



CÂMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA

Rua Joaquim Procópio de Araújo, 1662 - Fone/Fax: (19) 3561.2811

Estado de São Paulo

E-mail: legislativo@camarapirassununga.sp.gov.br

Site: www.camarapirassununga.sp.gov.br

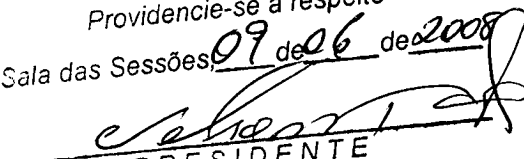
REQUERIMENTO

Nº 425/2008

APROVADO

Providencie-se a respeito

Sala das Sessões, 09 de 06 de 2008


PRESIDENTE

Senhor Presidente,
Nobres Pares,

Considerando que o artigo 5º da Constituição Federal Brasileira garante a inviolabilidade do direito à vida;

Considerando que o Código Penal configura como crime o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento;

Considerando que há uma excludente de punibilidade se o aborto é praticado por médico em caso de risco de vida para a mãe ou em gravidez decorrente de estupro;

Considerando, contudo, que o Ministério da Saúde, na contra-mão da inviolabilidade da vida humana e do crime de abortamento editou a Norma Técnica "Atenção Humanizada ao Abortamento" que ensina como, qualquer pessoa, pode se aventurar a realizar um aborto, mesmo fora de um ambiente hospitalar, isto é, em casa;

Considerando que às folhas 26 de referida Norma, em anexo, o Ministério da Saúde, cita como usar o remédio "misoprostol", uma medicação a muito tempo proibida, o *citotec*;

Considerando que a Norma Técnica afronta o direito à vida do nascituro, garantida constitucionalmente, e também o Código Penal que exclui da punibilidade apenas o abortamento citado no artigo 128, incisos I e II.

Considerando a Norma Técnica em referência é uma apologia à prática ao aborto realizado por qualquer pessoa e está à disposição da população em geral no site eletrônico do Ministério da Saúde;

Considerando que a infração ao direito fundamental à vida realizado por um órgão ministerial, cuja função é a promoção da vida humana, não pode permanecer, inclusive, indicando interromper a gestação até o segundo trimestre, período que corresponde até a 27ª semana de gestação;



CÂMARA MUNICIPAL DE PIRASSUNUNGA

Rua Joaquim Procópio de Araújo, 1662 - Fone/Fax: (19) 3561.2811

Estado de São Paulo

E-mail: legislativo@camarapirassununga.sp.gov.br

Site: www.camarapirassununga.sp.gov.br

Considerando que não há pena de morte no Brasil, exceto no caso de crimes de guerra;

Nestas condições, *requero* à Mesa, pelos meios regimentais, seja encaminhado ao Procurador Geral de Justiça, Chefe do Ministério Público Estadual; ao Procurador Geral da República, Chefe do Ministério Público da União e do Ministério Público Federal para que acolham a presente **DENÚNCIA** à Norma Técnica "Atenção Humanizada ao Abortamento" do Ministério da Saúde, eis que editado ao arrepio do direito fundamental à vida e em infração ao Código Penal Brasileiro.

Requero, ainda, que cópia da presente seja encaminhado, ao Promotor da Infância e Juventude, Dr. José Carlos Gallucci Thomé para que verifique possibilidades de tomar as providências que entender cabíveis.

Sala das Sessões, 09 de junho de 2008.


Antonio Carlos Bueno Gonçalves
Vereador


Cristina Aparecida Batista
Vereadora


Dr. Edgar Saggioratto
Vereador


José Arantes da Silva
Vereador

SEM ASSINATURA

Juliano Marquezelli
Vereador


Marcia Cristina Zanoni Couto
Vereadora


Natal Furlan
Vereador


Nelson Pagoti
Vereador


Valdir Rosa
Vereador


Wallace Aníbal de Freitas Bruno
Vereador

BRASIL



BRASIL
UM PAÍS DE TODOS

BRASIL
UM PAÍS DE TODOS



MINISTÉRIO DA SAÚDE

SECRETARIA DE POLÍTICAS DE SAÚDE

**ATENÇÃO HUMANIZADA
AO ABORTAMENTO**

BRASIL: 2007 - BRASILIA - DF

**BRASÍLIA - DF
2005**

MINISTÉRIO DA SAÚDE
Secretaria de Atenção à Saúde
Departamento de Ações Programáticas Estratégicas

ATENÇÃO HUMANIZADA AO ABORTAMENTO

NORMA TÉCNICA

Série A. Normas e Manuais Técnicos
Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 4

Brasília - DF
2005

© 2005. Ministério da Saúde.

Todos os direitos reservados. É permitida a reprodução parcial ou total desta obra, desde que citada a fonte e não seja para venda ou qualquer fim comercial. A cessão dos direitos patrimoniais de autor ao Ministério da Saúde é de total responsabilidade da Área Técnica.

Série A. Normas e Manuais Técnicos
Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 4

Tiragem: 1ª edição - 2005 - 40.000 exemplares

Edição, distribuição e informações:

MINISTÉRIO DA SAÚDE

Secretaria de Atenção à Saúde

Departamento de Ações Programáticas Estratégicas

Área Técnica de Saúde da Mulher

Esplanada dos Ministérios, Bloco G, Edifício Sede, 6º Andar, Sala 629

CEP: 70058-900 – Brasília - DF

Tel.: (61) 315 2933 – Fax: (61) 322 3912

E-mail: saude.mulher@saude.gov.br

Home page: <http://www.saude.gov.br>

Elaboração:

Adson França

Aníbal Faundes

Cristião Fernando Rosas

Estela Aquino

Gilberta Soares

Greice Menezes

Jorge Andalaft Neto

Leila Adesse

Maria José de Oliveira Araújo

Rivaldo Mendes de Albuquerque

Valéria Pandjarian

Colaboração:

Eleonora Menecucci de Oliveira

Fátima Oliveira

Ivone Peixoto Gonçalves de Oliveira

Jacíra Melo

Jefferson Drezett Ferreira

José Henrique Torres

Juliana Monti Maifrino

Miriam Ventura

Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres

Impresso no Brasil/Printed in Brazil

Ficha Catalográfica

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher.

Atenção Humanizada ao Abortamento: norma técnica/Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas – Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

36 p. color. – (Série A. Normas e Manuais Técnicos) – (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno nº 4)

ISBN 85-334-0873-0

1. Saúde da mulher. 2. Serviços de saúde para mulher. 3. Política de saúde. 4. Humanização do atendimento. I. Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. II. Título. III. Série.

NLM WA 309

Catálogo na fonte – Editora MS – OS 2005/0120


Titulos para indexação:

Em inglês: Humanized Attention to the Abortion. Technical Rule.

Em espanhol: Atención Humanizada al Aborto. Norma Técnica.



APRESENTAÇÃO	5
INTRODUÇÃO	7
1. MARCO CONCEITUAL DE ATENÇÃO AO ABORTAMENTO	10
2. ASPECTOS ÉTICO-PROFISSIONAIS E JURÍDICOS DO ABORTAMENTO	11
I. Plano internacional	11
II. Plano nacional	12
1. Constituição Federal	12
2. Código Penal, doutrina e jurisprudência	13
3. Norma Técnica <i>Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes</i>	13
4. Código Civil	13
5. Ética profissional	14
3. ACOLHER E ORIENTAR	17
I. Não julgar	17
II. Acolhimento é tarefa da equipe de saúde	18
III. Roteiro de conversa	18
IV. Acolhimento	19
V. Informar e orientar	20
4. ATENÇÃO CLÍNICA AO ABORTAMENTO	22
I. Aspectos clínicos	22
1. Ameaça de abortamento	22
2. Abortamento completo	23
3. Abortamento inevitável/incompleto	23
4. Abortamento retido	23
5. Abortamento infectado	23
6. Abortamento habitual	24
7. Abortamento eletivo previsto em lei	24
II. Escolhendo as técnicas de esvaziamento uterino	25
1. Abortamento farmacológico	26
2. Aspiração manual intra-uterina (AMIU)	27
3. Curetagem uterina	27
III. Alívio da dor	28
5. PLANEJAMENTO REPRODUTIVO PÓS-ABORTAMENTO	30
I. Orientação em planejamento reprodutivo	30
II. Oferta de métodos anticoncepcionais	31
III. Abortamento espontâneo e orientação concepcional	31
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	32



O Ministério da Saúde, cumprindo o seu papel de normatizador da atenção que é prestada à população e visando a garantir os direitos sexuais e os direitos reprodutivos das mulheres, elaborou a Norma Técnica *Atenção Humanizada ao Abortamento*, um guia para apoiar profissionais e serviços de saúde e introduzir novas abordagens no acolhimento e na atenção, com vistas a estabelecer e a consolidar padrões culturais de atenção com base na necessidade das mulheres, buscando, assim, assegurar a saúde e a vida.

A Norma Técnica é o reconhecimento do Governo brasileiro à realidade de que o aborto realizado em condições inseguras é importante causa de morte materna; que as mulheres em processo de abortamento, espontâneo ou induzido, que procuram os serviços de saúde devem ser acolhidas, atendidas e tratadas com dignidade; e que a atenção tardia ao abortamento inseguro e às suas complicações pode ameaçar a vida, a saúde física e mental das mulheres.

A Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento (CIPD), realizada no Cairo em 1994, e a 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, ocorrida em Beijing em 1995, afirmam os direitos sexuais e os direitos reprodutivos das mulheres como direitos humanos e recomendam aos Estados atenção de qualidade a todas as pessoas para que possam exercer tais direitos.

O Estado brasileiro assumiu, desde então, compromissos com a garantia dos direitos sexuais e dos direitos reprodutivos que devem ser traduzidos em ações que possibilitem a mulheres e homens vivenciarem com plenitude e saúde a sua sexualidade, decidirem, livre e conscientemente, ter ou não ter filhos – o seu número e espaçamento entre eles; acessarem informações e os meios necessários à concretização de suas decisões reprodutivas, além de tratamento digno e de qualidade, quando dele necessitarem.

O Ministério da Saúde consolida, com a publicação desta Norma Técnica, instrumento de ação para produzir resultados práticos que reflitam respeito à cidadania feminina e expressem os cumprimentos das Resoluções da Cúpula do Milênio das Nações Unidas (Nova Iorque, 2000), que definiu como uma de suas metas a redução dos níveis de mortalidade materna em 75%, até o ano 2015, em relação aos índices da década de 1990.

A Norma Técnica *Atenção Humanizada ao Abortamento* é dirigida aos gestores, serviços e profissionais de saúde e a todas as pessoas comprometidas com a garantia dos direitos humanos de mulheres e adolescentes no Brasil.

HUMBERTO COSTA
Ministro da Saúde



O abortamento representa grave problema de saúde pública em países em desenvolvimento, inclusive no Brasil, com sua discussão envolvendo complexo conjunto de aspectos legais, morais, religiosos, sociais e culturais.

O abortamento espontâneo ocorre em aproximadamente 10% das gestações, envolvendo sentimentos de perda, culpa pela impossibilidade de levar a gestação a termo, além de trazer complicações para o sistema reprodutivo, requerendo atenção técnica adequada, segura e humanizada.

Para grande contingente de mulheres, o abortamento resulta de necessidades não satisfeitas de planejamento reprodutivo, envolvendo a falta de informação sobre anticoncepção, dificuldades de acesso aos métodos, falhas no seu uso e ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde. É preciso destacar que para outras mulheres a gestação que motiva o abortamento resulta de relações impostas pelos seus parceiros ou de situações de estupro.

Aspectos culturais, religiosos e legais inibem as mulheres a declararem seus abortamentos, dificultando o cálculo da sua magnitude. Independentemente dessa dificuldade, sabe-se que o abortamento é vastamente praticado, com o uso de meios diversos, muitas vezes induzidos pela própria mulher ou realizados por profissionais em condições inseguras, em geral acarretando conseqüências danosas à saúde, podendo, inclusive, levar à morte.

Segundo estimativas da Organização Mundial de Saúde, metade das gestações é indesejada, com uma a cada nove mulheres recorrendo ao abortamento para interrompê-las. Estima-se que na América Latina e no Caribe ocorram anualmente 18 milhões de gestações, sendo que destas 52% não foram planejadas, com 23% terminando em abortamento (AGI, 1999). Para o Brasil, calcula-se que 31% das gestações terminam em abortamento. Estima-se (AGI, 1994) haver ocorrência anual de 1.443.350 abortamentos, com taxa de 3,7 abortos/100 mulheres de 15 a 49 anos, bastante superior aos valores encontrados em países da Europa ocidental, nos quais a prática do aborto é legal e acessível. Atualizados para o período 1994/1996, a incidência estimada de abortamentos provocados no País, apesar do decréscimo, situou-se ainda em patamares elevados, em 1996, entre 728.100 e 1.039.000, estimativa média e máxima, respectivamente (Corrêa & Freitas, 1997).

Em países em que as mulheres têm acesso a serviços seguros, suas probabilidades de morrer em decorrência de abortamento realizado com métodos modernos não é maior do que uma para cada 100.000 procedimentos (*The Alan Guttmacher Institute*, 1999). Em países em desenvolvimento, o risco de morte por complicações de procedimentos de abortamento inseguro é várias vezes mais alto do que de abortamento realizado por profissionais e em condições seguras (Organização Mundial de Saúde, 2004).

O abortamento representa uma das principais causas de mortalidade materna no Brasil. Pesquisa realizada em 2003 por Laurenti et al., em todas as capitais e no Distrito Federal, permitiu a identificação de fator de correção de 1.4 a ser aplicado à razão de mortes maternas, evidenciando valor corrigido de 74 óbitos/100.000 nascidos vivos no País, diferentemente do que ocorre em países desenvolvidos, onde essas taxas de morte, especificamente por aborto, são reduzidas. Entre 1995 e 2000, estatísticas de vários países europeus mostram taxas inferiores a 10 óbitos/100.000 nascidos vivos, com o abortamento sendo realizado em condições seguras, não se constituindo mais importante causa de óbito (Alexander et al., 2003).

A despeito da subnotificação dos óbitos por abortamento, tem sido observada, nas últimas décadas, tendência de declínio da taxa de mortalidade por essa causa no Brasil. Entretanto, verifica-se não só decréscimo da média de idade das mulheres que foram a óbito, como também a permanência de desigualdades regionais, com menor redução dessas taxas nos estados nordestinos. É também nesta região do País onde as mortes decorrentes do abortamento inseguro adquirem mais importância entre as causas de morte materna. Em municípios da região metropolitana do Recife, incluindo a capital, entre 1994 e 1996, o abortamento ocupou, respectivamente, o primeiro e segundo lugar deste grupo de causas, decrescendo nos anos seguintes (Valongueiro, 1996; Recife, 1998) e, em Salvador, desde o início da década de 90, o abortamento permanece como a primeira causa isolada de morte materna, com adolescentes e jovens apresentando maiores riscos de morte (Compte, 1995; Menezes & Aquino, 2001).

Considerando que a mortalidade representa apenas a ponta do *iceberg*, os dados referentes à hospitalização por abortamento confirmam a magnitude desse problema. A curetagem pós-abortamento representa o segundo procedimento obstétrico mais realizado nas unidades de internação da rede pública de serviços de saúde, superada apenas pelos partos normais.

As repercussões sociais na vida pessoal, familiar e no mundo do trabalho precisam ser analisadas e respeitadas, na medida em que o abortamento atinge mulheres jovens, em plena idade produtiva e reprodutiva, levando-as desnecessariamente à morte ou implicando seqüelas à sua saúde física, mental e reprodutiva. Complicações físicas imediatas, como hemorragias, infecções, perfurações de órgãos e infertilidade se somam aos transtornos subjetivos, ao se vivenciar o ônus de uma escolha inegavelmente difícil num contexto de culpabilização e penalização do abortamento.

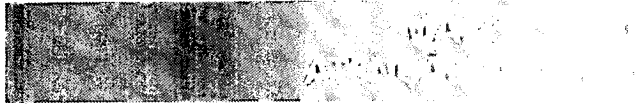
No Brasil, sua prática se traduz numa inequívoca expressão das desigualdades sociais, pois, embora compartilhem a mesma situação ante a ilegalidade da intervenção, as mulheres percorrem distintas trajetórias, com uma minoria delas podendo arcar com os custos de um abortamento rápido, seguro e sem riscos. A maior parcela da população feminina recorre a várias estratégias inseguras que, freqüentemente, se complicam e acarretam mortes maternas por abortamento.

A necessidade de atenção oportuna é imperiosa, dada a dificuldade das mulheres em reconhecer sinais de possíveis complicações, aliada ao fato de que o medo e a vergonha são fatores que podem retardar a busca de cuidado. Não menos importante que esses aspectos, faz-se necessário superar a discriminação e a desumanização do

atendimento às mulheres em situação de abortamento, ainda uma realidade de muitos serviços públicos no País. São expressões disso não só a recusa da internação em certos hospitais ou a longa espera para atendimento, como também a demora na resposta às demandas das mulheres, seja por desqualificação dos sintomas, seja por tomá-los como expressão de suposto sentimento de culpa por terem provocado o abortamento.

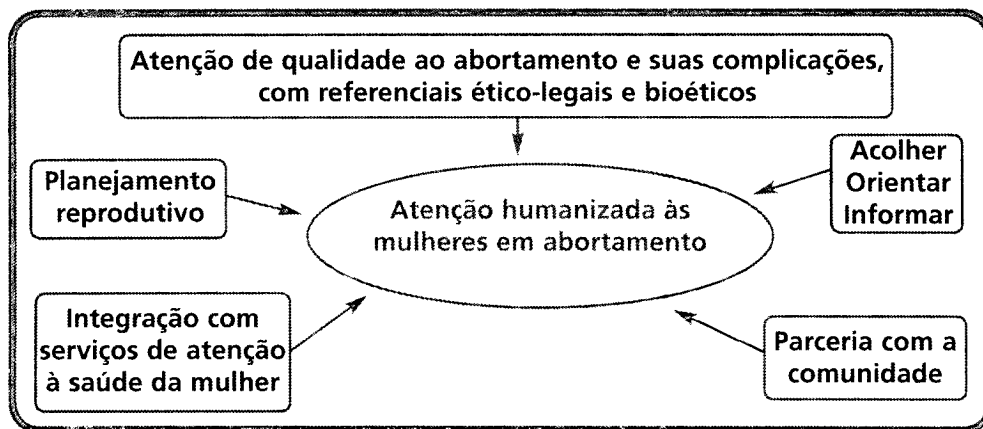
Esta Norma pretende, portanto, fornecer aos profissionais subsídios para que possam oferecer não só cuidado imediato às mulheres em situação de abortamento, mas também, na perspectiva da integralidade deste atendimento, disponibilizar às mulheres alternativas contraceptivas, evitando o recurso a abortamentos repetidos. Para mulheres com abortamentos espontâneos, que desejem nova gestação, deve ser garantido atendimento adequado às suas necessidades.

É fundamental, por fim, reconhecer que a qualidade da atenção almejada inclui aspectos relativos à sua humanização, incitando os profissionais, independentemente dos seus preceitos morais e religiosos, a preservarem postura ética, garantindo o respeito aos direitos humanos das mulheres.



A inclusão de modelo humanizado de atenção às mulheres com abortamento é propósito desta Norma, não apenas como guia de cuidados, mas também na intenção de oferecer às mulheres, aos serviços de saúde e à sociedade novo paradigma que torne segura, sustentável e efetiva a atenção às mulheres em situação de abortamento. Para que esse modelo possa ser implantado, faz-se necessária a inclusão dos seguintes elementos essenciais:

- a) Parceria entre a comunidade e os prestadores de serviço para a prevenção das gestações indesejadas e do abortamento inseguro, para a mobilização de recursos e para garantir que os serviços reflitam e satisfaçam as expectativas e necessidades da comunidade;
- b) Acolhimento e orientação para responder às necessidades de saúde emocional e física das mulheres, além de outras preocupações que possam surgir;
- c) Atenção clínica adequada ao abortamento e suas complicações, segundo referenciais éticos, legais e bioéticos;
- d) Oferecimento de serviços de planejamento reprodutivo às mulheres pós-abortamento, inclusive orientações para aquelas que desejem nova gestação;
- e) Integração com outros serviços de promoção à saúde da mulher e de inclusão social às mulheres.



A atenção humanizada às mulheres em abortamento merece abordagem ética e reflexão sobre os aspectos jurídicos, tendo como princípios norteadores a igualdade, a liberdade e a dignidade da pessoa humana, não se admitindo qualquer discriminação ou restrição do acesso a assistência à saúde. Esses princípios incorporam o direito à assistência ao abortamento no marco ético e jurídico dos direitos sexuais e reprodutivos afirmados nos planos internacional e nacional de direitos humanos.

I. PLANO INTERNACIONAL

Conferências das Nações Unidas reconhecem tais direitos, especialmente no campo da saúde e da autodeterminação sexual e reprodutiva.

Conferência Mundial sobre Direitos Humanos, Viena (1993): os direitos das mulheres e meninas são parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais, e a violência de gênero, inclusive a gravidez forçada, é incompatível com a dignidade e o valor da pessoa humana.

Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo (1994) e 4ª Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing (1995): os direitos reprodutivos são constituídos por direitos humanos reconhecidos nos diversos tratados e convenções internacionais e incluem o direito de toda pessoa a ter controle e decisão sobre as questões relativas à sua sexualidade e reprodução, livres de coerção, discriminação e violência, e de dispor de informações e meios adequados que lhes garantam o mais elevado padrão de saúde sexual e saúde reprodutiva; o tema do abortamento inseguro deve ser tratado de forma humana e solidária.

Cairo e Beijing definem como **SAÚDE REPRODUTIVA** *“um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não de mera ausência de enfermidade ou doença, em todos os aspectos relacionados com o sistema reprodutivo e suas funções e processos”*.

A saúde reprodutiva inclui o direito de mulheres e homens:

- a) A desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem risco;
- b) A procriar, com liberdade para decidir fazê-lo ou não, quando e com que frequência;
- c) À informação e ao acesso a métodos seguros, eficientes e exequíveis de planejamento familiar de sua escolha;
- d) Ao acesso a serviços de acompanhamento na gravidez e no parto sem riscos, garantindo-lhes as melhores possibilidades de terem filhosãos.

Fonte: Item 7.2, Cairo, § 94, Beijing.

Pela magnitude dos efeitos dos abortamentos realizados em condições inadequadas sobre a saúde da mulher, os governos foram instados a desenvolver ações para tratá-los, a considerar o abortamento como importante problema de saúde pública e a reduzir sua prática mediante a prestação de serviços de planejamento familiar (§ 8.25, Cairo), bem como *“considerar a possibilidade de reformar as leis que prevêem medidas punitivas contra as mulheres que tenham sido submetidas a abortos ilegais”* (§ 106 k, Beijing). Ainda, *“em circunstâncias em que o aborto não é contra a lei, o sistema de saúde deve treinar e equipar os provedores de serviços de saúde e deve tomar outras medidas para assegurar-se de que tais abortos sejam seguros e acessíveis”* (Cairo +5, art. 63, iii).

O Brasil é signatário dos documentos dessas conferências e de tratados internacionais de direitos humanos, com destaque para a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (ONU, 1979) e para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (OEA, 1994).

A prevenção da gravidez não desejada, do abortamento e de suas conseqüências são de alta prioridade para profissionais de saúde. Às mulheres deve ser garantido o acesso: à informação e orientação humana e solidária; ao abortamento previsto em lei; à atenção de qualidade em complicações derivadas de abortos; e ao planejamento reprodutivo pós-abortamento para, inclusive, evitar abortamentos repetidos.

II. PLANO NACIONAL

A legislação brasileira incorpora os direitos humanos internacionais e prevê princípios e normas éticas e jurídicas relacionadas à prevenção da gestação indesejada e ao abortamento. São elas:

1. CONSTITUIÇÃO FEDERAL

IGUALDADE: *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”* (art. 5, I), inclusive no que se refere à *“sociedade conjugal”* (art. 226, § 3º).

PLANEJAMENTO FAMILIAR: *“fundado no princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”* (art. 226, § 7º). A Lei n.º 9.263/96 o define como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, homem ou casal.

2. CÓDIGO PENAL, DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

NÃO É CRIME E NÃO SE PUNE: o abortamento praticado por médico(a), se:

- a) Não há outro meio de salvar a vida da mulher (art. 128, I);
- b) A gravidez é resultante de estupro (ou outra forma de violência sexual), com o consentimento da mulher ou, se incapaz, de seu representante legal (art. 128, II).

A jurisprudência brasileira tem autorizado a interrupção de gravidez nos casos de malformação fetal com inviabilidade de vida extra-uterina, com o consentimento da mulher.

Em todos esses casos, o abortamento é um direito da mulher.

3. NORMA TÉCNICA PREVENÇÃO E TRATAMENTO DOS AGRAVOS RESULTANTES DA VIOLÊNCIA SEXUAL CONTRA MULHERES E ADOLESCENTES

O Ministério da Saúde normatizou os procedimentos para o atendimento ao abortamento em gravidez por violência sexual, conforme Norma Técnica *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes de Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*, que contempla a organização da atenção e um guia geral para este atendimento. O Código Penal não exige qualquer documento para a prática do abortamento nesses casos e a mulher violentada sexualmente não tem o dever legal de noticiar o fato à polícia. Deve-se orientá-la a tomar as providências policiais e judiciais cabíveis, mas, caso ela não o faça, não lhe pode ser negado o abortamento.

O(a) médico(a) e demais profissionais de saúde não devem temer possíveis conseqüências jurídicas, caso revele-se posteriormente que a gravidez não foi resultado de violência sexual, pois *“é isento de pena quem, por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe situação de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima”* (Código Penal, art. 20, § 1º).

4. CÓDIGO CIVIL

DO CONSENTIMENTO

O consentimento da mulher é necessário para o abortamento em quaisquer circunstâncias, salvo em caso de eminente risco de vida, estando a mulher impossibilitada para expressar seu consentimento. De acordo com os arts. 3º, 4º, 5º, 1631, 1690, 1728 e 1767 do Código Civil:

- a) **A partir dos 18 anos:** a mulher é capaz de consentir sozinha;
- b) **A partir dos 16 e antes dos 18 anos:** a adolescente deve ser assistida pelos pais ou por seu representante legal, que se manifestam **com ela**;

c) Antes de completar 16 anos: a adolescente ou criança deve ser representada pelos pais ou por seu representante legal, que se manifestam **por ela**.

A outra circunstância em que é necessário o consentimento de representante legal (curador/a ou tutor/a) refere-se à mulher que, por qualquer razão, não tenha condições de discernimento e de expressão de sua vontade.

De qualquer forma, sempre que a mulher ou adolescente tiver condições de discernimento e de expressão de sua vontade, deverá também consentir, assim como deverá ser respeitada a sua vontade se não consentir com o abortamento, que não deverá ser praticado, ainda que os seus representantes legais assim o queiram.

5. ÉTICA PROFISSIONAL

DO SIGILO PROFISSIONAL

Diante de abortamento espontâneo ou provocado, o(a) médico(a) ou qualquer profissional de saúde não pode comunicar o fato à autoridade policial, judicial, nem ao Ministério Público, pois o sigilo na prática profissional da assistência à saúde é dever legal e ético, salvo para proteção da usuária e com o seu consentimento. O não cumprimento da norma legal pode ensejar procedimento criminal, civil e ético-profissional contra quem revelou a informação, respondendo por todos os danos causados à mulher.

É crime: *“revelar a alguém, sem justa causa, segredo de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”* (Código Penal, art. 154).

Constituição Federal: *“são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização material ou moral decorrente de sua violação”* (art. 5º, X).

QUANTO À MENOR DE IDADE

Código de Ética Médica: *“é vedado ao médico revelar segredo profissional referente a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou responsáveis legais, desde que o adolescente tenha capacidade de avaliar seu problema e de conduzir-se por seus próprios meios para solucioná-los, salvo quando a não revelação possa acarretar danos ao paciente”* (art. 103).

Estatuto da Criança e do Adolescente: a) Considera-se criança a pessoa menor de 12 anos de idade; e adolescente, a partir dos 12 e antes de completar 18 anos; e b) Deve prevalecer o princípio do respeito à sua opinião e vontade.

A assistência à saúde da menor de 18 anos em abortamento deve, pois, submeter-se ao princípio da proteção integral. Se a revelação for feita para preservá-la de danos, estaria afastado o crime de revelação de segredo profissional. Entretanto, a revelação do fato também pode lhe acarretar prejuízos ainda mais graves, como o seu afastamento do serviço de saúde e perda da confiança nos profissionais que a assistem. A decisão, qualquer que seja, deve estar justificada no prontuário da adolescente.

DA OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA

Código de Ética Médica: *“o médico deve exercer a profissão com ampla autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços profissionais a quem ele não deseje, salvo na ausência de outro médico, em casos de urgência, ou quando sua negativa possa trazer danos irreversíveis ao paciente”* (art. 7º). É seu direito *“indicar o procedimento adequado ao paciente observando as práticas reconhecidamente aceitas e respeitando as normas legais vigentes no país”* (art. 21) e *“recusar a realização de atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência”* (art. 28). É vedado *“descumprir legislação específica nos casos de transplante de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e **abortamento**”* (art. 43) e *“efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévios do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente perigo de vida”* (art. 48).

Não cabe objeção de consciência:

- a) Em caso de necessidade de abortamento por risco de vida para a mulher;
- b) Em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro(a) médico(a) que o faça e quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do(a) médico(a);
- c) No atendimento de complicações derivadas de abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

Em caso de omissão, o(a) médico(a) pode ser responsabilizado(a) civil e criminalmente pela morte da mulher ou pelos danos físicos e mentais que ela venha a sofrer, pois podia e devia agir para evitar tais resultados (Código Penal, art. 13, § 2º).

É dever do(a) médico(a) informar à mulher sobre suas condições e direitos e, em caso que caiba a objeção de consciência, garantir a atenção ao abortamento por outro(a) profissional da instituição ou de outro serviço. Não se pode negar o pronto-atendimento à mulher em qualquer caso de abortamento, afastando-se, assim, situações de negligência, omissão ou postergação de conduta que violem os direitos humanos das mulheres.

É dever do Estado, manter, nos hospitais públicos, profissionais que realizem o abortamento. Caso a mulher venha a sofrer prejuízo de ordem moral, física ou psíquica em decorrência da omissão, poderá haver responsabilização pessoal e/ou institucional.

REFERENCIAIS DA BIOÉTICA NO ABORTAMENTO

A atenção humanizada às mulheres em abortamento pressupõe o respeito aos princípios fundamentais da bioética (ética aplicada à vida):

- a) Autonomia: direito da mulher de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e à sua vida;
- b) Beneficência: obrigação ética de se maximizar o benefício e minimizar o dano (fazer o bem);
- c) Não-maleficência: a ação deve sempre causar o menor prejuízo à paciente, reduzindo os efeitos adversos ou indesejáveis de suas ações (não prejudicar);
- d) Justiça: o(a) profissional de saúde deve atuar com imparcialidade, evitando que aspectos sociais, culturais, religiosos, morais ou outros interfiram na relação com a mulher.

Em todo caso de abortamento, a atenção à saúde da mulher deve ser garantida prioritariamente, provendo-se a atuação multiprofissional e, acima de tudo, respeitando a mulher na sua liberdade, dignidade, autonomia e autoridade moral e ética para decidir, afastando-se preconceitos, estereótipos e discriminações de quaisquer natureza, que possam negar e desumanizar esse atendimento.

Diante de um caso de abortamento inseguro, adote, do ponto de vista ético, a conduta necessária: "Não fazer juízo de valor e não julgar", pois o dever de todos os profissionais de saúde é acolher condignamente e envidar esforços para garantir a sobrevivência da mulher e não causar quaisquer transtornos e constrangimentos.

A atenção humanizada às mulheres em abortamento é direito de toda mulher e dever de todo(a) profissional de saúde.

Quando as mulheres chegam aos serviços de saúde em processo de abortamento, sua experiência é física, emocional e social. Geralmente, elas verbalizam as queixas físicas, demandando solução, e calam-se sobre suas vivências e sentimentos. A mulher que chega ao serviço de saúde abortando está passando por um momento difícil e pode ter sentimentos de solidão, angústia, ansiedade, culpa, autocensura, medo de falar, de ser punida, de ser humilhada, sensação de incapacidade de engravidar novamente. Todos esses sentimentos se misturam no momento da decisão pela interrupção, sendo que para a maioria das mulheres, no momento do pós-abortamento, sobressai o sentimento de alívio.

O acolhimento e a orientação são elementos importantes para uma atenção de qualidade e humanizada às mulheres em situação de abortamento. Acolher, segundo o dicionário Aurélio é: *“dar acolhida a, atender, dar crédito a, dar ouvidos a, admitir, aceitar, tomar em consideração”*. Pode também ser definido como *“receber bem, ouvir a demanda, buscar formas de compreendê-la e solidarizar-se com ela”* (Paidéia, s/d).

Acolhimento é o tratamento digno e respeitoso, a escuta, o reconhecimento e a aceitação das diferenças, o respeito ao direito de decidir de mulheres e homens, assim como o acesso e a resolutividade da assistência.

A orientação pressupõe o repasse de informações necessárias à condução do processo pela mulher como sujeito da ação de saúde, à tomada de decisões e ao autocuidado, em consonância com as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS). É muito importante que o profissional certifique-se de que cada dúvida e preocupação das mulheres sejam devidamente esclarecidas para garantir uma decisão informada.

A ação de orientar deverá promover a autodeterminação, segundo o princípio ético da autonomia.

I. NÃO JULGAR

A capacidade de escuta, sem pré-julgamentos e imposição de valores, a capacidade de lidar com conflitos, a valorização das queixas e a identificação das necessidades são pontos básicos do acolhimento que poderão incentivar as mulheres a falarem de seus sentimentos e

necessidades. Cabe ao profissional adotar “atitude terapêutica”, buscando desenvolver escuta ativa e relação de empatia, que é a capacidade de criar comunicação sintonizada a partir das demandas das mulheres, assim como a possibilidade de se colocar no lugar do outro.

II. ACOLHIMENTO É TAREFA DA EQUIPE DE SAÚDE

Ao lidar com o atendimento ao abortamento, a equipe de saúde necessita refletir sobre a influência de suas convicções pessoais em sua prática profissional, para que dessa forma possa ter atitude destituída de julgamentos arbitrários e rotulações. Esta prática não é fácil, uma vez que muitos cursos de graduação e formação em serviço não têm propiciado dissociação entre os valores individuais (morais, éticos, religiosos) e a prática profissional; muito pelo contrário, não preparam os profissionais para que possam lidar com os sentimentos, com a questão social, enfim, com elementos que vão além da prática biomédica.

Promover o acolhimento e fornecer as informações deve ser prática de todos os profissionais da equipe multiprofissional e devem estar presentes de forma transversal durante todo o contato com a mulher. Mais do que um dos passos do atendimento, o acolhimento é uma prática educativa que deverá refletir a qualidade da relação profissional de saúde/usuária na perspectiva de construção de novo modelo de atendimento. Para isso, os profissionais deverão estar devidamente sensibilizados e capacitados para incorporar o acolhimento e a orientação como prática cotidiana da assistência.

Devemos considerar que o papel de cada profissional de saúde na promoção do acolhimento e da orientação está relacionado a sua formação profissional. No tocante à escuta, é fundamental considerar a atenção psicossocial às mulheres em abortamento, integrando assistentes sociais e psicólogos no atendimento, com suas respectivas especificidades na atenção à saúde, quando possível. Deve-se considerar que os enfoques da Psicologia e do Serviço Social podem ser diferenciados no trato das questões emocionais, relacionais e sociais. A Enfermagem também tem papel diferenciado por estar presente na porta de entrada, durante o procedimento obstétrico e na fase de recuperação clínica da mulher na unidade de saúde.

III. ROTEIRO DE CONVERSA

Do ponto de vista da escuta e da orientação oferecida pela Psicologia, alguns aspectos podem ser aprofundados a depender da disponibilidade da mulher e das condições do serviço para este atendimento. Podem estar incluídas no roteiro de conversa questões como a maternidade e o desejo de ser ou não ser mãe, a sexualidade e o relacionamento com o parceiro. Assim como, na perspectiva da prevenção da repetição do abortamento, é importante o espaço para elaboração subjetiva da experiência, com a verbalização dos sentimentos, a compreensão dos significados do abortamento no contexto de vida de cada mulher e dos motivos que levaram ao surgimento de uma gravidez não planejada.

MUDANÇA DE POSTURA

Por envolver questões subjetivas de quem atende e de quem é atendida, o tema do abortamento pressupõe sensibilização da equipe de saúde, visando à mudança de postura, de forma continuada. Nesse sentido, podem ajudar: discussões coletivas, supervisões clínicas, troca de preocupações, confronto de atitudes e convicções implícitas no atendimento, reuniões e oficinas de sensibilização e capacitação sobre sexualidade e práticas reprodutivas.

ATENÇÃO HUMANIZADA

Promover o acolhimento, a informação, a orientação e o suporte emocional no atendimento favorece a atenção humanizada por meio da interação da equipe com a clientela, o que determina as percepções desta quanto à qualidade da assistência, melhora a relação profissional de saúde/usuária, aumenta a capacidade de resposta do serviço e o grau de satisfação das mulheres com o serviço prestado, assim como influencia na decisão pela busca de um futuro atendimento. Nos casos de abortamento por estupro, o profissional deverá atuar como facilitador do processo de tomada de decisão pela mulher, respeitando-a.

IV. ACOLHIMENTO

Todos os profissionais de saúde devem promover a escuta privilegiada, evitando julgamentos, preconceitos e comentários desrespeitosos, com abordagem que respeite a autonomia das mulheres e seu poder de decisão, procurando estabelecer relação de confiança.

É RESPONSABILIDADE DA EQUIPE:

- a) Respeitar a fala da mulher, lembrando que nem tudo é dito verbalmente, auxiliando-a a contatar com os seus sentimentos e elaborar a experiência vivida, buscando a autoconfiança;
- b) Organizar o acesso da mulher, priorizando o atendimento de acordo com necessidades detectadas;
- c) Identificar e avaliar as necessidades e riscos dos agravos à saúde em cada caso, resolvendo-os, conforme a capacidade técnica do serviço, ou encaminhando-a para serviços de referência, grupos de mulheres e organizações não-governamentais (ONG) feministas;
- d) Dar encaminhamentos aos problemas apresentados pelas mulheres, oferecendo soluções possíveis e priorizando o seu bem-estar e comodidade;
- e) Garantir a privacidade no atendimento e a confidencialidade das informações;
- f) Realizar os procedimentos técnicos de forma humanizada e informando as mulheres sobre as intervenções necessárias.

CABE AOS PROFISSIONAIS DE SAÚDE MENTAL E SERVIÇO SOCIAL:

- a) Prestar apoio emocional imediato e encaminhar, quando necessário, para o atendimento continuado em médio prazo;
- b) Reforçar a importância da mulher, respeitando o estado emocional em que se encontra, adotando postura autocompreensiva, que busque a auto-estima;
- c) Identificar as reações do grupo social (famílias, amigos, colegas) em que está envolvida;
- d) Perguntar sobre o contexto da relação em que se deu a gravidez e as possíveis repercussões do abortamento no relacionamento com o parceiro;
- e) Conversar sobre gravidez, abortamento inseguro, menstruação, saúde reprodutiva e direitos sexuais e reprodutivos.

V. INFORMAR E ORIENTAR

- a) Estar atento às preocupações das mulheres, aceitando as suas percepções e saberes, passando informações que atendam às suas necessidades e perguntas;
- b) Estabelecer comunicação efetiva, estando atento à comunicação não-verbal (gestos, expressões faciais). Utilizar linguagem simples, aproximativa, inteligível e apropriada ao universo da usuária;
- c) Informar sobre os procedimentos e como serão realizados, sobre as condições clínicas da usuária, os resultados de exames, os cuidados para evitar complicações posteriores e o acompanhamento pós-abortamento;
- d) Orientar quanto à escolha contraceptiva no momento pós-abortamento, informando, inclusive, sobre a contracepção de emergência.

ORIENTAÇÕES CLÍNICAS

SINAIS DE RECUPERAÇÃO NORMAL:

- UM POUCO DE CÓLICA UTERINA DURANTE OS PRÓXIMOS DOIS DIAS, QUE PODE SER ALIVIADA COM ANALGÉSICOS LEVES, E UM POUCO DE SANGRAMENTO, QUE NÃO DEVE EXCEDER O DA MENSTRUÇÃO NORMAL;
- UMA NOVA MENSTRUÇÃO PODE OCORRER DENTRO DAS PRÓXIMAS 4-8 SEMANAS.

SINAIS E SINTOMAS QUE REQUEREM ATENDIMENTO DE EMERGÊNCIA:

- CÓLICAS POR TEMPO PROLONGADO;
- SANGRAMENTO PROLONGADO (MAIS DE DUAS SEMANAS);
- SANGRAMENTO MAIS ABUNDANTE DO QUE UMA MENSTRUÇÃO NORMAL;
- DOR INTENSA OU PROLONGADA;
- FEBRE, CALAFRIOS OU MAL-ESTAR GERAL;
- DESMAIOS.

ORIENTAÇÕES GERAIS:

- a) Informar sobre a rotina de higiene pessoal, reinício da atividade sexual, volta da menstruação e planejamento reprodutivo. O retorno da atividade sexual pós-abortamento não complicado pode ocorrer tão logo a mulher assim o desejar;
- b) A fertilidade retornará logo após o procedimento, de forma que é necessária a orientação de planejamento reprodutivo e o acesso a métodos contraceptivos;
- c) Agendar retorno para no máximo 15 dias para revisão pós-abortamento;
- d) Orientar sobre o que fazer e onde encontrar assistência de emergência;
- e) Orientar sobre complicações.

I. ASPECTOS CLÍNICOS

Abortamento é a interrupção da gravidez até a 20^a-22^a semana e com produto da concepção pesando menos que 500g. **Aborto** é o produto da concepção eliminado no abortamento.

São várias as causas de abortamento, contudo, na maioria das vezes, a causa permanece indeterminada. Muitas gestações são interrompidas por decisão pessoal da mulher.

Deve-se oferecer a todas as mulheres exames para classificação sangüínea, e administrar imunoglobulina anti-D naquelas Rh não sensibilizadas, teste sorológico para sífilis e pesquisa do HIV.

Os abortamentos podem ser classificados em:

- Ameaça de abortamento;
- Abortamento completo;
- Abortamento inevitável/incompleto;
- Abortamento retido;
- Abortamento infectado;
- Abortamento habitual;
- Abortamento eletivo previsto em lei.

