja considerando a dignidade como bem jurídico autônomo, seja em se tomando-a como representando o conteúdo de determinado direito fundamental. (SARLET, 2006, p. 124)

Além disso, vários princípios constitucionais resultam, direta ou indiretamente, da dignidade da pessoa humana, como, por exemplo, os direitos sociais que nascem da confluência

---

<sup>37</sup> Nesse sentido: SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo, Celso Bastos, 1999. p. 94

daquela com o princípio do Estado Democrático de Direito, podendo também entrar em conflito com esta.

A Constituição Federal de 1988 não expôs a Dignidade da Pessoa Humana em meio aos direitos e garantias fundamentais do cidadão, preferiu consubstanciar o mesmo enquanto princípio fundamental da nação brasileira, de modo que é esta que dá sentido e legitimidade para a ordem constitucional.

A fim de que não se torne letra morta, é fundamental que este princípio que seja efetivamente realizado, pois só assim se mede o verdadeiro grau de importância jurídica do mesmo em determinado ordenamento.

A dignidade é inerente ao ser humano, conforme já vimos supra, e dele é a própria essência, não podendo ser expurgada, todavia, pode sim, sofrer violações.

È o que nos informa a dissertação de mestrado de Cecília Lobo: “Não se pode, contudo, falar propriamente em um direito à dignidade, pois, sendo esta qualidade intrínseca da pessoa, não pode o ordenamento conceder ao homem aquilo que lhe é próprio e anterior ao direito” (LÔBO, 2005, p. 67).

Analisar o conteúdo da dignidade da pessoa humana é tarefa praticamente inacabável. O que podemos fazer é tentar aos menos explorar uma faceta desta em meio às infinitas possibilidades de disponíveis.

A Dignidade da Pessoa Humana seria basicamente a busca pelo tratamento isonômico entre os indivíduos. Porém não qualquer tipo de isonomia, mas uma isonomia positiva, não os submetendo a qualquer tratamento desumano, discriminatório ou arbitrário em quaisquer situações.

Seria a busca pela integridade psíquica, social, física e intelectual dos indivíduos, sendo-lhes assegurado sua autonomia, sua capacidade de autodeterminação dentre de suas particularidades.

Conforme a lição de Kant, é a não concepção de homem enquanto objeto, sendo impossível até mesmo para o próprio homem, e não um terceiro, fazer isto consigo. A Dignidade da Pessoa Humana não teria apenas o sentido de o indivíduo estar livre de agressões, mas de se desenvolver dentro de seus limites e, claro, dos limites que lhes são impostos naturalmente pelo direito alheio.

Assim, haveria um sentido negativo, de proteger o indivíduo quando a sua dignidade fosse ameaçada, e um sentido positivo ou prestacional, de possibilitar ao homem de se autodeterminarem, ou seja, da autonomia do desenvolvimento pessoal.

Cabe ao Estado e à sociedade essa proteção e promoção da Dignidade da Pessoa Humana, bem como aos indivíduos, pois devem atuar tendo sempre em vista a dignidade alheia. Na lição do professor Arnaldo Vasconcelos, direito é compartição de liberdades, é um ter que ser para o outro. Ingo Wolfgang Sarlet dispõe o seguinte:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana constitui, em verdade, uma norma legitimadora de toda a ordem estatal e comunitária, demonstrando, em última análise, que a nossa Constituição é, acima de tudo, a Constituição da pessoa humana por excelência. Nesse sentido, costuma afirmar-se que o exercício do poder e a ordem estatal em seu todo apenas serão legítimos caso se pautarem pelo respeito e proteção da dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2004, p. 121)

A dignidade da pessoa humana é assim o último e intangível reduto do indivíduo. Mais do que isso, o princípio além de funcionar como limite implícito aos direitos fundamentais constitucionais e também limita o poder reformador constitucional, o chamado poder constituinte derivado.

Vimos acima que a dignidade da pessoa humana não é princípio absoluto, pois pode, em alguns casos sofrer uma relativização ou harmonização. Porém, é mister destacar que o que

pode ser relativizado é a dignidade enquanto norma (princípio), e não o seu núcleo essencial. Isto ocorre em casos concretos nos quais a dignidade de um indivíduo entre em conflito com a de outro. Citamos:

Apesar de ser possível, contudo, certa relativização e até eventuais restrições à efetivação do princípio da dignidade humana, tratando-se de princípio fundamental, não será possível restringir a proteção e preservação do elemento nuclear intangível da dignidade – a vedação de qualquer conduta que possa vir a coisificar a pessoa. (LÓBO, 2005, p. 68)

Ora, se todas as pessoas possuem dignidade, são iguais na medida e na proporção de suas respectivas dignidades, de modo que, é possível, e até provável, que no caso concreto estas entre em conflito direto, ou até mesmo indireto, quando se exprimem através de um direito fundamental.

Os direitos fundamentais colidem no caso concreto pelo fato de que, em abstrato, as normas que os prevêm não possuem a abertura e a mobilidade que têm em concreto.

Questionamento pertinente é saber então se todos os direitos fundamentais estão necessariamente relacionados com a Dignidade da Pessoa Humana, ou se isto ocorre com apenas alguns, bem como a forma como devemos lidar em caso de conflito e colisão entre estes.

Cumpramos então analisar qual os papéis da dignidade em relação aos direitos fundamentais, ou seja, como esta atua em relação aos mesmos, suas funções, e saber se todos os direitos fundamentais são formas de expressão do conteúdo da Dignidade da Pessoa Humana.

#### **5.4 A Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais**

Já vimos que é o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que dá sentido e coerência à ordem constitucional da nação. Porém não apenas em relação à ordem constitucional, mas também aos direitos fundamentais, aliás, em relação à toda a ordem jurídica.

Vimos também que a Constituição Federal de 1988 se posicionou claramente nesse sentido, ao estabelecer a Dignidade da Pessoa Humana como objetivo fundamental da República brasileira, protegendo-a e lhe dando status de norma constitucional, mais ainda, de princípio e valor fundamental.

A dignidade da pessoa humana é a fonte e o fundamento dos direitos fundamentais, sendo que estes são, essencialmente, concretizações e desdobramentos desta. Assim, aquela serve de parâmetro para a interpretação e integração hermenêutica dos direitos fundamentais, de modo que, se formos hierarquizá-los, a dignidade da pessoa humana estará no topo da escala e funcionará como verdadeiro farol para aqueles.

É de se destacar que, apesar de serem expressões do conteúdo da dignidade da pessoa humana, por sua vez, os direitos fundamentais não possuem o mesmo conteúdo que aquela, sendo apenas concretizações desta em maior ou menor intensidade.

Vejamos alguns exemplos de relacionamento, direto e indireto, da Dignidade da Pessoa Humana e de alguns direitos fundamentais.

A Dignidade da Pessoa Humana relaciona-se diretamente com o direito fundamental da liberdade humana de se autodeterminar, ou seja, na autonomia do homem de desenvolver a sua personalidade. O direito à liberdade foi expressamente reconhecido pela Constituição Federal de 1998 em seu art. 3º, inciso I.

Aliás, esse é o cerne da Dignidade da Pessoa Humana segundo o pensamento Kantiano, ou seja, o direito de autonomia e livre motivação pessoal de cada homem que não pode ser violado, nem por ele mesmo, pois caso isto ocorresse haveria uma coisificação da pessoa.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006. p. 137.

Também o direito à igualdade está diretamente consubstanciado na Dignidade da Pessoa Humana, ou seja, a garantia de que todos os seres humanos sejam tratados de forma isonômica, igualitária, sendo proibida qualquer discriminação ou arbitrariedade contra estes.