1. AMEAÇA DE ABORTAMENTO

O sangramento genital é de pequena a moderada intensidade, podendo existir dores, tipo cólicas, geralmente pouco intensas. O colo uterino (orifício interno) encontra-se fechado, o volume uterino é compatível com o esperado para a idade gestacional e não existem sinais de infecção. O exame de ultra-som mostra-se normal, podendo encontrar pequena área de descolamento ovular.

Não existe indicação de internação hospitalar, a mulher deve ser orientada para ficar em repouso, utilizar analgésico se apresentar dor, evitar relações sexuais durante a perda sangüínea, e retornar ao atendimento de pré-natal. Nos casos em que não ocorre regressão das alterações ou se surgir febre, dor pélvica localizada ou sangramento com odor fétido, deve a mulher retornar ao serviço de saúde para nova avaliação.

2. ABORTAMENTO COMPLETO

Geralmente, ocorre em gestações com menos de oito semanas. A perda sangüínea e as dores diminuem ou cessam após a expulsão do material ovular. O colo uterino (orifício interno) pode estar aberto e o tamanho uterino mostra-se menor que o esperado para a idade gestacional. No exame de ultra-som, encontra-se cavidade uterina vazia ou com imagens sugestivas de coágulos.

A conduta nesse caso é de observação, com atenção ao sangramento e/ou à infecção uterina. Quando persiste o sangramento, ou a mulher deseja interromper a perda sangüínea, deve ser realizada aspiração manual intra-uterina (AMIU) e, na falta dessa, a curetagem uterina.

3. ABORTAMENTO INEVITÁVEL/INCOMPLETO

O sangramento é maior que na ameaça de abortamento, que diminui com a saída de coágulos ou de restos ovulares, as dores costumam ser de maior intensidade que na ameaça e o orifício cervical interno encontra-se aberto. O exame de ultra-som confirma a hipótese diagnóstica, embora não seja imprescindível.

Em gestações com menos de 12 semanas, pelo tamanho uterino, indica-se a aspiração manual intra-uterina (AMIU), por ser mais segura e permitir o esvaziamento mais rápido. Quando não for possível empregar essa técnica, realiza-se a curetagem uterina. Em úteros compatíveis com gestação superior a 12 semanas, emprega-se o misoprostol na dose de 200mcg de 12 em 12 horas, via vaginal, em ciclos de 48 horas de tratamento, com três a cinco dias de intervalo, podendo ser associado à indução com ocitocina. Após a expulsão, estando o útero compatível com gestação com menos de 12 semanas, faz-se a AMIU ou realiza-se a curetagem uterina. Também é importante avaliar a perda sangüínea e, se extremamente necessário, far-se-á transfusão sangüínea.

4. ABORTAMENTO RETIDO

Em geral, o abortamento retido cursa com regressão dos sintomas e sinais da gestação, o colo uterino encontra-se fechado e não há perda sangüínea. O exame de ultra-som revela ausência de sinais de vitalidade ou a presença de saco gestacional sem embrião (ovo anembrionado). Pode ocorrer o abortamento retido sem os sinais de ameaça.

Pode ser tratado utilizando-se o misoprostol ou, quando o tamanho uterino corresponder à gestação com menos de 12 semanas, pode-se empregar a técnica de AMIU.

5. ABORTAMENTO INFECTADO

Com muita freqüência, está associado a manipulações da cavidade uterina pelo uso de técnicas inadequadas e inseguras. Estas infecções são polimicrobianas e provocadas, geralmente, por bactérias da flora vaginal. São casos graves e devem ser tratados, independentemente da vitalidade do feto. As manifestações clínicas mais

freqüentes são: elevação da temperatura, sangramento genital com odor fétido acompanhado de dores abdominais ou eliminação de pus através do colo uterino. Na manipulação dos órgãos pélvicos, pelo toque vaginal, a mulher pode referir bastante dor, e deve-se sempre pensar na possibilidade de perfuração uterina.

Os seguintes exames podem ser necessários para melhor avaliação da mulher, bem como para seu seguimento: hemograma com contagem de plaquetas; urina tipo I; coagulograma; hemocultura; cultura da secreção vaginal e do material endometrial, também para anaeróbios; raios-x do abdome; ultra-sonografia pélvica ou de abdome total; e tomografia, principalmente para definir coleções intracavitárias. No tratamento, é fundamental o restabelecimento das condições vitais com soluções parenterais ou com sangue, principalmente se a hemoglobina for inferior a 8g%. Iniciar antibioticoterapia, junto com as medidas de suporte, dando preferência aos quimioterápicos de largo espectro. Pode ser utilizado um anaerobicida (metronidazol 500mg-1g, IV, a cada 6 horas, por 7-10 dias, ou clindamicina 600-900mg, IV, a cada 6-8 horas, por 7-10 dias), associado com um aminoglicosídeo (gentamicina 1,5mg/Kg, dose IV ou IM, a cada 8 horas, por 7-10 dias, ou amicacina 15mg/Kg/dia, IV ou IM, a cada 6-8 horas, por 7-10 dias).

O esvaziamento uterino, naqueles úteros com tamanho compatível com gestação de até 12 semanas, deve ser realizado, preferencialmente, por aspiração manual intra-uterina (AMIU), por apresentar menores taxas de complicações, reduzida necessidade de dilatação cervical e promover a aspiração do material infectado. Na realização desse procedimento, atentar para o fato de que a perda do vácuo pode significar perfuração uterina prévia. Na impossibilidade do uso da AMIU, pode-se empregar a curetagem uterina; em ambas, o esvaziamento uterino deve ser feito sob infusão de ocitocina. Nos casos mais graves, acompanhados de peritonite e que demoram a dar resposta satisfatória, deve-se proceder a laparotomia exploradora e, se necessário, realizar retirada de órgãos pélvicos. A persistência de febre após os cuidados iniciais pode traduzir abscessos pélvicos ou tromboflebite. Nesse caso, indica-se a utilização da heparina.

6. ABORTAMENTO HABITUAL

Caracteriza-se pela perda espontânea e consecutiva de três ou mais gestações antes da 22ª semana. É primário quando a mulher jamais conseguiu levar a termo qualquer gestação, e secundário quando houve uma gravidez a termo. Estas mulheres devem ser encaminhadas para tratamento especializado, em que seja possível identificar as causas e realizar tratamentos específicos.

7. ABORTAMENTO ELETIVO PREVISTO EM LEI

Nos casos em que exista indicação de interrupção da gestação, obedecida a legislação vigente, por solicitação da mulher ou de seu representante, deve ser oferecida à mulher a opção de escolha da técnica a ser empregada: abortamento farmacológico, procedimentos aspirativos (AMIU ou elétrica) ou dilatação e curetagem.

Tal escolha deverá ocorrer depois de adequados esclarecimentos das vantagens e desvantagens de cada método, suas taxas de complicações e efeitos adversos. Para mais informações sobre abortamento eletivo nos casos de violência sexual, consultar a Norma Técnica *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*.

II. ESCOLHENDO AS TÉCNICAS DE ESVAZIAMENTO UTERINO

O abortamento seguro, nas razões legalmente admitidas no Brasil, e o tratamento do abortamento constituem direito da mulher que deve ser respeitado e garantido pelos serviços de saúde. Para o exercício pleno desse direito, é fundamental que a escolha do tipo de método para o abortamento faça parte de um processo de decisão compartilhada entre a mulher e os profissionais de saúde. Os diferentes métodos disponíveis devem ser igualmente oferecidos de forma apropriada, garantindo que a decisão seja a mais livre, consciente e informada possível. Além disso, todo o processo de escolha deve estar fundamentado no respeito aos princípios de autonomia e autodeterminação da mulher.

Recomenda-se que os serviços de saúde elaborem normas ou rotinas internas, incluindo-se fluxogramas e procedimentos, com a finalidade de enfatizar e promover o compromisso dos profissionais e da instituição. A normatização deve considerar as capacidades e habilidades específicas de cada serviço. A equipe multidisciplinar deve dispor de espaço específico para a avaliação e o monitoramento do serviço e da qualidade da assistência, incluindo a discussão de questões éticas.

Durante o primeiro trimestre da gravidez, consideram-se métodos aceitáveis a aspiração intra-uterina (manual ou elétrica), o abortamento farmacológico e a curetagem uterina. A ordem de escolha para os diferentes métodos depende das condições de cada serviço e da preferência da mulher, além da necessária avaliação do risco/benefício de cada procedimento.

Devem-se adotar critérios que considerem e respeitem:

- a) A disponibilidade de métodos em cada serviço de saúde;
- b) A capacitação, a habilidade e as rotinas dos serviços de saúde para cada método;
- c) As condições clínicas, sociais e psicológicas da mulher.

No segundo trimestre, o abortamento farmacológico constitui método de eleição, como método único, podendo ser complementado, após a expulsão fetal, com curetagem ou aspiração uterina, segundo as condições clínicas da mulher. A interrupção da gravidez por meio de microcirurgia ou microcesariana deve ser reservada para condições excepcionais.

1. ABORTAMENTO FARMACOLÓGICO

É a utilização de fármacos para indução do abortamento ou abreviação do abortamento em curso. Toda mulher grávida que solicita interrupção da gestação e cumpre com as condições estabelecidas pela lei pode optar pela interrupção farmacológica da gravidez, tanto no primeiro, como no segundo semestre da gestação.

No Brasil, tem-se disponível o misoprostol e a ocitocina.

As drogas utilizadas para interrupção da gravidez não devem ser usadas nos casos de conhecida intolerância.

Nos casos de gestação molar, não devem ser primeira opção e somente devem ser usadas excepcionalmente e sob estrita vigilância. Para mulheres portadoras de distúrbios da coagulação, incluindo uso de anticoagulantes, e entre as cardiopatas graves, deve-se manter vigilância rigorosa durante o uso das drogas. No abortamento de segundo trimestre, mantêm-se as mesmas condições assinaladas para o primeiro trimestre, acrescidas da presença de cicatriz uterina.

O possível risco de sangramento excessivo e o eventual efeito psicológico de observar a expulsão do conteúdo uterino devem ser discutidos com a mulher, que poderá optar entre permanecer internada ou esperar o aborto em casa, nos casos de interrupção da gestação dentro do primeiro trimestre.

Nos casos de interrupção no segundo trimestre da gestação, as mulheres deverão permanecer sempre internadas até a conclusão do abortamento, quando será decidida a necessidade ou não de completar o esvaziamento uterino.

MISOPROSTOL

A dose dependerá da idade gestacional. Até que se disponha de mais informação sobre novas vias de administração, deverá utilizar-se a via vaginal, umedecendo os comprimidos com água e aplicando-os nos fundos de saco laterais da vagina.

No primeiro trimestre, a dose será de 800mcg por dia, via vaginal durante dois dias. Esquemas de utilização do misoprostol:

- a) 800mcg em dose única a cada 24 horas, nos casos em que a mulher optar por esperar o aborto no seu domicílio;
- b) 400mcg de 12 em 12 horas;
- c) 200mcg de 6 em 6 horas.

Deve ser discutido com a mulher, que poderá decidir por não continuar esperando o aborto e solicitar o esvaziamento a qualquer momento, o que deve ser aceito sem demora pela equipe médica. Se a mulher aceitar, no primeiro trimestre,

deve-se esperar até 72 horas ou 24 horas depois da última dose. Após 72 horas, o esquema pode repetir-se ou ser utilizado, método alternativo, dependendo da decisão da mulher. Geralmente, o colo uterino apresenta-se favorável para aspiração ou curetagem.

No segundo trimestre, a dose recomendada é de 200mcg de 12 em 12 horas, via vaginal. Nesse trimestre, como há menos alternativas, é preciso esperar mais tempo. Propõe-se repetir o tratamento em ciclos de 48 horas, com três a cinco dias de intervalo, repetidos até provocado o abortamento ou até que a mulher, em conjunto com o clínico, decidam passar a outros procedimentos, como exemplo a associação com ocitocina.

Efeitos colaterais podem ocorrer com a utilização do misoprostol, tais como diarreia, que deve ser tratada apenas com hidratação oral, vômitos, controlados com antieméticos, e sangramento genital excessivo, tratado com esvaziamento uterino, preferentemente por meio de aspiração manual ou elétrica.

2. ASPIRAÇÃO MANUAL INTRA-UTERINA (AMIU)

Procedimento que utiliza cânulas de Karman, com diâmetros variáveis, de 4 a 12mm, acopladas a seringa com vácuo, promovendo a retirada dos restos ovulares por meio da raspagem da cavidade uterina e por aspiração. Pode ser utilizada em gestações com menos de 12 semanas, em função do tamanho uterino, pois há necessidade de o colo uterino ser justo à cânula para que o vácuo seja transferido da seringa para a cavidade uterina. Nos casos de abortamento infectado, a AMIU é a técnica de eleição, embora cuidados redobrados devam ser adotados, pelo risco de perfuração uterina. Nos casos de interrupção da gravidez previstos na legislação vigente do País, com menos de 12 semanas, pode-se empregar essa técnica. A aspiração manual intra-uterina (AMIU) é o procedimento de escolha para tratamento do abortamento, sendo recomendada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) e pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetria (FIGO).

3. CURETAGEM UTERINA

Estando o colo uterino aberto, ou dilatado previamente pelos dilatadores de Denistonn ou velas de Hegar, introduz-se a cureta e promove-se raspagem da cavidade uterina, extraindo-se o material desprendido pelo instrumental. Por ter diâmetro variável e ser de material rígido (aço), pode provocar acidentes, tal como perfuração do útero. Trata-se de procedimento antigo muito difundido no Brasil. Nos casos do colo uterino estar fechado ou pouco dilatado, pode-se promover sua abertura por meio da dilatação cervical, embora esse procedimento não esteja isento de riscos. Nas gestações superiores a 12 semanas, deve-se promover a indução farmacológica com misoprostol. Então, após a expulsão fetal, faz-se a curetagem uterina.

III. ALÍVIO DA DOR

O processo de abortamento é para muitas mulheres desconfortável e doloroso, necessitando, portanto, de atenção médica adequada para o controle da dor. Situações emocionais influenciam na percepção da mulher em sentir a dor e podem dificultar seus cuidados, exigindo do profissional de saúde atitudes amigáveis e tranqüilizadoras. A intensidade da dor sofre influências da idade da gestação, idade da mulher, dilatação cervical, além do medo da mulher em relação ao procedimento proposto e sua compreensão em relação ao abortamento. Mulheres que já experimentaram a maternidade, em geral, queixam-se menos de desconforto provocado pela dor. Aquelas que apresentam história de uso freqüente de analgésicos, geralmente, necessitam de maior atenção.

A inadequação do controle da dor provoca nas mulheres sofrimentos desnecessários, além de aumentar suas ansiedades e de expor essas mulheres a mais complicações, provocando insatisfação quanto à qualidade da atenção prestada. Em todos os casos de atenção ao abortamento, na indução farmacológica ou nos outros procedimentos de esvaziamento (AMIU ou curetagem), avaliação clínica criteriosa, esclarecimentos sobre os procedimentos que serão utilizados, apoio afetuoso, empático e humanizado proporcionam ambiente favorável para abordagem menos medicamentosa, com menores riscos de complicações, menos custos, e mais rápida recuperação.

Deve-se oferecer medicamentos para alívio da dor a todas as mulheres. Aquelas que se apresentem em condições clínicas favoráveis, com úteros pequenos e com pouco conteúdo a ser esvaziado, e satisfatória interação com a equipe de saúde, podem ser tratadas apenas com apoio verbal e anestesia paracervical. Utilizam-se outras drogas associadas quando a mulher necessitar, evitando-se sofrimentos desnecessários. Na maior parte dos procedimentos, é suficiente o uso de analgésicos não narcóticos, com anestesia paracervical e/ou sedação. Algumas mulheres precisam receber drogas tranqüilizantes, como o diazepam ou o midazolam, quando a ansiedade passa a ser componente prejudicial ao atendimento.

Em situações selecionadas, os usos de analgésicos narcóticos (petidina e morfina) podem ser empregados, atentando-se aos seus possíveis efeitos adversos, principalmente a depressão respiratória, devendo estar disponíveis materiais e drogas para reanimação.

A anestesia local ou bloqueio paracervical é realizado utilizando-se lidocaína a 1%, sem vasoconstrictor, injetando-se lentamente o anestésico na metade posterior do colo uterino (transição cérvix com a mucosa vaginal), às 5 e 7 horas, com agulha fina (calibre 23 ou de insulina), a uma profundidade de 3-5mm, na quantidade de 3-8ml em cada ponto, tendo o cuidado de evitar a injeção intravenosa do anestésico.

A anestesia geral pode ser empregada em casos selecionados ou quando essa for a opção da mulher, devendo todos estar cientes dos riscos, dos aumentos dos custos e da permanência mais prolongada da mulher no hospital. A instituição

hospitalar deve estar equipada e seus profissionais treinados para atuar nos casos de complicações.

ALÍVIO DA DOR EM MULHERES EM ABORTAMENTO:

- Apoio verbal e analgésico;
- Apoio verbal e sedação e/ou anestesia local;
- Apoio verbal e analgésico e/ou sedação e/ou anestesia local;
- Apoio verbal e anestesia geral.

A mulher com complicações de abortamento, espontâneo ou por decisão pessoal, tem necessidade de cuidados destinados a protegê-la das conseqüências físicas e psicológicas do processo que está sofrendo, assim como evitar que volte a ser acometida do mesmo problema no futuro.

Sabe-se que o risco de ter novo abortamento é maior entre as mulheres que já tiveram um abortamento, e aumenta com o número de abortamentos anteriores. Nos casos de aborto espontâneo de repetição, as mulheres precisam proteger-se de nova gravidez até serem encaminhadas a um serviço especializado, que as ajude no diagnóstico e tratamento de seu problema.

Nos casos de abortamento provocado, a adoção imediata de contracepção tem-se mostrado como medida eficaz para reduzir o risco de novos abortamentos.

A mulher em situação de abortamento, muitas vezes, não está preocupada com o risco de nova gravidez e não usa métodos anticoncepcionais espontaneamente. Ela precisa da orientação dos provedores de serviço e de disponibilidade de métodos eficazes e aceitáveis na redução do risco de gravidez não desejada. Portanto, o atendimento da mulher com complicações de abortamento só será completo se acompanhado de orientação sobre anticoncepção e de oferta de métodos no pós-abortamento imediato.

I. ORIENTAÇÃO EM PLANEJAMENTO REPRODUTIVO

Em geral, a mulher que teve uma gestação interrompida por decisão pessoal não deseja uma gravidez logo em seguida, portanto, toda mulher que ingressa no hospital em abortamento deve ser acolhida e receber orientação anticoncepcional.

As orientações devem começar por informar que a recuperação da fertilidade pode ser quase que imediata após o abortamento e que, portanto, a anticoncepção deve iniciar-se também de imediato, ainda que a mulher não deseje, tão logo, ter relações sexuais. A experiência mostra que a possibilidade do abortamento se repetir é maior justamente entre as mulheres que acham que não estarão expostas à gravidez nos meses ou anos seguintes e, por isso mesmo, não se protegem adequadamente. Esse maior risco deve ser comunicado às mulheres atendidas por abortamento para motivá-las a se proteger contra a gravidez não desejada.

Deve-se dar informações sobre todos os métodos aceitos no Brasil, inclusive sobre a eficiência de cada método para evitar a gravidez. Nesse sentido, o dispositivo intra-uterino com cobre e os hormonais injetáveis trimestrais ou mensais têm-se demonstrado mais eficiente por não haver o risco de esquecimento. Nos casos de não aceitação ou impossibilidade de utilização destes métodos, a pílula e os métodos de barreira ganham lugar de destaque.

Outro método que deve ser destacado é a Anticoncepção Hormonal de Emergência (AHE), considerando que sempre haverá mulheres convictas de que não voltarão a ter relações sexuais em curto espaço de tempo e, por este motivo, não usam métodos. Essas mulheres poderão estar expostas a relações sexuais inesperadas e não protegidas do risco de gravidez e de abortamento. A utilização da AHE poderá evitar a gravidez nesses casos.

Por outro lado, é necessário lembrar que os métodos destacados acima não protegem contra as infecções sexualmente transmitidas. Nesse sentido, não se pode deixar de prover informação completa sobre o uso de preservativos e sobre como obtê-los, promovendo o conceito de dupla proteção, contra a gravidez e as infecções de transmissão sexual.

II. OFERTA DE MÉTODOS ANTICONCEPCIONAIS

Idealmente, todos os métodos mencionados acima devem estar disponíveis no local onde se atende à mulher em abortamento, dando oportunidades às mulheres de iniciar o uso antes de receber alta. Em que pese a obrigatoriedade da orientação e oferta de métodos contraceptivos, as mulheres devem ter absoluta liberdade de aceitar ou não os métodos acima citados.

Nos casos em que a mulher aceita um método, esse pode ser iniciado de imediato. No caso do DIU, deve-se oferecer a inserção no fim do esvaziamento uterino (AMIU ou curetagem) nas mulheres sem nenhum sinal ou suspeita de infecção, na alta hospitalar ou no retorno ao hospital ou à unidade de saúde dentro dos primeiros 15 dias pós-abortamento ou logo depois da primeira menstruação após o esvaziamento.

O injetável mensal ou trimestral pode ser administrado entre o dia do esvaziamento e o 5º dia pós-abortamento, da mesma forma que o anticoncepcional hormonal oral. Como muitas mulheres terão dificuldades em consultar na unidade de saúde dentro destes prazos, é necessário que os métodos estejam disponíveis no hospital que atende o abortamento para que as mulheres possam iniciar o método escolhido dentro do prazo recomendado. Reitera-se que a mulher pode engravidar caso reinicie sua vida sexual no primeiro mês pós-abortamento e não esteja protegida por algum método anticoncepcional.

III. ABORTAMENTO ESPONTÂNEO E ORIENTAÇÃO CONCEPCIONAL

Apesar de ser difícil distinguir se um abortamento é espontâneo ou provocado, sempre há que se considerar que a mulher tem direito à opção de ter um filho algum tempo após o abortamento. Por essa razão, é necessário que a mulher também receba orientação sobre o planejamento de uma nova gravidez.

A completa recuperação da mulher após um abortamento é relativamente rápida, sendo mais demorada se o abortamento ocorreu no 2º trimestre da gestação. O retorno das relações sexuais, pós-abortamento não complicado, pode ocorrer tão logo a mulher deseje, portanto, ela deve ser orientada a usar um método contraceptivo por três meses para iniciar uma próxima gravidez em melhores condições físicas e emocionais.



ALEXANDER, S. "Maternal health outcomes in Europe". In: *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*. [S.l.: s.n.], 2003, 111:S78-87.

COMPTE, G. M. *Mortalidade materna*. Salvador: 1993. Dissertação de mestrado. Salvador, BA: Universidade Federal da Bahia. Instituto de Saúde Coletiva, 1995.

CORRÊA, S.; FREITAS, A. *Atualizando os dados sobre a interrupção voluntária da gravidez no Brasil*. [S.l.]: Estudos Feministas, 1997, 5(2):389-396.

LAURENTI, R.; JORGE, M. H. P. M.; GOTLIEB, S. L. D. *Estudo da mortalidade de mulheres de 10 a 49 anos, com ênfase na mortalidade materna*. [S.l.]: Relatório de Pesquisa apresentado no V Fórum Nacional de Mortalidade Materna. 102 p., 2003.

MENEZES, G. M. S.; AQUINO, E. M. L. *Mortalidade materna na Bahia*: 1998. Salvador, BA: Relatório de Pesquisa, 2001.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. *Abortamento seguro*: orientação técnica e de políticas para os sistemas de saúde. Genebra: Organização Mundial de Saúde, 2004.

SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE CAMPINAS, SP. Projeto Paidéia de Saúde da Família - Campinas, SP: s/d.

PREFEITURA MUNICIPAL DE RECIFE. Diretoria de Epidemiologia e Vigilância à Saúde. *Mortalidade materna*: definição, dados epidemiológicos, vigilância epidemiológica e ficha de investigação. Recife: mimeo, 1998.

THE ALAN GUTTMACHER INSTITUTE. *Aborto clandestino*: uma realidade latino-americana. Nova Iorque, [s.n.], 1994.

_____. *Sharing responsibility*: women, society and abortion: worldwide. [S.l.]: Special report, 57 p., 1999.

VALONGUEIRO, S. A. *Mortalidade materna em Pernambuco*: um estudo quantitativo e qualitativo. Dissertação de mestrado. Belo Horizonte, MG: CEDEPLAR/Universidade Federal de Minas Gerais, 1996.

Impressão

Gráfica Brasil

End.: SIG/Sul, Quadra 8, nº 2.378 – Brasília - DF – CEP: 70610-400
Tel.: (61) 344 1614 – Fax: (61) 344 1613 – *E-mail*: master@graficabrasil.net

Por quê, ainda, o abôrto terapêutico?

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

J. B. de Oliveira e Costa Júnior
Catedrático de Medicina Legal na Faculdade
de Direito da Universidade de São Paulo.

Concedeu-me, o nosso ilustre diretor, Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal, a honra insigne de, nesta alvorada de novo ano letivo, falar no primeiro encontro do calendário escolar, que, na realidade, representa o início do diálogo e o dia da confraternização cordial e festiva, para a renovação dos propósitos de bem servir, através do trabalho e do amor ao estudo, à pátria comum, a :qual deposita em vós, caros alunos, as mais justas e carinhosas esperanças.

E por isso, é que, as minhas primeiras palavras são de boas vindas e de saudação amiga aos que retornam após o indispensável repouso, e aos recém-chegados, trasbordantes de fé, animados todos, porém, pelo mesmo ideal e pelas mesmas disposições de cumprir com seus deveres específicos, contribuindo, assim, para o engrandecimento da cultura e dos postulados universitários.

A convivência mais afetiva possível, o respeito essencial às inter-relações humanas e a serenidade dos julgamentos deverão nortear a vida universitária, sem os favores indesejáveis, que podem corromper e humilhar a mocidade acadêmica, impedindo-a, até mesmo, de compreender o muito com que o povo contribui para o seu aprimoramento, e de sentir o dever imperioso de ressarcir-lhe pelos benefícios usufruídos.

Dest'arte, a melhor forma de podermos corresponder aos anseios coletivos é, para o professor, o de ensinar e, para o aluno, o de aprender.

A minha parte começo já.

Ouvireis; costume dizer a meus discípulos, cada um dos mestres asseverar que a disciplina por ele professada é a mais relevante do currículo acadêmico. Advertidos, entretanto, foram para que não acreditassem em tal afirmação porque, de fato, a mais importante, perdoem-me os meus doutos companheiros de Congregação, é a Medicina Legal. E procuro explicar, à minha moda, lembrando que pouco interessaria conhecer os institutos jurídicos quando se ignora o homem - finalidade do próprio direito.

É na cadeira de Medicina Legal que tereis oportunidade de recordar o dinamismo da personalidade humana, a constelação de; fatores determinantes de seus atos e as lesões que comprometem os maiores bens tutelados: a vida e a saúde do ser humano. Essa disciplina, estudando as questões mais elevadas na hierarquia dos valores, apesar de possuir base biopsicológica, transpõe o horizonte predominantemente e experimental para juntar-se, também, à ciência da moral a apreciação dos direitos e deveres dos cidadãos.

Dela depende, muitas vezes, a prova da inocência ou da culpabilidade, a fim de que não venha alguém a curtir o amargor da prisão sem merecê-la, nem a gozar das regalias de uma liberdade indevida.

Justifico, pois, a importância que se lhe empresta; e para comprová-la faço, agora, esta pergunta como tema da aula inaugural:

Por quê, ainda, o aborto terapêutico?

Todo; conhecimento humano, presumidamente científico, é a resposta verdadeira a uma pergunta que se procura esclarecer, isto é, a explicação do fato através de suas próprias causas, que, no caso em aprêço, pela transcendência de suas implicações, deverá traduzir a conseqüência lógica de fundamentos exatos.

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

Esse evento, motivo de exclusão da pena, está prevista no código vigente com o nome de "aborto necessário", e cujo conteúdo em nada foi modificado no anteprojeto, que o denominou de aborto terapêutico. Digo, inicialmente, que se me fosse permitido, chamá-lo-ia de aborto desnecessário ou, então, de aborto anti-terapêutico, o qual, estabelecendo redundância com o aborto criminoso, não teria razão alguma para figurar no Código, motivando a exclusão da responsabilidade criminal.

Se é verdade que entre os antigos a intervenção abortiva foi largamente recomendada ou tolerada para atender a mulher em gestação penosa ou em trabalho de parto difícil, como entre os hebreus ou como foi defendida por Platão e Aristóteles, com as restrições deste último, ligadas à época da animação fetal, não menos exato é assinalar atitude de Hipócrates, o sábio de Cós, que só o admitia após a morte do nascituro, pela impossibilidade de se estabelecer a época dessa animação. E tal repulsa ouvia-se, também, em verso de Ovídio, o sublime poeta elegíaco de Sulmona, quando censurou à Corina, sua mulher, dizendo: "matando o filho no seu ventre, muitas vezes, a mãe também perece" Prosseguindo depois: "por que, mulheres, sujar as vossas entranhas com o ferro homicida? Por que despojar a vinha fecunda do cacho que amadurece? Por que, com mão cruel, arrancar o fruto antes da maturação?"

Seria fastidioso se procurasse analisar toda a evolução do pensamento médico a respeito desse grave problema. Basta recordadas, entretanto, as manifestações das faculdades médicas de Paris e da Bélgica, as reuniões científicas realizadas em muitos países e a advertência do mestre Carrara, no seu "Programa de Direito Criminal", considerando, do ponto de vista médico, um "*tremendo juízo*, todas as vezes que alguém tivesse de decidir entre o sacrifício certo da criatura e o provável desta e de sua mãe..."

O aspecto mais grave ainda é o de, aproveitando-se do dispositivo legal, alguém abusar da prática abortiva para esconder o seu verdadeiro objetivo. É isso o que, realmente, se verifica na prática. E quando imaginamos que vozes de protestos se faziam ouvir, em todos os recantos da terra, após os resultados de processos rumorosos, nos quais os réus foram condenados à pena capital, fico perplexo, como médico que sou, ante o silêncio que envolve a morte do nascituro, principalmente, revendo a atitude das índias de certos

agrupamentos que, algum tempo antes do parto, passam em vigília, receosas de que os sonhos agourentos as obriguem sacrificar os recém-nascidos.

Poder-se-á, então, chamar civilizada a sociedade que permite a traição dos mandatos conferidos por meio de um conluio tenebroso, no qual a responsabilidade de alguns se dilui na complacência e na cumplicidade muitos, para a destruição do ser no interior do órgão que deveria representar a garantia e o sacrário de sua própria sobrevivência?

O respeito à vida humana é imperativo do exercício da medicina e das atividades afins, em qualquer fase de sua evolução: desde o início, "Homo est quid futurus est", na máxima de Tertuliano, até o seu bruxolear, como o sentiu Desgenettes, médico chefe do exército napoleônico, insurgindo-se contra as ordens do gênio da guerra, que determinara a eliminação sumária dos soldados pestiados, a fim de livrá-los das cimitarras turcas. Foi quando proferiu a célebre frase "Mon devoir a moi c'est de conserver", verdadeiro aforismo da medicina.

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

Não nego que, no passado, indicações raríssimas, fossem justificadas do ponto de vista médico, para salvar a vida materna, sem a consideração dos argumentos contrários, de ordens mais ponderáveis, os quais não pretendo aduzir, porque me propus, a mim mesmo, tratar do tema unicamente dentro do âmbito da medicina; porém, na atualidade, insistir-se no mesmo propósito só poderia demonstrar má fé ou ignorância.

Basta que meditemos um pouco nas palavras pronunciadas, em 1948, pelo Prof. Raul Briquet, e que nunca foi ligado a qualquer preceito ou preconceito religioso, quando afirmou que o abôrto terapêutico significava "deficiência de conhecimentos médicos ou inobservância dos princípios básicos da assistência pré-natal".

Que proporcione o Estado condições necessárias para a gestante chegar ao termo da gravidez, compreendo, mas permitir precipitada e sumariamente o sacrifício do nascituro, isso, não posso tolerar. Se, por analogia, adotássemos esse critério violento, os criminosos, os contraventores ou, até mesmo, os doentes contagiantes deveriam ser eliminados porque a sociedade não conseguiu, até agora, impedir o crime, a contravenção ou a doença.

Há muito que fazer em matéria de assistência à saúde e à maternidade; procurem, portanto, os nossos governantes e legisladores os meios de bem aproveitar os recursos oficiais para fins mais úteis e honestos, do que encobrir as suas omissões com medidas anticientíficas e desnecessárias, pois, apesar das deficiências existentes, ainda assim, a medida não se justifica.

Sem pretender separar artificial e casuisticamente os abortos legais dos ilegais, anotando apenas as cifras de abortos provocados, assinalo que tal prática continua alarmante em todos os países.

Para avaliar a sua freqüência, são usados dois métodos indiretos: um, pela pesquisa das complicações pós-operatórias, que é falho dado a eficácia dos antibióticos e o aperfeiçoamento da técnica intervencionista; o outro, o da anamnese, visando registrar as interrupções da gestação, também, de resultados muito aquém da realidade. Todavia, dizem os entendidos que, anualmente, na Alemanha é de 1.300.000 o número de abortos provocados; na França, antes da última guerra, de 1.000.000 e na atualidade, menos de 800.000; na Rússia, até 1936, 75% das gestações eram interrompidas; no Japão, 2.000.000 de abortos em 1957, segundo Kato; nos Estados Unidos, um aborto para cada 3 gestações, com 2/3 de clandestinos; no Brasil, pelas estatísticas de Correia da Costa, de 1948, proporcionalmente ao seu índice populacional, os dados se aproximam aos da grande nação do hemisfério norte: 412.472 abortos, com a diferença, somente, de que, segundo as estatísticas fornecidas pelos Centros de Saúde de São Paulo, 90% dos abortos são provocados. E se analisarmos as estatísticas suecas e dinamarquesas, chegaremos a constrangedor resultado, porque o número de abortos supera o de nascimentos. E isso também foi observado em muitas regiões, que admitem o aborto terapêutico, conforme no-lo revela Jean Graven, a respeito do abuso das indicações médicas no cantão de Genebra.

Parece-me, salvo melhor juízo, que não houve guerra alguma, epidemia nenhuma ou mesmo a soma desses tristes eventos, que registrasse cifra tão elevada de vítimas, em toda a superfície da terra. Mas, acrescentado, se possível, o número de abortos não revelados e mantidos em segredo, os resultados, certamente, seriam bem mais elevados.

É, na verdade, um mar de sangue a inundar a consciência de todos nós, que direta ou indiretamente, temos, por mínima que seja, uma parcela de responsabilidade na história dos acontecimentos humanos.

Nem as leis da contracepção legalizada na Suécia, depois de 17 de junho de 1938, relata Westman (1955) e da Proteção Eugênica, de julho de 1948, no Japão, afirma Honda (1954), impediram as estatísticas assustadoras do evento. Segundo este último autor, em 3.500 famílias, observadas pela Comissão de Pesquisas Demográficas de Mainiche, havia casos de abortos em menor número entre os casais não abstêmios do que entre os casais habituados ao emprego de meios anticoncepcionais.

Deixando de lado as razões que, no passado recente, foram invocadas para a exclusão do crime, baseadas no maior valor do homem nascido, como sustentava Holtzen-dorff; ou no direito decorrente do exercício da profissão médica, como lembravam Binding e Fricke; ou na legítima defesa, como aventavam Marchand, Maxwell e outros, restariam os motivos do conflito da tutela, de bens de suposto valor desigual, para justificar o "estado de necessidade", aceito por Groizan e Garçon e o da obtenção de um fim juridicamente reconhecido (finalidade de cura), como salientavam Vieyer, Allfeld e Von Listz, únicos que dizem mais de perto com a nossa legislação, por individualizarem o aborto necessário para salvar a vida da gestante e o aborto terapêutico, com o fim de preservar-lhe a saúde. Quando um deles não está referido na Parte Especial do Código, figura o outro; ou quando ambos foram omitidos, a jurisprudência reconhece a exclusão do crime, fundada em norma geral.

O nosso Código Penal art. 128 não incrimina o médico que praticar o chamado aborto necessário se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, e considera em "estado de necessidade", no art. 20, quem o realiza, visando "salvar de perigo atual, que

não procurou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se".

O anteprojeto do Código Penal, no art. 127 não incrimina "o abôrto praticado por médico quando é o único recurso para evitar a morte da gestante" e, no art. 26, diz : "em estado de necessidade quem pratica um mal para preservar de perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, direito seu ou alheio, desde que o mal causado, pela sua natureza e importância, é consideravelmente inferior ao mal evitado, e o agente não era legalmente obrigado a arrostar o perigo". Não há, pois, diferença alguma de conceito entre essas espécies de abôrto. Diga-se o mesmo a respeito do "estado de necessidade", acrescido este, porém, no anteprojeto, do reconhecimento de que se trata de um mal, de um perigo certo a evitar e de que esse mal, pela sua natureza e importância, deva ser consideravelmente inferior ao mal evitado.

Todos os aspectos, desses dispositivos, posso assegurar, não encontram apoio na medicina atual: primeiro, porque há outros meios para se tentar salvar a vida da gestante; segundo, porque sendo conjecturais as diagnósticos médicos, nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal; terceiro, porque a intervenção abortiva acarreta maiores perigos para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e quarto, porque o "mal causado" não é, pela sua natureza e importância, consideravelmente inferior ao suposto mal evitado, conforme veremos mais adiante.

Quanto ao mal não provocado pela gestante, alguns autores dizem tratar-se da gravidez e outros, do perigo, não comum, criado pela gestação. Sem pretender invadir seara alheia, lembro, entretanto, que ninguém pode ignorar os perigos da gravidez, e, desejando-a, assume implicitamente o seu risco, pois, se o não criou, pelo menos, aceitou-lhe as conseqüências.

Vejamos, agora, as indicações mais freqüentes e alegadas para a prática do aborto terapêutico, a fim de certificarmos-nos das suas injustificáveis razões na atualidade.

Nas cardiopatias - Se em 1902 Pinard, o chefe da escola francesa dissera, no Congresso de Ginecologia e Obstetrícia, realizado em Roma, que "as cardiopatias não constituíam indicação para o abôrto terapêutico, sendo importante, nesses casos, evitar o esforço do trabalho de parto", posteriormente, outros mestres no assunto, manifestaram sua formal reprovação à essa prática cruenta. Assim, sucedeu no XI Congresso de Ginecologia e Obstetrícia dos médicos de língua francesa, em julho de 1939, na cidade de Lausanne, quando Dauwe, professor em Anvers, após 30 anos de exercício profissional, observando 20.000 gestantes cardíacas, afirmou nunca lhe haver ocorrido a necessidade de valer-se dessa prática. Contrários, também, foram os tratadistas Dexeus Font (1949) e Botella Llusia (1955).

Watt e colaboradores, em 1954, asseveraram que gestantes portadoras de estenose mitral, com sinais de descompensação, podiam atravessar, satisfatoriamente, todo o período da gestação, se convenientemente tratadas.

A opinião de Eastman, mestre inglês e intervencionista conhecido, foi de que, a doença cardíaca reumática, com antecedentes de descompensação, principal indicação no passado, raramente se agrava pela gestação. E acrescentou, ainda, que a palavra "raramente" devia ser substituída por "nunca".

Na hipertensão arterial -Essa síndrome patológica, como manifestação de toxemia gravídica, só ocorre depois do 6º mês da gravidez. quando, portanto, a fase adiantada da evolução fetal contra-indica a técnica abortiva. E tal circunstância não é desconhecida nem em países que admitem livremente o abôrto, como na Rússia, onde a jurisprudência soviética considera homicídio uma vez ultrapassado esse prazo.

A hipertensão de origem renal ou de outras causas é um processo patológico que se desenvolve em mulher idosa ou, pelo menos, acima dos 50 anos; portanto, quase sempre, sem possibilidade de conceber.

Nos casos de hipertensão essencial muito grave, associada à prenhez, dar-se-á indubitavelmente a morte natural do produto da concepção, com retorno à normalidade da saúde materna; nos casos de gravidade menor, o tratamento adequado tornará, certamente, possível a gestação até a fase da viabilidade fetal e, em face disso, a proscricão dessa violenta medida é norma obrigatória.

Eastman, penitenciando-se dos antigos exageros, afirmou que em 9 dentre 10 mulheres submetidas em 1930 à prática abortiva teriam, hoje, suas gestações sem ameaças de espécie alguma.

Na tuberculose pulmonar - No Congresso de Roma, já referido, as divergências acerca da necessidade do abôrto nos casos de tuberculose pulmonar, foram principalmente grandes entre Pinard e o chefe da escola alemã, Schauta. O mestre francês dizia não haver substrato para se avaliar as condições em que a gestação agravava a tuberculose, razão pela qual achava improcedente a indicação da técnica abortiva; entretanto, o renome de Schauta e o prestígio da escola alemã fizeram com que se difundisse, ainda mais, o emprego do abôrto, tanto em pacientes portadoras de tuberculose como de outras moléstias. Todavia, presentemente, os fatos vieram confirmar o ponto de vista de Pinard, porque ninguém poderá, hoje, desconhecer que o aumento da pressão abdominal, causado pelo crescimento do útero, exerce ação favorável na evolução do processo patológico, devendo, porém, nesses casos, o médico tomar os cuidados devendo, porém, nesses casos, o médico tomar os cuidados necessários para que, durante o trabalho de parto, não sobrevenha a descompressão brusca, capaz de provocar a disseminação do germe, indicando, então, o pneumoperitônio, o qual continuará o efeito benéfico da gravidez.

No IV Congresso Internacional Para o Combate à Tuberculose, realizado em Lausanne, Forssener, médico sueco, apresentou magnífico estudo comparativo, baseado em... 30.000 casos de mulheres tuberculosas, divididas em dois grupos: um, de pacientes em estado de gestação e, outro, de tuberculosas não grávidas, com as seguintes conclusões:

1ª) o agravamento decorre da moléstia e não da gravidez;

2ª) o abôrto terapêutico não tem indicação porque acarretará mais malefícios do que benefícios.

A mesma coisa disse Ramsen, em 1935, no Congresso Alemão de Tisiologia de Bad Kreuznach: "O abôrto deverá ser definitivamente riscado, visto que os seus perigos são maiores do que os da gravidez".

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

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

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

Nas perturbações mentais - A Comissão Oficial Sueca, incumbida de opinar em todos os casos de abôrto solicitado, estabeleceu que, em relação às doenças mentais, a licença só deveria ser concedida com a finalidade de impedir o suicídio ou o agravamento do mal. Pois bem, Ekblad, em 1955, publicou excelente trabalho sobre essas razões, fundamentado em 759 casos de pedidos recusados até o ano de 1949, sem que houvesse um só evento dessa natureza; e depois daquele ano, também, não ocorreu nenhum caso de suicídio por tal motivação.

Meerwein, não infenso á prática do abôrto terapêutico, em 1962, destaca a infreqüência do suicídio após gravidez não desejada. Não é tudo. As estatísticas demonstraram não ter havido maior incidência de suicídio, em gestantes doentes mentais, nos países abstencionistas do que no Japão, na Suécia ou na Dinamarca, que permitem livremente o abôrto.

E, segundo Ekblad, ocorria o agravamento do estado mental, acompanhado de arrependimento das pacientes, em 36% dos casos de abôrto terapêutico.

Fondeur, em 1957, depois de pesquisa cuidadosa, concluiu que "as doentes psicopatas, no ciclo grávido-puerperal, eram idênticas a quaisquer outras da mesma idade, não grávidas, admitidas no hospital pela mesma doença, bem como, com referência á instabilidade mental anterior.

O Prof. Javert, no mesmo ano, afirmou : "It has always been difficult for the author to understand how removal of the pregnancy". Afiançou ainda: A craniotomia e a lobotomia praticadas na mãe afiguram-se mais lógicas do que o abôrto terapêutico.

E nos países onde não se admite essa indicação para o aborto terapêutico, o agravamento do estado mental não é maior do que nos países intervencionistas.

Nos vômitos incoercíveis - Para que se tenha uma noção exata dos abusos praticados no passado, acerca da indicação abortiva nos casos de vômitos incoercíveis, basta a seguinte opinião de Eugene Vincent, proferida em 1910: "Declaro que durante minha larga prática obstétrica, na :Vlaternidade e em toda a cidade de Lyon, não vi um só caso que haja determinado a morte da gestante".

Nesse mesmo ano, Dauchez escrevia : "Na Clínica da Faculdade, vi o Prof. Depaul provocar aborto, por vômitos incoercíveis duas vezes, e nas duas vezes as pacientes faleceram".

Eastman, na atualidade, declara que a hiperemese gravídica é, hoje, um processo patológico quase esquecido. E entre nós, o Prof. Briquet, entusiasta do aborto terapêutico, afirmou ser uma "indicação raríssima, que não prevalece se a gestante recebeu tratamento bem orientado durante três a quatro semanas".

Por que, então, o aborto terapêutico?

Consideremos, agora, os elementos da exclusão do crime :

1º - *Para salvar a vida da gestante* - Conforme já assinalei a respeito das gestantes tuberculosas, o índice de mortalidade das doentes, submetidas à prática abortiva, foi de 123,3 vezes maior do que o das pacientes não operadas..

Antes do advento dos antibióticos, de efeitos mais seguros, a mortalidade, segundo as conclusões do Congresso Pan-Ucraniano, reunido em Hiew, em 1927, oscilava entre 0,28 a 0,70%, e, isso mesmo, em gestantes muito mais resistentes porque não eram portadoras de qualquer processo patológico. E, presentemente, apesar dos antibióticos modernos, as cifras de mortalidade são muito maiores entre as gestantes submetidas à prática abortiva.

Heffermann e Lynch, em 1953, nos Estados Unidos, analisando os índices de mortalidade materna, em 3.000.000 de gestantes, distribuídas em dois grupos de hospitais, dos que permitiam o aborto terapêutico e dos que não o toleravam, totalizando 152 hospitais norte-americanos, verificaram que não havia número maior de óbitos no segundo grupo. Essa importantíssima pesquisa veio confirmar, de forma irretorquível, a improcedência da indicação, ante as normas preventivas atuais e o tratamento médico bem executado.

Berthelsen e Ostergaard, em 1958, publicaram os resultados baseados em 23.666 casos de abortos provocados, compreendidos entre os anos de 1953 e 1957, com 0,7 por mil de mortalidade e 32,5 por mil de complicações.

Teffcoate, como consta da Excerpta Médica" de 1960 acha que a mortalidade no aborto terapêutico não vai além de 1 por mil, entretanto, logo a seguir diz, que, nos casos de operações abortivas, a mortalidade é de 1,7 a 3,5 por mil.

Bichers, em 1963, afirmou, que, nos casos de aborto terapêutico, a morte da gestante pode dar-se apesar dos cuidados médicos e da existência de centros cirúrgicos de alto padrão, informando, ainda, que, na Dinamarca ocorreu a morte da gestante em 2 por mil dos casos; sobrevieram graves seqüelas em 3,2%; e a esterilidade materna em 17,5%.

Quanto à pretensa tutela da saúde, não contemplada no Código Penal brasileiro, a realidade é muito diversa da elaborada pela imaginação dos arautos do aborto terapêutico.

No mesmo Congresso Pan-Ucraniano, onde apareceu a experiência russa, com todos os requintes da técnica e da tolerância, os protestos contra a medida intervencionista foram numerosos, e mais expressivos ainda os dados estatísticos sobre o agravamento da gestante. Assim, congressistas assinalaram complicações inflamatórias, logo após a intervenção, em 10% das pacientes, e entre os processos patológicos ulteriores registraram metrite, amenorréia, salpingite, aborto espontâneo em gestações seguintes, prenhez extra-uterina freqüente, esterilidade, transtornos mentais e complicações nos partos subseqüentes.

Entre as conclusões dessa assembléia científica foi aprovada, sem qualquer manifestação em contrário, uma nos seguintes termos : "O aborto legal não presta serviços no que diz respeito à saúde da mulher". E para demonstrar a sua repulsa, Gerinschtein afirmou enfaticamente: "quando praticamos 140.000 abortos, isto significa que fizemos 140.000 inválidas".

Esse Congresso aprovou, também, a seguinte resolução:... "é absolutamente necessário defender grande parte da população contra a crença de que o aborto é uma intervenção banal, dando-lhe a conhecer as suas conseqüências prejudiciais..."

Não apenas isso. A Academia de Medicina de França, em resposta a uma pergunta do Ministro da Saúde Pública, concluiu de forma unânime que : "Os resultados práticos da experiência soviética sobre a legislação do aborto, como nos foram dados pelo Congresso Pan-Ucraniano de 1927, não podem, sob nenhum título, constituir argumento em favor dessa legislação".

E para completar, lembro que Bell, Jones, Catteigini e muitos outros mostraram, estatisticamente, a maior sobrevivência das múltiparas em relação às paucíparas, e destas comparadas às nulíparas, declarando ainda que os meios anticoncepcionais e, principalmente, o aborto, são causas de inúmeras doenças que provocam invalidez e, até mesmo, a morte.

2º - *Inexistência de outro meio para salvar a vida da gestante* - Ante os processos atuais da terapêutica e da assistência pré-natal, o aborto não é o único recurso; pelo contrário, é o pior meio, ou melhor, não é meio algum para se preservar a vida ou a saúde da gestante. Por que invocá-lo, então? Seria o tradicionalismo, a ignorância ou o interesse em atender-se a costumes injustificáveis? Por indicação médica, estou certo, não o é, presentemente. Demonstrem, pois, os legisladores coragem suficiente para fundamentar seus verdadeiros motivos, e não envolvam a Medicina no protecionismo ao crime desejado. Digam, sem subterfúgios, o que os soviéticos, os suecos, os dinamarqueses e outros já disseram. Assumam integralmente a responsabilidade de seus atos.

Tomaso Napolitano, professor de Instituições Jurídicas da Europa Oriental, no Instituto Universitário Oriental de Nápoles, afirmou em 1963, comentando o novo Código Penal Russo que, nesse particular, o Estado Soviético, passou por 3 períodos: o primeiro, de sua doutrina materialista, vendo apenas no nascituro um "spes vitae" não passível de tutela; de preocupação em defender a saúde da mãe pobre, que não podia praticar o aborto nas mesmas condições das mulheres ricas; de defesa dos interesses do grupo étnico; e de igualdade de todas as classes, porque o aborto nas operárias estava ocasionando 50% de mortes e 40% de esterilidade; o segundo período, da política demográfica de Stalin, com a proibição do aborto, salvo o terapêutico ou o eugênico, porque a nação precisava precaver-se contra o cerco militar estabelecido pelos, assim chamados, estados capitalistas; e, finalmente, o período atual, iniciado na era kruschevniiana, também, de natureza política, reconhecendo o afastamento da ameaça do alegado cerco, substituído pelo equilíbrio de forças e afirmando o erro da política demográfica de Stalin, com a simples ab-rogação do art. 140 do Código Penal, através do primeiro Ukaze de 5 de agosto de 1954, e restabelecendo a licitude do aborto, através das normas explícitas no segundo Ukaze de 23 de novembro de 1956.

Pelo texto do Código Penal brasileiro, o legislador exige que o perigo "seja atual e inevitável por outro modo", e, no anteprojeto, "que o perigo seja certo e inevitável por outro meio"; porém, todos nós sabemos que os diagnósticos não possuem o caráter de certeza mas, sim, de maior ou menor probabilidade e que, além disso, o perigo de morte ronda muito mais os casos de aborto terapêutico do que os de gestação não interrompida, conforme reconhecem os próprios intervencionistas. Como, pois, aplicar o dispositivo legal?

Eastman, professor de Obstetrícia da "Johns Hopkins University School of Medicine" afirmou, em 1954: "It is clear that their opinion is veering rapidly toward greater conservation".

Nas estatísticas de Keith, verificadas no Los Angeles County Hospital, durante vinte anos, de 133 indicações em 14.124 casos de 1931 a 1935, baixou para 12 em 34.369 casos, o que representa decréscimo de 1 sobre 106 para 2 sobre 864 casos e, isso mesmo, entre obstétricas que praticaram o aborto tendo em vista o agravamento da saúde e não, propriamente, a preservação da vida.

3º - *O estado de necessidade não procurado por sua vontade* - Levando-se em conta apenas esse aspecto, a lei restringe de tal modo a possibilidade do fato que ele chega a constituir uma raríssima ocorrência, desde que afastemos os casos nos quais a mulher conhecia o seu estado de saúde, anterior ao casamento ou à gestação, pois, nesses, se ela não procurou diretamente o perigo, pelo menos, conhecendo essa contingência, aceitou o risco. Isto, entretanto, apenas para argumentar, porque o aborto terapêutico não é o único meio para preservar a vida da gestante, sendo mesmo mais perigoso do que o prosseguimento da gravidez, razão pela qual não poderia, também, o anteprojeto ser aplicado quando fala em um "mal consideravelmente inferior ao mal evitado".

Para confirmar, sob outro aspecto, a intenção não manifestada no texto legal, basta verificarmos que, nos países cujas leis não incriminam o aborto econômico, eugênico, etc., desaparece, naturalmente, dos códigos a exclusão do aborto terapêutico ou necessário. Quando surgem restrições aquelas modalidades, reaparece a exclusão do aborto terapêutico, o que é perfeitamente compreensível porque, na verdade, tal

justificativa parece, somente, encobrir os verdadeiros motivos do abôrto provocado. Sirva de exemplo o que ocorreu na Rússia com a ab-rogação do art. 140 do Código Penal; na Bulgária com a reforma de 1956; na Dinamarca com a Lei n.º 161, de 18 de maio de 1937; na Suécia com a Lei de 17 de junho de 1938 e no Japão com a Lei de julho de 1948.

Refere Nils Beckmann que o número de ações penais por abôrto ilegal foi muito reduzido na Suécia, o que não é de estranhar, porque nesse como nos outros países, que assim o admitem, o ilegal é apenas o abôrto não autorizado e não praticado em hospitais credenciados. Em contrapartida verifica-se nos países onde não há, também, lei de caráter tão amplo, e nem explícita, no código, tal exclusão, a jurisprudência aceita o "estado de necessidade", contido na norma geral.

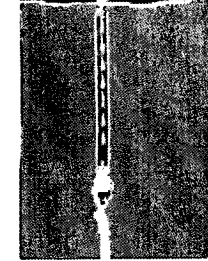
Por quê, então, o abôrto terapêutico?

Por tudo isso que acabo de dizer, considero a prática abortiva, mesmo no chamado abôrto terapêutico, um crime de lesa pátria e de lesa humanidade. É ele tão grave que vem à baila recordar, agora, as palavras patéticas de Petain, o injustiçado Marechal de França, quando respondeu a uma interpelação acerca da derrota sofrida pela nação gaulesa na última grande guerra, afirmando, naquela ocasião, que o seu exército já havia, anteriormente, desaparecido nas enxurradas das ruas, ante as cifras monstruosas dos abortos provocados.

Contrário sou à pena de morte, não porque a julgue ilegítima, e, sim, por considerá-la inoportuna; mas, se me fosse pedido, unicamente em caráter especulativo, para relacionar em lista decrescente os réus que deveriam merecê-la, pela gravidade do crime, não hesitaria em iniciá-la com o abortador profissional, que transforma sua clínica em indústria de "anjos" no intuito de enriquecer ou de obter, indecorosamente, o numerário que lhe possibilite saldar seus compromissos mensais; e, depois, pela mãe que, por comodidade ou requinte de amoralidade, não se peja em arrancar a vida ao indefeso filho, quando possuía tudo para bem servi-lo e prover-lhe a normal educação. Não me refiro, portanto, àquela que no desespero de suas ilusões frustradas procurasse esconder as falhas, que, muitas vezes, a sociedade não perdoa; responsável, sim, porém, muito grande é o seu drama e bem menor deverá ser o castigo.

Quando, no longínquo ano de 1903, Eugene Vicent, já há 30 anos me dedico a partos e jamais me encontrei em situação que exigisse a prática abortiva para preservar a saúde materna; quando nos recordamos que inúmeros outros médicos abonam esse conceito, inclusive entre nós, como o Prof. Álvaro Guimarães Filho, chefe de um dos maiores serviços obstétricos do Brasil, ao longo de 40 anos de intensa atividade profissional ou como o saudoso Prof. Artur Wolff Netto, que exerceu a clínica por mais de 30 anos, louvo os parlamentares Arruda Câmara, autor do projeto n.º 814-A, de 1949 e Ataliba Nogueira, ilustre professor desta Faculdade e relator pela Comissão de Justiça, por pretenderem revogar o dispositivo do Código Penal referente ao abôrto terapêutico.

Quero, pois, meus caros alunos, encerrando esta aula com uma mensagem de exortação ao vosso ideal e à autenticidade de vossas intenções, que a minha resposta à pergunta inicialmente formulada, encontre ressonância em vossas consciências para a verdade que vos acabei de dizer a respeito de um dispositivo do Código Penal, que, se me permitis a expressão, não passa de um estelionato científico, sob a falsa invocação da



medicina e com a chancela indevida da legalidade. E sentir-me-ei compensado, porque a afeição que une o mestre ao aluno só pode ser entendida por aquele que tem a ventura da vossa jovial convivência.

Compreendereis, estou certo, as razões do velho pai valetudinário de alguns grupos silváticos ao manifestar-se orgulhoso, sabendo que teria por sepultura o estômago do próprio filho, o que lhe permitiria a ilusão de continuar a viver na vida do descendente amado. Ufana-se mais, ainda, o mestre que reconhece no magistério um vínculo de filiação cultural, e que percebe, nos discípulos, centelhas suas a traduzirem os mesmos ideais, e os mesmos desejos longamente acariciados. E certificareis, então, que as palavras não são, como no pensamento de Nietzsche, "arco-íris e ponte de ilusões entre seres eternamente separados", mas que elas podem transmutar-se em chama irrequieta e brilhante a irradiar amor, justiça e esperança.

Nota: Na verdade o aborto continua sendo crime, mesmo se praticado como meio de salvar a vida da gestante. Apenas, ele não é punido penalmente, por razões de política criminal. Isso em Direito é chamado "escusa absolutória". As escusas não tornam o ato lícito. Apenas autorizam sua não punição (Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz).



Dez perguntas sobre o DIU

(o especialista Dr. Bussamara Neme esclarece o efeito abortivo do dispositivo intra-uterino)

São Paulo, 22 de junho de 1998.

Exmo. Sr.

Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz

Presidente do Pró-Vida de Anápolis

Prezado Senhor:

Em atenção à sua solicitação, estou respondendo aos quesitos que me foram feitos.

PERGUNTA 1: O que leva o senhor a crer que o mecanismo de ação do DIU seja abortivo ?

RESPOSTA: De todos os métodos abortivos o mais seguro é aquele que introduz um corpo estranho na cavidade uterina. Como corpo estranho o DIU aumenta a contratilidade uterina no sentido de provocar sua expulsão.

Sabemos que na segunda fase do ciclo menstrual (também chamada pós-ovulatória) o organismo da mulher, quando ocorre a fecundação, é invadido pelo hormônio progesterona, secretado pelo corpo lúteo. Este hormônio inibe a contratilidade uterina, mantendo o útero quiescente.

O óvulo fecundado, agora ovo, normalmente, migra pela luz tubária durante três dias e ao atingir a cavidade uterina não apresenta, ainda, a capacidade corrosiva (da sua superfície externa ou trofoblastro) necessária para sua implantação na decídua materna. Assim, permanece livre por cerca de 3 a 4 dias, até atingir no sétimo dia, a capacidade corrosiva indispensável para a sua nidação. A quiescência uterina, prodigalizada pela progesterona, é indispensável para evitar a contratilidade uterina que, fatalmente, eliminaria o ovo (ainda não fixado no útero).

A presença do DIU, mantendo contratilidade uterina permanente é anormal e a irritação

de secreções anormais da decídua (onde deve ocorrer a implantação), favorecem a expulsão do ovo, até então livre na cavidade uterina. Trata-se de um micro-abortamento que ocorre assintomático (em geral).

PERGUNTA 2: Há médicos que dizem que pelo menos o DIU de cobre, como o TCU 380A, não causa aborto, mas mata ou imobiliza os espermatozóides antes da fertilização. O que o senhor tem a dizer?

RESPOSTA: As entidades defensoras do emprego do DIU, não encontrando justificativa fisiológica contra a idéia de que a presença do DIU impede a nidação, apelaram para o emprego de DIU acrescidos de cobre. Esse metal, durante 2 anos (idéia inicial), teria capacidade espermatecida, impeditiva da fecundação.

Sou testemunha de várias clientes, portadoras de DIU de cobre há mais de 6 anos e, entretanto, apesar de anulada a ação espermatecida, permanecem mantendo vida sexual normal sem que ocorram gestações.

PERGUNTA 3: O senhor acha verossímil que um artefato de plástico consiga deter uma marcha de 200 milhões de espermatozóides, ou acredita que o principal mecanismo de ação do DIU é impedir a nidação da criança no útero ?

RESPOSTA: Acredito, como referi na resposta 1, que o DIU ao manter exagerada e anormal a contratilidade uterina e ao provocar a irritação da decídua, seja responsável pela expulsão do ovo, que ao chegar na cavidade uterina ainda não apresenta capacidade corrosiva para a sua implantação.

PERGUNTA 4: Em 1982 um grupo de pesquisadores australianos detectou a presença do EPF (early pregnancy factor) em 6 dos 23 ciclos menstruais de 14 mulheres usuárias de DIU. Esta presença não foi seguida pelo acréscimo do beta-HCG, indicando que houve concepção, mas não houve nidação. Ao contrário, não foi detectado EPF em mulheres que preveniam a fertilização pela abstinência sexual ou pela laqueadura tubária (Early Pregnancy Factor as a monitor for fertilization in women wearing intrauterine devices. Fertil. Steril. 1982 Feb;37(2):201-204). Esta pesquisa já estaria obsoleta ou seus resultados continuariam válidos para atestar o efeito abortivo do DIU ?

RESPOSTA: Na 16ª Edição do livro "Contraceptive Technology", editado pela Irvington Publishers Inc. (New York) em 1994, os A.A. responsáveis pela sua autoria (em nº de 7), referem: "o exato mecanismo de ação anticonceptiva do DIU é completamente, desconhecido". E duas opções são sugeridas:

1. "imobilização dos espermatozóides e ou interferência na sua migração até atingir a trompa" (onde ocorre a fecundação).
2. "apressar a migração ovular na trompa, fazendo com que o ovo atinja a cavidade uterina ainda não preparada para recebê-lo".

Das duas propostas ações anticonceptivas, a primeira é descartada, pois com DIU simples ou acrescido de cobre, têm sido encontrados espermatozóides vivos na cavidade uterina e na trompa.

A segunda hipótese admitida pelos AA. concorda, plenamente, com a fisiopatologia da migração e nidação ovular já referida nas respostas anteriores.

No alentado "Manual de Reproducción Humana", editado pela Federação Internacional das Sociedades de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO) e pela Organización Panamericana de la Salud, em 1994, o mecanismo de ação do DIU é tratado discretamente. Entretanto há referências importantes como:

a) "Todos os DIUs estimulam reação de corpo estranho no endométrio";

b) "Um grupo científico da Organização Mundial de Saúde (OMS) considerou ser improvável que um único mecanismo de ação seja provocado pelo DIU".

Quanto à pesquisa relacionada a presença do EPF (Early Pregnancy Factor), até hoje ela não foi reformulada.

PERGUNTA 5: O DIU é muito usado como contraceptivo "pós-coital", sendo inserido no útero vários dias após a relação sexual. Este fato atestaria que ele possui ação abortiva ?

RESPOSTA: De acordo. Sempre pelo mecanismo que provoca sua expulsão pela hipercontratilidade uterina. As "curiosas" que provocam abortamentos precoces sabem muito bem que a presença de uma sonda intra-uterina, fatalmente, segue-se de abortamento.

PERGUNTA 6: O aborto causado pelo DIU poderia ser confundido com um sangramento menstrual sendo despercebido pela própria usuária ?

RESPOSTA: Sim.

PERGUNTA 7: O fato de, em alguns casos, a criança conseguir aninhar-se no útero e desenvolver-se pode ser usado para negar que o DIU seja abortivo ?

RESPOSTA: Não. Por vezes, particularmente em multigestas (mais de 5 gestações), a imperfeita implantação do DIU torna possível a nidação ovular.

PERGUNTA 8: A ausência de beta-HCG no sangue das usuárias de DIU pode ser um argumento válido para se negar o efeito abortivo do DIU?

RESPOSTA: Não. Isso porque a presença de beta-HCG na circulação materna só ocorre após a nidação ovular manter trocas circulatórias entre a mãe e o ovo.

PERGUNTA 9: Que efeitos nocivos o DIU pode trazer à saúde da mulher?

RESPOSTA: A presença do DIU provoca maior perda hemorrágica menstrual (anemia) e altera a flora vaginal favorecendo infecções genitais.

Eventualmente, podem ocorrer: gestações ectópicas, perfuração uterina e infecções anexiais.

PERGUNTA 10: A que o senhor atribui que alguns médicos neguem categoricamente às suas pacientes que o DIU seja abortivo?

RESPOSTA: Peço licença para não responder esta pergunta. Ela implica em questões éticas. Dentro das limitações que me proponho admito, até prova em contrário, que os colegas que defendem o emprego do DIU, desconhecem a fisiopatologia da fecundação, da migração e da nidação ovular.

PROF. DR. BUSSÂMARA NEME (CRMSP 3312)

Professor Emérito das Faculdades de Medicina

USP e UNICAMP

Professor Titular de Clínica Obstétrica

Faculdade de Medicina de Sorocaba (PUC)



A pílula de efeito retroativo

(descoberta uma pílula capaz de mudar o passado)

O que passou, passou. Não se pode mudar o passado. Pode-se sim, tentar evitar os efeitos do passado. Aquele que furtou nunca poderá negar o furto que praticou. Mas poderá – e deverá – reparar o efeito do furto, devolvendo ao dono o objeto furtado. Uma ofensa praticada nunca deixará de ter sido uma ofensa. Mas seu efeito poderá ser reparado mediante um pedido de perdão. Se alguém comprou um produto com defeito, poderá desfazer o negócio; mas não poderá mudar o fato de que um dia comprou aquela mercadoria defeituosa.

Da mesma maneira, se uma mulher concebeu, sempre será verdade que ela concebeu. Ainda que no dia seguinte ela provoque um aborto, de modo a livrar-se do efeito da concepção (a criança concebida), ela não poderá mudar o passado. Ou poderá?

Segundo alguns laboratórios farmacêuticos e segundo o próprio Ministério da Saúde, o passado pode ser mudado. Suponhamos que o ato sexual tenha ocorrido hoje.

“Pesquisas de laboratório demonstraram que o espermatozoide pode chegar ao interior das trompas de Falópio, onde acontece a fecundação, depois de *cinco* minutos da relação [...]. Algumas pesquisas até demonstraram que, com a ajuda das contrações uterinas, o transporte dos espermatozoides ao interior das trompas, já por si rápido, pode durar até um só minuto”¹[1].

¹[1] WILKS, John. Contracepção pré-implantatória e de emergência. In: PONTIFÍCIO CONSELHO PARA A FAMÍLIA. *Lexicon: termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas*. São Paulo: Escolas Profissionais Salesianas, 2007, p. 138.

Suponhamos que a mulher esteja em seu período fértil, de modo que tenha havido o encontro entre o óvulo e o espermatozóide, do qual resultou um novo ente humano, uma criança com o tamanho de apenas uma célula, denominada ovo ou zigoto. Esta criança ainda não está no útero. Está na trompa de Falópio, mas será conduzida até o útero, onde se fixará. O processo de implantação (ou nidação) da criança no útero começa no sexto dia de vida e se completa por volta do 12º dia. Nesta fase, a criança já é constituída de várias células, dispostas em uma estrutura denominada blástula ou blastocisto.

Continuemos a nossa estória. No dia seguinte após o ato sexual, a mulher que já concebeu, toma uma pílula. Essa pílula, conhecida como “pílula do dia seguinte”, contém uma dose muito grande de hormônios sintéticos. Que faz essa pílula? Causa um aborto? “De maneira alguma!” – diz o Ministério da Saúde. “Ela não é abortiva! É um anticoncepcional de emergência! Ela apenas impede a concepção”. Mas a concepção já não ocorreu no dia anterior? Sim, mas essa pílula tem um efeito retroativo: ela faz que a concepção – que já ocorreu – deixe de ter ocorrido. Ela faz que a mulher, que já concebeu, nunca tenha concebido. Ela é capaz de alterar o passado. Incrível, não? Costuma-se dizer, jocosamente, que o cúmulo da rapidez é trancar a gaveta e colocar a chave dentro dela. A rapidez a que se refere essa anedota é semelhante à da “anticoncepção de emergência” (AE) da pílula do dia seguinte. O efeito deixa de ser posterior à causa. A causa passa a produzir um efeito anterior a ela!

Ação abortiva da “pílula do dia seguinte”

A chamada "pílula do dia seguinte" é "um preparado a base de hormônios (pode conter estrogênio, estrogênio/progestogênio ou somente progestogênio) que, dentro de e não mais do que 72 horas após um ato sexual presumivelmente fértil, tem uma função predominantemente ‘anti-implantação’, isto é, impede que um possível ovo fertilizado (que é um embrião humano), agora no estágio de *blástula* de seu desenvolvimento (cinco a seis dias depois da fertilização) seja implantado na parede uterina por um processo de alteração da própria parede. O resultado final será assim a expulsão e a perda desse embrião"²[2].

O discurso do fabricante em 2001

O mecanismo de ação descrito acima era confirmado pela própria Aché, que no Brasil, desde a publicação da Portaria n.º 204, de 11 de março de 1999, da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) comercializa a droga sob o nome de Postinor-2. O parágrafo a seguir foi transcrito do próprio sítio da Internet em 2001³[3]:

"Como funciona o método de contracepção de emergência Postinor-2? Se você tomar o primeiro comprimido de Postinor-2 até 72 horas após ocorrer uma relação sexual desprotegida ele vai impedir ou retardar a liberação do óvulo do ovário, impossibilitando a fecundação ou, ainda, impedirá a fixação do óvulo"

²[2] Pontificia Academia para a Vida - *Declaração sobre a chamada ‘pílula do dia seguinte’* - Cidade do Vaticano, 31 de outubro de 2000.

³[3] Disponível em <http://www.postinor2.com.br>. Acesso em 28/04/2001.

fecundado no interior do útero (a nidação), através da desestruturação do endométrio (parede interna do útero)." (grifo nosso)

O fato que o próprio laboratório fabricante admitia é este: a pílula impede que o ente humano concebido na trompa venha a se implantar no útero. Ora, a causação da morte de um bebê dentro do organismo materno é um aborto. A conclusão óbvia, que ninguém poderia negar, é que a chamada "pílula do dia seguinte" é abortiva. Isso, porém, o fabricante negava, no parágrafo seguinte ao citado anteriormente:

"O método da contracepção é abortivo? Segundo a OMS (Organização Mundial da Saúde) a gravidez só tem início após a implantação do ovo no útero, quando Postinor-2 não tem mais efeito. Portanto, Postinor-2 não é abortivo."

Vê-se o malabarismo verbal usado para ocultar o aborto. Segundo a Aché, o aborto só poderia haver após o início da gravidez. E como a gravidez — diz a Aché — só começa quando a criança se implantou no útero, não haveria problema em matar a criança concebida, mas ainda não implantada na parede uterina. Tal morte não seria um aborto. Algumas perguntas, porém, ficavam sem resposta: 1) Que diferença faz matar um bebê com poucos dias de vida (ainda no estágio de blástula ou blastocisto) e matar um bebê já fixado no útero, digamos, já com algumas semanas de vida? 2) Baseado em que motivo pode-se dizer que a gravidez começa apenas com a implantação, e não com a fertilização do óvulo pelo espermatozóide?

Etimologicamente, "gravidez" vem do latim "gravis", que significa pesado. A mulher grávida seria aquela que carrega dentro de si um "peso": um bebê por nascer. Um sinônimo de gravidez é "gestação", que vem do latim "gestare", que significa "levar, transportar". A mulher gestante é aquela que está "carregando" um bebê por nascer.

Não importa que o não nascido esteja na trompa, no útero ou em outro lugar. O que importa é que ele está dentro de sua mãe. Após a implantação (ou nidação), a criança cria uma "rede" de comunicação com a mãe, que inclui a placenta e o cordão umbilical. Mas antes de se implantar, de onde a criança retira seu alimento? Do lugar onde está, é óbvio. Se ainda está na trompa, é lá que ela vai-se alimentar, a fim de desenvolver-se e tornar-se apta a criar sua "casinha" no útero. Portanto, a mãe já é fornecedora de alimentos desde a concepção, que se dá no terço distal da trompa. Não faz sentido dizer que a gestação começa apenas após a implantação. Citemos novamente a Pontifícia Academia para a Vida:

"A gravidez, de fato, começa com a fertilização e não com a implantação do blastocisto na parede uterina, que é o que tem sido implicitamente sugerido."

O discurso do fabricante hoje

Talvez o reconhecimento da fragilidade da argumentação acima tenha feito com que os defensores da "pílula do dia seguinte" mudassem de discurso. Em 2001, a bula de Postinor-2, admitia o efeito abortivo, embora sem usar esse nome:

*“Acredita-se que **Postinor-2** age para prevenir a ovulação, a fertilização e a implantação. Não é eficaz uma vez iniciado o processo de implantação. Os seguintes sítios de ação participam da ação contraceptiva do **Postinor-2**:*
(1) eixo hipotalâmico-pituitário-ovariano;
(2) inibição da ovulação dependendo do horário e da frequência de ingestão;
(3) fator endometrial (inibição direta da implantação ou efeito direto sobre a blástula)...” [os grifos são nossos].

Agora, a bula de Postinor-2 garante que a pílula não impede que a criança concebida venha a se implantar na parede uterina (endométrio):

*“Assim sua ação pode se dar: pela inibição ou retardo da ovulação; por dificultar o ingresso do espermatozóide no útero; por alterar a passagem do óvulo ou espermatozóide pela tuba uterina. Se já tiver ocorrido a fecundação, ou seja, a união do espermatozóide com o óvulo formando o ovo, a medicação não mais agiria, por não apresentar ação no endométrio”.***4[4]**

Portanto, uma droga que em 2001 era abortiva, agora não seria mais. O mesmo diz hoje o Ministério da Saúde: *“Não existe nenhuma sustentação científica para afirmar que AE seja um método que resulte em aborto, nem mesmo em um percentual pequeno de casos. As pesquisas asseguram que os mecanismos de ação da AE evitam ou retardam a ovulação, ou impedem a migração dos espermatozoides. Não há encontro entre os gametas masculino e feminino e, portanto, não ocorre a fecundação”.***5[5]**

Mas a emenda ficou pior do que o soneto. Pois, se esse fármaco tão-somente impede a fecundação, por que ele é usado **depois** de um ato sexual, em um intervalo de tempo que pode ir até três dias, (ou até cinco dias, segundo o Ministério da Saúde)?

Um efeito acidental

Descartando a hipótese de uma influência sobre o passado, haveria alguma chance de essa pílula funcionar como anticoncepcional? Haveria, mas só acidentalmente. Um relógio de pulso – que é fabricado para mostrar as horas – pode, acidentalmente proteger um cidadão contra uma bala perdida. A pílula do dia seguinte, feita para provocar um aborto, poderia, por acidente, impedir a concepção.

4[4] Disponível em:

<<http://www.ache.com.br/scripts/produtos/produto.asp?idClasse=0&idPrincipio=0&idProduto=66>> Acesso em: 10 fev. 2008. Os grifos são nossos.

5[5] BRASIL. Ministério da Saúde. *Anticoncepção de Emergência*. 28 jan. 2008.

Elaboração: Jefferson Drezett. Disponível em:

http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/artigo_anticoncepcao_emergencia_2008.pdf Acesso em: 09 fev. 2008.

Imaginemos o seguinte caso: o ato sexual ocorreu hoje; mas a mulher iria ovular amanhã. Amanhã, portanto, haveria o encontro do óvulo recém-produzido com algum espermatozóide do dia anterior. A dose enorme de hormônios dessa pílula, poderia então impedir que o óvulo fosse produzido, e atuar assim como anticoncepcional. Esse efeito acidental não explica, porém, o alto Índice de Efetividade da droga. Segundo o Ministério da Saúde, “a AE apresenta, em média, Índice de Efetividade de 75%. Significa dizer que ela pode evitar 3 de cada 4 gestações que ocorreriam após uma relação sexual desprotegida.”6[6]. Uma efetividade tão grande só se explica pela ação fundamentalmente abortiva dessa pílula. Convém lembrar que tal aborto é assintomático, isto é, não é percebido pela mulher, assim como ocorre com as usuárias do DIU (dispositivo intra-uterino) e de outros abortivos que impedem a nidação.

Uma atitude corajosa e pioneira

No dia 24 de janeiro de 2008, o arcebispo de Recife e Olinda, Dom José Cardoso Sobrinho, anunciou que iria ajuizar uma ação judicial para tentar evitar que a Prefeitura de Recife distribuisse a “pílula do dia seguinte” na cidade durante o Carnaval deste ano.7[7] A ação civil pública foi ajuizada pela Associação de Defesa dos Usuários de Seguros e Sistema de Saúde (Aduseps). Lamentavelmente, no dia 30 de janeiro, o juiz José Viana Ulisses Filho, da 7ª Vara da Fazenda Pública da capital (mas respondendo também pela 6ª vara, onde tramita o processo n.º 001.2008.003792-6) negou o pedido liminar de suspensão da oferta da droga, alegando não haver provas suficientes de que ela é abortiva.8[8]

A atitude de Dom José Cardoso Sobrinho deve, não só ser aplaudida, mas imitada. Ao que se sabe, esta é a primeira vez que alguém no Brasil recorre ao Judiciário contra a “pílula do dia seguinte”. Em outros países latino-americanos, como Argentina e Chile, essa medida já foi tomada há muitos anos pelos defensores da vida. Não podemos desistir. Sempre há a esperança de que o processo venha a cair nas mãos de um juiz que não admita que uma pílula possa mudar o passado...

Roma, 20 de fevereiro de 2008.
Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz
Presidente do Pró-Vida de Anápolis

6[6] Loc. cit.

7[7] Cf. GUIBU, Fábio. Igreja promete entrar na Justiça contra pílula do dia seguinte em PE. *Folha on-line*, São Paulo, SP, 24 jan. 2008, 23h28. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u366812.shtml>

8[8] Cf. BRENDLER, Adriana. TJ-PE nega pedido de suspensão da oferta de pílula do dia seguinte no carnaval. *Agência Brasil*, Brasília, DF, 30 jan. 2008. Disponível em: <http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/01/30/materia.2008-01-30.7990285403/view>

O PROBLEMA DA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABORTO

(In *Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*,
vol. 99, ano 20, março-abril 1986, pp. 19/30)

WALTER MORAES
Juiz do 2º Tribunal de Alçada

Civil

COLOCAÇÃO DO PROBLEMA

Esta dissertação poderia levar, como título, a seguinte frase: “Pode um juiz deferir previamente autorização para o aborto?”

O que acontece, há muito tempo, e continua a acontecer, é que uma mulher, interessada em interromper sua gravidez mediante aborto, mune-se de atestados médicos dando conta de tal necessidade, e requer, a um juiz competente para julgar crime de aborto, que lhe autorize a prática desejada.

Com isto a mulher se assegura de que não será incomodada com uma ação penal. Sente-se — ela como também o médico — como quem está não só resguardado, mas ainda **autorizado** de antemão a praticar um fato definido como crime na lei.

O magistrado, às vezes autoriza, às vezes denega o pedido, de acordo com as suas convicções.

São considerados juízes rigorosos aqueles que só concedem a autorização pleiteada nas hipóteses de aborto dito **legal** ou **lícito**.

Não encontrei nos repositórios mais importantes da nossa jurisprudência um só julgado que versasse esta espécie; os dados que pude recolher obtive-os em fontes diretas: no cartório do Tribunal do Júri, na assessoria jurídica do Conselho Regional de Medicina, nas conversações com médicos, advogados, juízes, nos artigos de índole doutrinária, na minha própria experiência judicial.

Quanto à ocorrência de pedidos de autorização para o aborto, posso dispensar-me, com tranqüilidade, do empenho de fazer-lhe prova, porque a grande imprensa, vez que outra, propala um desses casos, sempre acompanhado de alarido feminista.

O que tenho a oferecer nesta exposição, são três razões de si suficientes para que um juiz **jamais** conceda autorização para o abortamento, — qualquer que seja a hipótese deduzida em juízo.

NÃO EXISTE NO DIREITO BRASILEIRO HIPÓTESE ALGUMA DE ABORTO LEGÍTIMO.

A primeira razão é que, no nosso direito, não existe uma hipótese, ou situação especial sequer, de abortamento lícito, ou, como se tem dito, “legal”.

A matéria tem sido abordada invariavelmente no terreno penal; e eu penso que este encará-la pelo prisma exclusivamente penal, fechado dentro de um dos compartimentos do Direito, tem contribuído para uma visão incompleta do assunto, com certo desvio de ótica.

O argumento da licitude de alguns casos de abortamento, em elementar resumo, pode pôr-se deste modo: o aborto é incriminado pelos arts. 124, 125 e 126 do Código Penal, parte ainda em vigor do Código de 1940, e o art. 127 define uma forma qualificada do crime. Mas o art.128 o exclui em duas hipóteses, sendo o aborto praticado por médico a uma, o “aborto necessário”; outra, o “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”.

Daí o falar-se, correntemente, nos dois casos de aborto “legal” ou “lícito”: o “necessário”, ou “terapêutico”, ou de “indicação médica”, como diz ANÍBAL BRUNO⁹, e o “sentimental” ou “moral”, ou “de honra”, ou “humanitário” etc.

Aborto legal ou lícito, se diz.

Mas aborto lícito, por quê?

Por que não é crime?

Mas o não configurar crime um certo comportamento, já o torna legalmente lícito?

Além disso, será verdade que as circunstâncias do art. 128 do Código Penal excluem a mesma antijuridicidade, ou seja, na linguagem da nova lei, a ilicitude.

PELOS TERMOS DA LEI NÃO SE CONCEDE EXCLUSÃO DE ILICITUDE PENAL .

O art. 128 citado diz “não se pune”: “não se pune o aborto praticado por médico:...”.

Que quer isto dizer?

A doutrina penal é ciosa de sua própria precisão científica, e timbra em apurar uma terminologia técnica que responda à necessidade de bem determinar os componentes analíticos da norma, do crime e da pena.

Assim é que os doutores penalistas têm definido o crime pelas suas partes ou atributos estruturais .É, como ensinou BASILEU¹⁰, a ação: antijurídica, típica, culpável, punível.

Isto é o **crime**. A **pena** é outra coisa.

A **punibilidade**, em si mesma, parece algo que flutua entre o crime e a pena. Mas não. Não há crime se o fato típico, antijurídico e culpável, não for **punível**; porque é a punibilidade — a ameaça de pena — a nota distintiva do delito penal. Sem a sanção **pena**, pode restar delito, sim; mas delito civil.

A punibilidade não pode confundir-se com a **punição** mesma, que coincide com a aplicação da pena; pois, induzindo um critério de **suscetibilidade**, é aptidão que afeta o ilícito, muito embora atire para a idéia de pena. Mas está no crime e não na pena. O crime é punível; a pena não pode ser “punível”. Acrescentada, então, a punibilidade, ao fato ilícito (típico e culpável), torna-o suscetível de pena, convertendo-o em crime.

Esta espécie de sutileza, já a notara COSTA E SILVA¹¹ ao discorrer sobre as controvérsias dos penalistas italianos, sobre se a punibilidade era do crime ou da pena.

⁹ “Direito Penal”, IV/ 169 (ed.1966).

¹⁰ “Instituições”, II/60.

¹¹ “Comentários”, pág. 51 (ed.1967).

Da noção precisa de punibilidade, segue o entendimento de que, destacado e excluído este atributo, só ele, já não resta crime, muito embora reste um delito sem a ameaça de castigo.

Mas pode também ser supressa só a punição — a pena — e, então, resta o crime inteiro. “Um fato pode ser típico, antijurídico, culpado e ameaçado com pena, isto é, criminoso, — é de FREDERICO MARQUES a lição 12- e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena”.

Então, uma coisa é ser crime, outra é suportar, o crime, pena.

O famoso NELSON HUNGRIA, 13: “A licitude penal de um fato não deriva da **sanctio**, mas do **praeceptum** da norma penal. No **preceito** é que se encerra o **juízo de reprovação** que inspira o legislador na incriminação de tal ou qual fato. O **preceito** é um **prius** em relação à **sanção**, de sorte que, quando, por uma questão de **necessidade** ou **oportunidade** (e não pelo fato em si mesmo), é suprimida, no caso concreto, a **sanção**, não desaparece a ilicitude penal do fato”.