A Constituição Federal também reconheceu o direito à igualdade entre os homens no seu art. 5º, *caput*, garantindo o tratamento isonômico não apenas aos brasileiros, mas também aos estrangeiros aqui residentes, ou seja, à todas as pessoas.

Outra faceta de expressão da Dignidade da Pessoa Humana nos direitos fundamentais são os chamados direitos personalíssimos. O direito à privacidade e a intimidade, à honra, ao corpo, à imagem, à vida, à manifestação do pensamento enfim aqueles direitos que possuem íntima ligação com a personalidade do indivíduo.

Os direitos fundamentais manifestam-se como direitos da personalidade apenas de forma indireta ou reflexa, visto que estes estão situados dentro de uma dimensão privatista.<sup>39</sup>

Personalidade é a capacidade genérica e abstrata que toda pessoa tem de ser sujeito de direitos e obrigações, figurando em um dos pólos da relação jurídica. Personalidade não é direito, mas sim uma qualidade intrínseca do ser humano, pessoa física, sobre a qual se apóiam certos direitos aos quais denominamos personalíssimos.

Silvio de Salvo Venosa define os direitos da personalidade como “os que resguardam a dignidade humana. Desse modo, ninguém pode, ceder seu nome de registro para utilização por outrem, renunciar ao direito de pedir alimentos no campo de família, por exemplo.” (VENOSA, 2003, p. 151).

Encontramos entre os direitos personalíssimos direitos simultaneamente de cunho negativo e protetivo, e de cunho positivo e prestacional, como por exemplo do direito à imagem.

---

<sup>39</sup> Nesse sentido: GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Celso Bstos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003. p.37.



O indivíduo tem o direito fundamental de proteger a sua imagem e de, caso assim queira, de explorá-la, de modo que acaba por se relacionar diretamente com a Dignidade da Pessoa Humana.

Também o direito de propriedade, expresso no art. 5º, inciso XXII da Constituição federal de 1988, se remete à Dignidade da Pessoa humana. Diz respeito ao direito que todo homem tem de ter posses, ou seja, de formular seu patrimônio.

Além disso, engloba também o direito de moradia digna. Destarte, não é o direito de propriedade meramente um direito patrimonial, mas também um direito fundamental, porém limitado pela chamada função social da propriedade.

Os direitos sociais e os direitos políticos expostos na Constituição Federal de 1988 também são direitos fundamentais não emanam exclusivamente do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, mas também do princípio do Estado Democrático de Direito.

A liberdade de greve, de associação sindical, o direito à cidadania, à nacionalidade, ao trabalho, entre outros, são meras formas de expressão da Dignidade da Pessoa Humana, pois, sem estes direitos, os indivíduos acabam por serem condenados à viver na miséria e à margem das decisões políticas da nação, de modo a violarem a sua dignidade, pois não mais serão homens livres, e sim meros peões e escravos, não serão humanos e sim objetos.

Questão interessante diz respeito ao relacionamento existente entre a Dignidade da Pessoa Humana e o direito fundamental à vida. Ora, é fato que não se há de falar em dignidade da Pessoa Humana sem que haja vida humana, e vice-versa, pois a existência de vida sem que esta seja considerada digna, nos moldes que estabelece o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, não é vida humana. Conforme a lição Kantiana, sem a dignidade o ser não é homem, mas mero objeto.

Todavia, nos posicionamos no sentido de que ambos são distintos em sua essência, podendo inclusive ocorrer conflito entre a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à vida no caso concreto, como é o caso da eutanásia.

Hodiernamente, em diversos casos resultantes de estados clínicos graves, vários indivíduos se vêem com sua morte sendo atenuada pela medicina, em uma fase terminal que lhes causa agonias e suplícios terríveis.

Ocorre então conflito entre a dignidade e o direito à vida, pois o que está em questão é o direito do indivíduo de morrer com dignidade e o direito à vida, ou, em outras palavras, o questionamento se respeitar a dignidade da pessoa humana impõe, necessariamente, o respeito à sua vida.