Ocorre, pois, que a lei, às vezes, autoriza o Juiz de não punir crime configurado, e que às vezes exige, ela mesma, da punição o delinqüente.

Ao réu de adultério faculta a lei não lhe aplique a pena o julgador, se ao tempo já era cessada a vida em comum; mas o não apenamento do adúltero não importa certamente em desaparecimento do crime de adultério. Tanto isso é verdade que o juiz podia igualmente aplicar a pena (art.240,§ 4º, inc. I). Ao filho que perpetra estelionato contra o pai, isenta-o a própria lei de punição, considerada a relação de descendência (art. 181, inc. II); mas a isenção mesma não elimina o delito punível.

Outras vezes, dá-se que a lei suprime exatamente a punibilidade. Pode fazê-lo, ou em contemplação de um fato superveniente ao delito, ou considerada uma circunstância coexistente com o correspondente cometimento.

Consumado o crime de rapto, se o agente se casa com a vítima, reza o Código Penal que se extingue a punibilidade (art.107, inc. VII, c.c.219). Irrogada uma ofensa em juízo, pela parte ou pelo advogado, na discussão do processo, diz o Código precisamente que tal ofensa não constitui injúria ou difamação **punível** (art. 142, inc. I).

Se a punibilidade, sendo aptidão para a pena, está no crime e não faz sentido que esteja na pena, segue que num caso como no outro dos acima dados, o que a lei retira é a mesma criminalidade da ação, apagando o crime. Porque a punibilidade é componente distintiva do crime.

Mas não é menos certo que, afastando a punibilidade e desfigurando, assim, o **crime**, a lei não está a apagar a **ilicitude** mesma da ação danosa já consumada. No caso do rapto, onde o casamento age como remédio, não deixa de ser ilícito o que já foi ilícito acabado; assim como a doença curada não passa a nunca ter sido doença porque remediada depois. No caso da injúria irrogada em juízo, a lei que proíbe às partes e advogados de “empregar expressões injuriosas” (Código de Processo Civil, art.15), não pode estar ao mesmo tempo autorizando lançá-las as mesmas partes e advogados. Desaparece a punibilidade (o crime), permanece o ilícito.

12 “Tratado”, II/54.

13 “Novas questões jurídico-penais”, pág. 103 (1946).

Não é nada disto, porém, que sucede no aborto para salvar a vida da mulher ou porque resultante de estupro a concepção. No caso do art. 128, a lei não declara excluída a punibilidade ou **não punível** o crime, como precisamente faz quanto à injúria ou difamação em juízo ou ainda quanto ao furto de coisa comum no valor da quota do agente (art.156,§ 2º). Quanto ao aborto, a lei diz “não se pune”. Suprime a pena. Fica o crime.

Mais: ainda que se entendesse este “não se pune” como excludente de punibilidade, estaria a regra a excluir a ameaça de pena (o crime); subsistiria o ilícito.

A POSIÇÃO DESFAVORÁVEL A ESTE ENTENDIMENTO NA DOUTRINA PENALISTA

Não é esta opinião da doutrina penal. Domina-a, pode dizer-se que em peso, a idéia de que o art. 128 do Código é um caso de exclusão de antijuridicidade. Isto se dá, no mais das vezes, sem o menor empenho de demonstrar a interpretação; talvez, mesmo, por ser tão incontroversa a orientação.

Mas não falta quem se tenha dado conta do problema.

MAGALHÃES NORONHA¹⁴ critica a redação do artigo no ponto que diz “não se pune”; devia dizer “não há crime”; exatamente para não ficar a errada impressão de que se trata de uma dirimente ou de uma escusa absolutória. E considera que se a exclusão fosse apenas da punibilidade, a enfermeira que assiste a operação não estaria isenta de pena, pois a lei, só exime o aborto praticado por médico.

Opõe-se FREDERICO MARQUES¹⁵ ao reparo: a norma legal está excluindo a ilicitude do aborto e não eximindo o médico; quando a lei dispõe que não se pune alguém que pratica o delito, então sim se trata de dirimente, porquanto a impunibilidade deriva de desvinculação subjetiva; mas quando declara impunível o próprio fato, o que se dá é exclusão da mesma ilicitude penal; por isso, se para a lei o que se não pune é o aborto (e não o médico), é o mesmo fato típico que é afastado da órbita da ilicitude.

Qual a base objetiva dessa linha de argumentação?

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

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

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

14 “Direito Penal”, II/71 (ed. 1960).

15 **Op. cit.**, IV/174 (ed. 1965)

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

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

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

Esta é a verdade.

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

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

Estado de necessidade verdadeiro e próprio poderia, sim, ocorrer, eventualmente, em caso de aborto, mas não por ajustar-se às descrições do art. 128.

ILICITUDE PENAL E ILICITUDE JURÍDICA

O aborto necessário e o que interrompe a gravidez decorrente de estupro, não se punem, mas não deixam de ser delituosos.

O argumento que a mim parece definitivo para demonstrar esta asserção, completarei na terceira parte desta exposição.

A indagação que aqui se propõe, porém é outra.

Procuramos resposta para a pergunta: se um juiz pode autorizar previamente o abortamento.

A questão se o aborto chamado legal é, ainda assim, criminoso, não chega a ter importância de uma premissa para o nosso arrazoado; se bem que expressiva a visão penal já que é na sua órbita que o assunto mais se agita.

Mesmo que (digamo-lo para argumentar) a prática do abortamento do art. 128 não configure crime, por eliminada sua antijuridicidade, não quer isto significar que não seja ela um delito civil, um ilícito.

São coisas diferentes ser crime e ser ilícito.

Para ilustrar: o dano não doloso não é crime. Quem, numa colisão de automóveis, danifica por imprudência o carro do outro, não incorre em nenhum artigo da lei penal; mas é certo que comete ilícito civil e que responde pelos danos. Os pais que dão má educação moral ao filho sem incidir em nenhuma das causas dos arts.245 e 247 do Código Penal, não cometem crime; mas estão sujeitos a sanções jusfamiliares (Código Civil, art. 394). O sujeito que imputa a outrem fato falso mas não definido como crime, sujeita-se às sanções civis pelo ilícito (Lei n.5250, de 1967, arts. 29 e segs.), conquanto não incorra em calúnia. E assim adiante.

Ilícito é um gênero do qual crime é espécie.

São crimes alguns ilícitos, estabelecidos pela lei segundo um critério seletivo; virtualmente, os ilícitos mais graves, os que mais profundamente atingem

as condições da vida social, segundo a idéia-base da célebre conceituação de JHERING¹⁶.

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

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

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO DIREITO A VIDA

Qual a sede fundamental desta matéria?

É o princípio da inviolabilidade da vida, inscrito na cabeça do art. 153 da Constituição: “assegura ... a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida”.

Pode uma lei ordinária abrir exceção a um preceito constitucional fundamental?

Certo que não.

Pela autoridade própria, não; só a Constituição pode estabelecer exceções aos seus próprios preceitos; ou autorizar o legislador a abrir exceções aos seus próprios preceitos.

E não há exceções constitucionais ao preceito da inviolabilidade da vida?

Há, sim; uma só: a da pena de morte, em caso de crime de guerra, autorizado o legislador ordinário a disciplinar tal pena (§ 11).

Mas é a única exceção.

Como, então, supor, sem fazer injúria à lei fundamental, que o legislador penal pudesse autorizar, tornar lícita, a morte da pessoa por nascer?

Está claro que não é possível.

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

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

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

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

O nascituro tem direitos, declara a lei.

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

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

A suspensão da personalidade formal, ou seja, a concessão de personalidade civil sob a condição suspensiva do nascimento com vida, é um procedimento que obedece à conveniência da técnica jurídica, supostas as complicações, v.g., da sucessão do natimorto. A lei poderia também inverter a

16 “Der Zweck im Recht”, I/490 (ed. 1884).

situação, e atribuir ao nascituro uma personalidade sob condição resolutive. Mas não se vê como essa inversão poderia aproveitar à redução dos problemas práticos.

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

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

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

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

Que direitos tem o nascituro?

Todos.

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

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

Não põe discriminações nem limitações específicas.

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

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

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

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

DESCABIMENTO PROCESSUAL DO PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA O ABORTO

A segunda razão para que um juiz não conceda autorização de abortamento é que não há, no sistema processual, lugar para esta sorte de expediente ou medida.

Isto, simplesmente, porque nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei.

Em caso de cometimento de crime com circunstância excludente da punibilidade ou da própria criminalidade, — cometido o fato, apura-se depois a excludente, e não tem cabimento ir o agente primeiro a um juiz requerer licença para o fato.

Faria sentido alguém pedir permissão judicial para difamar um funcionário público, produzindo desde logo prova da verdade do fato que quer propalar?

E vejam que neste caso a criminalidade desaparece.

Ou, então, faria sentido o co-proprietário de certa mercadoria requerer autorização para subtrair para si (furtar) parte dela, ainda, que abaixo do valor de sua quota?

Tudo isso é fora de propósito, embora a ação pretendida não seja punível.

Mas, isto — diriam — é diferente do aborto terapêutico ou de honra!

Os fatos típicos são diferentes; não a hipótese causalmente considerada.

NÃO SE TRATA DE AÇÃO PENAL

Casos como estes não podem, aliás, qualificar-se como ação penal.

O processo penal é um instrumento do direito penal. Serve para compor lides onde, ao interesse correspondente ao **ius puniendi** do Estado, se contrapõe o interesse do **ius libertatis** do particular.

A ação penal é direito de invocar a jurisdição para decidir: ou sobre o direito de punir, ou sobre o direito de liberdade.

Vejam que o interessado em provocar o aborto não está a impetrar uma espécie de **habeas corpus** preventivo.

Claro que não.

Ele, ou ela, pleiteia uma autorização, um “alvará”, para cometer certo fato, sabido que a intenção é por-se a salvo de uma condenação penal.

Esta pretensão não tem nenhum caráter cautelar penal tampouco (falando tecnicamente), pois não está ligada a um processo penal futuro ou em curso, em concreto.

NÃO SE PODE CLASSIFICAR COMO UMA AÇÃO DE JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA.

O tipo de tal medida se afigura antes como alguma coisa da jurisdição civil.

Há matérias previstas na lei penal e que, no entanto, constituem causas civis; p. ex., o pedido de explicações feito por quem se julga ofendido por alusões a seu respeito (art.144): é uma ação da jurisdição civil, muito embora venha a deduzir-se perante um juiz penal.

Não obstante, assim como não pode o pedido de autorização para o aborto ser considerado ação cautelar penal, tanto menos pode sê-lo cautelar civil, pois não existe aquele referencial, que é a ação civil, figurando como suporte principal da cautela.

E falar em poder cautelar geral do juiz, por mais impressionante que sejam a expressão e a idéia, não prescinde de um ponto real e concretamente enquadrável nos planos do sistema processual.

Seria, então, um caso de jurisdição voluntária?

Também aqui não é possível o enquadramento, mesmo com muita liberalidade e boa vontade, e mesmo que ocorresse de fato alguma hipótese de aborto lícito.

Porque o processo de jurisdição voluntária serve para determinados casos apenas.

Que casos?

A doutrina processualista ensina que há certos atos jurídicos, para cuja validade é necessária a participação de um órgão do Estado; um juiz, no caso.

Estes atos são da vida privada dos cidadãos. Eles são as partes, deles é o interesse e, por isso mesmo, em substância, não necessitariam de intervenção de ninguém para celebrá-los.

Mas estes atos da vida privada são atos que repercutem de algum modo na comunidade, dada a sua importância civil. E não obstante continuam atos da vida privada.

Pela repercussão social deles é que a lei exige, para a sua **validade**, como diz o moderno manual de GRINOVER, DINAMARCO E CINTRA 17, a

intervenção de um órgão público: “O Estado se insere naqueles atos que do contrário seriam tipicamente privados”.

É, então, uma questão de forma, de validade.

É a própria lei que diz que atos jurídicos são estes, pois a intervenção do Estado é condição formal de validade deles.

Não se trata, então, de uma intervenção **ad libitum**. Não são os interessados que dizem: vamos procurar a participação de um juiz neste negócio para maior segurança dele.

Isto é jurisdição administrativa ou voluntária.

Se acontecesse de deduzirem, pessoas interessadas, um pedido de intervenção judicial por sua conveniência ou capricho, fora das previsões da lei, ao juiz não restaria outra alternativa senão a de indeferir de plano a petição inicial, por impossível, juridicamente, o pedido.

FALTA DE INTERESSE LEGÍTIMO E IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO.

Por esta mesma razão, quando pessoa interessada em provocar aborto, requer a um juiz que lho autorize, que “sacramento” o seu comportamento, — ao magistrado não resta senão indeferir **in limine** o pedido, por impossibilidade jurídica. Aliás, impossibilidade processual e material.

E isto, além do indeferimento por faltar-lhe legítimo interesse: o abortamento, sendo delituoso ou ilícito, carece de amparo legal o correspondente interesse.

RAZÃO DE DIREITO NATURAL

A terceira razão, de si mesma suficiente como as duas anteriores, para denegar licença de abortamento, é de direito natural.

Limite-me, aqui, a lembrar duas ou três premissas, considerando, por suposição, que as linhas mestras do direito natural concernente à vida estejam abundantemente demonstradas.

A primeira é a de que a lei natural não admite, em hipótese alguma, o abortamento direto.

Quer dizer: nenhuma ação, nenhum comportamento dirigido diretamente a matar o feto, quer no ventre materno, quer pela expulsão inviável, se admite como lícito — ainda que a benefício da saúde e mesmo da vida da mãe.

Isto está fora de questão.

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

Sim. Reconhece.

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

Por fundamento algo assemelhado, o direito natural não reprova também, em princípio, a pena de morte, se bem que com muitos resguardos quanto às condições concretas de tal pena e quanto ao meio e momento social.

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

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

Seria bom perceber a distinção.

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

A doutrina penal também não é insensível a esta agressão repugnante

No “ Tratado” de MARQUES, já citado nesta exposição, encontra-se uma página eloqüente a este respeito; “não nos parece, diz um trecho, que se possa transigir, desse modo, com o respeito à vida do **infans conceptus**, para submetê-la a tão brutal sacrifício . A “inviolabilidade da vida humana desde o seu alvorecer (como falava CARVALHO MOURÃO), que a lei penal tutela, sofre, aqui, violento atentado. Consoante a magistral lição de ALCÂNTARA MACHADO, “todas as maternidades são sagradas, todas as vidas são invioláveis”, pelo que incompreensível é que o “produto do amplexo de dois desconhecidos ou de dois adúlteros seja forçosamente inferior ao que desabrocha de uma união abençoada por Deus ou sancionada pelo Estado”. E AFRÂNIO PEIXOTO, em página inexcusável, assim se exprime: “É santo o ódio da mulher forçada ao bruto que a violou. Concluir daí que este ódio se estenda à criatura que sobreveio a essa violência, é dar largas ao amor-próprio ciumento do homem, completamente alheio à psicologia feminina. Um filho é sempre um coração de mãe que passa para um novo corpo”¹⁸.

E no caso de aborto para salvar a vida da mãe?

Por direito natural, assim como uma pessoa, como tal, não vale mais do que outra pessoa como tal, assim também uma vida humana não vale mais do que outra vida humana.

A vida da mãe não vale mais do que a do filho.

Em caso de periclitção da vida da mãe, deve o médico, ou quem opera, fazer todo o possível para salvá-la; e também para salvar o filho, para resguardar sua vida.

Pode ser que na tentativa de preservar a sobrevivência da mãe, cause o operador a morte do feto.

Admite-se ser inculpada essa morte, se a ação do operador não foi dirigida diretamente contra a vida do **conceptus**, se a operação não foi encaminhada para matá-lo. O comentário de uns canonistas da Universidade de Salamanca ¹⁹ a propósito da pena canônica para o aborto, é interessante para o espírito do direito natural: num caso destes, dizem eles, “poderá haver talvez **pecado**,...mas não delito”.

No entanto, o caso do aborto terapêutico acaba se tornando hoje uma hipótese impertinente.

Acusou o caso COSTA JÚNIOR, numa publicação de 1965 intitulada “Por que, ainda, o aborto terapêutico”²⁰.

Com os meios de que dispõe a moderna medicina, a idéia de aborto terapêutico se torna falsa e inteiramente ultrapassada.

¹⁸ **Op. cit.**, IV/178.

¹⁹ MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, ALONSO MORÁN, CABREROS DE ANTAS, LÓPEZ ORTIZ, “Código de Derecho Canónico”, com. Can. 2350.

²⁰ **In** “ Revista da Faculdade de Direito USP”, LXVI (1971).

INTERPRETAR E APLICAR A LEI POSITIVA SEGUNDO OS PRINCÍPIOS DO DIREITO NATURAL

Estas observações eu as faço só para pôr à mostra o fato de que, quando, ainda hoje, se invoca o aborto terapêutico para justificar o feticídio, na verdade se está lançando mão de um pretexto.

Todavia, mesmo que ocorresse situação real de perigo para a vida da mãe — vamos admiti-lo **ad argumentandum** — e não bastassem as razões técnicas que propus para convencer da ilegalidade de uma decisão judicial autorizando o abortamento, é certo que a lei natural não faculta, nem justifica, nunca, a provocação do aborto direto, quaisquer que sejam as circunstâncias de fato.

É segundo esta premissa que se há de encarar a questão que de início nos propusemos.

Atentem para esta advertência, de caráter hermenêutico, de VICENTE RÁO 21 : “O paradigma do modo correto de proceder também há de ser usado e invocado pelos julgadores. Nem devem eles afastar-se, jamais ,dos preceitos supremos do direito natural, particularmente daqueles preceitos que definem os direitos inerentes à personalidade e à dignidade do homem”.

A sentença encerra dois aspectos.

O primeiro é que a lei positiva deve ajustar-se à lei natural, que é a lei **do justo**.

O direito natural, sendo uma exigência da natureza essencial do homem, proporcionada à natureza também das coisas que se lhe atribuem, forma um campo de preceitos fundamentais e elementares, de cuja conformidade depende a eficácia intrínseca das regras convencionais que compõem a lei positiva.

A lei positiva que contraria (lei injusta) a lei da natureza, não vale.

Não obriga porque, sendo contra a natureza, é mero capricho irracional; e um capricho irracional não pode obrigar: na linguagem de JOÃO MESSNER 22, não é a “verdade jurídica”; na linguagem de TOMÁS DE AQUINO 23, simplesmente, não é lei: “**nec (tales scripturae) leges dicuntur; sed potius legis corruptiones**”.

O segundo aspecto da advertência de RÁO é que o juiz deve julgar sempre com a mente (e o coração) posta nos ditames basilares do direito natural.

O aviso toca também às regras positivas justas e válidas. Quero dizer: que seja a lei da natureza o referencial de avaliação e de interpretação do sentido e do alcance da lei posta; que sirvam os seus princípios, sempre, de diretriz, em ordem a ajustar a regra legal (que é geral e pode às vezes ser ambígua e admitir vários sentidos) ao caso concreto.

E é aqui o lugar onde entra aquele argumento definitivo que eu anunciava no curso da dissertação, sobre a ilicitude do aborto previsto no art. 128 do Código Penal, cujos termos devem entender-se como simples supressão da pena.

Se, tecnicamente, e no campo fechado da lei penal, a interpretação daquele artigo é duvidosa e discutível, já que imprecisa, defeituosa, algo obscura é a

21 “ O Direito e a Vida dos Direitos”, I/389.

22 “Ética Social”, pág.401.

23 “Summa th., q.60, ^a 5 da 2^a 2.^{ae}

redação do texto e não uniforme a terminologia do contexto codificado, e se se presta o conjunto a entendimento vário, — perante o princípio do direito à vida e os preceitos daí decorrentes por derivação necessária no que toca à vida do **conceptus** e ao aborto - já não pode haver dúvida nenhuma da ilicitude ou delituosidade do aborto, chamado terapêutico e sentimental como que por eufemismo.

Noutras palavras, os ditames do direito natural orientam a inteligência da lei penal e do ordenamento todo no sentido de que, com toda certeza, o aborto em questão, eximido embora de pena, é ilícito, não podendo nenhum juiz deferi-lo.

Conferência proferida no seminário “A farsa do aborto legal”, na Câmara dos Deputados (24/09/1997)

Desembargador Walter Moraes

Senhoras e senhores, amigos

Quero destacar que existe diferença entre o que é ilegal, ou proibido — o ilícito — e o que é crime.

E que essa diferença é das que vão do gênero para a espécie: o gênero é o ilícito, a espécie é o crime.

Daí que todo crime é um ilícito, mas nem todo ilícito é um crime.

Para os advogados, é claro que discernir ilícito e crime não passa de lição elementar de Direito.

Seria dispensável se o intento desta alocução não fosse trazer algum esclarecimento aos que não são profissionais do direito; e também se não merecesse ser realçado quando se fala dessa ilicitude radical que é o abortamento.

A nossa Constituição, logo num de seus primeiros artigos, que é o 5º, garante a todos: "a inviolabilidade do direito à vida".

Violar o direito à vida, simplificando, é matar.

Aí está um ato humano solenemente proibido pela lei constitucional: matar.

O nome técnico deste ilícito é 'homicídio'; porque se trata de matar um indivíduo humano.

Homicídio é uma palavra latina que se compõe de 'homo' (homem) e 'caedo' (matar): matar um homem.

Matar um animal não é proibido: porque a proibição consiste em violar o direito à vida; e um animal não tem direito algum.

O homicídio, além de ser um ilícito jurídico geral, é também crime.

Aliás, compreende um conjunto de crimes, cuja figura central tem o nome criminal de 'homicídio simples'.

Neste conjunto está o aborto provocado: o aborto é um homicídio.

Aquele que ainda vai nascer, não é entretanto um animal: é uma pessoa humana, tem direitos, sua vida é protegida pela Constituição.

Se não fosse assim, o aborto também não estaria incluído entre os crimes contra a vida da pessoa.

Então, uma proibição legal pode ser, além de simplesmente um ilícito, também um crime.

Mas pode não ser crime.

Um bom exemplo de ilícito que não é crime, pode ser encontrado no próprio artigo da Constituição que proíbe a violação da vida.

Alguns incisos adiante (X), o art.5º proclama, com a mesma solenidade do direito à vida, que é inviolável a imagem das pessoas.

É uma proibição grave; se não, não estaria na Constituição.

Mas violar a imagem não é crime.

Vou dizer que imagem é a aparência física, seja no original, seja representada em retrato, busto etc.; e que violar imagem é utilizá-la sem o consentimento da pessoa representada.

Violar a intimidade de uma pessoa também é um ilícito constitucional.

Aqui, algumas poucas formas de violação são definidas como crime; no mais não há crime.

O que faz uma proibição legal tornar-se crime?

Simplificando, de novo: é a lei.

A lei descreve um comportamento humano e diz: isto é crime.

Então aquele ilícito é crime.

Outro inciso do art. 5º da Constituição (XXXIX) dispõe assim: "não há crime sem lei anterior que o defina".

Aí está: na essência prática, é na definição legal que está o crime.

Em geral o crime resulta em pena.

Mas a própria Constituição distingue crime e pena como coisas separadas, ao continuar a regra anterior com estes termos: "nem pena sem prévia cominação legal".

Outro ponto a pôr em deslize é que as leis se dispõem numa ordem hierárquica.

No topo dessa hierarquia está a Constituição.

Para nós a Constituição federal, pois existem as estaduais e municipais, depois vêm as diferentes categorias de leis, certos decretos com força semelhante à das leis etc.

Quando a Constituição garante um direito ou coloca uma proibição, a lei inferior (que são todas as outras) não pode limitar tal direito ou tal proibição, a não ser que a própria

Constituição tenha aberto a exceção que a lei ordinária estabelece.

A Constituição assegura, como vimos, o direito à vida, e ao mesmo tempo proíbe violar esse direito à vida: proíbe matar.

A Constituição abre alguma exceção a esse direito ou a essa proibição?

Sim, uma única, que é a pena de morte em caso de guerra declarada (art.5º,XLVII,a).

Neste caso, o criminoso de guerra pode ser morto; legalmente, oficialmente.

Afora este caso, nenhuma lei, seja penal, seja civil, seja pública, — tem autoridade para tornar permitido matar uma pessoa humana.

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

Eu digo "se não fosse crime".

Se.

Mas é crime.

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

Desembargador Walter Moraes

Sobre o chamado aborto “legal”

Caro dr. Arantes (nosso futuro deputado):

Felizmente, para o nosso Código Penal, o aborto sempre é ilegal. O seu artigo 128 não descrimina os abortos sentimental e necessário, mas, tão-só, por motivo de política criminal, deixa de puni-los.

Basta, para que se cheque a essa conclusão, que se compare a redação por ele dada ao artigo 23, onde se faz referência às justificativas, “não há crime quando...”, com a do artigo 128, “Não se pune”.

De notar que no caso do aborto necessário poder-se-ia, talvez, invocar a justificativa do estado de necessidade, quando, então, apesar de sua inegável imoralidade, o aborto não seria criminoso. Porém, em sendo especialmente previsto no artigo 128 (o especial afasta o genérico), mesmo o aborto necessário sempre será criminoso, embora não punido.

Ora, o Estado não pode facilitar a prática de crimes, mesmo quando, por política criminal, não são punidos, já que a Administração deve reger-se por princípios de estrita legalidade.

Demais, em face do disposto no “*caput*” do artigo quinto da Constituição da República, a Administração não pode patrocinar nenhum atentado direto contra a vida. O acoroçoamento trazido pela prática do aborto penalmente tolerado, mas não legal, ao desrespeito à vida, atenta contra o princípio de moralidade administrativa, obrigatório para a Administração (“*caput*” do artigo 37 da Constituição da República).

A prevalecer essa malversação do uso do dinheiro público, que num hospital infantil deveria ser usado para prolongar a vida de crianças, e não para matá-las, cabível seria a ação popular (inciso LXIII do “*caput*” do artigo quinto da Constituição da República), ou a ação civil pública, essa exigindo parte ativa legal ou Constitucionalmente legitimada (o Ministério Público, que é o defensor da ordem constitucional, dos direitos dos fracos e da moralidade pública - artigos 127 e 129 da Constituição da República - e os referidos no artigo quinto da Lei n.7.347/85).

Esperando ter respondido às indagações, fico a seu dispor:

Em São Paulo, aos 12 de fevereiro de 1997

José Geraldo Barreto Fonseca

Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Ex-Professor de Direito Penal da Academia de Polícia Militar do Barro Branco

Prezado Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz:

Seguem algumas linhas sobre as indagações feitas. Espero que sejam úteis.

1. Pode o Estado manter na rede hospitalar pública, o atendimento aos casos de aborto em razão de estupro ou de risco de vida para a mãe? Pode-se falar aí em aborto legal?

R. A Constituição da República protege a vida humana desde o momento da concepção em consonância com o Direito Natural e na esteira da mais avançada ciência médica. A propósito, Bernard N. Nathanson, grande cientista, acaba de reiterar que “minha conversão à vida surgiu, médica e cientificamente, de maneira clara, pela minha compreensão cada vez maior -cientificamente falando - desse pequeno ser humano, tão pequeno e vulnerável que se encontra no ventre materno. Havia uma grande quantidade de informações nos princípios dos anos setenta, e isso foi-me convencendo de que se tratava de um ser humano em todo o sentido da palavra” (Conversão à Vida, O Estado de São Paulo, 5-2-97, pág.2).

Matar alguém é crime. A interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção é crime de aborto. A lei penal não contempla a figura do aborto legal, mas torna impunível o fato típico e antijurídico em determinadas circunstâncias. A impunidade, vale a pena enfatizar, não desnatura o delito. Este é um fato típico e antijurídico. A culpabilidade é o elemento que liga a conduta prevista na lei e contra o direito à punibilidade. Portanto, aborto é ilegal.

Os poderes públicos, evidentemente, máximo no Estado de direito, não podem praticar crimes. Devem atuar segundo as normas jurídicas vigentes. Portanto, não podem criar infra-estrutura hospitalar para o perpetramento da morte de indefesos. Os casos de impunibilidade de abortamento independem de autorização judicial e ficam ao critério do médico (Celso Delmanto, Código Penal Comentado, pág. 217).

2. Na hipótese de ser negativa a resposta à pergunta anterior, que se pode fazer para exigir a não implantação dessa prática?

R. Entre as inúmeras medidas que se podem tomar surge a ação para declarar inconstitucional a lei que fere o direito à vida. A ação civil pública para o desvio administrativo que cria o desserviço hospitalar de matança de inocentes. Além disto, o próprio Código Penal estabelece a punição, em princípio, daqueles que matam um ser humano concebido.

São Paulo, 05 de fevereiro de 1997.

Jaques de Camargo Penteado
Procurador de Justiça do Estado de São

Paulo

ILUSÃO DO NECRODIREITO FETAL E ABORTO NA REDE HOSPITALAR PÚBLICA

VICENTE DE ABREU AMADEI
Juiz de Direito da 1ª Vara
Criminal de Osasco - SP
Professor de Direito da UNIP

“Vejam a vida sob o seu dia
verdadeiro... É um instante
entre duas eternidades...”

1. Fumaça de morte na cultura brasileira.

Erroneamente, tem sido plantada na cultura brasileira a ilusão de que há três tipos de abortos lícitos (legais):

- a) “terapêutico”, para a hipótese em que não há outro meio de salvar a vida da gestante;
- b) “sentimental”, para a hipótese de gravidez resultante de estupro;
- c) “eugenésico”, para a hipótese de má formação fetal, com fundada probabilidade de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais.

Apregoa-se, ainda, que os abortos “terapêuticos” e “sentimentais” já são expressamente permitidos no Código Penal (artigo 128, I e II)²⁴ e que os abortos “eugênicos” estão liberados, pois têm o amparo de alvarás judiciais, não obstante a ausência de previsão normativa que os agasalhem²⁵

Procura-se, pois, deturpando a verdade, formar a consciência social, médica e jurídica brasileira em fumaça de morte: confunde-se isenção de pena com licitude, impunibilidade com permissão, alvará judicial com liberdade comportamental; assim, vai se plantando a falsa idéia de que há necrodireito fetal, isto é, que há situações de eliminação da vida humana intra-uterina que têm fundamento na ordem jurídica pátria, são “legais”.

2. Todo aborto é ilícito (ilegal).

É preciso ter em conta que não há direito contra a vida de inocente, em qualquer hipótese. Toda eliminação voluntária da vida humana inocente é, em si, antijurídica, ilícita.

Quando o legislador penal, no artigo 128 do Código Penal, prescreve que não se pune o aborto praticado por médico (I) se não há outro meio de salvar a vida da gestante, e (II) se a gravidez resulta de estupro...” não se está “descriminalizando” tais abortos nem tornando lícitas condutas antes ilícitas (“legalizando”) nem excluindo a antijuridicidade dos abortos provocados.

Ressalte-se que o legislador somente isenta a pena: crime continua existindo, mas “não se pune”: ilícito (ilegal) não deixa de ser o aborto “terapêutico” e o aborto “sentimental”, mas “não se pune”. Exclui-se a

24 Thomaz Rafael Gallop. Diretor do Instituto de Medicina Fetal e Genética Humana de São Paulo, tem publicado diversos artigos de apologia do aborto eugenésico, em periódicos de circulação no meio médico e no meio jurídico, e, com frequência, emprega a expressão “aborto legal” para os casos do aborto resultante de estupro e de risco de vida materna, aborto “legítimo” para aquele em razão de anomalia fetal, e ainda costuma usar o verbo “permitir” no exame de leis penais, em matéria de aborto, dando a entender que, para ele, se determinada conduta não é punida é, automaticamente, “permitida” (Cf. “Aborto por Anomalia Fetal”, in *Bioética*, 1994; 2:67-72; “Ainda o aborto (legítimo) em razão de anomalia fetal”, in *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais* de Jan/1994, ano I, n. 17.

25 “Justiça libera aborto em anomalias - Estudo inédito feito por médico brasileiro revela que 350 alvarás foram concedidos no país, em casos proibidos por lei”-manchete na primeira página da Folha de São Paulo de domingo, 01.09.1996.

punibilidade, mas subsiste o ilícito, ou, conforme a boa lição do Desembargador WALTER MORAES :“suprime a pena “,”fica o crime”²⁶.

Corrige-se, pois, o primeiro ofuscamento que se busca plantar: não se pode confundir isenção de pena com licitude, anotando-se que, não obstante o artigo 128 do Código Penal, tanto o “aborto terapêutico “ quanto o “aborto sentimental” são condutas ilícitas, apenas não puníveis.

3. Todo aborto é proibido.

Se o legislador, no artigo 128 do Código Penal, prevê a não punição dos chamados “abortos terapêuticos” e “abortos sentimentais”, isso não significa dizer que seja permitido promover referidos abortos.

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

Com efeito, nosso ordenamento jurídico constitucional reconhece o “direito à vida”²⁷ de modo incondicional, sem meios termos, sem distinções (vida intra-uterina ou vida extra-uterina ; vida nova ou vida velha; vida doente ou vida sadia ; vida curta ou vida longa), aberta a única exceção da pena de morte em caso de guerra externa declarada (art. 5º, XLVII, “a”, da Carta Magna).

Ora, o verso da moeda que reconhece o direito à vida é o dever jurídico de respeitá-la e, isso, obviamente, importa afirmar, em si, a proibição do homicídio e do feticídio, que tem, em nosso Direito Positivo, fonte constitucional.

26 “O Problema da Autorização Judicial para o Aborto”, in Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (RJTJESP), Lex Editora, vol. 99, p. 20/21. Não se desconhece a posição de parte da doutrina penalista no sentido de que haveria erro de redação no artigo 128 do Código Penal (ao constar “não se pune” - quando deveria constar “não há crime”) e, assim, as duas hipóteses de aborto aí referidas seriam causas excludentes da antijuridicidade; mas, em rigor, como bem demonstrou o professor de Direito Penal da Universidade Paulista (UNIP) e Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, RICARDO DIP, em recente trabalho sobre o assunto, tais hipóteses são de mera “isenção de pena - no limite, dirimentes (causas de exclusão da culpabilidade ou da punibilidade) -, ou se fulminam de manifesta inconstitucionalidade” (uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico - alvará para matar”, RT 734/531, dez/1996).

27 Art.5º, **caput**, e art. 227, **caput**, ambos da Constituição Pátria de 1988. “O primeiro e mais importante de todos os direitos fundamentais de ser humano é o direito à vida. E o primeiro dos direitos naturais que o Direito Positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem condições de criar”. (IVES GANDRA DA SILVA MARTINS, “Fundamentos do Direito Natural à Vida”, RT 623/27, set/1987).

Enfim, tudo o que estiver orientado para a morte de ser humano inocente (aqui incluído todo tipo de aborto provocado) ofende o direito à vida e é, em nosso Direito Positivo, constitucionalmente vedado, não permitido.

4 “Aborto terapêutico” ou “estelionato científico”?

Quanto ao “aborto terapêutico” (ou “necessário”) - para o qual há, em nossa lei penal, isenção de pena (art.128, I, do Código Penal) -, é a voz do respeitado professor de medicina legal, Doutor Costa Júnior, que ainda faz eco nas consciências, revelando que essa norma jurídica serve apenas para “encobrir os verdadeiros motivos do aborto provocado” e, assim, o chamado “aborto terapêutico”, em verdade, “não passa de um estelionato científico, sob a falsa invocação da medicina e com a chancela indevida da legalidade”²⁸

Isso, porque, no estado atual de evolução da ciência médica é possível tratar a patologia materna sem sacrificar o feto. Assim, cientificamente, o disposto no artigo 128, I, do Código Penal, é inócuo.

Portanto, o “aborto terapêutico” é, em rigor, um engodo, não se podendo afirmar, aos olhos da medicina, qualquer necrodireito fetal para salvar a vida da gestante.

5. “Aborto sentimental” ou “estelionato moral”?

Por outro lado, o que deu suporte ao inciso II do artigo 128 do Código Penal (aborto resultante de estupro) não foi nenhuma razão de ordem científica (“para salvar a vida da gestante”); mas sim, de ordem moral, ou seja, tendo em conta resguardar a honra da mulher ou, para alguns, preservar o equilíbrio psicológico dela, diante do sentimento de rejeição à maternidade fruto da violência sexual²⁹.

Ora, quer pesando a honra da mulher com a vida do feto, quer pesando o viver psíquico da mulher com não viver de seu filho indesejado, não há nenhuma dúvida em se afirmar que o aborto provocado resultante de estupro (chamado, ainda, do “aborto por indicação ética”) é verdadeiro estelionato moral, porque toma como bem maior circunstância accidental (honra, equilíbrio emocional) em detrimento do essencial (a vida).

²⁸ Essas palavras são do médico-legal J.B.DE OLIVEIRA E COSTA JUNIOR, que foi catedrático da faculdade de Direito da USP (Cadeira de Medicina Legal),em aula inaugural dos Cursos Jurídicos de 1965: “Por que, ainda, o aborto terapêutico?” in Revista da Faculdade de Direito da USP vol. LX, p. 328 e 330.

²⁹ O argumento de resguardo do “equilíbrio psicológico da mulher”, em vigor, é falso, pois o que realmente preservará sua estabilidade emocional, diante de tão grave situação, é o enfrentar a nova condição da vida com elementos construtivos (de amor, de vida) - o que é possível atingir, se necessário com o apoio de psicólogos -, não com elementos destrutivos (de ódio, de morte), que, embora, no início, dêem a impressão de sucesso, ao longo do tempo podem terminar gerando profundas seqüelas na ordem psíquica, bem mais graves que as seqüelas do estupro e da gravidez daí decorrente.

Não só a natureza das coisas indica ao homem de bom senso e de boa vontade que a vida é valor superior aos valores da honra e do bem viver psíquico, mas também a Constituição brasileira reconhece que a vida (pressuposto substancial de todos os demais valores dela dependentes, como a liberdade, a honra, a integridade física e psíquica, Tc) é o primeiro dos valores protegidos juridicamente.

Se o legislador penal, no referido artigo 128 do Código Penal, estabelece que esse tipo de aborto não será punido, não se está afirmando seja lícito ou permitido o feticídio. Ilusório (errado), pois, supor haver direito de sacrificar a vida humana intra-uterina resultante de estupro.

Não há, enfim, necrodireito fetal em caso de gravidez resultante de estupro, mas mera isenção de pena (entenda-se, de sanção criminal).

6. “Aborto piedoso” ou “estelionato racial”?

O Anteprojeto de Lei do Ministério da Justiça, relativo à reforma da Parte Especial do Código Penal, de 1984 (Portaria n. 304, de 17.07.84, Diário Oficial de 19.07.84, Seção I, p. 10522 e segs.), além de mudar a redação do artigo 128 do Código Penal, acrescia o inciso III, com a hipótese do aborto eugenésico, denominando-a “aborto piedoso”.

Nome convidativo à compaixão, à misericórdia; conteúdo jurídico que nega, na raiz, o amor ao doente, ao feto deficiente, e, contra o coração da vida humana que ainda pulsa, conspira-se a morte, o feticídio.

Dourada é a casca que reveste o fruto venenoso!

Será que está completamente perdido o significado da palavra “piedade”³⁰, a ponto de se poder qualificar o aborto do necessitado ao extremo como “piedoso”?

O aborto por indicação eugenésica, como bem apontou RICARDO DIP, é crime, sequer isento de pena pelo Código Penal, que enraíza um

30 Piedade é palavra plurívoca, como lembra ANTÔNIO ROYO MARIN: “La palabra piedad se puede emplear en muy diversos sentidos: a) como sinónimo de devoción, religiosidad, entrega a las cosas del culto de Dios; y así hablamos de personas piadosas o devotas; b) como equivalente a compasión o misericórdia; y así decimos: “Señor, tened piedad de nosotros”; c) para designar una virtud especial derivada de la justicia: la virtud de la piedad,...; y d) aludiendo a uno de los siete dones del Espíritu Santo: el don de piedad” (Teología de la Perfección Cristiana, BAC, 6ª. Edição, Madri, p. 566). Associada ao aborto eugênico, busca-se incutir a idéia de que esse feticídio é um “remédio” (melhor seria dizer “veneno”) contra a dor, contra o sofrer da mãe e do filho, daí, compassivo ou misericordioso; todavia, não há verdadeira piedade que mata, pois o motor de toda real compaixão e de toda verdadeira misericórdia é o amor ao próximo que necessita de salvação, e, assim, faz conjugar os esforços (dos naturais aos sobrenaturais; dos científicos aos místicos; dos recursos terapêuticos até a impetração pelo milagre) para que o feto doente tenha cura, ame e seja amado, viva (não morra) e, se possível, viva melhor. Anoto, por fim, que o conjugar os recursos da ciência com os da fé não é nada estranho para quem já ouviu falar da vida, da obra e do testemunho do médico e cientista francês, ex-agnóstico, Prêmio Nobel de 1912, ALEXIS CARREL, o qual, com sabedoria, afirmava que “a tarefa da ciência é permitir a mística que se incorpora na vida, com o desviar da sua estrada”.

“racismo cromossômico”, “a tragédia de um totalitarismo que sobreviveu aos escombros da Segunda Guerra Mundial e à queda do Muro de Berlim”³¹.

O “aborto eugenésico” é, pois, verdadeiro estelionato racial: segregando os seres humanos fracos (fetos portadores de “graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais”) dos fortes (fetos “normais”) - 32, assegura a vida destes e condena aqueles à morte, sob a aparência enganosa de que nisso há “piedade”.

Certo que esse tipo de prática de aborto tem colhido algumas autorizações judiciais, mas é bom registrar que aí se está diante de manifesta criação judiciária (administrativa ou jurisdicional, conforme conste em procedimento de atribuição de Juiz Corregedor da Polícia Judiciária ou em processo de competência do Juiz de Direito) contra legem, no âmbito daquilo que se chamou, não faz muito tempo, de “direito alternativo”.

São, como novamente ressalta o Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo RICARDO DIP, “alvarás para praticar um crime”, “alvarás para matar”, que não tem o efeito de gerar a descriminalização da conduta³³ nem autorizam pregar haver liberdade comportamental para esse tipo de aborto.

Crime é - e continuará sendo, ainda que autorizado judicialmente - o aborto eugenésico.

Assim, igualmente para o referido “aborto de indicação eugenésica”, mesmo que seja judicialmente autorizado, não há necrodireito fetal.