Assim, ocorrem posicionamentos como o adotado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha que considera ambos os princípios como fungíveis entre si, de modo a propor que onde há vida, necessariamente deve haver dignidade, e a violação de um destes princípios sempre levará a do outro. Todavia somos da mesma posição que adota Ingo Wolfgang Sarlet, para quem estes “seguem tendo um âmbito de proteção próprio e, para efeitos de uma série de aplicações, autônomos.” (SARLET, 2006, p. 89).

Poderíamos descrever inúmeras formas através das quais a Dignidade da Pessoa Humana se constitui e dimensiona através dos direitos fundamentais, porém acreditamos que, ao citar estes exemplos, fomos suficientemente claros para demonstrar o valor desta enquanto princípio e valor de integração e orientação hermenêutica dos direitos fundamentais.

Além dessa função integralizadora, destaca-se também a função da Dignidade da Pessoa Humana de limite à atividade restritiva em relação aos direitos fundamentais. É fato que inexistente qualquer princípio ou direito absoluto, ou seja, que não possa sofrer qualquer restrição ou limitação, pois, nem mesmo a dignidade da pessoa humana assim pode ser.

Além disso, no plano concreto, os direitos fundamentais colidem entre si. Os direitos fundamentais não se resumem no plano abstrato, podendo, dada a ampla diversidade com a qual podem ser concretizados no decorrer das relações entre os homens colidirem entre si. Segundo

Wilson Antônio Steinmetz:

é necessário distinguir os tipos de situações de conflito que ocorrem, objetivando determinar com precisão os contornos da colisão de direitos fundamentais. As situações de conflito são de três tipos: a concorrência de direitos fundamentais, a colisão de direitos fundamentais e os conflitos entre um direito fundamental e um bem jurídico constitucional. (STEINMETZ, 2001, p. 64)

Assim, quando, no caso concreto, a aplicação ou defesa de determinado direito fundamental põe em risco de lesão ou agride o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, é necessário que aquele seja afastado temporariamente, a fim de que a dignidade possa prevalecer. Deve ocorrer essa harmonização ou relativização dos direitos fundamentais com a Dignidade da Pessoa Humana.

Ademais, devemos também reconhecer que, a própria atividade limitadora dos direitos fundamentais, está sujeita também a limites, visto que se feita de forma arbitrária pode ameaçar a essência daqueles, o seu núcleo primordial. É o que a doutrina alemã denomina de “Schranken-schranken”, a teoria dos limites dos limites ou limites imanescentes.<sup>40</sup>

Os limites imanescentes são uma construção dogmática para explicar a necessidade e justificar a possibilidade de limitação ou restrição a direito fundamental conferido por norma constitucional escrita sem reserva de lei. Limites imanescentes são um problema de interpretação constitucional e, segundo Alexy e Canotilho, de ponderação de bens, mas, ao que parece, mais de interpretação unitária e sistemática da Constituição do que de ponderação de bens,[...] (STEINMETZ, 2001, P. 63)

Destarte, não se pode, ao impor limites aos direitos fundamentais, afetar o seu núcleo fundamental, ou seja, a sua essência, pois isto acabaria por descaracterizar o direito fundamental.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

[...] o legislador poderá instituir limites aos direitos fundamentais sem reserva de lei, porque tais limites são imanescentes ao sistema dos direitos fundamentais e à Constituição

<sup>40</sup> Nesse sentido: SARLET, op. cit., 2006. p. 118 e STEINMETZ, op. cit., 2001. p. 241.

como um todo, limites que derivam da conexão interna entre os diferentes direitos fundamentais e / ou bens constitucionais em razão de uma virtual ou potencial tensão por ocasião do exercício destes direitos por diferentes titulares. São limites implícitos no sistema, basta explicitá-los ou concretizá-los. [...] De ressaltar, porém que, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais. (STEINMETZ, 2001, p. 43 e 243)

Assim, conclui-se que, em relação aos direitos fundamentais, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana possui dupla função: serve de elemento de proteção e defesa a medidas que porventura venham a limitar exacerbadamente os direitos fundamentais, ameaçando o seu núcleo essencial e também funciona como próprio elemento limitador dos direitos fundamentais, impondo-lhes limites e orientando a sua utilização quando, por vezes no caso concreto, estes entram em colisão com aquela.