7. Os abortos na rede hospitalar pública são frutos do ilusório pressuposto de que há certos casos de necrodireito fetal.

Embora não exista direito ao sacrifício da vida humana intra-uterina - não só por Direito Natural, mas também por reconhecimento e proteção do “direito à vida” em nosso Direito Positivo (Constituição da República, arts. 5º e 227) - , não obstante seja todo aborto ilícito (ilegal) e não permitido, até o “terapêutico” e o “sentimental” (estes apenas isentos de pena), bem como a despeito de não terem os alvarás judiciais para abortos eugenésicos efeito discriminante da conduta antijurídica; afirma-se, como já referido, em má formação da consciência social, médica e jurídica, que tais abortos são “legais” ou que há “direito ao aborto” nessas circunstâncias (de fins “terapêuticos”, “sentimentais” ou “eugenésicos”).

31 Ob. cit, RT 734/520-525 .

32 Eugenésico, tem raiz no grego **eugenés**, que significa “nobre”. Logo, aborto eugenésico é privação do nascimento do “pobre”. Priva-se do nascimento o “pobre”, isto é, o “fraco”, o “deficiente”, o “malformado”; admite-se o nascimento do “nobre”, isto é, do “forte”, do “eficiente”, do “bemformado” . Assim, condenado à morte, por privação de nascimento, aquele cuja qualidade física e mental da vida não seja geneticamente ideal, há verdadeiro racismo genético.

33 Ob. cit., RT 734/537-538 .

Mas nisso, note-se bem, há muito mais que mero uso impróprio da língua ou falta inconseqüente da precisão técnico-jurídica dos termos.

Com efeito, partindo da falsa premissa decorrente dessas propositadas imprecisões terminológicas, ou seja, da ilusão de que há um certo necrodireito fetal na ordem jurídica brasileira, procura-se sustentar ser dever do Estado manter em rede hospitalar pública o atendimento aos casos de abortos “terapêuticos”, “sentimentais” e, se autorizados judicialmente, também dos “abortos eugênicos”.

Para clarear, tome-se por exemplo os argumentos da abortista CARMEN BARROSO, em artigo publicado no jornal “Folha de São Paulo” de 17 de abril de 1985³⁴, por ocasião do episódio referente à mensagem que o Governador do Rio de Janeiro, à vista da carta recebida pelo Cardeal Eugênio Sales, remeteu à Assembléia Legislativa daquele Estado, propondo a revogação da lei que estabelecia a obrigatoriedade, à rede dos serviços de saúde do Estado, do atendimento médico para a prática do aborto “nos casos previstos em lei”:

a) parte da premissa de que “O Código Penal vigente desde 1940 reconhece à mulher o direito de abortar nesses casos” (gravidez resultante de estupros), bem como que esse Código “também permite o aborto nos casos em que está em risco a vida da mulher”;

b) e, assim, conclui que a lei que prevê o atendimento ao aborto pela rede pública, “só o permitindo nos casos de estupro e de risco de vida”, apenas assegura “o cumprimento de um direito adquirido desde 1940”.

Falsa a premissa (necrodireito fetal para os abortos “terapêuticos” e “sentimentais”), errada a conclusão (poder-dever do Estado em manter, na rede hospitalar pública, atendimento para esses tipos de aborto).

8. As leis permissivas de práticas de abortos “terapêuticos”, “sentimentais” e “eugenésicos” na rede hospitalar pública são inconstitucionais.

Oportuno notar, ainda, que, partindo do vício lógico-jurídico retro apontado, e em face da descentralização do sistema de saúde pública (e conseqüente crescimento da rede dos serviços hospitalares municipais), além de leis estaduais, tem havido uma certa pulverização de leis municipais prescrevendo o poder-dever de se manter, na rede pública hospitalar correspondente, o atendimento aos casos de aborto “terapêutico” e “sentimental”, não se hesitando acrescer a esse rol o aborto “piedoso” quando mascarado pelo alvará judicial³⁵.

34 “Anatomia do Legislativo do Estado do Rio” - jornal Folha de São Paulo do 17.04.85, p. 3, de CARMEN BARROSO, Pesquisadora da Fundação Carlos Chagas e Professora do Departamento de Ciências Sociais da USP, conforme indicado ao pé do artigo.

35 Corre notícia de que têm havido abortos provocados em Brasília (Hospital Regional da Asa Sul), em Recife (Centro Integrado de Saúde Amauri de Medeiros - CISAN), no Rio de Janeiro (Instituto Municipal da Mulher Fernando Magalhães), em São Paulo (Hospital Jabaquara) e em Campinas (Centro de Assistência Integral à Saúde da Mulher).

Todas leis desse conteúdo (permissas da prática do aborto “terapêutico” e “sentimental”), quer do âmbito federal, quer do âmbito estadual, quer do âmbito municipal, bem como todas as respectivas normas administrativas (decretos regulamentares, resoluções, portarias, Tc) são, em rigor, inconstitucionais, porque violam o direito à vida (no caso, da vida humana do feto), que a Constituição da República reconhece e ampara, incondicionalmente, havendo, pelo que já foi minuciosamente exposto, total impropriedade jurídica no argumento errôneo de que haveria necrodireito fetal nos casos do artigo 128 do Código Penal ou diante de expressa autorização judicial para outras hipóteses (especialmente a eugenia), ainda que não previstas naquela norma penal.

Não se pode admitir, por incompatibilidade normativa e desarmonia hierárquica do Direito Positivo, que a ação que tem a marca da ilicitude constitucional (conduta que fere o direito à vida humana inocente) e, assim, é, por decorrência lógico-constitucional, necessariamente proibida (todo tipo de aborto provocado é vedado), venha a ter sua permissividade em lei infraconstitucional.

Lembro, também, que, a propósito do Projeto de Lei federal n. 20-A, de 1991, que dispõe sobre a obrigatoriedade de atendimento dos casos de aborto previstos no Código Penal, pelo Sistema Único de Saúde, não faltaram as lúcidas manifestações de juristas do porte dos Desembargadores paulistas WALTER MORAES, JOSÉ GERALDO BARRETO FONSECA e WALTER THEODOSIO, e do Juiz do Tribunal de Alçada Criminal Paulista RICARDO DIP 36, salientando a inconstitucionalidade de lei que regulamentar a prática do abortamento.

9. Ferramentas políticas e jurídicas de resguardo do direito à vida do feto.

Triste o País que, tendo aos olhos a verdade do erro em que se encontra, insiste em nele permanecer ou não viabiliza as ferramentas que tem para sanar o mal posto e crescente.

Se, em verdade, não há necrodireito fetal (porque ilícito e proibido todo abortamento provocado); se inconstitucionais são as normas jurídicas infraconstitucionais que regulamentam o abortamento pela rede de saúde pública; e mais, se o “aborto terapêutico” é “estelionato científico”, se o “aborto sentimental” é “estelionato moral”, e se o “aborto piedoso” é “estelionato racial”; penso que não pode haver conformismo político-social nem adormecimento axiológico-jurídico.

Outrossim, se levarmos em conta que o nosso País é de raiz cristã, vinda do tronco hispânico, com população preponderantemente católica apostólica romana, para a qual “quem provoca aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão latae sententiae” (Cânon 1398 do Código de Direito Canônico atual), é também uma questão de respeito ao social atender aos reclamos da fé do povo 37.

36 Entrevistas de dezembro de 1996 ao boletim informativo de “O Amanhã de Nossos Filhos”.

37 A legitimidade das normas de conduta de proteção à vida, em rigor, tem fundamento no Ser, na Verdade e no Bem em relação aos quais não há critério

10. Ferramentas políticas (âmbito legiferante).

Na esfera legiferante, portanto, é preciso fazer atuar os canais político-sociais de legítima pressão junto aos parlamentares e chefes dos Poderes Executivos, quer para revogar o mal positivado em lei, quer para impedir sua proliferação, especialmente no que tange a ilícita e inconstitucional permissão de abortamentos na rede de saúde pública.

11. Ferramentas jurídicas (âmbito administrativo)

Na esfera administrativa, especialmente atento às pessoas dos funcionários da área de saúde pública (médicos, enfermeiros, instrumentadores cirúrgicos, Tc), é preciso, em primeiro plano, informá-los de que lei inconstitucional não se deve cumprir, nada abriga contra a Constituição brasileira que expressamente resguarda o direito à vida (intra e extra-uterina) e, assim, não podem ser forçados a fazer ou cooperar com referidos abortos nem podem ser punidos quando houver recusa. Por fim, oportuno lembrar-lhes, também, que podem levantar a qualquer tempo a objeção de consciência, anotando-se que a Constituição da República (art. 5º, VI) ampara a liberdade de consciência dos servidores da saúde que não podem ser forçados, contra suas consciências, a praticar ou colaborar com o feticídio.

12. Ferramentas jurídicas (âmbito jurisdicional).

Na esfera jurisdicional, em vista de leis inconstitucionais regulamentadoras da prática de abortos, há os mecanismos preventivos de controle direto e de controle difuso da constitucionalidade. a) para o primeiro caso, as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; b) para o segundo, nos diversos tipos de ações, adequadas segundo a peculiaridade de cada caso (por exemplo, mandados de segurança em face de ato administrativo-hospitalar, cautelares inominadas, ações cominatórias negativas em que se pretenda a abstenção da prática de abortamento por hospitais da rede pública,...).

Anoto, ainda, que em demandas preventivas de proteção do direito à vida do feto seria absurdo pensar na iniciativa do feto para vir em Juízo, por si ou pela mãe (aqui, em geral, para os abortos “terapêuticos”, “sentimentais”, e “eugenésicos”, há colidência de interesses entre ascendente e descendente). Admite-se, pois, que terceiro peça em nome do nascituro-incapaz, requerendo, de plano, que o Juiz lhe nomeie seu curador

democrático (50% mais um) algum: o ser não deixa de ser, nem a verdade deixa de ser verdade, nem o bem deixa de ser verdadeiro bem, por questão de maioria ou de minoria, por critério meramente opinativo de quantidades. Entretanto, mesmo aqueles que reduzem a legitimidade ao fruto do desejo da maioria social (50 % mais um) não podem negar a preponderante fé católica dos brasileiros. Daí, para aferir e respeitar isso, sequer é preciso ter fé, conforme atesta o exemplo de Clóvis Beviláqua, na redação da parte de direito de família do Código Civil, que, nada obstante ser positivista, sabia que não legislava para si, mas para o povo brasileiro e, assim, sendo o povo profundamente marcado pelo cristianismo, deveria, ao legislar, respeitar os princípios da Religião Católica.

especial ou, caso não aceite sua pessoa para esse múnus público, lhe dê outro curador especial para que ele não fique sem alguém que seja sua voz clamando a proteção de seu direito à vida (artigo 9º, I, do Código de Processo Civil).

Importante salientar, ainda, a relevante função do Ministério Público, não só como fiscal da lei, mas em efetiva intervenção em favor da vida do incapaz, até como parte em ação que seja possível cogitar para tutela do interesse difuso da vida humana intra-uterina, em face de autoridade (ou da pessoa jurídica de direito público correspondente, conforme o tipo de ação), responsável por ato administrativo voltado à implantação da prática do abortamento na rede pública hospitalar.

Não se pode esquecer que vida humana é valor de dimensão social, isto é, “bem jurídico que não importa proteger só do ponto de vista individual; tem importância para a comunidade” 38.

Penso, ainda, em audaz interpretação oláctica, mas que tem em conta a instrumentalidade do processo, bem como sua celeridade e efetividade necessárias (especialmente em questão de vida ou morte), no **habeas corpus** preventivo, que tem larga legitimidade ativa (qualquer pessoa pode impetrá-lo) e passiva (admissível o remédio até quando a ilegalidade emana de particular) - 39. Isso, porque, embora o **habeas corpus**, atualmente 40, tenha o destino de proteção ao direito de liberdade de locomoção, é fato absolutamente certo que aquele que perde a vida (suporte existencial da liberdade) também está privado da liberdade ambulatoria; logo, o **habeas corpus** também é remédio jurídico para proteção do direito à vida, pois resguardando a vida humana contra a morte, resguarda-se a liberdade de ir e vir, e, deixando de protegê-la, ferido irremediavelmente também estará o direito de liberdade.

13. Aborto crescente é retrocesso na história do direito.

38 ANÍBAL BRUNO, Direito Penal, Ed. Forense, 1959, 2ª. Ed., vol. I, tomo 2º, p.21.

39 Não obstante o entendimento de Bento de Faria, admitem a impetração do **writ** também contra ato de particular Costa Manso, Pedro Lessa, Aureliano Guimarães, João Mendes Júnior, Magalhães Noronha (Cf. TOURINHO FILHO, Prática de Processo Penal, Ed. JALLOVI, 1984, 9ª. Ed., p. 504/505).

40 Digo “atualmente”, porque, na história do **habeas corpus**, não se pode esquecer a polêmica entre Rui Barbosa e Pedro Lessa (o primeiro sustentando que “onde se der violência... o **habeas corpus** é irrecusável”; o segundo, limitando-o aos casos de “constrangimento à liberdade de locomoção”), nem ignorar o fato de que já houve tempo em que esse remédio era garantia contra qualquer violação de direito individual (Cf. TOURINHO FILHO, Processo Penal, ed. Saraiva, 1987, 10ª ed., vol. 4, ps. 421/424). Não se está, aqui, pregando o uso do **habeas corpus** nos moldes da amplitude que Rui Barbosa o defendia, mas sim anotando-se que excluí-lo como remédio jurídico de tutela à vida do feto é também negá-lo como proteção de liberdade de locomoção, pois, sem vida garantida até a morte natural, o ser humano estará automaticamente privado daquela liberdade.

Por fim, termino esse breve estudo, lembrando que a “permissividade” crescente do aborto, em clima de globalização, é, em verdade, sinal de retrocesso na história do direito das civilizações.

Será que iremos retroceder ao tempo arcaico do Direito Romano, primeiro novamente admitindo o aborto, tratando o nascituro como “parte da mulher ou de suas vísceras”⁴¹, amanhã, quem sabe, à barbaridade do abandono do recém-nascido e do *ius vitae et necis*, isto é, a prerrogativa de o pai matar o filho, como “direito” seu, sem nenhuma ofensa à lei humana⁴²?

Será que iremos retroceder ao tempo primitivo do Direito Romano em que, para ser pessoa era preciso, entre outros requisitos, não ser “monstro”, isto é, fruto de mulher sem “figura de homem”, em vista de gravíssima anomalia⁴³?

Será, enfim, que o Brasil se renderá à cultura de morte que se tem espalhado pelo globo terrestre como praga, retirando os freios da violência, minando todas as autoridades, proliferando o feticídio e, por fim, estampada em tristes manchetes jornalísticas de clínicas abortistas que explodem?

Embora não se cuide de realidade atual brasileira, mas vendo aqui certo movimento crescente ao aborto (uma brecha aqui, outra ali,...), desde já e para o futuro, prefiro reter na memória as palavras do bispo de Kielce, Kazimierz Ryczan, quando desabafou diante da recente lei abortista polonesa: “ajoelho-me diante de suas mães que decidiram dar-lhes a vida, embora teria sido bem melhor para a Polônia se tivessem pensado como vocês sobre as crianças nascidas; ao menos assim não existiria a vossa lei criminal”⁴⁴.

Osasco, fev/1997.

UMA QUESTÃO BIOJURÍDICA ATUAL: A AUTORIZAÇÃO JUDICIAL DE ABORTO EUGENÉSICO — ALVARÁ PARA MATAR

41 “*partus enim antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum*” Ulpiano, fr. I, par. 1 - de insp. Vent (25 - 4), ref. Por REYNALDO PORCHAT, *Da Pessoa Physica em Direito Romano*, São Paulo, ed. Duprat, 1915, p. 09).

42 ALEXANDRE CORREA e CAETANO SCIASCIA , *Direito Romano*, ed. Saraiva, 1949, vol. 1, p. 101.

43 “... o feto, para ter capacidade jurídica, precisava não ser um monstro ou prodígio - **ad nullum declinas monstrum vel prodigium** (cit, const. 3^a.)”, Lembre-se, segundo Labeão, que monstro é a extrema anomalia (diferenciada, pois, do *ostentum*), ou seja, “aquilo que é gerado e nascido contra a natureza... que não tem figura de homem” (REYNALDO PORCHAT, ob. cit., 13/14).

44 “Era melhor antes de 1989”, publicado na Revista “30 Dias”, Ano X, n. 9, setembro de 1996, p. 19 da edição portuguesa.

RICARDO HENRY MARQUES DIP

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo;
Membro da Academia Paulista de Direito.

(Publicado na Revista dos Tribunais,
Ano 85 - v. 734 - dez 1996 - Fasc. Pen. - p. 517-540)

SUMÁRIO: 1. *Referência introdutória ao biodireito: 1.1 Um novo enfoque para antigos problemas; 1.2 Distinguindo o biodireito natural e o biodireito positivo.* - 2 *O aborto eugênico e o biodireito natural; 2.1 A qualidade de vida no centro das ocupações eugenésicas; 2.2 Socialmente inúteis? Pessoalmente infelizes? Terceiros infelizes?; 2.3 A qualidade de vida é título para o ser?; 2.4 As escusas sentimentais e utilitárias...; 2.5 Adeptos do feticídio, em busca de uma fórmula...(não importa qual); 2.6 O aborto, homicídio de inocentes - 3. O aborto eugenésico e o biodireito positivo brasileiro; 3.1 Há abortos diretos positivamente lícitos ou há somente isentos de pena?; 3.2 Uma licitude que, acaso houvesse, maltrataria a Constituição; 3.3 O aborto eugenésico não é, no direito brasileiro, sequer hipótese de escusa absolutória - 4. Autorização judicial para o aborto eugenésico - ou alvará para praticar um crime: 4.1 A ilimitação dos alvarás possíveis (enfim, os crimes autorizados) 5 Bibliografia*

Ao Desembargador Márcio Martins Bonilha, cuja trajetória de Magistrado é um exemplo para os juizes humanistas.

“Le respect de l’homme en chaque homme est une obligation inconditionnelle...” (Jean Bernard).

1. REFERÊNCIA INTRODUTÓRIA AO BIODIREITO

Poucas dezenas de anos tem o termo bioética (de bio, vida, e ética; ética da vida), vocábulo, parece, atribuível, na origem inglesa, a Van Rensselaer Potter com seu livro *Bioethics: Bridge to the Future* (New Jersey, 1971). Ainda pendente a discussão acerca de sua larga compreensão e autonomia disciplinar, sobretudo no que respeita à ética geral - sem embargo de a origem da bioética retrair, como quer que depois se entenda essa pretendida autonomia, seu caráter de disciplina moral específica dos temas biológicos (não é já célebre dizer, com Elio Sgreccia, que a bioética é “filosofia moral da investigação e da prática biomédica”?)_, acha-se em marcha, e em postulado regime de urgência, a instituição de um *biodireito* (tome-se como exemplo a obra *De la bioéthique au bio-droit*, dirigida por Claire Neirinck).

Nessa linha, já em 1991, Paulo Ferreira da Cunha, no seu imperdível *Pensar o Direito*, proclamava “a urgência de criação de um biodireito”, disciplina impulsionada, em parte, por “um novo espírito de preocupação pelo Homem e pela sua dignidade, a que os próprios exageros da ideologia dos Direitos Humanos beneficentemente conduziram também” (t.II,p.183).

1.1 *Um novo enfoque para antigos problemas*

Desde logo, não parecem evitáveis algumas questões epistemológicas sobre o biodireito. O primeiríssimo de seus problemas diz com seu estatuto científico, com seu relacionamento quer com a ética, quer com as ciências experimentais da vida. Tem razão Ferreira da Cunha quando põe em destaque a preponderância de um novo enfoque de antigos problemas como capital para o biodireito: “uma nova maneira de entender certos problemas jurídicos, atravessando as novas descobertas e as novas práticas”.

Não se trata somente de reconhecer uma nova perspectivização de um objeto material já encontrado na bioética. Isso renderia ensejo a uma discussão acerca da diversidade e, mais profundamente, da hierarquização dos saberes próprios do biodireito. Acharo-nos, mais além, em face do tema da separação, da subalternação ou da ontonomia do biodireito em relação à ética e, mais agudamente - mérito ainda de Ferreira da Cunha foi sublinhá-lo -, estamos diante da rediscussão dos pressupostos naturalísticos dos ilícitos (se não de todos, da maior partes deles).

Afastada a separação entre o direito e a moral - velha tese kantiana de cujos resultados este século é suficientemente ilustrativo -, resta dizer que a juridicidade opera como diferença específica em relação ao gênero ético. Em outros termos, o direito é parte da moral, mas essa subalternação - de natureza formal (vale dizer, a ética fundamenta o direito, regulando ultimamente as condutas proximamente versadas no plano jurídico) - não exclui a relativa autonomia dos saberes jurídicos, *rectius*: sua ontonomia.

Esse predicado (também) do biodireito - o de sua ontonomia - corresponde, na celebrada lição de Paniker, ao reconhecimento de leis próprias à esfera biojurídica, com distinção relativa à esfera superior da ética, mas não separação, nem (o que muito importa) “interferências injustificadas” (p.11).

1.2 Distinguindo o biodireito natural e o biodireito positivo

Retomou Ferreira da Cunha, a propósito, uma antiga lição de Aristóteles, que se agudizou com Santo Tomás de Aquino e, adiante, com a escolástica das Espanhas: a divisão do justo político em justo natural e justo legal (ou justo positivo). A referência básica é a da *Ética a Nicômaco*: “A justiça política é de duas espécies: uma, natural, a outra, legal. É natural aquela que, tem em toda parte a mesma força e não depende desta ou daquela opinião; legal é aquela que, à origem, pode ser indiferentemente isto ou aquilo, mas que, uma vez estabelecida, impõe-se” (Bkk.1.134 b 18). Santo Tomás aprofunda essa lição, como se acha por exemplo, na passagem que segue:

“... o direito ou o justo é algo adequado a outro, conforme a certo modo de igualdade. Mas uma coisa pode ser adequada a um homem de duas maneiras. Primeira, atendida a natureza mesma da coisa; por exemplo, quando um dá tanto para receber outro tanto; e isto é direito natural. Segunda, por convenção ou comum acordo, é dizer, quando alguém se manifesta satisfeito com receber tanto; por convênio privado, como o que se constitui mediante um pacto entre pessoas particulares; ou por convenção pública, v.g., quando todo o povo consente em que algo se considere como adequado ou ajustado a outro, ou quando o ordena assim o príncipe que tem a seu cargo o cuidado do povo e representa sua pessoa. E isto é direito positivo” (**Suma Teológica**, IIa.-IIae., Q. LVII, art.2º, *respondeo*)

Em outra questão da *Suma Teológica*, o DR. Comum discute se se deve julgar sempre segundo as leis escritas, concluindo:

“Deve dizer-se que (...) o juízo não é outra coisa que certa definição ou determinação do que é justo. Mas algo se faz justo de dois modos: de um modo, pela

natureza mesma da coisa, o qual se diz *direito natural*; e, de outro modo, por certa convenção entre os homens, o qual se diz *direito positivo*”(IIa.-IIae., Q.LX, art. 5º , *respondeo*).

Paulo Ferreira da Cunha, filiado a essas sólidas lições, sustenta que “quando o Direito exige coisas que a Moral não exige, não a contrariando nos seus princípios, tais coisas passam a ser moralmente exigíveis”, isto é: “ o Direito é capaz de “moralizar” certos problemas sujeitando-os à jurisdição (II - p. 181-182)

Essa divisão do justo político restitui uma perspectiva formal adequada a todo segmento jurídico, e, particularmente, ao que nos importa aqui, ao biodireito, pois seu objeto material - as questões biológicas humanas - não somente se aprecia desde o ângulo do justo legal (é dizer, de um dado direito posto, *hic et nunc*), mas, igualmente, a contar do justo natural.

A condição, de resto, para que o justo legal seja moralmente exigível está posta, como fez ver Ferreira da Cunha, em que o direito não contrarie os princípios da ética. Por certo: o justo natural independe da vontade humana, de modo que a lei positiva a contrariá-lo só pode constituir um injusto *contra naturam*. Ou, em palavras de Santo Tomás:

“Assim como a lei escrita não dá força ao direito natural, tampouco pode diminuir ou tirar sua força, porque a vontade do homem não pode modificar a natureza”(IIa.-IIae., Q.LX, art. 5º., *ad primum*).

Pode-se, então, cogitar de uma dogmática do biodireito (a ciência do biodireito posto) e, não menos, de uma verdadeira *dogmática* (queira-se ou não) do biodireito natural.

2. O ABORTO EUGÊNICO E O BIODIREITO NATURAL

Pelo termo aborto (do latim *abortus*, us: ab, privação, *ortus*, nascimento) compreende-se a interrupção da gravidez, com a morte do feto, antes de sua viabilidade extra-uterina (fala-se, pois, e coerentemente, em feticídio). É a morte do produto da concepção “antes das vinte e duas semanas de vida dentro do útero materno”, porque “um feto é dificilmente viável, fora do útero, antes dos cento e oitenta dias de gestação” (Domingo Basso, p. 360). Distinguem-se, de um lado, o aborto - parto ou parto prematuro, que ocorre a partir da décima-sexta semana da vida do feto dentro do útero materno (Zalba, I - 1.599 e 1600: “*Abortus intelligitur eiectio fetus immaturi ex utero materno. Differt ab acceleratione partus, quae est eiectio praematura fetus nondum plene maturi sed viabilis*”; também Walter Maffei, Vol. I - p. 396). Essa distinção é apenas terminológica: nuclear é que, parto prematuro ou aborto (*sic et simpliciter*), se está a versar a interrupção da vida de um ente que ainda não nasceu.

Aborto eugênico ou eugenético é o aborto fundado em indicações eugenésicas, equivale a dizer, em indicações referentes à qualidade da vida.

E eugenia (ou eugenesia), em sua origem, era o estudo dos fatores que podem elevar ou diminuir as qualidades raciais - físicas ou mentais - das gerações futuras. Desde sua aparição - com Francis Galton, primo de Charles Darwin e fortemente influenciado do evolucionismo - até nossos dias, a eugenia sofreu intensas mudanças, sob o influxo não apenas das aportações científicas, mas igualmente de pressões ideológicas.

Galton e seus seguidores sustentavam que a seleção natural já não se realizava entre os homens porque os governos e as instituições de caridade passaram a proteger os fracos, os doentes, os incapazes, o que levou e ainda leva à decadência da raça humana e ao surgimento de toda espécie de doenças que contaminaram a sociedade.

Para interromper esse declínio, continuam as idéias de Galton e de seus corifeus, deveria impedir-se a propagação dos degenerados, dos débeis mentais, dos alcoólatras, dos criminosos, em resumo, de todas as pessoas indesejadas na sociedade. É o princípio da *eliminação dos indesejáveis* (Willke e Willke, p. 80) - nalgum tempo, de alguns; adiante, de todos os indesejáveis. Aos governos, diziam, caberia providenciar a proibição do casamento de pessoas de “raças inferiores”, esterilizando-as, ao tempo em que se encorajariam e auxiliariam as “raças superiores” (as do Norte da Europa) a propagar “sua espécie” (Andrew Varga, p.77).

Prevalece hoje entre as tarefas que, de fato, estão incumbidas à eugenia, “a eliminação de rasgos considerados não desejáveis para a espécie humana, de caráter físico e mental” (*eugenia negativa*), seja por meio (i) da contracepção, seja mediante (ii.) a eliminação de entes defeituosos, antes ou pouco depois de seu nascimento - vale dizer, por meio do aborto ou do infanticídio (Elizari Basterra, p. 117-118).

2.1 *A qualidade de vida no centro das ocupações eugenésicas*

O núcleo da tese abortista eugenésica é a *qualidade de vida*: existem malformações genéticas - disse um autor contemporâneo - devidas a anomalias hereditárias, alimentos tóxicos, radiações atômicas etc., malformações que, verificáveis por técnicas de diagnóstico precoce, devem levar ao aborto, para evitar que as criaturas, suscetíveis de nascer deformadas, sejam fonte de sofrimento para si próprias e para os demais (apud Herrera Jaramillo, p.377) Por isso, fala-se em uma *eutanásia pré-natal* (Willke e Willke, p. 135). (Assinale-se, no entanto, que parte considerável, senão a maior, das prognoses eugênicas são *predições meramente estatísticas*: tenho em mãos cópia de um pedido de *alvará* para *matar* formulado perante um órgão judicial de ***, de pedido esse instruído com um atestado de diagnóstico médico que afirma, de modo textual, serem “praticamente nulas as oportunidades de sobrevivência do recém-nato”. Está dito, em resumo, que a sobrevivência ultra-uterina da criança a ser assassinada, fato contingente, é estatisticamente improvável... Se soubera o médico prognosticante, ele que se mostrou tamanhamente cauteloso em seu juízo futurológico, que facilmente se obteria, no caso em exame, o alvará administrativo para o pretendido feticídio, dispensaria, provavelmente (prognóstico estatístico), o eufemismo com que tratou de amenizar a traição de seu juramento profissional. Paradoxalmente, porque o feto não terá condições - projeta-se, de modo conjectural - de viver futuramente, decidiu-se que ele não poderia viver desde logo. Sobre o suposto hipotético de que ele não terá condições de viver ou de bem viver - embora viva (fato naturalmente incômodo) - , autorizou-se que não vivesse mais. Ao profano aparentaria que a jurisdição tudo pode...Até, ousaria alguém indagar, aos juízes se desculparia a instigação ao cometimento de um crime - art. 31, CP? E, por acaso, o feito corria perante uma seção da corregedoria do Juízo ***. Nem de jurisdição se cuidava, pois. A vítima, esta não se defende. Ninguém recorre por ela. O *curator ventri* é uma reminiscência do direito romano).

Sabe-se que já em Esparta se adotara o aborto eugênico, e Aristóteles o perfilhou na *Política* (Livro IV, cap. XIV); em nossos tempos, avulta como expressão das preocupações eugenésicas o regime nacional-socialista alemão: a lei nazista conhecida como “Lei Esterilizadora”, datada de 14.07.1933, destinava-se à “prevenção da descendência hereditária mórbida”. Essa lei - diz Elizari Basterra (p.119) - “pode considerar-se como o ponto de partida de um amplo programa eugenésico intitulado “destruição da vida privada de valor”. Não está demais observar que era nodal, no

direito da Alemanha nacional-socialista, a invocação do “sadio sentimento do povo”, fonte alternativa para o direito posto.

Pode afirmar-se que esse fato histórico - o das preocupações e o das práticas eugenésicas no socialismo hitlerista alemão - se acha à raiz das declarações pró-vida encontradas, proximamente, na *Declaração Universal dos Direitos Humanos* da Organização das Nações Unidas (1948) e no chamado *Código dos Investigadores de Nuremberg*, e, mais remotamente, em estatutos especificados como o *Convênio Europeu sobre a Proteção dos Direitos do Homem* (Roma, 1950), a *Declaração dos Direitos da Criança* (Resolução n. 1.386, ONU, 1959), a *Carta de São José da Costa Rica*, a *Declaração dos Direitos do Deficiente Mental* (Resolução n. 2.856, ONU, 1971) e a *Declaração de Helsinki*, da Associação Médica Mundial (1964). Com efeito, concluindo o processo de Nuremberg, um juiz norte-americano se admirou do excesso das atrocidades ali comprovadas, a que outro magistrado respondeu: “chegaram a esse extremo desde a primeira vez em que condenaram um inocente” (apud Herrera Jaramillo, p. 381).

Essas apontadas declarações, surgidas historicamente como um contraponto imediato ou reflexo da praxe nazista, corroboram a sólida afirmação doutrinária de que os abortos eugenésicos - a bem dizer, todos os abortos diretos - são *opostos do justo natural*.

Com efeito, o pressuposto fundamental do aborto eugênico é o de que só têm direito a *nascer* e a *viver* os sadios físicos e mentais, porque os enfermos serão infelizes e farão sofrer terceiros. Mas “o homem não perde, devido a essas limitações, por mais graves que elas sejam, o seu direito à vida e a sua dignidade pessoal, como a não perdem os idosos decrépitos e os doentes em estado desesperado” (Bigotte Chorão, p.327). Aí se acha, exatamente, um dos graves perigos da biotecnologia: o risco, diz Jean Arnold de Clermont, “de passar da prevenção dos deficientes à recusa de aceitá-los, de assisti-los e de amá-los quando eles existem”(p.29).

2.2 Socialmente inúteis? Pessoalmente infelizes? Terceiros infelizes?

Há um pressuposto, para logo, na proposta eugenésica que acena a uma hipótese não comprovada, qual a de que as pessoas humanas incapacitadas são verdadeiramente infelizes. Socialmente inúteis. Além disso, de que elas fazem sofrer os que as rodeiam. Impedir-lhes a vida - deve supor-se - faria menos infelizes os que as cercam.

Socialmente inúteis? Jérôme Lejeune, o famoso descobridor da síndrome de Down, participou certa vez de um debate, pela televisão, com um médico abortista, Monod, e, a tantas, lhe fez esta indagação: “Sabendo-se que um pai sífilítico e uma mãe tuberculosa tiveram quatro filhos, o primeiro, cego de nascença; o segundo, morto logo após o parto; o terceiro, surdo-mudo; o quarto, tuberculoso. A mãe ficou grávida de um quinto filho. Que fazer?”. Respondeu-lhe Monod: “Eu interromperia essa gestação”. A isso, concluiu Lejeune: “O senhor teria matado Beethoven” (Herrera Jaramillo, p.379). (Na verdade, tal o disse Tihmar Toth, todos devemos ser gratos pela circunstância de que os eugenésicos não hajam vivido em épocas antigas, não podendo, pois, impedir o nascimento de figuras mundiais pelo só fato de se prognosticarem corcundas, coxos, ou balbados - apud Filemón Castellano, p. 159).

Pessoalmente infelizes? Reflita-se sobre o texto seguinte, de Helligers. “ em 1967, fiz um estudo em Baltimore, sobre duzentos e cinqüenta suicídios consecutivos, precisamente em razão do debate sobre o aborto; porque nos diziam: é preferível não viver sendo incapacitado. Em minha estupidez, pensava que provavelmente haveria

muitos incapacitados entre os suicidas. Dos duzentos e cinqüenta casos consecutivos, zero, zero, nenhum incapacitado. Somos nós que pensamos que eles preferem não viver... não eles!” apud Basso, p. 408).

Terceiros infelizes? Em certo sentido, essa hipótese não é de todo desacertada: “não é o medo à infelicidade alheia o que impulsiona ao aborto ou ao infanticídio, mas o medo à infelicidade própria” (Basso, p.408). A anomalia do filho é uma vergonha para alguns pais. Há nisso um racismo cromossômico mais enraizado do que se costuma pensar: mas “é desumano e intolerável - disse Bigotte Chorão (p. 327) - sacrificar os débeis ao bem-estar e egoísmo dos fortes”.

Tributário diretamente desse egoísmo é resvalo para o aborto econômico ou de mascaramento social: a idéia de que alguns tipos de vida não são dignos de serem vividos emprega-se, assim o observou Arleen Salles, “para encobrir casos onde não existem problemas físicos, mas a mulher não tem os meios para criar o menino que vai nascer, ou em que a gestante é uma adolescente” (p.176).

Alguma vez se alardeia a “piedosa” preocupação dos eugenistas com o “melhoramento da espécie humana”. Suposta essa intenção, caberia, em todo caso, objetar “não ser lícito a uma geração dispor das gerações futuras” (Oliveira Ascensão, p.21).

2.3 A qualidade de vida é título para o ser?

Esta é a indagação fundamental: a de saber se a qualidade de vida constitui um título para o ser. Assim formulada, a questão afasta-se dos argumentos meramente sentimentais, das pretendidas justificações de caráter utilitário (com suas pressuposições implícitas) e das consecutivas inferências generalizadas a partir da análise emocional de casos singulares. Capital é afirmar que a qualidade da vida futura não é um título para o ser. Pois, se fosse, seria de, coerentemente, asseverar que a má qualidade de vida dos nascidos (de não importa qual idade) lhes justificaria a morte. É o reino puro e simples do despotismo do mais forte. Se fosse assim, convenha-se (pois é a lógica da cultura da morte), *Hitler teria razão...*

“Poucas pessoas se lembram - disse Kenneth Mitzner (*Life in America*) - de que os primeiros fornos crematórios foram instalados pelos nazistas nos hospitais do Estado, e eram os próprios médicos os que efetuavam os crimes. Ao princípio, executavam-se apenas os mais tarados, os que ocasionavam maior moléstia. Mas, progressivamente, o *preço da vida* foi abaixando. Esvaziaram-se os hospitais psiquiátricos. Foi então a vez das instituições para crianças defeituosas, logo, das prisões, das casas de convalescença, dos asilos para velhos. Enfim, chegou a vez das *raças inferiores*. Antes mesmo de que Hitler apanhasse os judeus, trezentos mil alemães de raça pura haviam sido liquidados como *consumidores inúteis*. Durante os dez anos que haviam precedido esse massacre, o aborto a pedido havia preparado os espíritos à idéia de que a vida humana somente valia de conformidade com o grau de inconvenientes ou dor que pudesse ocasionar àqueles que a rodeavam. A mentalidade *antivida* estava criada. Hitler apenas lhe aperfeiçoou as técnicas” (apud Willke e Willke, p.137).

A lógica interna desse processo antivital permite inferir que, uma vez admitido o aborto por indicações eugenésicas - é dizer, o aborto fundado em uma prognose de malformação -, caberia admitir, *a fortiori*, a eutanásia: com efeito, se uma vida projetada como defeituosa merece ser interrompida, com maioria de razão cabe a morte de quem é factualmente defeituoso. Já não se trata, para já, somente do

infanticídio, mas da morte (piedosa...) de todos os que, ao largo da existência, com não importa qual idade, se revelarem *handicaps*, incapacitados, defeituosos... É a lógica da cultura da morte (pobre Beethoven).

Paradoxal, contudo, se revela essa *lógica*, quando, pretextando com a qualidade da vida, conclui por destruir exatamente o suposto substancial dessa qualidade, e, acenando à felicidade terrena, busca aniquilar a condição primeira dessa felicidade: a *vida*, bem a que, naturalmente, se subordinam, de comum, todos os demais.

O título da vida humana não pode achar-se na qualidade da existência dos homens, porque a substância (é dizer, a vida) não se funda ou justifica por um seu acidente (isto é, a qualidade dessa vida). É todo o contrário: a qualidade, que é um acidente, não existe em si, senão que adere a um suposto que lhe é distinto; por natureza, ao acidente incumbe existir em outro, ao passo que a substância tem existência em si, independente do predicamento qualitativo.

A vida humana atualiza-se por meio de uma *forma*, de um princípio (justamente diz-se vital) que *anima* o corpo, de tal sorte que há a *formação* da vida do homem pela assinação da *forma* (princípio determinante e atual) a um corpo material (princípio potencial e indeterminado: o corpo tem a vida em potência; a alma é o princípio que atualiza a vida). Esse dado não pode ser menos do que universal, independente da qualidade posterior da existência, se é que se quer falar em uma espécie humana *determinada* (com efeito, se essa *formação* não fosse um elemento universal, não seria possível cogitar mais do que de um efeito particular; estar-se-ia, assim e designadamente, no âmbito do nominalismo: inútil seria falar em “homem”, em “essência”, em “substância” ou em “vida”). É a forma, o princípio vital humano - ou alma - o que atualiza a potência da vida humana; aí se acha o título da vida do homem, o título de seu ser, não num acidente, qual o de sua mais qualificada ou mais deficiente existência.

Além disso, a consideração da vida *racional* do homem conduz à conclusão de que seu princípio vital é, necessariamente, de natureza espiritual. Porque entre seus atos há os de caráter imaterial - em particular, pense-se no conhecimento intelectual -; logo, a potência de que advêm (scl., o intelecto) tem natureza imaterial (seria impensável que o ato imaterial não fosse a determinação - ou atualização - de uma potência também imaterial: *nemo dat quod non habet*). Essa potência intelectual, por sua vez, procede da substância humana, que há-de possuir, pelas mesmas razões, a natureza verificada em suas potências. Disso resulta que o princípio vital humano é de caráter imaterial; em rigor, tem-se de ir mais além: não apenas imaterial, senão que também *espiritual*; a imaterialidade pode ser meramente conceitual - por exemplo, os conceitos objetivos, os entes de razão -; se, ademais, é real, como no caso do homem em concreto, cuja existência é um fato, especializa-se a imaterialidade como espiritualidade. Ora, o que é espiritual não se destrói com a corrupção da matéria, *não morre*: o princípio sensitivo e o vegetativo, estes sim *morrem*, desaparecem, restituindo à potencialidade a matéria a que foram aplicados; o princípio vital racional, ao reverso, porque espiritual, subsiste à corrupção da matéria, *não morre*. Logo, a forma substancial humana, título da vida do homem, é espiritual: não é extraível da matéria, nem é redutível à maior ou menor deficiência do corpo a que se aplica.

Afirma-se, pois, que a alma racional é a forma substancial do homem: é por ela que o homem alcança seu *ser humano*, independentemente do desenvolvimento histórico da vida do composto humano. Esse é o título *fundamental* para a antropologia, o título também jurídico do direito à vida: um título que, por ser universal é título de igualdade (como convém à justiça). Diversamente, se o direito à vida se fundara em sua “qualidade histórica”, o título jurídico seria um suposto

naturalmente desigual: os entes humanos se teriam por desiguais em sua essência, em seu valor, em sua dignidade. Eis o reino típico da discriminação. A porta aberta às arbitrariedades. O caminho largo das aversões raciais.

No prólogo de seu *Venir ou monde*, Robert Debré, depois de considerar essa expressão uma das mais belas da língua francesa, disse que ela, outrora, somente se utilizava em relação às grandes personagens. Hoje em dia, continuou o autor, “ de todos os homens dizemos que *vêm ao mundo*. Que prova de igualdade!”(p.18).

Enfim, a racionalidade do homem especifica-o num quadro tenso peculiar: o homem deve guiar-se pela razão, sob pena de comprometer, de recusar sua própria natureza; mas, em contrapartida, o homem tem a liberdade (física, por certo) de negar sua natureza, de aniquilar seu ser racional. Essa escolha é livre: com o ser ou contra o ser, com a natureza ou *contra naturam*.

2.4 As escusas sentimentais e utilitárias...

A fundamentos de ordem ética e, mais além, de ordem metafísica não cabe responder com apelos sentimentais (valha o exemplo dos debates na mídia) ou utilitários. Peço licença para um testemunho pessoal: estávamos no ano de 1975; uma senhora de Lisboa, com já quatro filhos, vivia então no Brasil, fugida da chamada Revolução portuguesa dos Cravos, e passava necessidades econômicas; soube um dia que engravidara: um quinto filho era coisa que, segundo seu próprio querer, não estava a desejar, embora a tanto, por motivos religiosos, se resignasse. Um grupo de mulheres - para mais, freqüentadoras de uma igreja da Capital de São Paulo -, sabendo das agruras econômicas da gestante lusitana, sugeriu-lhe que praticasse um aborto, por evidentes motivos utilitários. A senhora portuguesa não vacilou em responder a essas mulheres: “Dão-me ótima idéia. Não matarei a pequena criança que trago no ventre, mas sim meu filho mais velho. Ele me dá mais despesas do que me dará, de pronto, o futuro recém-nascido”. (Ora, quem lhe argüirá de vício algum de lógica? Se o problema é de utilidade, com graduá-la se resolve...)

Argumentos sentimentais? Melhor se diria, com uma escritora de nossos tempos, que se trata de um *sentimentalismo desumanizante*: “Quais são os critérios para julgar e avaliara “dignidade” e a “aceitabilidade” de uma vida? A saúde? O bem-estar social ou econômico? A aceitação pela própria família, pela sociedade ou pelo vivente mesmo? Quem decidirá a avaliação e a aplicação desses critérios? Quem tem poder para decidira vida ou a morte?” (María del Carmen Fernández de la Cigoña Cantero, p. 522

As arbitrariedades práticas e “lógicas” dos abortistas poderiam compor um notável anedotário, não fora que, por seu conteúdo, antes componham uma grande tragédia humana: a tragédia de um *totalitarismo* que sobreviveu aos escombros da Segunda Guerra Mundial e à queda do Muro de Berlim.

O disparate da “lógica” abortista, contudo, insere-se notavelmente no irracionalismo a que se podem perfilhar-lhe as teses. Tome-se este exemplo, referido por Lamsdorff- Galagane: “ Algumas legislações (como a dos Estados Unidos) chegam ao absurdo de que um bebê nascido aos sete meses de gestação, instalado em sua incubadora, goza da proteção da lei, enquanto outro, cuja gestação seja normal, está exposto durante dois meses mais ao perigo de que a mãe decida matá-lo”(p.27). O mesmo autor lembra do argumento “lógico” de alguns abortistas, no sentido de que o feto não passa de *umas células*, e conclui, de modo consistente que todos nós, então e da mesma forma, não passamos de *umas células*...Mas, ao mesmo tempo em que símile descaso com a vida humana intra-uterina provoca aplausos de uma classe

permissiva, materialista e que passa por democrática, não se pense que o aborto de um animal possa merecer a mesma complacência democrática: observou Francisco Faus, numa pequena mas valiosa obra, que um importante diário paulistano publicou, em janeiro de 1994, a notícia de que se tornara prenhe a égua Luna, coberta que fora por um pangaré; o dono da égua não desejava um potrinho sangue-sujo e decidiu pelo aborto (desta vez, lembra Faus com razão, ninguém falou em “interrupção da gravidez”, eufemismo freqüente no jargão abortista); eis que a União em Defesa do Cavalo e do Jegue, com nobilíssimos propósitos de defender a vida, protestou e afiançou que ajuizaria medida cautelar para impedir esse aborto. No mesmo dia, adverte Francisco Faus, outra notícia se estampava no jornal: reclamava-se da lentidão do procedimento de revisão constitucional, a retardar a mais ampla legitimação do aborto de entes humanos... Passam ainda por *liberais* a retardar a mais ampla legitimação do aborto de entes humanos... Passam ainda por liberais os que, entre suas liberações, livram-se da vida alheia: não se vê que maior defesa da liberdade se acha na preservação da vida? São palavras de Germain Grisez: “... minha postura seria extremamente liberal, não no sentido de aprovar o aborto, mas no de favorecer a liberdade do neonato para fazer sua própria eleição no que se refere à vida e defender seu direito para viver o suficiente e assim ser capaz dessa eleição” (p.12)

2.5 Adeptos do feticídio, em busca de uma fórmula ... (não importa qual)

Não faz muito um jurista sustentava, em favor da tese abortista, a tese de que a normativa brasileira (constitucional e infraconstitucional) apenas protegia a *vida de relação*, não a vida vegetativa (isto é, a vida socialmente inútil).

Passando ao largo de que esse passional intérprete faz apropriadamente distinções onde o legislador brasileiro, manifestamente, não as fez - isso é o que se chama, propriamente, de *encontrar a fórmula* (enfim, se não fosse essa fórmula arbitrária, seria outra...) -, cumpre ver, a bem da lógica, que não há exemplo de mais palpitante *vida de relação* do que a existente entre o feto e sua mãe. Porque há uma diversidade de *relações* a considerar na coexistência do feto (De Dinechin, p. 25): há, como se vêem por primeiro, as relações de caráter biológico; as há, para mais, no plano familiar; no âmbito psicoafetivo (sobretudo com a mãe; até mesmo as de dimensão espiritual (freqüentemente indiscutidas; é uma arbitrária pauta iluminista a que, de modo apriorístico, cerceia a liberdade de discussão sobre a realidade sobrenatural

De toda sorte, se se estima a vida de relação sob o aspecto exclusivo de uma vitalidade intelectual, a apontada tese do jurista pró-feticídio estaria a *justificar* mais do que o aborto; *justificaria* a eutanásia, *justificaria* a morte de todos os enfermos socialmente inúteis (não é de olvidar as oscilações desse conceito elástico de inutilidade social...) e daria razão ao totalitarismo eugenésico. “Quando se admite - disseram coerentemente os Willke - que a vida pode ser destruída à origem, se ela não é útil nem produtiva, quando se faz desse princípio uma lei nacional, não há mais fronteira racional, lógica entre o massacre dos deficientes dentro do ventre materno ou fora dele. Passa a ser inútil o por o aborto, eutanásia pudicamente chamada “pré-natal”, à eutanásia propriamente dita, ao infanticídio. Se se aceita uma política de eutanásia em um estágio qualquer da vida humana, onde se encontrará o limite?” (p.138).

Não falta que alguns abortistas cogitem da comodidade das mães e de seu consentimento para o feticídio. Tudo como se o direito à vida fosse disponível (o que faltaria aos abortistas exatamente demonstrar) e como se a vida fosse bem menor em relação ao (suposto) conforto materno. Ao qual conforto, se a tese fosse verdadeira,

estaria logicamente subordinado (por que não?) o direito à vida dos filhos já nascidos, sobretudo se doentes.

Há ainda uma tese *quantitativa*. O que, em rigor, estaria a justificar o aborto eugenésico, segundo uma sustentação mais implícita que expressa, é o provável tempo de sobrevivência extra-uterina do feto. Esse argumento esbarra, para já, num problema inicial: qual o tempo de sobrevida intra-uterina que se considera suficiente para vedar o feticídio? A quem cabe determinar esse tempo? Ao médico de turno? A gestante? A quem cabe decidir sobre a morte de outrem? Qual o tempo útil de sobrevivência? Um minuto, dois, uma hora, um dia, um mês... se calhar um ano ou mais?

Há uma enfermidade letal - a chamada coréia crônica ou coréia de Huntington (em homenagem a George Huntington, que a descreveu em 1972) a que, particularmente, se referiu Jean Bernard, relacionando-a ao tema do aborto por indicação eugênica (1994, p. 50-51; 1993, p. 174-175). Trata-se de uma doença do sistema nervoso, hereditária e familiar, que atinge pessoas de ambos os sexos e se caracteriza tanto por hipercinesia, quanto por alterações mentais. É enfermidade de prognóstico sempre grave, conduzindo o doente à demência e à morte (Maffei, I - 58,652-653). Calha que a coréia de Huntington pode ser diagnosticada no período pré-natal. Caberia, então, dentro da “lógica” feticida dos eugenistas, cogitar de um aborto sistemático que, ao cabo de algumas dezenas de anos, permitiria a desapareção completa dessa enfermidade. O problema primeiro que se pode, no entanto, sugerir à reflexão dos abortistas é relativo ao tempo da sobrevida extra-uterina: ocorre que os sintomas da coréia de Huntington se manifestam, salvo raríssimas antecipações (Maffei, I - p. 652), quando os afetados atingem a *quarta década* de sua vida. Quem dirá que quarenta anos de vida é hoje bastante a justificar a repulsa ao aborto e não o serão dois minutos, ou três dias, ou seis meses? Acrescente-se com Jean Bernard, que ao largo dessa sobrevida é possível legitimamente esperar que o doente se beneficie dos progressos das ciências do sistema nervoso.

Eis, pois, em breves traços, um retrato da *lógica* dos adeptos do feticídio. De admitir-lhe os supostos, não só estariam por isso autorizados o infanticídio e a eutanásia, mas, no fim e ao cabo, não importa quais ofensas a todos os bens jurídicos inferiores à vida.

2.6 O aborto, homicídio de inocentes

A reprovação do aborto por indicações eugenésicas, nada obstante a especialização de certos argumentos e críticas, é contributária do reproche de todos os *abortos diretos* (com Zalba: *graviter illicitus, nec ullo unquam praetextu iustificari potest*), repúdio esse que, por seu turno, participa da condenação de todo *homicídio de inocente* (Zalba, I - n.1606; Donald Marquis, p. 177)

Santo Tomás indaga se é lícito em algum caso matar um inocente (*Suma Teológica*, IIa.-IIae., Q.LXIV, art. 6º) - *interficere innocentem*. E, como é do método de sua exposição na *Suma Teológica*, depois de alistar algumas teses aparentemente inclinadas à admissão, *in aliquo casu*, do homicídio do inocente, invoca, no sed contra, uma passagem vétero-testamentária: *Innocentem et iustum non occides* (Êxodo, XXIII - 7). Segue, então, sua breve mas precisa solução:

“Pode considerar-se um homem de dois modos: em si mesmo e em comparação com outro. Considerando o homem em si mesmo, não é lícito tirar a vida de ninguém, porque em todo homem, ainda pecador, devemos amar a natureza, que Deus fez e que a morte destrói. Segundo se expôs, a morte do pecador só se faz lícita em atenção ao bem comum, que se destrói pelo pecado; ao passo que a vida dos justos é conservadora e

promovedora do bem comum, já que eles são a parte mais eleita da multidão. Por essa razão, de nenhum modo é lícito matar o inocente.

A licitude, *ex toto genere suo*, do homicídio do inocente deriva conclusivamente dos princípios primeiros da lei natural - os princípios sinderéticos, e a Revelação não acrescentou preceito algum à regra jusnatural, senão que a *declarou*. Ao passo que os primeiros princípios exprimem a lei puramente natural, por isso mesmo designando-se lei natural *primária*, os preceitos segundos consistem em conclusões próximas e imediatas dos princípios sinderéticos, podendo, assim, designar-se lei natural *secundária*, de que constituem exemplo os Dez Mandamentos da Lei de Deus. Por derradeiro, as conclusões mais remotas podem chamar-se lei natural *terciária* ou de terceira instância (por exemplo, a vedação do duelo).

Os preceitos primeiros da lei natural, a que se reduzem todas suas demais disposições segundas e terceiras, sintetizam-se em fazer o bem e evitar o mal: *bonum est faciendum et prosequendum, et malum vitandum*. Com efeito, do mesmo modo como o *ser* é o primeiro objeto de apreensão da razão especulativa, o *bem* é o primeiro objeto de apreensão da razão prática; dessa maneira, voltada a razão prática à ação humana, dirige-se, por isso, a seu fim, que é a causa primeira da ação; ora, esse fim é, por essência, um bem; logo, o fim de toda ação é o bem, cujo fazer impõe a lei natural e cujo estorvo (isto é, o mal) ela prescreve evitar.

Essas distinções, embora concernentes ao objeto, refletem no plano da cognoscibilidade da lei natural. A variação de seus preceitos - primários, segundos e de terceira instância - importa em sua diversa cognoscibilidade, tanto no que respeita ao objeto (cuja apreensão gnoseológica varia conforme a categoria dos preceitos), quanto no que se refere ao *suppositum cognoscens* (o homem considerado não apenas individualmente mas, também, numa perspectiva histórica, num plano comunitário).

Os preceitos primários da lei natural são evidentes e, bem por isso, indemonstráveis, são intuídos - isto é, são conhecidos direta e imediatamente, sem mediação alguma *ex quo* entre a potência gnoseológica e o objeto do conhecimento. De que segue ser o juízo imediato da sindérese absoluto e infalível porque os preceitos intuídos são conaturais ao entendimento prático - ou seja, brotam espontaneamente do intelecto prático posto em presença de seu objetivo.

Diversamente, o conhecimento dos preceitos *segundos* da lei natural é, *ut in pluribus*, insuscetível de falha. Não são eles passíveis já de intuição, mas se inferem mediante um discurso; são facilmente deduzíveis dos princípios, sinderéticos, mas seu conhecimento, ainda que excepcionalmente, pode ser defeituoso. É o que diz Santo Tomás, examinando se a lei natural pode ser delida do coração humano: (Podem ser delidos os preceitos secundários) “quer por más persuasões, do mesmo modo por que, também na ordem especulativa, dão-se erros relativos às conclusões necessárias; quer ainda pelos maus costumes e hábitos corruptos, como se deu com certos, que não reputavam por pecados os latrocínios ou vícios contra a natureza (...)” *Suma Teológica*, Ia.-IIae., Q.LXIV, art.6º., *respondeo*). Cabe assinalar, por oportuno, que o Aquinense afirma que a culpa pode dissolver a lei da natureza quanto aos preceitos secundários (cf. O *ad primum* do mesmo artigo.).

Freqüentemente, os jusfilósofos trataram a questão do homicídio a partir de uma visão teológica (por exemplo, Domingo de Soto, comentando a lição do Dr. Comum, diz que, considerando o ente humano em si mesmo, enquanto é de natureza racional, não há motivo algum que autorize a sociedade a matar o inocente; a sociedade, prossegue de Soto, “não é dona absoluta da vida dos cidadãos como é Deus; e por isso somente Deus tem poder sobre a vida do inocente” - Livro V,Q.I art. 7º), mas isso não a

converte numa questão de teologia revelada. Diz, com razão, Jacques Leclercq, não haver regra mais universalmente admitida que a da proibição do homicídio de inocentes:

“Jamais se encontrou povo em que fosse admitido o direito de matar livremente os membros da tribo ou da cidade. Ao contrário, a organização social tem sempre como fim primordial proteger a vida de seus membros, e estes são solidários entre si. O assassino, é dizer aquele que matou um de seus compatriotas, é sempre, salvo motivos excepcionais, tratado como criminoso” (t. IV, p.20-21).

As exceções - explicáveis pela já apontada circunstância de que pode falhar a inferência de um preceito moral secundário - não inibem a afirmação de que a regra de vedação do homicídio dos inocentes se impõe, universalmente, com caráter ético-natural, avultando como *o mais caracterizado dos deveres morais dos homens*, qual o do respeito à vida dos inocentes. Não importa a *qualidade* da vida desses inocentes, não lhes importa a raça, não lhes diferencia, a propósito, o estágio de cultura ou de civilização: Francisco de Vitoria, por exemplo, no seu *Relectio de Indis*, aconselha os príncipes espanhóis a defender os índios da morte injusta, e diz mesmo que todos têm o direito de defender a vida dos inocentes (cap. III, n. 14).

3. O ABORTO EUGENÉSICO E O BIODIREITO POSITIVO BRASILEIRO

O biodireito natural complementa-se, de modo conclusivo e também determinativo, pelo biodireito legal ou positivo. Não fora o primeiro - o biodireito natural - e estar-se-ia incorrendo, de modo inevitável, em um sociologismo relativista, que terminaria por *justificar* as realidades segmentares apenas por serem *historicamente* locais. Não fora, em contrapartida, o biodireito positivo, e as exigências do justo natural permaneceriam no plano meramente ético, em detrimento manifesto do bem comum..

Não basta, pois, o biodireito legal: o Estado não pode legislar *contra naturam*. Há alguns anos, dois funcionários do governo de Espanha sustentaram publicamente que o Estado, uma vez que agisse dentro da competência legal, poderia regular o tema do aborto como bem lhe parecesse; a isso respondeu com vantagem Monsenhor Yanes, arcebispo de Zaragoza: “Os argumentos que defendem esses impugnadores justificariam os assassinatos cometidos por Hitler e por Stalin, já que, se se admite só o direito positivo como fonte da legislação, não se pode dizer com apoio nesse critério que qualquer dos dois haja agido mal”.

Por outro lado, não basta o biodireito natural. Ferreira da Cunha, depois de advertir que o direito pode “moralizar” certos comportamentos, salientou que “o inverso pode ser também verdade”. A omissão do Estado em punir o aborto - sua descriminalização - terminaria por levar ao incremento dos feticídios: “Legalização que permita a liberalização do aborto ou da eutanásia - diz Ferreira da Cunha- tem (sociologicamente provada) a conseqüência nefasta de inculcar nas massas (malformadas, deformadas já por media e escola permissivas e imoralistas) a idéia de que tais comportamentos, já legais, são também morais, ou, pelo menos, não imorais” (II - p. 182).

O biodireito positivo brasileiro, nisso se afeiçoando ao justo natural, tem regra constitucional protetiva do *direito à vida*. Dispõe, com efeito, o art. 5º da nossa mais recente Constituição Federal (a sexta do período republicano):

“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...”.

Além disso, outra norma constitucional afiança o escopo de assistir aos deficientes - o que exclui a idéia de matá-los, por certo:

“Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

“IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”.

E prossegue noutra parte, a Constituição brasileira:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado *assegurar à criança* e ao adolescente, com absoluta prioridade, o *direito à vida*, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

“§ 1º. O Estado promoverá programas de *assistência integral à saúde da criança* e do adolescente, admitida a participação de entidades não governamentais e obedecendo aos seguintes preceitos:

“I - aplicação de percentual dos recursos públicos destinados à saúde na assistência materno-infantil;

“II - Criação de programas de prevenção e para *atendimento especializado para os portadores de deficiência física, sensorial ou mental*, bem como de integração social do adolescente portador de deficiência, mediante o treinamento para o trabalho e a convivência e a facilitação do acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos”.

Vê-se, pois, que a Constituição Federal brasileira prescreve garantir “a inviolabilidade do direito à vida”, impondo como dever específico de assistência social “a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária”, é dever da família, é dever da sociedade, é *dever* do Estado “*assegurar à criança(...)*, com absoluta prioridade, o direito à vida”. Ora, como assegurar esse direito, como a família, a sociedade e o próprio Estado cumprirão seu dever correspondente, se, em face de uma prognose conjectural, pedem, consentem, autorizam o feticídio?

A garantia do direito à vida reclama o concurso da estatuição *penal*. Por imperativo abstrato da justiça. Por exigência concreta de defesa dos homens e da sociedade. “Porque a vida, disse-o Rodriguez Devesa, não é apenas o suporte biológico de uma existência individual, mas o suposto primeiro de subsistência da espécie humana” (Vol. II - p. 21). E porque a vida ocupa esse papel primeiro no plano individual e social humano, os demais valores perdem fundamento quando se maltrata o bem vital. Saliente-se a relevância individual - melhor dito, pessoal - de cada vida humana: no dizer de Jescheck, ela constitui “um valor pessoal incomparável”, de tal sorte “que o ordenamento jurídico não pode aprovar o homicídio ou o abandono de uma só pessoa em favor da sobrevivência de muitas outras” (§ 47 - I - 2).

Parece que, não raro, se vai implicando um conflito entre, de um lado, o interesse econômico familiar ou estatal, a comodidade, a honra, as razões políticas, as demográficas, e, de outro, a *vida*, como se fosse possível uma colisão entre *bens incomparáveis*. São palavras de Jean Bernard, da Academia Francesa: “O respeito ao homem em cada homem é uma obrigação incondicional que deve ser mantida em face dos perigos do presente...”(1993, p. 223). É preciso insistir, ademais, na individualidade, na irrepetibilidade, de cada vida humana: o embrião - diz Bernard - é uma pessoa potencial, o que significa afirmar que *ela existe desde a concepção*: “O embrião deve ser tido por ser cujo futuro possível assina limites ao poder de outrem” (1993, p. 216).

A legislação infraconstitucional brasileira, como não poderia deixar de ser ante as regras superiores, de porte constitucional, trata de proteger, de modo mais direto e

próximo, o bem jurídico fundamental da vida, e, a esse propósito, para além de um preceito capital no Código Civil (art. 4º. “A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”), de logo chamam a atenção as normas que se acham alistadas no designado *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei 8.069, de 13.07.1990). Por exemplo, a de seu art. 4º: “ È dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público assegurar, *com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária*”.

Que se há de entender por essa *prioridade* referida na lei? Ela compreende, entre outras coisas, diz o parágrafo único do mencionado art. 4º, a *primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias*.

Proteção que, por certo, não é a de *morrer* adrede no ventre materno, quando a lei tem por expresse objetivo a garantia, com absoluta prioridade, dos direitos referentes à vida. No mesmo sentido prescreve o art. 7º do *Estatuto*: “ A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”.

Para mais, o Código Penal brasileiro arrola entre os delitos contra a vida (arts. 121 a 128), o *crime de aborto*:

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

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4(quatro) anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

3.1 Há abortos diretos positivamente lícitos ou os há somente isentos de pena?

O art. 128 do mesmo Código Penal relaciona hipóteses em que o aborto (como diz a lei) é impunível:

“*Não se pune* o aborto praticado por médico:

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

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

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

Nada obstante a patente autoridade desses referidos mestres do Direito penal pátrio, as hipóteses previstas em ambos os itens do art. 128, Código Penal, ou configuram isenções de pena - no limite, dirimentes (causas de exclusão da culpabilidade ou da punibilidade) -, ou se fulminam de manifesta inconstitucionalidade.

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

expressões “não é punível”, “não é passível de pena”, “está isento de pena” e outras semelhantes compreendem as dirimentes” (I -n.95).

Está a cuidar-se das chamadas *excusas absolutórias*, causas que, excluindo a pena, deixam subsistir, contudo, o caráter delitivo do ato a que ela se relaciona. Sua essência, é lição de Jiménez de Asúa, “ reside em que não suprimem a ação, nem a tipicidade, nem a antijuridicidade, tampouco a imputabilidade e culpabilidade, mas, *utilitatis causa* e por motivos atinentes à relação pessoal ou à peculiaridade da conduta concreta de um sujeito, a lei *perdoa* a pena” (VII -n.1963). Trata-se de causas que impedem a imposição da pena (assim se expressa Creus, 378). Consagrando uma impunidade, nada obstante a existência de uma conduta típica, antijurídica e culpável (como se define o crime); pode dizer-se, com Maurach, que aí se encontra um *delito impune* (§ 32 - II - 2). Assim, no CP brasileiro, acham-se, por exemplo, excusas absolutórias previstas no art. 181 (crimes contra o patrimônio praticados pelo cônjuge, na constância da sociedade conjugal, ou por ascendente da vítima) e no art. 348, § 2º (no crime de favorecimento pessoal, ser o prestador do auxílio ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso). Numa frase expressiva - muito embora seu autor a considere um tanto exagerada -, Jiménez de Asúa diz graficamente: “... nas causas de justificação não há delito; nas de imputabilidade (e, pode acrescentar-se, também nas de inculpabilidade) não há delinqüente; nas excusas absolutórias não há pena” (VII - n.1959).

Deve-se, entre nós, a Walter Moraes, numa das mais valiosas contribuições recentes ao estudo jurídico do aborto, a lição de que as hipóteses previstas nos incisos do art. 128, CP, configuram excusas absolutórias - causas pessoais de exclusão da pena. Por preciso e claro seu ensinamento, vem aqui de molde sua reprodução:

“A punibilidade não pode confundir-se com a *punição* mesma, que coincide com a aplicação da pena: pois, induzindo um critério de *suscetibilidade*, é aptidão que afeta o ilícito, muito embora atire para a idéia de pena. Mas está no crime e não na pena. O crime é punível; a pena não pode ser “punível”. Acrescentada, então , a punibilidade, ao fato ilícito (típico e culpável), torna-o suscetível de pena, convertendo-o em crime.

(...)

“Mas pode também ser supressa só a punição - a pena - e, então, resta o crime inteiro. “Um fato pode ser típico, antijurídico, culpável e ameaçado com pena, isto é, criminoso - é de Frederico Marques a lição - e, no entanto, anormalmente, deixar de acarretar a efetiva imposição da pena”.

“Então, uma coisa é ser crime, outra é suportar, o crime, pena.

(...)

“Ocorre, pois, que a lei, às vezes, autoriza o Juiz de não punir crime configurado, e que às vezes exige, ela mesma, da punição o delinqüente.

“Ao réu de adultério faculta a lei não lhe aplique a pena o julgador, se ao tempo já era cessada a vida em comum; mas o não apenamento do adultério não importa certamente em desaparecimento do crime de adultério. Tanto isso é verdade que o juiz podia igualmente aplicar a pena (art. 240, § 4º, inc.II). Ao filho que perpetra estelionato contra o pai, isenta-o a própria lei de punição, considerada a relação de descendência (art. 181, inc. II); mas a isenção mesma não elimina o delito punível.

“Outras vezes, dá-se que a lei suprime exatamente a punibilidade. Pode fazê-lo, ou em contemplação de um fato superveniente ao delito, ou considerada uma circunstância com o correspondente cometimento.

“Consumado o crime de rapto, se o agente se casa com a vítima, reza o CP que se extingue a punibilidade (art. 107, inc.VII, c/c 219). Irrogada uma ofensa em juízo,

pela parte ou pelo advogado na discussão do processo, diz o Código precisamente que tal ofensa não constitui injúria ou difamação *punível* (art. 142, inc. I).

“Se a punibilidade, sendo aptidão para a pena, está no crime e não faz sentido que esteja na pena, segue que, num caso como no outro dos acima dados, o que a lei retira é a mesma criminalidade da ação, apagando o crime. Porque a punibilidade é componente distintiva do crime.

“Mas não é menos certo que, afastando a punibilidade e desfigurando, assim o crime, a lei não está a apagar a *ilicitude* mesma da ação danosa já consumada. No caso do rapto, onde o casamento age como remédio, não deixa de ser ilícito o que já foi ilícito acabado; assim como a doença curada não passa a nunca ter sido doença porque remediada depois. No caso da injúria irrogada em juízo, a lei proíbe às partes e advogados de empregar expressões injuriosas” (CPC, art. 15), não pode estar ao mesmo tempo autorizando lançá-lo às mesmas partes e advogados. Desaparece a punibilidade (o crime), permanece o ilícito.

“não é nada disto, porém, que sucede no aborto para salvar a vida da mulher ou porque resultante de estupro a concepção. No caso do art. 128, a lei não declara excluída a punibilidade ou *não punível* o crime, como precisamente faz quanto à injúria ou difamação em juízo ou ainda quanto ao furto de coisa comum no valor da quota do agente (Art. 156, § 2º.). Quanto ao aborto, a lei diz “não se pune”. Suprime a pena. Fica o crime.

“Mais: ainda que se entendesse este “não se pune” como excludente de punibilidade, estaria a regra a excluir a ameaça de pena (o crime); subsistiria o delito”(p.20-21).

Nessa mesma linha de entendimento, parece vir a pêlo invocar o abono, no direito penal argentino, do magistério de Sebastián Soler - que se refere, no concernente ao aborto, a *casos de impunidad* (III - § 85, X) - e de Fontán Balestra (p. 78 et seq.), e no espanhol, das lições de Rodríguez Devesa (II - p.85-86) e de Quintano Ripollés (I - I - p. 634 et seq.)

3.2 Uma licitude que, acaso houvesse, maltrataria a Constituição

Fez ver Walter Moraes que, uma vez prevista, sem exceção alguma quanto ao aborto, a garantia *constitucional* do direito à vida, não poderia, *nullo modo*, o legislador infraconstitucional considerar *lícito* um direto maltrato desse direito:

“Pode uma lei ordinária abrir exceção a um preceito constitucional fundamental?

“Certo que não.

“Pela autoridade própria, não; só a Constituição pode estabelecer exceções aos seus próprios preceitos; ou autorizar o legislador a abrir exceções aos seus próprios preceitos.

(...)

“Como, então, supor, sem fazer injúria à lei fundamental, que o legislador penal pudesse autorizar, tornar lícita, a morte da pessoa por nascer? (p.23-24).

Com efeito, a proteção constitucional da vida não pode ser frustrada pela legislação ordinária, e o feto, já tendo “direito à vida que lhe foi transfundida no ato da concepção” (Adriano Marrey, p. 15), está desde logo protegido do homicídio, por força de regra de máximo porte no direito posto.

Entender, pois, as hipóteses dos itens I e II do art. 128, CP, como causas de justificação - i.e., excludentes da antijuridicidade -, importaria considerar o aborto diretamente buscado como ato, em dadas circunstâncias, *positivamente* lícito, o que

importaria licitude juspositiva aparente, pois em contraste, como visto, com regra maior, originária da Constituição Federal.

Caberia, de toda sorte, considerar que foi adotado no Código Penal brasileiro vigente (art. 24) o tratamento unitário do estado de necessidade justificante e da *necessitas* inculpável. Dessa maneira, alguns entendem que, em face do direito posto, tanto o aborto “necessário”, quanto o “sentimental”, embora não se configurem no plano de um estado de necessidade justificadora, constituiriam *necessitas* exculpante. Diz Welzel, a propósito: “Exclui-se a justificadora do fato, se imprópria a utilização desse bem jurídico como simples meio para salvar aquele” (como, por exemplo, o dar morte a um homem como meio de salvar outro homem; tal fato não pode ser justificado, senão apenas exculpado; § 14-4).

Daí que, ante a disciplina unitária do estado de necessidade no Código Penal brasileiro, essas hipóteses acabariam (no plano juspositivo) por ser causas excludentes da antijuridicidade. E, nessas circunstâncias, sem maltrato possível da regra constitucional, porque o estado de necessidade é de direito natural e, em face de sua ocorrência, deixa de impor-se a lei positiva (Amor Ruibal, I - n . 305). Ou, com célebre aforismo: *quod non est licitum in lege necessitas facit licitum*. É que, na situação de necessidade, *não* se busca, diretamente, sacrificar um bem jurídico, mas, isto sim, defender bem jurídico superior (ou, na *necessitas* exculpante, de igual valor), com o reflexo *indireto* de sacrifício de outro bem.

Quanto, porém, às referidas hipóteses dos chamados aborto “Necessário” e aborto “sentimental”, calha, em resposta, que se negue o suposto: i.e., não há nenhum estado de necessidade possível, sequer o exculpante, nessas duas hipóteses.

Para logo, caberia dizer que, se essas figuras, referidas na Parte Especial do Código, configurassem estado de necessidade, não se entreveria a razão pela qual se justificasse sua previsão, uma vez que a regra do art. 24, inscrita na Parte geral, já estaria a abrangê-las. Com efeito: vai-se à disciplina específica do homicídio e lá não se acha referência especial à legítima defesa; vai-se ao tratamento peculiar do furto e ali não se encontra nenhuma alusão singular ao furto famélico; bastam-lhes as normas da Parte Geral do Código referentes à legítima defesa e ao estado de necessidade. Quando, porém, se cuida do aborto, por que se dirá que os itens I e II do art. 128, CP, são formas de *necessitas*? (Embora Fragoso procure afastar a superfluidade da suposta especialização dessas hipóteses como estado de necessidade - Parte Especial, I - p.85 -, a “exculpação” da parteira, excluída da letra das hipóteses específicas, mostra, por exemplo, com Mayrink da costa, a inocuidade da aventada especialização - Parte Especial, II - I. P.192).

Além do mais, ainda que se quisesse ladear a racionalidade legislativa, admitindo-se que o CP prevê *duas vezes* a mesma *necessitas* - uma no gênero (art. 24), outra na espécie (art. 128), resta uma segunda etapa de negação do suposto -, a que se refere à situação factual. Não há, com efeito, nessas aludidas modalidades de aborto, situação de fato de que se possa afirmar extraível a *necessitas*.

Diz Oliveira Ascensão que, se “apenas a vida ou a saúde da mãe estão em causa, não há uma causa de justificação para a prática do aborto, no ponto de vista substancial, porque o filho não pode ser instrumentalizado em benefício da mãe”(p.31)

Cabe aqui ceder a palavra ao médico. No que concerne ao aborto “necessário” ou terapêutico, Costa Júnior, que foi catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, ali prelecionando na inauguração dos cursos jurídicos de 1965, afirmou que a previsão do item I, art. 128, CP brasileiro, não encontrava apoio na medicina então coeva. E a tanto elencava razões:

“Primeiro, porque há outros meios para se tentar salvar a vida da gestante; segundo, porque, sendo conjecturais os diagnósticos médicos, nunca haverá certeza absoluta sobre o êxito letal; terceiro, porque a intervenção abortiva acarreta maiores perigos para a vida da gestante do que o prosseguimento da gravidez; e quarto, porque o “mal causado” não é, pela sua natureza e importância, consideravelmente inferior ao suposto mal evitado “ (p. 319).

Passou, então, em revista o mesmo autor, também professor de medicina Legal na Faculdade de Direito da que foi a Universidade Católica de São Paulo, as indicações mais freqüentes para o aborto “terapêutico” - as cardiopatias, a hipertensão arterial, a tuberculose pulmonar, as perturbações mentais, os vômitos incoercíveis -, rematando o exame:” No longínquo ano de 1903, Eugene Vincent já escrevia: há 30 anos me dedico a partos e jamais me encontrei em situação que exigisse a prática abortiva para preservar a saúde materna” (p.329). Por isso, Costa Júnior não hesita em dizer que “melhor se chamaria esse feticídio de aborto desnecessário ou aborto antiterapêutico” (p.314). A regra do art. 128, I, CP, seria de todo inócua, salienta o eminente professor, pois jamais se daria o suposto de fato para essa espécie de aborto; mas, prossegue o autor, “o que, realmente, o dispositivo enseja é favorecer e ocultar o verdadeiro aborto criminoso” (p.316).

Já em 1933, Carlos Fernandes, então docente livre de Clínica Obstétrica da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, escreveu uma erudita monografia sobre o tema do chamado aborto “terapêutico” - *De Jura Vitae Necisque* -, em que, depois de referir-se à larga lista de até então não raras indicações *médicas* para esse feticídio (tuberculose, asma, tifo, varíola, cardiopatias, leucemia, anemia perniciosa, nefrite crônica, diabete, glaucoma, miopia grave, otite média supurada, histeria, epilepsia, pielites, dermatose gravídica, entre outras), afasta-as como suposto para o feticídio terapêutico, dedicando-se, de modo particular, à refutação das indicações correspondentes às afecções cardiovasculares, à tuberculose e ao vômito incoercível (p. 104 et. Seq0. Em seguida, versando diferentes objeções, respondeu-as o autor, para concluir descaber, em todo seu gênero, o chamado aborto “terapêutico”.

Em resumo, como fez ver Euclides Custódio da Silveira, “o grande progresso da ciência médica demonstra dia a dia que (...) é possível salvar a vida da gestante, sem sacrificar a do feto, notadamente por meio da operação cesariana”, mas ainda supondo que haja uma ou outra exceção (*datum sed non concessum*), “raramente - diz ele - o aborto é recurso eficaz, porque a mulher acaba morrendo, mais cedo ou mais tarde” (p.127).

Por derradeiro, no tocante ao chamado aborto “sentimental”, é de todo manifesto que a superioridade da *vida* - ainda a do feto -, como bem jurídico, não autoriza possa concluir-se que a imposição de seu sacrifício em proveito de bem jurídico inferior (a honra da mãe ou seu mais satisfatório equilíbrio mental) caracterize um possível estado de necessidade. Com efeito, o estado de necessidade, propriamente dito, supõe a permissão de sacrifício do bem de *menor valor*, e, a necessitas desculpante reclama a igualdade de valor dos bens concorrentes (Fragoso, Parte Geral, p. 189; Mayrink, Parte Geral, I - I, p. 824; Magalhães Noronha, I - p.195;) porque, para evadir um mal menor, não se pode causar maléfico mais grave do que o evitado (Soler, I - § 32 - VIII).

Demais, cabe referir o intricado problema de saber, efetivamente, e sobretudo, prognosticar se o feticídio, na hipótese de mãe violada, causa o esperado bem psicológico - ou de *honra*, como dizem alguns (parece aí implicarem os abortistas que a mulher violada já não tem direito à honra, a não ser por meio de um homicídio). Em muitos casos, uma atenta e continuada observação psicológica leva a concluir que as

mães violadas que consentiram no aborto direto sofrem uma *extravitimação*: “O aborto, em lugar de tranquilizar - diz Domingo Basso (p. 411) -, constituirá um procedimento exacerbante de uma perturbação psicológica ainda maior tal como a experiência demonstra”.

Em síntese, as hipóteses de aborto “necessário” e de aborto “sentimental”, previstas nos incs. I e II, art. 128, CP, caracterizam escusas pessoais absolutórias, em que o fato praticado segue sendo *ilícito*.

Do que poder afirmar-se que, no direito positivo brasileiro, não há aborto direto algum que não seja *ilícito*.

3.3 O aborto eugenésico não é, no direito brasileiro, sequer hipótese de escusa absolutória.

Mais além, o aborto eugenésico não é, no direito pátrio, sequer causa de escusa absolutória. É um ilícito, como todo aborto direto. É, ademais, um crime, pois, em qualquer circunstância, é uma ação típica, antijurídica e *culpável*, na medida em que apenas o aborto “necessário” e o aborto “sentimental” constituem hipóteses legais de escusa absolutória.

É firme, neste ponto, a doutrina penal brasileira. Diz, a propósito, Magalhães Noronha, que o aborto eugenésico não é acolhido em nossa lei (II - p.64):

“Não admite ela a cessação da gestação, no caso de possível deformidade da criatura que está para nascer, e convenhamos que a autorização, nesse caso, não deixaria de ser perigosa. Por identidade de razão, deveria ela ser estendida a outras hipóteses, como doença infecciosa da gestante, que podem produzir conseqüências danosas para o feto. A admissibilidade se tornaria ampla e por isso mesmo perigosa: acabaria por degenerar, tornando a exceção regra.

“Cumpra notar igualmente a falibilidade do prognóstico: no caso concreto, não haverá *fatalidade* do efeito pernicioso no ente em formação: é mais uma razão para não admitir sua morte antecipada.

“Caso contrário, aberta estaria também a porta para a eutanásia ou homicídio compassivo, que é repellido pelas leis”(id.).

No mesmo sentido, diz Fragoso: “O aborto sentimental (que se realiza em conseqüência de um crime), todavia, não se confunde com o aborto eugênico (conveniência de evitar procriação indesejável) ou com o aborto por indicação social (miséria ou dificuldades econômicas do país), que são sempre criminosos perante nossa lei” (Parte Especial - I, p. 87; também nessa direção: Aníbal Bruno, IV - I, p. 174-175; Basileu Garcia, RT 324/8; Fabbrini Mirabete, II - p. 83; Mayrink, Parte Especial, II - I, p. 192; Paulo José da Costa Júnior, II - p. 39).

Vêm de Molde estas palavras de Nelson Hungria:

“O Código não incluiu entre os casos de aborto legal o chamado *aborto eugenésico*, que, segundo o projeto dinamarquês de 1936, deve ser permitido “quando existe perigo certo de que o filho, em razão de predisposição hereditária, padecerá de enfermidade mental, imbecilidade ou outra grave perturbação psíquica, epilepsia ou perigosa e incurável enfermidade corporal”.

“Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretenciosa charlatanice que dá pelo nome de eugenia. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjecturas,

sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado” (V -p. 313).

É pois, de concluir que, demais de *ilícito*, a exemplo de todos os casos de aborto direto perante a lei brasileira, o abortamento eugenésico, no Brasil, é sempre e caracterizadamente um *crime*.

4. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA O ABORTO EUGENÉSICO - OU ALVARÁ PARA PRATICAR UM CRIME

Veicularam algumas revistas jurídicas e, até mesmo, a grande imprensa, a existência de pedidos de autorização judicial para a prática de aborto “necessário”, “terapêutico” e “eugenésico”.

Surpreendente pretensão essa, que se volta a pleitear uma autorização judiciária para a prática, sempre, de um *ilícito*, e, alguma vez, tratando-se do aborto eugenésico, de um *crime*. Já o observara Walter Moraes: “Nenhum juiz está autorizado a permitir o cometimento de um crime (não importa que eximido de pena), ou, mesmo não sendo crime, de um ato ilícito, de uma ação contrária à lei” (p.25).

Partilhando da *conclusão* que chegou o referido magistrado paulista, Geraldo Batista de Siqueira sustenta que “a prática forense” dos mencionados pedidos de autorização para o aborto esbarra em “absoluta ausência de respaldo legal”. Diz o autor: “A conclusão pela inexistência de autorização judicial decorre de texto explícito, indicando, como pressuposto do aborto legal, apenas o consentimento da gestante ou de seu representante legal”. E prossegue: “É questão de tipicidade, expressa com a necessária nitidez redacional. A tipicidade da licitude excepcional prescinde de qualquer ato que não seja o consentimento da gestante ou de seu representante legal” (p. 301 - 302; tem ele o expreso abono de Fabbrini Mirabete, II - p. 83, e de Vicente Celso da Rocha Guastini, p. 1.663).

Da mesma conclusão participa Álvaro Mayrink da Costa: “Não há necessidade de autorização judicial para a prática do aborto sentimental” (Parte Especial - II - I, p. 194).

O tema está agudizado na lição de Walter Moraes:

“Em caso de cometimento de crime com circunstância excludente da punibilidade ou da própria criminalidade - cometido o fato, apura-se depois a excludente, e não tem cabimento ir o agente primeiro a um juiz requerer licença para o fato.

“Faria sentido alguém pedir permissão judicial para difamar um funcionário público, produzindo desde logo prova da verdade do fato que quer proparar?” (p.25).

Está-se, em geral, nessas opiniões a referir-se ao aborto “necessário” e ao “sentimental”, que constituem, como visto, hipóteses de escusas absolutórias. Ora, se não tem sentido pleitear uma autorização para praticar um ato *ilícito* com escusa

absolutória, que sentido haveria, a *fortiori*, em requerer um alvará para cometer um crime (i.e, o aborto eugenésico)?

Cabe observar, a propósito, que Geraldo Batista de Siqueira chega mesmo a afirmar que a autorização judiciária “é irrelevante como causa obstativa da persecução penal” (p. 302).