### **5.5 A Dignidade da Pessoa Humana e a Anencefalia**

Enfim chegamos ao ponto crucial de nosso trabalho, veremos como a Dignidade da Pessoa Humana se relaciona com a questão da anencefalia.

Vimos que a Dignidade da Pessoa Humana é tida como princípio e valor fundamental que orienta, coordena e limita todo o ordenamento jurídico, protegendo os direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo que funciona como elemento que os limita, orienta a própria atividade limitadora, impedindo que esta atinja o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

No caso da anencefalia, vimos que os fetos anencefálicos são natimortos, e não nasciturnos. Já são considerados mortos a partir do diagnóstico da malformação fetal da anencefalia, visto que, conforme comprovamos, a anencefalia é moléstia que em 100% dos casos ocorre fatalidade, tornando o feto inviável. “Não é a anencefalia apenas um distúrbio grave que

torna apenas provável a inviabilidade da vida pós-parto. È uma afecção que, desde o seu surgimento, provoca a morte encefálica do concepto[...]" (LÔBO, 2005, p. 135).

O direito não se destina à proteção de qualquer vida, mas da vida que seja viável, que possa ter um significado. A *intuito legis* da norma constitucional que consagra o direito à vida não protege este pura e simplesmente, isto é, a qualquer manifestação e forma que a vida pode tomar, pois, existem casos nos quais o legislador, de forma geral e abstrata, preferiu um direito em detrimento do direito à vida, como por exemplo, no caso de gravidez resultante de estupro. "(...) não basta viver, é preciso viver com dignidade. É necessário concluir que a vida assegurada e protegida pelo ordenamento jurídico, considerada em si mesma sagrada, intangível e inviolável, é a vida digna e não qualquer existência." (LÔBO, 2005, p. 76).

Em outros casos, quando ocorre conflito de direito no caso concreto, o judiciário, dentro de sua função primordial jurisdicional, por vezes afasta o direito a vida para que outro direito fundamental seja consagrado.

Assim, o direito a vida, não obstante seja um direito fundamental, não é direito absoluto, pois, conforme observamos, os direitos fundamentais encontram seu limite na Dignidade da Pessoa Humana, nos moldes da teoria dos limites imanentes.

Vimos também que existe a possibilidade de confronto entre o direito à vida e o princípio fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, porém no caso do feto anencefálico, sequer há direito à vida, quanto mais conflito entre este e a Dignidade da Pessoa Humana.

A Ministra Ellen Grace do Supremo Tribunal Federal destacou em seu voto na ADPF nº 54 que, na questão da anencefalia, o que ocorreria seria que o judiciário estaria supostamente atuando de forma a interferir no princípio da tripartição dos poderes. Estaria, verdadeiramente, em busca de atuar como legislador, criando uma terceira causa de exclusão de ilicitude para o crime de aborto.

Todavia, com a devida vênia, discordamos deste posicionamento da Ministra Ellen Grace. Os magistrados não são meros aplicadores da lei, mas também atuam de modo a interpretá-la e integralizá-la no caso concreto, preenchendo as lacunas do ordenamento quando este for insuficiente para dirimir questões.

Os princípios e direitos fundamentais constitucionais atuam de modo a servir de referência para a correta interpretação e aplicação das normas, incluindo-se aí as de direito penal.