Diz esse autor que a autorização, embora dotada de judiciaridade, não se reveste dos atributos da jurisdição, e, o por isso, “não tem o condão de produzir a descriminalização” (id.). Daí que, a despeito de um desses alvarás para matar, prossegue o mesmo jurista, “nada impede que a Autoridade Policial instaure, de ofício, inquérito policial ou prossiga na investigação já iniciada, os quais, remetidos ao Ministério Público, poderão dar ensejo ao oferecimento da denúncia” (id.). Abona-o expressamente Fabbrini Mirabete (II - p. 83).

A esses motivos, que dizem com a impossibilidade jurídica do pedido de autorização do aborto, cabe acrescentar que seu correspondente procedimento *administrativo* usurpa e frustra a competência jurisdicional própria, que é a do Juízo penal, *ex post facto*.

4.1 A ilimitação dos alvarás possíveis (enfim, os crimes autorizados)

Em artigo veiculado pelo jornal do Conselho Federal de Medicina (julho de 1993), Antônio Jajáh, então conselheiro da entidade, referindo-se a um caso concreto de concessão de alvará para o aborto eugenésico, afirmou, com todas as letras, que o fato revelava “ a ação de uma quadrilha constituída por Juiz de Direito, Médicos e Promotor Público. (...) Uma verdadeira quadrilha instalando um novo sistema de Justiça: a lei não vale, é antiga! O que vale é o que pensam alguns que estão em postos-chave - é o moderno!” (p. 12). À parte forte da expressão verbal desse médico - em todo caso, há uma ira que é sagrada -, o fato é que, a seu modo, ele aponta quer (i) um factual confinamento da instância quanto a essas autorizações para o aborto, contra cujo deferimento ninguém recorre (embora o resultado final seja um feticídio), quer (ii) a circunstância de que está, de maneira apropositada, a autorizar a violação da lei penal.

Fica-se, porém, a imaginar admitida a prática dessas autorizações, se não se estará afirmando, de caminho, equivalente possibilidade de autorização de não importa quais crimes. Hoje, o aborto; amanhã, o da eutanásia; no futuro, o do furto, o do roubo, o das violações etc.

5. BIBLIOGRAFIA

ADRIANO MARREY. “ O crime de aborto”, in RT, v. 329.

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA, *Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1994.

ANDREW C. VARGA. *Problemas de Bioética*, trad. Brasileira, Unisinos, São Leopoldo, 1990.

ÁNGEL AMOR RUIBAL . *Derecho Penal de la Iglesia Católica*, Madrid, Barcelona, s.d.

ANÍBAL BRUNO. *Direito Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1984.

ANTÔNIO JAJÁH. “ A Quadrilha dos acima da lei”, in *Jornal do CFM*, de julho de 1993.

ANTÔNIO QUINTANO RIPOLLÉS. *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Revista de Derecho privado, Madrid, 1972.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, compulsada na versão francesa de Jean Tricot, ed. Vrin, Paris, 1987.

ARLEEN SALLES. “La Controversia sobre el aborto”, in *Decisiones de Vida y Muerte*, organizado por Florencia Luna e pela citada Arleen Salles, trad. Argentina, Sudamericana, Buenos Aires, 1995.

BASILEU GARCIA. “ Thalidomide e abortamento”, in RT, v.324; *Instituições de Direito Penal*, Max Limonad, São Paulo, 4ª. Ed., s.d.

CARLOS CREUS. *Derecho penal - Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

CARLOS FERNANDES. *De Jure Vitae Necisque*, Rio de Janeiro, 1933.

CARLOS FONTÁN BALESTRA. *Derecho Penal - Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

CLAIRE NERINCK (direção). *Da la Bioéthique au Bio-droit*, LGDJ, Paris, 1994.

DAMÁSIO DE JESUS. *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1981.

DOMINGO BASSO. *Nacer y Morir con Dignidad - Bioética*, Depalma, Buenos Aires, 1993.

DOMINGO DE SOTO. *De Iustitia et Iure*, IEP, Madrid, 1968.

DONALD MARQUIS. “Por qué es inmoral el aborto”, in *Decisiones de Vida y Muerte*, organizado por Florencia Luna e Arleen Salles, trad. argentina, Sudamericana, Buenos Aires, 1995.

EDGAR MAGALHÃES NORONHA. *Direito Penal*, Saraiva, São Paulo, 1971.

EUCLIDES CUSTÓDIO DA SILVEIRA. *Direito Penal - Crimes Contra a pessoa*, ed. RT, São Paulo, 1973.

FILEMÓN CASTELLANO. “Herencia y eugenesia”, in *Sapientia*, Buenos Aires, 1946, n. 2.

FRANCISCO DE VITORIA. *Relectio de Indis*, Conselho Superior de Investigações Científicas, Madrid, 1967

FRANCISCO HERRERA JARAMILLO. *El Derecho a la Vida y el Aborto*, EUNSA, Pamplona, 1994.

FRANCISCO JAVIER ELIZARI BASTERRA. *Bioética*. San Pablo, Madrid, 1994.

FRANCISCO FAUS. *A Língua*, Quadrante, São Paulo, 1994.

GERMAIN GRISEZ, *El Aborto - Mitos, Realidades y Argumentos*, trad. Espanhola, Síngueme, Madrid, 1991.

HANS-HEINRICH JESCHECK. *Tratado de Derecho Penal*, trad. Espanhola, Bosch, Barcelona, 1981.

HANS WELZEL. *Derecho Penal Alemán*, trad. Chilena, Jurídica de Chile, Santiago, 1993.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSSO. *Lições de Direito Penal, Forense*, Rio de Janeiro, 1995.

J.B. DE OLIVIERA E COSTA JÚNIOR. “Por que , ainda, o aborto terapêutico?”, in *Revista da Faculdade de Direito, USP*, São Paulo, 1965, vol. IX.

J.C. WILLKE E WILLKE. *Le Livre Rouge de l'Avortement, trad. Francesa*, France Empire, Paris, 1973.

JACQUES LECLERCQ. *Leçons de Droit Naturel -Les Droits et Devoirs Individuels, Maison d'Éditions e Société d' Études Morales*, Namur - Louvain, 1955.

JEAN ARNOLD DE CLERMONT. “La perception des risques biotechnologiques - Le point de vue protestant”, in *Bioéthique et Droit*, vários autores, estudos reunidos por Raphaël Draï e Michèle Harichaux, PUF, Paris, 1988.

JEAN BERNARD. *Espoirs et Sagesse de la Médecine*, Odile Jacob, Paris, 1993; *La Bioéthique*, Flammarion, Paris, 1994.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO. “ Direito e bioética”, in *Direito da saúde e Bioética*, vários autores, Lex, Lisboa, 1991.

JÚLIO FABBRINE MIRABETE. *Manual de Direito Penal*, Atlas, São Paulo, 1994.

MARCELLINUS ZALBA. *Theologiae Moralis Compendium*, BAC, Madrid, 1958.

MARÍA DEL CARMEN FERNÁNDEZ DE LA CIGOÑA CANTERO. “bioética y tenocracia”, in *verbo*, Madrid, 1993, ns. 315-316.

MÁRIO BIGOTTE CHORÃO. de *Temas Fundamentais de Direito*, Almedina, Coimbra, 1986.

NELSON HUNGRIA. *Comentários ao Código Penal*, Forense. Rio de Janeiro. 1979.

OLIVIER DE DINECHIN. “La perception des risques biotechnologiques - Le point de vue de l'Église catholique”, in *Bioéthique et droit*, vários autores, estudos reunidos por Raphaël Draï e Michèle Harichaux, PUF, Paris, 1988.

PAULO FERREIRA DA CUNHA. *Pensar o Direito*, Almedina, Coimbra, 1991.

PAULO JOSÉ DA COSTA JÚNIOR. *Comentários ao Código Penal*, Saraiva, São Paulo, 1989.

RAIMUNDO PANIKER. *Ontonomía de la Ciencia*, Gredos, Madrid, 1961.

REINHART MAURACH. *Derecho Penal - Parte general*, trad. Argentina, Astrea, Buenos Aires, 1994.

ROBERT DEBRÉ. *Venir al Mundo*, trad. Espanhola, EMESA, Madrid, 1978.

RODRIGUEZ DEVESA. *Derecho Penal Español*, Dykinson, Madrid, 1994.

SANTO TOMÁS DE AQUINO. *Suma Teológica*, BAC, Madrid.

SEBASTIÁN SOLER. *Derecho Penal Argentino*, TEA, Buenos Aires, 1987.

VICENTE CELSO DA ROCHA GUASTINI. Na obra coletiva de Alberto Silva Franco e outros, *Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*, RT, São Paulo, 1995.

VLADIMIRO LAMSDORFF-GALAGANE. *Teoria del Derecho*, PPU, Barcelona, 1978.

WALTER MAFFEL. *Os fundamentos da medicina*, Artes Médicas, São Paulo, 1978.

WALTER MORAES. "O Problema da Autorização Judicial para o Aborto", in RJTJSP, Lex, São Paulo, v.99.

EXPOSIÇÃO FEITA NO PLENÁRIO DA CÂMARA DE DEPUTADOS, EM AUDIÊNCIA PÚBLICA DA COMISSÃO GERAL SOBRE ABORTO, PELO ADVOGADO JOSÉ CARLOS GRAÇA WAGNER, PRESIDENTE DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE ADVOGADOS CONTRA O ABORTO.

Introdução

O debate até agora, nesta audiência, demonstra que a questão central é: Vida humana versus direito da mulher ao uso do corpo.

Não é, portanto, como afirma a expositora que falou em nome das Católicas pelo Direito de Decidir, uma questão de moral sexual mas de direito à vida. Nem, por outro lado, gravidez é contra a saúde da mulher, como sustentam tantas ONGS que abrigam a ideologia feminista. Pelo contrário, a gravidez é um fator favorável à saúde da mulher. Depois dessa introdução, vale a pena abordar a questão de fundo que envolve o esforço de legalização indireta, do aborto, que passa a ser de utilização ilimitada praticamente com a norma que o permite, mediante mero Boletim de Ocorrência, em repartição

policial. O art. 128 do C.P. entra nisso apenas como pretexto para, através do Boletim de Ocorrência, abrir as portas ao aborto, bastando que se trate de gravidez indesejada.

A verdadeira questão de fundo é de natureza política

A questão política, de amplitude internacional, aproveita o sentimento de revolta das mulheres pelas violências sofridas, inclusive por estupros, durante séculos, para promover o controle numérico da população brasileira, que é um objetivo estratégico das nações do Primeiro Mundo, nas quais, sem exceção, o crescimento populacional está em profunda queda ou é negativo. Temem um Brasil com população crescente.

Estes países, por sua vez, controlam a ONU, que estimula inúmeras entidades internacionais favoráveis à esterilização, ao aborto e à promoção da união entre homossexuais, e que, por sua vez, financiam as campanhas para a legalização dessas medidas.

O poder geo-político no mundo

É sabido que um dos fatores de poder geo-político é o populacional. Não é o caso da China? O Brasil tem território imenso, tem riquezas enormes, tem Sol o ano inteiro, tem unidade linguística e cultural. Com uma população igual a dos Estados Unidos e Rússia, tornar-se-ia um novo gigante mundial.

Mulher versus Feto. Mãe versus Filho.

É preciso dar nome aos bois. Mais do que uma luta da mulher contra o feto, é uma luta da mãe contra o filho.

Como reclamar, quando essas mães forem velhas, que os demais filhos fiquem contra ela e sejam a favor da eutanásia ou do chamado “suicídio assistido”, como ocorre nos Estados Unidos? O que eu vi lá, chegará aqui, se não dermos um **bast**a, agora, a essas medidas contra a vida humana.

Outra questão é: pode a mulher, por um feminismo que esquece o humanismo, **ser senhora da vida e da morte** de seu filho, enquanto feto?

A mulher acima da Lei Magna?

Podem os chamados “direitos da mulher” estar acima da Constituição?

O direito à vida é inviolável. O direito à igualdade é inviolável.

O direito à vida do feto é **inviolavelmente igual** ao direito à vida da mãe.

O direito à vida do feto é superior ao chamado “direito” da mulher estuprada de rejeitar a gestação do feto, que não tem sequer culpa da violência. A noção, falsamente teológica, de que o feto representa uma continuidade da agressão sofrida pela mulher, não leva em conta que o feto em nada contribuiu para o evento, além de sofrer pena de morte, quando se, pela lei, fosse cúmplice da agressão, teria pena menor do que o agressor principal. A invocação de teólogos e teólogas independentes, feita pelas “Católicas” pelo Direito de Decidir, esquece que, pela doutrina católica, na fecundação, Deus intervém dando ao feto, no ato, a alma humana. Mas, a questão que antecede à religiosa é de direito natural --- ecológico --- à vida.

O feto é criminoso de guerra?

Não é o feto criminoso de guerra, nesta guerra entre mãe e filho, inventada por interesses, inclusive comerciais (o lucro das clínicas nos Estados Unidos é de aguçar a ganância de muitos). É crime de guerra matar o prisioneiro depois da rendição. E no aborto, em que o feto apenas busca abrigo no útero materno, LUGAR A QUE TEM DIREITO PELA PRÓPRIA NATUREZA DAS COISAS, PELA ECOLOGIA HUMANA, não é crime de guerra da mãe? O aborto, em virtude de estupro, por mais penoso que seja para a estuprada, viola todas as leis penais e todos os direitos da pessoa humana. É o “non sense” mais absoluto em termos jurídicos ou meramente humanos. Viola o direito de defesa, viola a norma de que a punição não pode ultrapassar a pessoa que pratica o delito, impõe pena de morte, inexistente no direito brasileiro, etc, etc.

A “invasão” do útero materno

Tem a mulher o direito de matar o pretense “invasor” do seu útero? Entender que a violência menor (que afeta, ainda que profundamente, como ninguém pode negar, o profundo valor da maternidade consentida pela livre união com um homem, na busca comum da felicidade duradoura, de que é capaz o verdadeiro amor humano, marcando a vida de forma irrecuperável) permite **a violência maior de destruir a vida do feto,**

que, além de não eliminar as consequências da violência sofrida, acrescenta um novo drama de consciência na vítima de estupro e agora também do aborto, com marcas também irrecuperáveis, por tê-lo praticado contra um ser inocente, fruto do próprio sangue, é admitir, pela absoluta igualdade essencial do argumento que os proprietários, tenham o direito de matar os invasores da terra ou de qualquer outra invasão. Sejam, os invasores, sem terra ou sem teto. O feto, mais do que isso, pelo aborto, passa a ser “sem vida”. É o “excluído” por excelência. Excluído de absolutamente tudo.

A origem da violência que assusta o mundo

O desprezo à vida, em grau universal, como ocorre hoje, tem no aborto uma de suas fontes mais fortes. É, além disso, uma violação do instinto da maternidade. O estuprador é um violador do direito à livre maternidade, mas a violada nesse direito a fere mais profundamente, quando recusa um ser que tem o seu próprio sangue, impedindo-o de manifestar o próprio amor humano.

Os regimes nazista e comunistas também tiveram “bons” pretextos, **de falsa preocupação social**, para matar milhões de pessoas, conforme revelação do “Estado de São Paulo” de domingo. Se a mãe pode eliminar o filho, por ser indesejável, os regimes totalitários podem invocar, como fazem, o morticínio de seus adversários, por serem também indesejáveis e perniciosos para a “saúde social”, na visão desses regimes dogmáticos.

O começo da vida. O verdadeiro nome do aborto é assassinato.

A vida começa com a fecundação. A célula que dela decorre é já um ser humano, com possibilidade de determinar pai e mãe pelo DNA. Não é DNA de “macaco”. Só falta alimentação para completar sua formação corporal, de acordo com o código genético determinado na fecundação, sem que ocorra, após ela, qualquer novo fenômeno biológico, para que o feto venha à luz do dia.

Trata-se, portanto, de eliminação de vida humana, que tem um nome: **assassinato**.

Inviolabilidade da igualdade. A Constituição não dispõe, com essa norma, a igualdade social, mas à igualdade fundamental de segurança jurídica para todos os seres humanos.

A inviolabilidade da igualdade **não é social**. É jurídica. Não se trata de permitir as mulheres pobres de fazer aborto. Trata-se de impedir às mulheres ricas de abortar, de ficarem impunes. O mal do estupro não justifica o mal do aborto, nem para ricos nem para pobres. O estupro de crianças não justifica a morte do feto, mas uma atuação da sociedade a favor da violentada, que também deve se comprometer com a punição do estuprador, pelo imenso dano causado, não apenas ao corpo, mas à totalidade do ser da vítima, por todo o curso da vida, tal como ocorre com muitos outros dramas humanos, que envolvem o íntimo das pessoas. Deve também a sociedade se comprometer com o sustento do novo ser proveniente da violência sexual.

Não existe aborto legal

O art. 128 não estabelece o aborto legal. Afirmar isto tem um nome: **mentira deliberada** ou ignorância da matéria.

Permite a norma penal, apenas, que, no processo instaurado em virtude de um aborto, o juiz, verificando a ocorrência desse crime, despenalize, se assim entender pelos elementos constantes do processo, os que dele participaram. Isto não é autorização prévia de aborto, nem aqui nem em qualquer outro lugar. É apenas exclusão da pena, **após** a prática do crime. Não descriminaliza. Apenas despenaliza. Como também nenhum juiz dará liminar para que se exerça a legítima defesa da vida, preventivamente. Substituir o **inquérito policial pelo mero boletim de ocorrência**, é generalizar o aborto, até mesmo de mulheres casadas, sem que apareça o criminoso, por conveniência da pretensa vítima. Se a mulher tiver menos de 14 anos, a presunção de violência já permitiria, por si só, o aborto. É fácil prever que vai aumentar a “procura” de meninas de menos de 14 anos, pois não haverá sequer inquérito. Vai ser, também, o paraíso dos estupradores que passam a ficar impunes, enquanto o feto perde a vida, pois é sempre preferível não apontar o criminoso, alegando não conhecer o autor. E o Boletim de Ocorrência será o paraíso das fraudes para obter o aborto, sem qualquer limite. Será o paraíso das clínicas especializadas, pois as ricas vão usar certamente do novo “sistema”.

A mentira do aborto legal

Além disso, o art. 128, de 57 anos de idade, foi elaborado no Código Penal da ditadura do Estado Novo, sob a égide da Constituição de 37, **que não protegia o direito à vida**, ao contrário da Constituição atual. Nem protegia o direito à inviolabilidade da igualdade, que exclui a possibilidade de preferir uma vida em detrimento de outra.

Assim, o art. 128 é, hoje, inconstitucional, em face da inviolabilidade da vida e da igualdade. Não pode ser regulamentado. O que é inconstitucional não existe e não se regulamenta o que não existe na ordem jurídica.

O aborto da vida eterna

A questão não é religiosa, embora aqueles que acreditam que o homem é criatura de Deus, ao aprovar o aborto, aprovam também o aborto da própria vida eterna, pois, para os cristãos, só Deus tem poder sobre a vida das criaturas. É o único **Senhor da vida e da morte**. Este poder é indelegável. Nem o Congresso Nacional pode invadir o direito de Deus para dispor sobre a vida humana. O Congresso Nacional não tem delegação da lei natural para dispor sobre a vida, ainda que possa, **diante de valores da mesma natureza**, admitir que possa ocorrer, como na legítima defesa, após devidamente comprovada, sem excesso de quem se defende, a não-aplicação da pena. Não se afronta a vida quando se a defende contra quem quer eliminá-la, tanto em relação à própria vida como a de terceiros. Se o feto pudesse exercer a legítima defesa, poderia matar a mãe que quisesse abortá-lo e não poderia ser punido.

Compromisso de leigos

Por isso, assumimos um compromisso como ser humano, como cidadão, como cristão e como brasileiro, levando em conta apenas o direito natural e a moral natural, sem invocar, para tanto, crença religiosa, qualquer que seja: **formar um movimento nacional contra a eleição de abortistas**, para qualquer níveis de governo, **executivo ou legislativo**, porque desrespeitam os mais elementares dos direitos: o direito da **aventura de viver** de seres já concebidos, e de que possam exercer o livre arbítrio para utilizar seus dons e talentos, com plena liberdade, para o bem ou para o mal.

A carnificina do aborto é mais hedionda do que as violências de qualquer campo de concentração que já tenha existido.

Qualquer um que queira se informar, saberá da extrema crueldade que cerca os aborto aqui e nos demais países. Muitas vezes degolam os fetos com a mesma frieza dos fundamentalistas argelinos, nas matanças de crianças, como é noticiado constantemente. Qualquer médico pode testemunhar, querendo, o que ocorre nas clínicas de aborto, cujo verdadeiro nome deveria ser **matadouro de animais humanos não-nascidos** por pretensos seres humanos já nascidos e muitas vezes possuidores de diplomas que os obrigam, moralmente, a defender a vida. O que acontece nas clínicas de aborto e o número das vítimas é, sem qualquer dúvida, representativo do maior dos crimes contra a humanidade, desde o surgimento do homem sobre a terra. E, muitas vezes, em troca de míseros reais e da compra de boletins de ocorrência e laudos médicos forjados, no pior dos comércios surgidos sobre a face da terra.

Não é novela nem sentimentalismo. É o triste resultado da busca desenfreada de conveniências e de ideologias que invocam valores reais para obterem resultados de distorção desses mesmos valores. A dor profunda da violação do corpo da mulher, contra a própria vontade, por mais compreensível que seja, não pode ser manipulada nem por interesses estratégicos de outras nações, nem por interesses comerciais dos que terão seu faturamento aumentado pelas facilidades “legais” para ampliar suas clínicas particulares, ao lado dos serviços de saúde da rede pública, que também terão, de um lado, quem disso se aproveite e, de outro, a imposição da violação da consciência de médicos leais à sua missão de sempre. Ou se imagina que as ricas não serão estimuladas pelas novas facilidades propiciadas pelo Boletim de Ocorrência Policial? E que as usuárias da rede pública não terão de “gratificar” os serviços de muitos de seus integrantes? Isto sempre existiu, em outros casos de saúde, mas no caso de aborto, pela própria natureza da intervenção, será multiplicada, a prática das gratificações sem que as usuárias tenham maior condição ou interesse de se queixar.

SENHORES DEPUTADOS: NÃO VIOLENTEM A NAÇÃO

***JOSÉ CARLOS GRAÇA WAGNER
PRESIDENTE***

ABORTO

(PEREIRA, Maria José Miranda. *Aborto*. Consulex, Ano VIII, n.º 176, 15 maio 2004, p. 37)

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

Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime *nefando*. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei n.º 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles. Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenas tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais - 9.099/95). Noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer.

Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessária ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele), o delito é de segunda ou terceira categoria, um "crime de bagatela".

Os abortistas estão tão conscientes da hediondez do que promovem que tentam mascarar a verdade evitando sistematicamente falarem criança, bebê ou nascituro. Falam em feto, embrião ou concepto. Substituem "matar", por "interromper a gravidez" ou "esvaziar a cavidade uterina". A própria palavra "aborto" é substituída por siglas, desde a clássica IVG ("interrupção voluntária da gravidez") até a recém-criada ATP ("antecipação terapêutica de parto").

Convém esclarecer que, juridicamente, o aborto diretamente provocado é crime. Ainda que ele seja praticado *sob o pretexto* de salvar a vida da gestante (art. 128, I, CP) ou para condenar à morte o filho de um autor de estupro (art. 128, II, CP), segue sendo ilícito. O que o Código Penal diz é tão-somente que, nesses dois casos, o aborto "*não se pune*". As causas de não-aplicação da pena ao autor de um crime recebem o nome de "escusas absolutórias". Elas não tornam o ato lícito, apenas excluem sua punição. Outros exemplos de escusas absolutórias: furto praticado pelo filho contra o pai (art. 181, CP), favorecimento pessoal de criminoso praticado por seu irmão (art. 348, § 2º,

CP). Este assunto é explanado de maneira magistral por Walter Moraes em seu artigo *O problema da autorização judicial para o aborto (RJTJESP, vol. 99, ano 20, março-abril 1986, p. 19-30)*.

Ora, se o aborto (com ou sem pena) é crime, não se pode pedir a um juiz a autorização para praticá-lo. Faria sentido um alvará judicial para um filho furtar algo do pai, ou para uma mãe ocultar seu filho delinqüente da polícia? O descabimento é ainda maior quando um juiz autoriza a prática de um crime *punível*, como é o aborto por má formação fetal. O tema é excelentemente analisado pelo valoroso cientista penal Ricardo Dip em seu artigo *Uma questão biojurídica atual: a autorização judicial de aborto eugenésico: alvará para matar* (Revista dos Tribunais, Ano 85 - v.734 - dez. 1996 -Fasc. Pen. - p.517-540).

É muito importante ressaltar que o chamado aborto por anomalia fetal é eufemismo para aborto eugênico, tornado muito conhecido em razão das práticas de Hitler. Já em 1965, o grande médico-legal Costa Júnior refutava, em sua aula inaugural nos Cursos de Direito da USP, as principais indicações "terapêuticas" para o aborto (*Por que ainda o aborto terapêutico?* Revista da Faculdade de Direito, USP, São Paulo, 1965, volume IX, p. 312-330). Imperdível para os estudantes e operadores de Direito. Dizia o catedrático que melhor se chamaria o aborto, em tais situações, de aborto "antiterapêutico", uma vez que acarreta mais riscos para a gestante do que o prosseguimento da gravidez. Chamar de "terapêutico" um aborto praticado em razão do desprezo pelo nascituro, tão doente que tem pouca expectativa de sobrevivência, é pura enganação. A má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é sadia, conforme resposta oficial do Conselho Federal de Medicina a um questionamento do Ministério Público.

Confirma a Associação Nacional dos Ginecologistas/obstetras que o defeito físico do feto NÃO implica por si só risco para a gestante. Vejam explicações inquestionáveis dos médicos João Evangelista dos Santos Alves e Darnival da Silva Brandão, autores do livro *Aborto: o Direito à Vida* (Rio de Janeiro, Agir, 1982), laureado pela Academia Nacional de Medicina. Recente decisão unânime do STJ, no HC 32159-8-RJ, acatando lúcida manifestação do Chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da República), declara ilegal, considera crime o aborto de bebês defeituosos. Confira-se.

Também é falso que a mãe sentirá repugnância pelo filho deficiente, ao nascer. É próprio do amor materno, compadecer-se daquele que está desfigurado pela doença e ameaçado de morte iminente. Ao contrário, se a gestante, pressionada por outros que lhe dizem que seu filho é uma "coisa" ou um "monstro", acaba consentindo no aborto, carregará pelo resto da vida o terrível quadro clínico conhecido como síndrome pós-aborto, que inclui: depressão, medo, choro, remorso, tendência ao suicídio, noutras palavras, a aniquilação da psique da mulher. E ainda há quem diga que o direito ao aborto é uma bandeira feminina...!

MARIA JOSÉ MIRANDA PEREIRA é Promotora de Justiça do Tribunal do Júri de Brasília.



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO

FEDERAL

MEMORIAL

SUMÁRIO

VOTO DO RELATOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

A PERSONALIDADE DO NASCITURO

A redação controversa do Código Civil de 1916

O Pacto de São José da Costa Rica

O Código Civil de 2002.....

A posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica

A peculiaridade do direito do nascituro à personalidade

A Emenda Constitucional 45/2004 e seus efeitos

O voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8 TO

A PERSONALIDADE DO EMBRIÃO

A SUPOSTA EXISTÊNCIA DO ABORTO LEGAL

O EMBRIÃO HUMANO E O OVO DE TARTARUGA

O EMBRIÃO HUMANO E A MORTE ENCEFÁLICA

O DESTINO DOS EMBRIÕES HUMANOS “EXCEDENTÁRIOS”

O SER HUMANO COMO MATERIAL CIENTÍFICO

As experiências científicas nazistas

A história se repete?

A dignidade da pessoa humana

CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: MAIS DE 25 ANOS DE FRACASSO

“Um certo sensacionalismo faz parte do jogo”

“A gente tenta dourar um pouquinho a pílula”

O SUCESSO CRESCENTE DAS CÉLULAS-TRONCO ADULTAS

As células-tronco pluripotentes induzidas

CONCLUSÕES

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.510-0 DISTRITO
FEDERAL**

Proposta pelo Procurador Geral da República contra o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

MEMORIAL

No dia 30 de maio de 2005, o Procurador Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles ajuizou a ADI 3510 contra o artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia, alegando que tal dispositivo contraria a inviolabilidade do direito à vida humana previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal.

O processo foi distribuído para o Ministro Carlos Ayres Britto, o qual, acatando pedido da Procuradoria Geral da República, determinou realização de uma audiência pública no Supremo Tribunal Federal com autoridades do mundo científico no dia 20 de abril de 2007, sobre a questão do início da vida humana.

No dia 5 de março de 2008, a Suprema Corte iniciou o julgamento. O relator Ministro Carlos Ayres Britto, votou pela improcedência do pedido formulado na ação. O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito pediu vista dos autos, tendo como consequência a suspensão da votação. No entanto, a Ministra Ellen Gracie, presidente do Tribunal, resolveu antecipar seu voto, acompanhando o relator, ou seja, manifestando-se pela improcedência do pedido.

VOTO DO RELATOR MINISTRO CARLOS AYRES BRITTO

O relator alegou em síntese, que a proteção constitucional do direito à vida não atinge o embrião humano fertilizado *in vitro*. Isso se deve ao silêncio da Constituição Federal sobre o início da vida humana (“silêncio de morte”, segundo trocadilho formulado pelo ministro) e à afirmação contida no artigo 2º (primeira parte) do Código Civil de que “*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”. O nascituro então, conclui o ministro, não é pessoa, mas expectativa de pessoa. Não tem direitos, mas expectativa de direitos. A inviolabilidade do direito à vida só é garantia para o nativo, ou seja, para aquele que nasceu com vida, pois só este é pessoa.

O Código Civil, em seu artigo 2º (segunda parte) põe a salvo “os direitos do nascituro”, não porque ele seja pessoa, interpreta o relator, mas porque está a caminho de tornar-se pessoa. Trata-se de um transbordamento do princípio da dignidade da pessoa humana, que atinge até quem (ainda) não é pessoa (o nascituro), protegendo seus direitos.

A incriminação do aborto, argumenta o ministro, não significa que a lei reconheça a presença de duas pessoas: a gestante e o nascituro. Se assim fosse, todo e qualquer aborto seria inconstitucional, inclusive o previsto nos incisos I e II do artigo 128 do Código Penal. Para o ministro, a prática do aborto nessas duas hipóteses equivaleria à aplicação da “pena de morte” a uma pessoa pré-natal, o que é proibido pela alínea a do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal. O ministro, porém, afirma que nenhuma realidade ou forma de vida pré-natal é pessoa. Logo, a lei infraconstitucional pode protegê-la, mas não tem a obrigação de fazê-lo sempre e sem exceções.

O relator chega a essa conclusão jurídica embora reconhecendo explicitamente que “**o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino**” 45[1]. O zigoto humano, porém, não é pessoa “**porque assim é que preceitua o Ordenamento Jurídico Brasileiro**” 46[2].

45[1] Voto do relator, n. 30, p. 35. Grifado no original.

46[2] Voto do relator, n. 31, p. 36. Grifado no original

Além disso, em se tratando de fertilização extracorpórea, diz o relator, o concebido não é nascituro, pelo menos enquanto não for introduzido no útero feminino. Sua destruição não se enquadra no crime de aborto previsto pelo Código Penal. Ele não está a caminho do nascimento, mas confinado *in vitro*, sem qualquer possibilidade de progressão.

O casal, no entendimento do ministro, ao recorrer à fertilização extracorpórea, não está obrigado a aproveitar todos os óvulos eventualmente fecundados. Os embriões “excedentários” não mantêm com seus genitores o mesmo vínculo de proximidade física e afetividade que costumam ter os embriões fecundados naturalmente. Então, conclui o relator, na impossibilidade de mantê-los congelados indefinidamente, pode-se, com a autorização dos pais, destruí-los para os fins previstos pelo artigo 5º da Lei de Biossegurança.

No final de seu voto, o ministro vai além. No caso de um embrião excedentário fertilizado *in vitro* não existe pessoa humana “nem mesmo como pura potencialidade”^{47[3]}, uma vez que lhe falta o cérebro. Tal embrião “**é algo que jamais será alguém**”^{48[4]}. Essa conclusão é extraída de um paralelo com a Lei de Transplantes (Lei 9.434/97, art. 3º) que autoriza a retirada “*post mortem*” de tecidos ou órgãos do corpo humano, uma vez constatada a morte encefálica.

Despojado de personalidade e de proteção jurídica, nada obsta, segundo o ministro, que o embrião congelado seja usado para superar o infortúnio alheio, em benefício da saúde e da ciência.

A PERSONALIDADE DO NASCITURO

47[3] Voto do relator, n. 56, p. 61.

48[4] Voto do relator, n. 56, p. 61. Grifado no original.

A redação controversa do Código Civil de 1916

O nó da argumentação do ministro Carlos Ayres Britto está no não-reconhecimento da personalidade do nascituro.

Na vigência do Código Civil de 1916, o seu artigo 4º trazia a seguinte redação:

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

Esse dispositivo foi causa de incontáveis discórdias entre os civilistas. Se o nascituro não é pessoa, ele não poderia ter direitos. Quando muito, teria expectativa de direitos. No entanto, a lei punha a salvo os *direitos* (no plural) — atuais, e não em potência — do nascituro. Autores como Franco Montoro, Otávio Ferreira Cardoso e, sobretudo, Silmara Juny de Abreu Chinelato e Almeida, fazendo uma interpretação sistemática do Código Civil, afirmavam que o nascituro é propriamente pessoa, não obstante a redação controversa daquele artigo.

O Pacto de São José da Costa Rica

Contudo, a primeira parte desse artigo (*“a personalidade civil do homem começa do nascimento com vida”*) foi revogada pelo *Pacto de São José da Costa Rica*, do qual o Brasil é signatário.

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

Com efeito, diz o § 1º, artigo 2º, do Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 - Lei de Introdução ao Código Civil: *“A lei posterior revoga a*

anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule matéria de que tratava a lei anterior”.

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

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

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

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

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

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

Jaques de Camargo Pentead^{49[5]} alega que a doutrina da personalidade do nascituro

49[5] Procurador de Justiça aposentado, exercendo atualmente a advocacia no Estado de São Paulo. Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, tem vários livros e artigos publicados, destacando: A Família e a Justiça Penal

... culminou com sua consagração no âmbito internacional, tanto que o Pacto de São José de Costa Rica dispõe que 'pessoa é todo ser humano' (art. 1º, n.º 2). Além disso, vigora no âmbito interno, posto que adotado pelo Brasil, tanto que já se reflete na jurisprudência nacional.50[6]

Ao pé da página, o autor cita uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo51[7]:

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

Houve, porém, infelizmente, um grande desconhecimento do alcance do Pacto de São José da Costa Rica em face da legislação brasileira. Depois de sua vigência, nenhum doutrinador poderia dizer (mas muitos

(1988, ed. Revista dos Tribunais); Acusação, Defesa e Julgamento (2001, ed. Millennium); Co-organizou e foi também co-autor do livro "A vida dos Direitos Humanos – Bioética e Jurídica" (1999, ed. Sérgio Fabris).

50[6] PENTEADO, Jaques de Camargo. O devido processo legal e o abortamento. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 152.

51[7] agora extinto pela Emenda Constitucional 45/2004.

continuaram dizendo) que o nascituro é mera “expectativa de pessoa” (*spes personae*), gozando apenas de “expectativas de direitos”.

O Código Civil de 2002

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

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

Assim, o Congresso Nacional, ao instituir o novo Código Civil, deveria, em cumprimento ao compromisso assumido na Convenção, ter modificado a redação do artigo 4º, a fim de assegurar a todo ente humano, nascido ou nascituro, o reconhecimento de sua personalidade jurídica.

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

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

Pergunta-se: a partir do dia 11 de janeiro de 2003, quando o novo Código entrou em vigor, terá havido um retrocesso em relação aos direitos humanos? Em particular, em relação ao mais débil dos entes humanos: o nascituro? Terá tido o novo Código força de revogar o estabelecido em uma Convenção Internacional? Haverá superioridade hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica em relação ao novo Código Civil?

A posição hierárquica do Pacto de São José da Costa Rica

Para responder a essa questão, valhamo-nos dos argumentos de Flávia Piovesan. Diz a referida autora:

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

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

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

Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a hierarquia de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Esta conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional.^{52[8]}

(...)

Em favor da natureza constitucional dos direitos enunciados em tratados internacionais, um outro argumento se acrescenta: a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais. Este reconhecimento se faz explícito na Carta de 1988, ao invocar a previsão do art. 5º, parágrafo 2º. Vale dizer, se não se tratasse de matéria constitucional, ficaria sem sentido tal previsão.^{53[9]}

^{52[8]} PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 5. ed. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 75-76.

^{53[9]} *Ibidem*, p. 77-78.

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

Observe-se que, anteriormente a 1977, há diversos acórdãos consagrando o primado do Direito Internacional, como é o caso da União Federal c. Cia Rádio Internacional do Brasil (1951), em que o Supremo Tribunal Federal decidiu unanimemente que um tratado revogava as leis anteriores (Apelação Cível 9.587). Merece também menção um acórdão do STF, em 1914, no Pedido de Extradicação n. 07 de 1913, em que se declarava estar em vigor e aplicável um tratado, apesar de haver uma lei posterior contrária a ele. O acórdão na Apelação Cível n. 7.872 de 1943, com base no voto de Philadelpho de Azevedo, também afirma que a lei não revoga o tratado. Ainda neste sentido está a Lei n. 5.172 de 25/10/66 que estabelece: "Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhe sobrevinha".54[10]

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

A nova posição da Excelsa Corte, entretanto, enraizou-se de tal maneira que o min. Francisco Rezek emitiu pronunciamento de forma assaz contundente, dizendo da 'prevalência à última palavra do Congresso Nacional, expressa no texto doméstico, não obstante isso importasse o reconhecimento da afronta, pelo país, de um compromisso internacional. Tal seria um fato resultante da culpa dos poderes políticos, a que o Judiciário não teria como dar remédio (Extradicação n° 426, in RTJ 115/973)'.55[11]

54[10] Ibidem, p. 85.

55[11] Valerio de Oliveira MAZZUOLI, O STF e os conflitos entre tratados internacionais e leis internas, Correio Braziliense, 5 ago. 2002, Caderno Direito e Justiça, p. 3.

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

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

Até pouquíssimo tempo, o Supremo Tribunal Federal vinha-se demonstrando propenso a declarar que uma nova lei ordinária tem o condão de afastar a aplicação de um tratado anteriormente celebrado.

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

“Art. 4 – III – Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.”

Tal dispositivo é totalmente inócuo, uma vez que, se o legislador nacional decidir instituir a pena de morte,^{56[12]} sua vontade prevalecerá sobre o anterior compromisso internacional. Para que servem então os tratados e convenções?

^{56[12]} Abstraindo-se, no caso, de que a proibição do art. 5º, XLVII, a, CF, por ser cláusula pétrea, não pode ser desfeita sequer por emenda constitucional.

A peculiaridade do direito do nascituro à personalidade

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

Art. 27

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

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

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

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

Vale citar aqui a resposta magistral de Ricardo Henry Marques
Dip57[13]:

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

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

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

a. Permitir a alguns dos Estados-partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela’.58[14]

A Emenda Constitucional 45/2004 e seus efeitos

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

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

O objetivo do constituinte derivado foi acabar com a celeuma acerca do nível hierárquico dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. No entanto, o tiro poderia ter saído pela culatra, conforme previu

57[13] Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo; ex-juiz do extinto Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo.

58[14] DIP, Ricardo Henry Marques. Sobre o aborto legal: compreensão reacionária da norma *versus* busca progressiva do direito. In: DIP, Ricardo Henry Marques; PENTEADO, Jaques de Camargo (Org.). *A vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999, p. 400.

Valério de Almeida Mazzuoli quando a PEC 2.920/2000 (que deu origem à EC 45/04) ainda estava em tramitação:

A celeuma que esta emenda causará, se aprovada, será enorme, principalmente porque se sabe que o Brasil já cumpriu quase todos os seus compromissos internacionais relativos a direitos humanos, faltando poucos instrumentos de âmbito global a serem ratificados. Dessa forma, se aprovada a Emenda, não se saberá mais em qual *status* normativo estarão todos os tratados de direitos humanos já ratificados e em vigor no Brasil, a exemplo da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José), do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e vários outros.⁵⁹[15]

Após a promulgação da Emenda, de fato a divergência ficou instaurada. Alguns defensores do *status* constitucional dos tratados internacionais de direitos humanos lamentaram a inserção do parágrafo 3º ao artigo 5º, uma vez que teria reduzido ao nível de lei ordinária os tratados celebrados antes de 31 de dezembro de 2004.⁶⁰[16] Só os tratados posteriores a essa data poderiam adquirir nível constitucional, e ainda assim, só depois de um dificultoso processo, com a aprovação de três quintos dos membros de cada Casa do Congresso Nacional.

Mazzuoli continuou sustentando que

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

⁵⁹[15] MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais; IELF, 2005, p. 115. Curiosamente, este trecho, que certamente foi escrito antes da promulgação da EC 45/04, foi conservado na segunda edição, "revista e ampliada" da obra, que nas páginas 100 e 101 fala Emenda como algo já em vigor.

⁶⁰[16] Data da publicação da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004.

mínimo da Constituição, ou seja, o seu 'bloco de constitucionalidade').61[17]

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

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

Ainda que todos os tratados de direitos humanos sejam recepcionados em grau constitucional, por veicularem matéria e substância essencialmente constitucional, importa realçar a diversidade de regimes jurídicos que se aplica aos tratados apenas materialmente constitucionais e aos tratados que, além de materialmente constitucionais, também são formalmente constitucionais. E a diversidade de regimes jurídicos atém-se à denúncia, que é o ato unilateral pelo qual um Estado se retira de um tratado. Enquanto os tratados materialmente constitucionais podem ser suscetíveis de denúncia, os tratados material e formalmente constitucionais não podem ser denunciados.62[18]

61[17] Ibidem, p. 100-101.

62[18] PIOVESAN, Flávia. Reforma do judiciário e direitos humanos. In: TAVARES, André Ramos; Pedro Lenza; Pietro de Jesús Lora Alarcón (Org.). *Reforma do judiciário*. São Paulo: Método, 2005, p. 72-73.