No caso da anencefalia, não ocorre uma tentativa do executivo atuar em seara cuja competência pertence ao legislativo, mas sim questão acerca de interpretação de direitos, de modo que inexistente qualquer lesão ao princípio da tripartição de poderes.

O que há de se destacar então na questão existente entre a Dignidade da Pessoa Humana e a Interrupção de fetos anencefálicos, se não há conflito de direitos?

Somos da opinião que a resposta para esse questionamento resulta na dignidade da gestante, no seu direito à saúde, à liberdade e à autonomia da vontade, ambas expressões daquela, enquanto optar pelo término de uma gravidez sabidamente maléfica à sua saúde e sem qualquer viabilidade.

A dignidade humana é princípio que se conjuga com o da solidariedade social. A leitura e o cumprimento de ambos adensam a vida da pessoa, que haverá de ser preservada na dignidade que se iguala na humanidade, que se congrega na fragilidade pessoal para fortalecer na sociedade humana. A dignidade não se aperfeiçoa na existência isolada de um ser; a liberdade manifesta-se na relação com o outro; a igualdade pede a presença daquele a quem se iguala. A dignidade humana – mais que aquela apenas garantida à pessoa – é a que se exerce com o outro. (ROCHA, 2004, P. 78)

## 6 CONCLUSÃO

Após a exposição feita neste trabalho, podemos concluir que a questão da interrupção da gestação de fetos anencefálicos não há porque ser polemizada ao nível em que, hodiernamente, se mostra na sociedade brasileira e no meio jurídico e médico.

Sim, é fato que uma parcela da população ainda se vê contrária a esta posição, todavia, conforme demonstramos neste trabalho, esta parcela não pode nem deve impor a sua vontade aos demais membros da sociedade brasileira.

Vimos que a maioria da população se mostra favorável a questão de se permitir a interrupção deste tipo de gestação, até porque, conforme a análise feita nos moldes da medicina e da bioética, o feto anencefálico é efetivamente morto, de modo que não há de se falar em crime de aborto.

Aliás, constatamos também que, caso o Estado force a mulher a levar a termo esta gestação, além de flagrante violação ao direito à saúde desta, também o é contra diversos princípios, dentre eles o da legalidade, o do Estado Democrático dentre outros.

Vimos, conforme ampla jurisprudência favorável, que boa parte da magistratura brasileira se posiciona nesse sentido de que a conduta de antecipar o parto de um feto anencefálico não é crime de aborto, por ser atípica, sendo esse o raciocínio jurídico que achamos mais acertado.

Ademais, pudemos constatar também que, de acordo com diversos princípios de direito penal, a questão do aborto de fetos anencefálicos não deve ser tutelada pelo direito penal, por ser matéria que foge ao seu campo de atuação.

Ademais, saindo da seara do direito penal e adentrando na do direito constitucional, pudemos constatar, após uma análise do princípio da Dignidade da Pessoa Humana e dos direitos

fundamentais, constatamos que também, e principalmente, em face daquele, a mulher que, por um infortúnio da vida vem a ter uma gestação com feto anencefálico pode, se assim quiser, fazer a opção de por termo a esta gravidez.



## **7 BIBLIOGRAFIA CONSULTADA**

ATHAYDE, Phydia de. Debate Aberto – Aborto - Ainda que a duras penas, avança o projeto de lei a favor da prática. Pesquisas inéditas mostram o dilema de médicos e o drama de mulheres. Revista **Carta Capital**. 21 de dezembro de 2005. Ano XII. Nº 373. Editora Confiança.

BARRACLOUTH, Geoffrey. **Atlas da História Universal**. Fortaleza: 1996. Ed. Verdes Mares Ltda.

BIANCHINI, Alice. **Pressupostos mínimos da tutela penal**. São Paulo: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. **Manual de direito penal, parte especial**. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito penal: parte geral**. Vol. 1. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 1997.

BRUM, Eliane. Legalização em Debate. **Revista Época**. Editora Globo. Nº 376/ 1º de agosto de 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa, sentimento religioso e contra o respeito dos mortos**. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo Jose da. **Direito penal: curso completo**. 8ª ed. ver. e consolidada em um único volume. São Paulo: Saraiva, 2000.

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Princípios gerais de direito público**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1966.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito penal português. Parte geral II. As conseqüências do crime**. Lisboa: Aequitas, 1993.

DIAS, Jorge Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERNÁNDEZ, Ricardo Ramiro. Et al. **Anencefalia: um estudo epidemiológico de três anos na cidade de Pelotas.** Ciências & Saúde Coletiva. Rio de Janeiro: Abrasco, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **A questão do embrião entre direito e moral.** Revista do Ministério Público, Lisboa, nº 94, abril/junho2003

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** São Paulo: Saraiva, 1995.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal.** 6ª ed. Rio de Janeiro, Editora Guanabara Koogan S.A., 2001.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral.** 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia – breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico penais.** RT 833. Março de 2005. 94º ano.

FRANCO, Alberto Silva... (et al.) **Código penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, tomo 2: parte especial.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GARNIER, Marcelo e DELAMARE Valery. **Dicionário de termos técnicos de medicina.** 20ª ed. São Paulo: Andrei Editora, 1984.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo Constitucional e Direitos Fundamentais.** São Paulo: Celso Bstos Editor: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2003.

HOBBSAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991** / Eric Hobsbawm; tradução Marcos Santarrita; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal. Parte geral.** V. 1. 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal. V. 2. Parte especial: Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio.** 24. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Código Penal anotado.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**, in: **Os Pensadores – Kant (II)**, Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

LEITE, Gisele. **Debate sem fronteira: a polêmica questão do aborto na história e no mundo.** Revista Consultor Jurídico. 2 de julho de 2002.

LÔBO, Cecília Érika D'Almeida. **A interrupção da gestação de fetos anencefálicos em face da dignidade da pessoa humana**. Fortaleza, 2005. p. 110. Tese (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2005.

MARCÃO, Renato. **O Aborto no Anteprojeto do Código Penal**. Revista Justilex. Ano IV. Nº 47. Novembro de 2005.

MOORE, George Edward. **Princípios éticos**. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 12ª Ed. – São Paulo: Atlas, 2002.

MORI, Maurizio. **A moralidade do aborto: sacralidade da vida e novo papel da mulher**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal. V. 1. Parte geral. 32 ed. atual**. São Paulo, Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito penal. V. 2. Dos crimes contra a pessoa: Dos crimes contra o partimônio**. 32 ed. atual. São Paulo, Saraiva, 2001.

PRADO, Luiz Régis. **Bem jurídico –penal e Constituição**. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Do caráter subsidiário do direito penal.** Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. **História da Filosofia: Antiguidade e Idade Média.** São Paulo: Paulus, 1990.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Vida digna: Direito, ética e ciência – Os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos.** In ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. Et. Al. (org) O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo, Celso Bastos, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 4ª ed. Ver. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

\_\_\_\_\_. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 4ª ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2006.

SEBASTIANI, Mário. **Analisis ético bajo el concepto Del feto como paciente em los casos de anencefalia.** LexisNexis-Jurisprudência Argentina. Fascículo 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julho de 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei nº 7.209, de 11-7-1984 e com a Constituição Federal de 1988**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

“Debate Aberto – Aborto - Ainda que a duras penas, avança o projeto de lei a favor da prática. Pesquisas inéditas mostram o dilema de médicos e o drama de mulheres”  
Revista **Carta Capital**. 21 de dezembro de 2005. Ano XII. Nº 373. Editora Confiança.

VASCONCELOS, Arnaldo. **Teoria da norma jurídica**. 5ªed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. v. 1. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Bioética e direito**. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 1999.