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

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

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

Uma última dúvida diz respeito ao *passado*, a algum eventual direito que um dia se tenha descrito em tratado de que o Brasil seja parte — e que já não se encontre no rol do art. 5º. Qual o seu nível? Isso há de gerar controvérsia entre os constitucionalistas, mas é sensato crer que ao promulgar esse parágrafo na Emenda constitucional 45, de 8 de dezembro de 2004, sem nenhuma ressalva abjuratória dos tratados sobre direitos humanos outrora concluídos mediante processo simples, o Congresso constituinte os elevou à categoria dos tratados de nível constitucional. Essa é uma equação jurídica da mesma natureza daquela que explica que nosso Código

Tributário, promulgado a seu tempo como lei ordinária, tenha-se promovido a lei complementar à Constituição desde o momento em que a carta disse que as normas gerais de direito tributário deveriam estar expressas em diploma dessa estatura.⁶³[19]

Segundo Rezek, portanto, por força da EC 45/04 houve uma espécie de “recepção” dos tratados anteriormente celebrados, promovidos ao nível constitucional, entre os quais o Pacto de São José da Costa Rica, que assegura o reconhecimento da personalidade do nascituro.

O voto do Ministro Celso de Mello no HC 87.585-8 TO

No dia 12 de março de 2008, o Ministro Celso de Mello proferiu um voto no julgamento do Habeas Corpus 87.585-8 Tocantins, que marca uma mudança de posição do Supremo Tribunal Federal acerca dos tratados internacionais de direitos humanos, em particular, do Pacto de São José da Costa Rica.

Seu extenso voto de 54 páginas cita inúmeros autores, inclusive Flávia Piovesan, Valério de Almeida Mazzuoli e Francisco Rezek, já citados acima. O cerne do problema, diz o Ministro é o seguinte:

*A questão básica **suscitada** na presente causa **consiste** em saber **se ainda subsiste**, no direito positivo brasileiro, no plano **infraconstitucional** da legislação interna, a **prisão civil** do depositário infiel, **considerado o que dispõem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de São José da Costa Rica (Art. 7º, § 7º) e o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (Artigo 11).***⁶⁴[20]

⁶³[19] REZEK, J. Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 101-103.

⁶⁴[20] Voto HC 87.585-8 TO, p.1.

Sobre esse tema, o Ministro admite ter mudado de entendimento:

*Após **longa reflexão** sobre o tema em causa, Senhora Presidente – **notadamente** a partir da decisão plenária desta Corte na **ADI 1.480-MC/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO (RTJ 179/493-496) -, **julguei necessário reavaliar** certas formulações e premissas teóricas **que me conduziram**, então, **naquela** oportunidade, **a conferir**, aos tratados internacionais em geral (**qualquer** que fosse a matéria neles veiculada), posição **juridicamente equivalente** à das leis ordinárias.*^{65[21]}

Cita o Ministro Gilmar Mendes, que defende a “supralegalidade” dos tratados e convenções de direitos humanos, ou seja, uma posição inferior à da Constituição, mas superior à da legislação ordinária:

*“**Por conseguinte**, parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de ‘supralegalidade’ aos tratados e convenções de direitos humanos. **Essa tese pugna** pelo argumento de que os tratados sobre direitos humanos **seriam infraconstitucionais**, porém, **diante de seu caráter especial** em relação aos **demais atos normativos internacionais**, **também seriam dotados** de um atributo de ‘supralegalidade’.*

***Em outros termos**, os tratados sobre direitos humanos **não poderiam afrontar** a supremacia da Constituição, **mas teriam lugar especial** reservado no ordenamento jurídico. **Equipará-los** à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos direitos da pessoa humana.”*

Cita ainda o voto do ex-Ministro Sepúlveda Pertence (RHC 79.785/RJ) no sentido de admitir a prevalência dos tratados internacionais de direitos humanos sobre legislação interna infraconstitucional do Estado Brasileiro^{66[22]}. No entanto, Celso de Mello vai além e admite que a posição de tais tratados não é apenas “supralegal” mas propriamente constitucional, conforme orientação doutrinária de Flávia Piovesan, Valério de Almeida Mazzuoli e Francisco Rezek, entre outros:

***Após muita reflexão** sobre esse tema, **e não obstante** anteriores julgamentos desta Corte **de que participei** como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), **inclino-me a acolher** essa*

^{65[21]} Voto HC 87.585-8 TO, p. 54.

^{66[22]} Cf. Voto HC 87.585-8 TO p. 22.

orientação, **que atribui natureza constitucional** às convenções internacionais de direitos humanos...67[23]

Essa mudança de pensamento já havia sido tomada pelo Ministro Ilmar Galvão, em conforme afirma Celso de Mello:

Não foi por outra razão que o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, no presente caso, **reconsiderando** o seu anterior entendimento, **tal como eu próprio ora faço** neste julgamento, **destacou**, em momento **que precedeu** a promulgação da EC nº 45/2004, **que o § 2º do art. 5º da Constituição - verdadeira** cláusula geral de recepção - **autoriza** o reconhecimento de que os tratados internacionais de direitos humanos **possuem** hierarquia constitucional, **em face** da **relevantíssima** circunstância **de que viabilizam a incorporação, ao catálogo constitucional** de direitos e garantias individuais, **de outras** prerrogativas e liberdades fundamentais, **que passam a integrar**, subsumindo-se ao seu conceito, **o conjunto normativo configurador do bloco de constitucionalidade.**68[24]

Celso de Mello não apenas revê sua posição como convida a Suprema Corte a fazê-lo:

Tenho para mim, desse modo, Senhora Presidente, **que uma abordagem hermenêutica fundada** em premissas axiológicas **que dão** significativo realce e expressão ao valor ético-jurídico - constitucionalmente consagrado (CF, art. 4º, II) – da “prevalência dos direitos humanos” **permitirá**, a esta Suprema Corte, **rever** a sua posição jurisprudencial **quanto** ao **relevantíssimo** papel, à influência e à eficácia (derrogatória e inibitória) das convenções internacionais sobre direitos humanos **no plano doméstico e infraconstitucional** do ordenamento positivo do Estado brasileiro.69[25]

Novamente, o Ministro fala de sua mudança de pensamento:

Como precedentemente salientei neste voto, e após detida reflexão em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram

67[23] Voto HC 87.585-8 TO, p. 27.

68[24] Voto HC 87.585-8 TO, p. 36.

69[25] Voto HC 87.585-8 TO, p. 37-38.

*em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), evoluo, Senhora Presidente, no sentido de atribuir, aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, superioridade jurídica em face da generalidade das leis internas brasileiras, reconhecendo, a referidas convenções internacionais, nos termos que venho de expor, qualificação constitucional.*⁷⁰[26]

Ao final, Celso de Mello explica porque defere o pedido de “habeas corpus”, invalidando ordem de prisão civil decretada com base no Decreto nº 1.102, de 21/11/1903, artigo 11, nº. 1 e artigo 34, 4º:

*É que existe evidente incompatibilidade material superveniente entre referidas cláusulas normativas e o Pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), incorporado, em 1992, ao direito positivo interno do Brasil, como estatuto revestido de hierarquia constitucional, por efeito do § 2º do art. 5º da Constituição da República.*⁷¹[27]

A PERSONALIDADE DO EMBRIÃO

Conforme exposto acima, de acordo com nova orientação da Suprema Corte, o Pacto de São José da Costa Rica goza de *status* constitucional. Os defensores do aborto costumam recorrer ao artigo 4º da referida Convenção para sublinhar a expressão “em geral”:

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

Segundo tais autores, a Convenção parece admitir uma exceção para o aborto, uma vez que a proteção legal à vida da pessoa somente “em geral” remonta ao momento da concepção.

⁷⁰[26] Voto HC 87.585-8 TO, p. 44.

⁷¹[27] Voto HC 87.585-8 TO, p. 54.

Tal interpretação, que é sujeita também a críticas,^{72[28]} não vem ao caso. O que se deseja, na presente questão, não é saber se o Pacto de São José instituiu ou não a inviolabilidade do direito à vida. O que importa é saber se essa Convenção determinou ou não **o direito ao reconhecimento da personalidade de todo ser humano**. A resposta é afirmativa, e é dada pelo artigo 3º:

Artigo 3º: *Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.*

Note-se que o dispositivo não faz exceção alguma a esse direito. Não está escrito “em geral” ou qualquer outra expressão que possa significar excepcionalidade. O reconhecimento da personalidade jurídica é, portanto, um direito (de nível constitucional, como foi visto) **de toda pessoa**, sem exceção. Mas, o que é pessoa? A essa pergunta, a Convenção dá uma resposta cristalina em seu artigo 1º:

Artigo 1º, n. 2: *“Para os efeitos desta Convenção, **pessoa é todo ser humano**”.*

A expressão “todo ser humano” engloba o ser humano já nascido, o ser humano em gestação no útero materno, **mas também o ser humano originado por fertilização extracorpórea** e congelado em nitrogênio líquido.

Que o embrião originado *in vitro* seja um ser humano, até o Ministro Carlos Ayres Britto o admite em seu voto: **“o início da vida humana só pode coincidir com o preciso instante da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozóide masculino”** ^{73[29]}.

Portanto, a referida Convenção, agora reconhecida como **norma constitucional**, já **não admite a distinção** feita pelo Ministro relator **entre:**

^{72[28]} Entre os que não aceitam tal interpretação estão Ricardo Henry Marques Dip e Ives Gandra da Silva Martins.

^{73[29]} Voto do relator, n. 30, p. 35. Grifado no original.

a) o ser humano nascido com vida: somente este reconhecido como “pessoa”;

b) o nascituro no útero materno: o ser humano com expectativa de tornar-se pessoa se nascer com vida;

c) o embrião excedentário: que nem sequer teria potencialidade de tornar-se pessoa.

Tal distinção cai totalmente por terra, uma vez que, segundo norma de nível “constitucional”, **todo ser humano** (sem distinções) **tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.**

Em síntese:

- A inviolabilidade do direito à vida é dada pelo próprio *caput* do artigo 5º da Constituição Federal.
- O sujeito de tal inviolabilidade é dado pelos artigos 3º e 1º, n. 2 do Pacto de São José da Costa Rica: “**todo ser humano**”.

As conclusões necessárias deste raciocínio são:

1) É inconstitucional a primeira parte do artigo 2º do Código Civil (“*a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida*”).

2) É inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

A SUPOSTA EXISTÊNCIA DO ABORTO LEGAL

Para corroborar sua tese de que o nascituro não goza de proteção constitucional, o relator Carlos Ayres Britto citou o artigo 128 do Código Penal, que dispõe:

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

Para o Ministro, essas duas hipóteses de aborto “legal” seriam proibidas caso a Constituição Federal desse ao nascituro o tratamento de uma pessoa.

Inicialmente, é preciso advertir que esse artigo não “permite” a prática do aborto. Nem sequer exclui o crime. A redação “não se pune” exclui tão-somente a pena, e é típica das chamadas **escusas absolutórias**. No caso, a lei não aplica a pena se o aborto já foi consumado, mas **não dá permissão prévia para abortar**.

Se, ao invés, se quiser entender – como o fez o ministro relator – que tal dispositivo “permite” a provocação do aborto, é forçoso concluir que ele não foi recepcionado pela Constituição Federal.

Ou seja, **é a norma infraconstitucional** (no caso, o Código Penal) **que deve conformar-se à Constituição e não o inverso**.

O EMBRIÃO HUMANO E O OVO DE TARTARUGA

Em sua sustentação oral, o advogado Ives Gandra da Silva Martins, procurador da CNBB como “amicus curiae” falou sobre o absurdo de a Lei de Biossegurança autorizar o descarte de embriões humanos, quando a legislação

ambiental protege até os ovos de tartaruga. Ele se referia à Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Lei dos Crimes Ambientais), que dispõe em seu artigo 29:

Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida:

Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

§ 1º. Incorre nas mesmas penas:

[...]

III - quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida licença, permissão ou autorização da autoridade competente.

Em uma entrevista dada à Folha de São Paulo, o ministro rebateu a comparação de Ives Gandra:

“Discordo da comparação que o Ives [Gandra Martins, advogado da CNBB] fez entre o embrião humano e o ovo da tartaruga [protegido por legislação ambiental]. O ovo da tartaruga saiu do corpo da mãe, já com todas as suas características genéticas. Ao passo que o que saiu da mulher não foi um embrião, foi um ovo singelo, sem fecundação. As características genéticas vêm com a fecundação, mas no caso ela não se deu no corpo da mulher.”^{74[30]}

De fato, entre o ovo de tartaruga protegido e o embrião humano a ser descartado há algumas diferenças. O primeiro pertence a uma espécie animal; o segundo, à espécie humana. O primeiro, uma vez depositado, não precisa da mãe-tartaruga para se desenvolver; o segundo precisa aninhar-se no útero materno.

Interpretando o raciocínio do ministro, o ovo de tartaruga (que não requer a presença materna para seu desenvolvimento) deve gozar de proteção legal. Ao contrário, o embrião humano (que depende do corpo da mãe para desenvolver-se) pode ser descartado. Ou seja: **proteja-se aquele que é mais**

^{74[30]} FREITAS, Silvana de. Voto não abre via para o aborto, diz ministro do STF. São Paulo, *Folha on line*. 07 mar 2008. 8h37. Disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u379531.shtml>>.

forte; destrua-se o que é mais fraco. É a total subversão do direito, que existe essencialmente para proteger os débeis.

Além disso, o ovo de tartaruga não goza (nem por “transbordamento”) da tão decantada **dignidade humana**, a que o Ministro tantas vezes se referiu no seu voto. Negar ao ser humano a proteção que se dá ao ovo de um animal não é um atentado à dignidade humana?

O local onde se dá a fecundação (dentro ou fora do organismo materno) é algo de extrínseco, que não muda a natureza do concebido. Não torna o ovo de tartaruga “mais humano” nem torna o embrião congelado “menos humano”. Trata-se da introdução de um perigoso preconceito: o preconceito de lugar do concebimento.

O EMBRIÃO HUMANO E A MORTE ENCEFÁLICA

Segundo o ministro relator Carlos Ayres Britto, assim como a parada de funcionamento do encéfalo indica que o indivíduo já morreu, a não existência do cérebro em um embrião fertilizado *in vitro* significaria que ele não começou a viver. São suas as palavras:

*... o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação.** Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade...75[31]*

O ministro relator usou como argumento a Lei 9434, de 3/2/1997 (conhecida como Lei dos Transplantes) que “dispõe sobre a remoção de

75[31] Voto do ministro relator, n. 56, p. 61. Os grifos são do original.

órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências”:

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

O Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução n.º 1.480 de 08/08/1997, estabeleceu critérios para a caracterização da “morte encefálica”. Em seu segundo “considerando”, a resolução diz que “*a parada total e irreversível das funções encefálicas equivale à morte*”. O último dos “considerando” – e isto é muito importante – afirma que “***ainda não há consenso sobre a aplicabilidade desses critérios em crianças menores de 7 dias e prematuros***”. O artigo 3º dessa resolução diz textualmente: “*a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida*”.

Hoje em dia são abundantes na literatura médica as críticas aos critérios adotados para a chamada “morte encefálica”. Segundo vários pesquisadores, tais critérios seriam apenas um prognóstico (o paciente está prestes a morrer), mas não um diagnóstico (o paciente já morreu). Argumentam que o critério da chamada morte encefálica só foi introduzido para justificar a remoção precoce de órgãos vitais para fins de transplante.

No entanto, ainda que consideremos válidos os critérios estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, salta aos olhos que não se pode concluir que o embrião humano é um ente “morto” simplesmente porque não emite ondas cerebrais. Com efeito, ao se referir à morte, a Resolução fala em uma “***parada total e irreversível das funções encefálicas***”. Ora, só pode ***parar*** aquilo que está em movimento. Só pode morrer o que está vivo.

Note-se que o Conselho Federal de Medicina não se refere à ausência de funções encefálicas, mas à sua perda, à sua ***parada***. É, portanto,

pressuposto essencial para passar pelo evento denominado **morte** que o ente humano tenha estado anteriormente **vivo**.

A ausência do encéfalo (do qual o cérebro é uma parte) por si só não significa nada. Uma pedra não tem encéfalo e não emite ondas cerebrais. No entanto, ela não está “morta”, uma vez que nunca esteve viva. Ela é um ente bruto, e não um ente vivo que já morreu. Um nascituro de menos de seis semanas não emite ondas cerebrais, mas nem por isso está “morto”. Se ele não as emite, é pelo simples fato de seu cérebro ainda não ter sido formado. A vida humana, porém, está presente “*desde a concepção*”, e é a partir desse momento (e não a partir da emissão de ondas cerebrais) que “*a lei põe a salvo os direitos do nascituro*” (art. 2º, Código Civil). É, portanto, um erro grave servir-se da Lei 9434, de 3/2/1997 e da Resolução n.º 1.480 de 08/08/1997 do CFM, para concluir que o embrião humano está “morto”.

Note-se ainda que tais critérios não são aplicáveis com segurança a crianças “*menores de 7 dias e prematuros*”. Com maior razão, não se podem aplicar tais critérios à criança que ainda não nasceu ou àquela que ainda não foi implantada no útero materno.

O DESTINO DOS EMBRIÕES HUMANOS “EXCEDENTÁRIOS”

Quando se apresenta a fotografia de um bebê como Louise Brown, originada por fertilização *in vitro* e nascida em 1978, esconde-se o número de quantos de seus irmãos foram sacrificados durante o procedimento. O percentual de sucesso da FIVET (fertilização *in vitro* e transferência de embrião) é compreendido entre 14 e 20 por cento⁷⁶[32]. Este é o percentual dos **embriões transferidos que chegam a nascer**. O sucesso ainda é bem

⁷⁶[32] Cf. SCREGIA, Elio. *Manuale di Bioetica: fondamenti ed etica biomedica*. 4. ed. riveduta e ampliata. Milano: Vita e Pensiero, 2007. v. 1, p. 641.

menor se considerarmos o número de embriões concebidos **que não chegam sequer a ser transferidos**. A perda total de embriões chega a 93-94 por cento!^{77[33]} Uma tragédia como essa não é admissível em um país civilizado.

Na Itália, em 19 de fevereiro de 2004 o Parlamento aprovou a Lei n. 40, “Norma em matéria de procriação medicamente assistida”,^{78[34]} que protege o embrião humano originado por fertilização *in vitro*. Essa lei proíbe a destruição e a crioconservação (congelamento) de embriões (art. 14, 1), a produção de embriões em número superior ao necessário para um único implante, e que nunca poderá ser superior a três (art. 14, 2), e a “redução embrionária” em caso de gravidez múltipla (art. 14, 3). Quem praticar qualquer dessas condutas é punido com até três anos de reclusão, e com multa de 50.000 a 150.000 euros (art. 14, 6).

Essa lei, que está longe de ser perfeita, tem o mérito inegável de extinguir a discriminação contra o concebido. Este último é expressamente reconhecido como sujeito de direitos, logo no artigo 1º:

*1. A fim de favorecer a solução dos problemas reprodutivos derivados da esterilidade ou da infertilidade humana, é permitido o recurso à procriação medicamente assistida, sob as condições e segundo as modalidades previstas pelo presente lei, que **assegura os direitos de todos os sujeitos co-envoltos, inclusive o concebido.*** ^{79[35]}

Com a entrada dessa lei em vigor, surgiu um problema ético: que destino dar aos embriões humanos já congelados? Em resposta a essa questão, o “Comitato Nazionale per la Bioetica ” do governo italiano emitiu em

^{77[33]} Loc. cit.

^{78[34]} PARLAMENTO ITALIANO. Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 45 del 24 febbraio 2004. Disponível em <<http://www.parlamento.it/parlam/leggi/040401.htm>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

^{79[35]} Texto original: “1. Al fine di favorire la soluzione dei problemi riproduttivi derivanti dalla sterilità o dalla infertilità umana è consentito il ricorso alla procreazione medicalmente assistita, alle condizioni e secondo le modalità previste dalla presente legge, che **assicura i diritti di tutti i soggetti coinvolti, compreso il concepito.**”

18 de novembro de 2005 um parecer intitulado “A adoção para o nascimento (APN) dos embriões criopreservados e residuais derivados da procriação medicamente assistida (PMA)”⁸⁰[36].

O Comitê, em seu parecer, rebate um argumento muito utilizado hoje no Brasil: o risco de degeneração dos embriões por causa do tempo transcorrido em criopreservação (“*il rischio di una degenerazione degli embrioni a causa del tempo trascorso in criopreservazione*”) e adverte: esse argumento não encontra fundamento da literatura científica, pela qual **não existem hoje evidências de perda de vitalidade nos embriões, mesmo depois de muitíssimos anos de criopreservação** (“*è comunque questo un argomento che non trova fondamento nella letteratura scientifica, per la quale non esi-stono ad oggi evidenze di perdita di vitalità negli embrioni, anche dopo moltissimi anni di criopreservazione*”)⁸¹[37]. É, portanto, totalmente arbitrário o prazo de três anos contido no inciso II do artigo 5º da Lei de Biossegurança⁸²[38]. Tomemos como exemplo, no Brasil, o pequeno Vinícius, que nasceu em 2007 em Bauru, depois de ter permanecido **oito anos** congelado⁸³[39]. Ou então, mencionemos a pequena Laina Beasley, nascida na Califórnia em 2005 depois de **treze (13) anos** de congelamento!⁸⁴[40]

⁸⁰[36] COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. L’adozione per la nascita (APN) degli embrioni criopreservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A). 18 nov. 2005. Disponível em: <<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/APN.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2008.

⁸¹[37] Ibidem, p. 3.

⁸²[38] “Art. 5º. É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

[...]

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.”

⁸³[39] HUSSEINI, Mona. Prematuro, Vinícius vai para casa. Bom dia, Bauru, 18 out. 2007. Disponível em

Congelar um embrião – ou qualquer outro ser humano – é uma prática inumana que foi proibida na Itália pela Lei n. 40, de 19 de fevereiro de 2004. Mas que fazer com os embriões já congelados? O Comitê de Bioética propôs a APN — **adoção para o nascimento** (“*adozione per la nascita*”) — de tais crianças, algo semelhante à adoção do nascituro, prevista no Brasil desde o Código Civil de 1916 (art. 372), com as seguintes recomendações:

1) que sejam introduzidas no ordenamento normas que prevejam a liceidade e a modalidade de recurso à APN em favor dos embriões crioconservados e em estado objetivo de abandono;

2) que tal estado de abandono venha legalmente certificado e qualificado com critérios rigorosos;

3) que a lei formule critérios apropriados para a individualização dos casais ou das mulheres que se ofereçam à APN;

4) que a prática da APN seja garantida contra toda forma de comercialização ou lucro;

5) que ao nascido da APN venha reconhecido o mesmo estatuto jurídico previsto em geral pelos nascidos da PMA (“procriação medicamente assistida”).^{85[41]}

Este parecer do Comitê de Bioética do Governo Italiano indica-nos uma saída ética para o impasse criado pelos laboratórios de fertilização *in vitro*. Uma saída humana, que não é simplesmente matar (ainda que com as

<<http://www.bomdiabauru.com.br/index.asp?jbd=3&id=241&mat=97120>>.
Acesso em: 19 mar. 2008.

84[40] AYRES, Chris. Triplets born 13 years apart. Times on line. 6 jul. 2005.
Disponível em:
<http://www.timesonline.co.uk/tol/news/world/us_and_americas/article540837.ece>. Acesso em: 19 mar. 2008.

85[41] Cf. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA. L'adozione per la nascita (APN) degli embrioni crioconservati e residuali derivanti da procreazione medicalmente assistita (P.M.A). 18 nov. 2005. p. 7

melhores intenções), mas implantar no útero de voluntárias que resolvam tornar-se mães adotivas, com reconhecimento legal da adoção.

Nos Estados Unidos, há várias organizações que facilitam a adoção de embriões congelados, entre as quais: *Embryos Alive*, *Snowflakes* e *National Embryo Donation Center*. Bradley Mattes, diretor executivo de *Embryos Alive*, estima que haja nos EUA 400.000 embriões humanos congelados, como excedentes de fertilização “in vitro”. Segundo o mesmo autor, “relata-se que há atualmente mais pais querendo adotar embriões do que o número de embriões disponível”.86[42]

Vê-se que **está muito longe de ser verdade a afirmação de que os embriões humanos brasileiros irão inevitavelmente para o lixo se não forem mortos e usados para pesquisas**. A adoção é uma solução perfeitamente acessível também aos casais brasileiros.

O SER HUMANO COMO MATERIAL CIENTÍFICO

As experiências científicas nazistas

Ninguém pode negar que os experimentos feitos pelos nazistas trouxeram contribuição para a ciência.

“Por exemplo, os nazistas de Dachau, usando água gelada para testes, foram os primeiros a baixar experimentalmente a temperatura do corpo

86[42] MATTES, Bradley. Saving Lives with Embryo Adoption. Life Issues Connector. Jan. 2007. Disponível em: <http://www.lifeissues.org/connector/2007/Jan_EmbryoAdoption.htm>. Acesso em 27 mar. 2008. Texto original: “It’s reported that there are currently more parents wanting to adopt embryos than the number of those available”.

humano até 26,3 graus centígrados – isso para descobrir as melhores maneiras de reanimar pilotos da Luftwaffe derrubados nas águas gélidas do Norte. Os cientistas nazistas descobriram que o método mais eficiente era o rápido reaquecimento em água quente. Os testemunhos em Nuremberg revelaram que o doutor Sigmund Rascher, que supervisionou esses hediondos testes hipotérmicos, apresentou com destaque suas descobertas num simpósio médico em 1942, num estudo intitulado ‘Problemas médicos que surgem no mar e no inverno’ (BLACK, Edwin. *Guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante*. São Paulo: A Girafa, 2003. p. 602).

“Outro caso envolveu os médicos nazistas Hallervorden e Spatz. Em 1922, eles haviam identificado, com sucesso, uma rara e devastadora doença do cérebro, causada por mutação genética. A doença se tornou conhecida como síndrome Hallervorden-Spatz. Durante a era Hitler, enquanto trabalhavam no Instituto Kaiser Wilhelm para a Pesquisa do Cérebro, Hallervorden e Spatz desenvolveram sua pesquisa utilizando centenas de cérebros coletados entre as vítimas do T-4” (idem. p. 604).

Alguém diria que esses importantes resultados alcançados não justificam o extermínio e a manipulação de pessoas humanas para esse fim. No entanto, os nazistas se defenderiam dizendo que, na verdade, os que serviam de cobaias não eram homens, mas “sub-homens”.

“A maioria considerada inútil e ‘sacrificável’ – judeus, ciganos, russos, e outros prisioneiros subumanos – era que virava forragem científica” (idem. p.583).

Afinal, não era admissível que por preconceitos morais ou por escrúpulos religiosos, a ciência ficasse paralisada...

A história se repete?

A aprovação da Lei de Biossegurança (Projeto de Lei 2401/2003) pelo plenário da Câmara dos Deputados, em 2 de março de 2005, foi precedida de inúmeros discursos em favor da “ciência” e contra o “fundamentalismo” moral e religioso, que serve apenas para entravar o progresso. Aos deficientes físicos trazidos para a sessão legislativa foi oferecida a “esperança” de que, no futuro, as pesquisas feitas com a destruição de embriões humanos poderão trazer a cura de suas doenças.

A vitória da “ciência” contra as “trevas” da religião foi comemorada com uma emoção que chegou até às lágrimas. Finalmente os cientistas, libertos de preconceitos morais, poderão fazer progredir a Medicina.

Alguém poderia dizer que os eventuais sucessos de tais pesquisas não podem ser obtidos à custa do extermínio de milhares de seres humanos congelados. No entanto, os defensores da utilização de células-tronco embrionárias já têm a resposta pronta: aqueles embriões não são humanos. São “subhumanos”. Por quê? Porque ainda não têm o tubo neural, que se começa a formar a partir do 14º dia^{87[43]}. São lixo descartável. E melhor que jogá-los fora é destruí-los para fins científicos.

A dignidade da pessoa humana

Se estivéssemos diante, não de milhares, mas de um **único embrião humano**;

87[43] A bióloga Mayana Zatz, professora da USP e coordenadora do Centro do Genoma Humano, ao ser entrevistada, disse que se poderia “instituir” que a vida começa com o sistema nervoso: “Já que o fim da vida é determinado quando pára o sistema nervoso, por que não **instituir** (sic) que o início seja aquele em que começa o sistema nervoso? [...] **Mas vou além: acho que a vida começa quando o feto tem condições de viver fora do útero, independente da mãe. Antes disso, não**” (GREENHALGH, Laura. MANIR, Mônica. Quando a ciência multiplica a vida. O Estado de S. Paulo. São Paulo, 8 fev. 2005, Caderno Aliás, p. J4. Os grifos são nossos). Como se percebe, há uma estreita relação entre a liberação do aborto e a destruição dos embriões congelados.

Se sua destruição acarretasse não apenas uma vaga esperança de cura, mas **uma cura certa**;

Se as células extraídas do cadáver desse embrião curassem, não uma, mas **todas as doenças do mundo**,

ainda assim, por respeito à dignidade da pessoa humana, **não poderíamos destruí-lo**.

CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS: MAIS DE 25 ANOS DE FRACASSO

Em 1998, Jamie Thomson isolou, pela primeira vez, as células-tronco de embriões humanos. Tais células já eram conhecidas há muito tempo. Sua descoberta se deu em 1981, quando foram isoladas células-troncos de embriões de camundongo^{88[44]}. Em 2006, a revista *Nature* comemorava 25 anos de pesquisa com células-tronco embrionárias^{89[45]}. Uma história feita de fracassos. Pois até agora, nem sequer em animais se obteve qualquer resultado seguro o bastante para se experimentar tal terapia em pessoas. Essas células crescem rapidamente, formam tumores e são rejeitadas pelo organismo receptor. Mas ainda que, por hipótese, elas trouxessem algum benefício, sua obtenção requereria a destruição de, não milhares, mas milhões de embriões humanos. Um número imensamente superior ao de embriões

88[44] Nesse ano, Gail R. Martin, na Universidade da Califórnia (EUA) e Martin Evans e Matthew Kaufman, na Universidade de Cambridge (Inglaterra) separadamente e simultaneamente descobriram técnicas de extração de células-tronco de embriões de camundongo. Atribui-se a Gail R. Martin, a criação do termo “embryonic stem cell” (célula-tronco embrionária).

89[45] Disponível em: <
<http://www.nature.com/nature/focus/stemcells25years/index.html>>. Acesso em:
24 mar. 2008.

atualmente congelados. Se há alguma “esperança” de sucesso com tais práticas imorais, ela é muito remota.

“Um certo sensacionalismo faz parte do jogo”

Isso é admitido pela própria Dra. Lygia da Veiga Pereira, Livre-docente e chefe do Laboratório de Genética Molecular do Departamento de Biologia e Centro de Estudos do Genoma Humano, da USP, totalmente insuspeita por ter comparecido à audiência pública do STF a fim de defender o uso de embriões humanos. Leiamos o seu sugestivo artigo intitulado “*Por enquanto, apenas um fio de esperança*”:

*“Dra. Lygia, com a aprovação do Projeto de Lei de Biossegurança pela Câmara dos Deputados, quantos pacientes sairão das filas de transplantes?” Gelei com a pergunta feita em entrevista ao vivo, no dia seguinte à aprovação do uso de embriões humanos para a extração de células-tronco (CTs) embrionárias. Ela sintetizava toda a expectativa que a luta por essa aprovação gerou no último ano. Respirei fundo e respondi: “**Nenhum...**”. Nenhum hoje, nenhum até mesmo nos próximos anos. Mas quem sabe muitos no longo prazo, agora que podemos trabalhar com CTs embrionárias humanas no Brasil. **Talvez um certo sensacionalismo faça parte do jogo e tenha sido importante para mobilizar a sociedade e os parlamentares e levar à aprovação do PL de Biossegurança**⁹⁰[46].*

Essa esperança, que em março de 2005 era apenas “um fio”, não cresceu até hoje. Todas as terapias bem sucedidas ocorreram no campo das células-tronco adultas, que se tem revelado cada vez mais versáteis e promissoras. Note-se que Dra. Lygia admitia na época “*um certo sensacionalismo*”, que até hoje se tem mostrado presente com as promessas feitas aos deficientes físicos.

“A gente tenta dourar um pouquinho a pílula”

A bióloga Mayana Zatz, professora da USP e coordenadora do Centro do Genoma Humano, que também esteve presente à audiência pública do STF em defesa do uso de embriões humanos, admitiu ser necessário

⁹⁰[46] Por enquanto, apenas um fio de esperança. O Estado de S. Paulo, São Paulo, 06 mar. 2005, Caderno Aliás, p. J 3. Os grifos são nossos.

“dourar a pílula” a fim de obter recursos financeiros para as pesquisas. O trecho a seguir foi proferido pela bióloga em resposta em resposta à advertência do cientista Marcelo Leite sobre as promessas mirabolantes feitas acerca do Projeto Genoma Humano. Ouçamos com atenção:

“Quem coloca a mão na massa sabe quais são as limitações. Às vezes, você realmente tem de vender o peixe quando precisa de financiamento. Não adianta você dizer: “Olha, vou ficar 20 anos seqüenciando para talvez chegar a um resultado”. A gente tenta dourar um pouquinho a pílula. Mas sabemos que as limitações são enormes e temos um longo caminho pela frente”, disse Zatz.^{91[47]}

Pergunta-se: será lícito “dourar a pílula” para obter financiamento? É admissível prometer aos deficientes e à população em geral o sucesso em um campo de pesquisa que até hoje só tem trazido fracasso?

O SUCESSO CRESCENTE DAS CÉLULAS-TRONCO ADULTAS

As células-tronco não se encontram apenas no embrião humano. Encontram-se também na medula óssea, na polpa dentária, na mucosa nasal, no cordão umbilical, na placenta e até no tecido adiposo: estas são conhecidas como **células-tronco adultas (CTA)**. Ao contrário do que se costuma dizer, muitas das CTAs têm capacidade de pluripotência, ou seja, são capazes de regenerar vários tipos de tecidos. Nas palavras da pesquisadora de biologia celular da UNIFESP, Dra. Alice Teixeira Ferreira, “desde 2001 pesquisadores do Instituto do Milênio de Bioengenharia Tecidual vêm tirando pacientes da fila do transplante cardíaco com o sucesso do autotransplante de células-tronco adultas”^{92[48]}. Não se trata de um sonho, mas de uma realidade. Como elas são retiradas do próprio paciente, não ocorre rejeição. Também não produzem

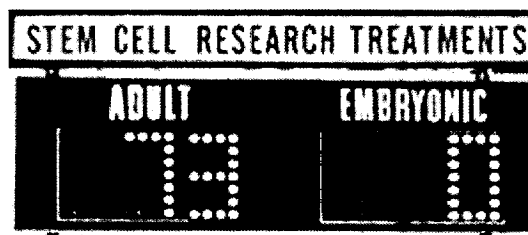
91[47] A hélice dupla e as duas culturas. Folha de São Paulo. 01 abr. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/ciencia/fe0104200701.htm>> Acesso em: 13 mar. 2008. Os grifos são nossos.

92[48] A pajelança com as células-tronco. O Globo, Rio de Janeiro, 20 ago. 2004. p. 7.

tumores. E – o que é o mais importante – **não requerem a destruição de embriões humanos.**

Enquanto as células-tronco extraídas de embriões humanos continuam, nas palavras insuspeitas de Dra. Lygia, sendo “apenas um fio de esperança”, as células-tronco adultas a cada dia se mostram capazes de regenerar um maior número de tecidos e de curar um maior número de doenças.

Dr. David A. Prentice, PhD da Universidade de Kansas, internacionalmente conhecido como perito em pesquisas em células-tronco, membro fundador do “*Do No Harm: The Coalition of Americans for Research Ethics*”, apresenta no sítio dessa associação um placar de **73 a zero**^{93[49]}. **Setenta e três** é o número de patologias até agora tratáveis com células-tronco adultas, uma lista que engloba diversos tipos de câncer, doenças auto-imunes, doenças cardiovasculares, doenças neurodegenerativas, imunodeficiências, feridas e lesões, anemias e outras doenças do sangue, doenças dos olhos, do fígado, da vesícula e “outros distúrbios metabólicos”. **Zero** é o número de doenças que são tratadas, ou pelo menos aliviadas com as células-tronco embrionárias.



As células-tronco pluripotentes induzidas

Em sua sustentação oral, Dr. Ives Gandra, referindo-se à audiência pública do dia 20 de abril de 2007, afirmou: “Na verdade, aquela audiência já

^{93[49]} Disponível em: < <http://www.stemcellresearch.org/facts/treatments.htm>>
Acesso em 28 mar. 2008.

está superada”. O renomado jurista se referiu à recente descoberta da produção de células-tronco pluripotentes a partir de células da pele humana.

“Esta descoberta, feita por uma equipe japonesa e uma americana, ‘vai mudar completamente o campo’ das pesquisas, considerou James Thomson, autor do estudo americano publicado pela edição on-line da revista ‘Science’”.94[50]

Duas equipes, uma comandada por Shinya Yamanaka, da Universidade de Kyoto (Japão), e outra comandada por James Thomson, da Universidade do Wisconsin (EUA), conseguiram transformar células da pele em células-tronco pluripotentes inserindo quatro genes nas células por meio de um retrovírus.

O trabalho de Yamanaka fez com que o criador da ovelha Dolly, Ian Wilmut, anunciasse que iria **abandonar a clonagem humana** para se concentrar nessa nova técnica revolucionária, que não requer o uso de embriões.95[51]

No dia 14 de fevereiro de 2008, a “Science Express”, versão eletrônica da revista “Science”, publicava mais um trabalho de Yamanaka.96[52] Sua equipe conseguiu reprogramar células adultas de camundongo sem que houvesse o aparecimento de tumores. Os pesquisadores *“utilizaram um retrovírus para injetar quatro genes nas células*

94[50] CIENTISTAS usam pele para fabricar células-tronco. Folha on line, 20 nov. 2007, 19h43. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u347124.shtml>>

95[51] Cf. CRIADOR da ovelha Dolly troca clonagem por técnica sem embriões. Folha on line. 17 nov. 2007 - 12h32. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u346333.shtml>>

96[52] Generation of Pluripotent Stem Cells from Adult Mouse Liver and Stomach Cells. Disponível em:
<<http://www.sciencemag.org/cgi/content/abstract/1154884>>

do fígado e da parede do estômago de ratos adultos. Estes ratos não desenvolveram tumores nos primeiros seis meses".97[53]

Esse resultado é muito importante, e revela uma supremacia das células-tronco pluripotentes induzidas (CTPI) em relação às células-tronco extraídas de embriões (CTE). Estas últimas trazem o problema, até hoje não superado, do aparecimento de tumores.

Em suma: por motivos puramente práticos (e não de ordem ética), James Thomson e Ian Wilmut decidiram abandonar as pesquisas que envolvem destruição de embriões humanos. Por que no Brasil ainda se continua a falar com sensacionalismo sobre as células tronco embrionárias humanas?

Está em jogo o real desejo de curar os deficientes? Ou, em vez disso, há interesse de criar um precedente para a legalização do aborto?

97[53] NOVO avanço na utilização das células-tronco elimina risco de induzir tumor. *Folha on line*. 15 fev. 2008 - 09h47. Disponível em:
<<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u372640.shtml>>

CONCLUSÕES

1) O reconhecimento da personalidade do ente humano apenas concebido, seja no útero materno, seja em um laboratório, fez-se direito interno brasileiro com a aprovação e ratificação do Pacto de São José da Costa Rica.

2) Essa norma tem **nível constitucional**, conforme brilhante lição do Ministro Celso de Mello em seu voto no Habeas Corpus 87.585-8 Tocantins.

3) Por conseguinte, a proteção constitucional do direito à vida começa com a concepção, e não apenas com o nascimento com vida. É inconstitucional, portanto, a primeira parte do artigo 2º do Código Civil (“a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”).

4) É também inconstitucional o artigo 5º da Lei nº 11.105 (“Lei da Biossegurança”), de 24 de março de 2005, que permite a destruição de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

5) O artigo 128 do Código Penal, em seus dois incisos, estabelece hipóteses de **não-punição** do aborto **após o crime já consumado**. Mas não pode – sem ser fulminado de inconstitucionalidade – admitir um **direito prévio para abortar**. Tal direito implicaria, na brilhante lição do relator Carlos Ayres Britto, a aplicação da “pena de morte” a uma pessoa pré-natal, o que é proibido pela alínea a do inciso XLVII do artigo 5º da Constituição Federal.

6) Em relação ao ovo de tartaruga (protegido pela Lei dos Crimes Ambientais), o embrião humano requer uma proteção especial. Primeiro, por se tratar de um indivíduo dotado de dignidade humana. Segundo, por ser mais carente de proteção, uma vez que necessita no útero materno para se desenvolver.

7) A morte encefálica, a que faz alusão a Lei dos Transplantes, refere-se à **parada das funções encefálicas**, e não à simples ausência do encéfalo. Só pode **parar** aquilo que está em movimento. A Lei, portanto, **pressupõe a existência de um encéfalo previamente funcionando**, e não pode ser validamente aplicada ao embrião humano, em que o encéfalo **ainda não se formou**. Não se pode, portanto, concluir que o embrião humano, por ausência de cérebro, seja “morto” ou “sem vida”.

8) A **adoção de embriões humanos** é recomendada pelo Comitê Nacional de Bioética do Governo Italiano e já é praticada nos Estados Unidos. É falso afirmar que os embriões “excedentes” irão inevitavelmente para o lixo se não forem utilizados para fins de pesquisa ou terapia.

9) A pesquisa com **células-tronco embrionárias**, em mais de 25 anos nada trouxe além de tumores, rejeição e desperdício de dinheiro. Ao contrário, as **células-tronco adultas** revelam-se a cada dia capazes de regenerar um maior número de tecidos e de curar um maior número de doenças. Tais células, **extraídas do próprio paciente**, não produzem rejeição e não requerem a destruição de embriões humanos. É lamentável que muitas vezes os meios de comunicação social tenham apresentado curas mirabolantes com células-tronco, **sem advertir que sempre se tratavam de células tronco-adultas, nunca de células-tronco embrionárias**.

10) As células-tronco pluripotentes induzidas, **produzidas a partir de células da pele** do próprio paciente, têm-se mostrado tão promissoras, que o próprio James Thomson (que pela primeira vez isolou as células-tronco embrionárias *humanas* em 1998) e Ian Wilmut (que clonou a ovelha Dolly em 1997) decidiram abandonar as pesquisas que envolvem destruição de embriões humanos.

11) A manutenção do artigo 5º da Lei de Biossegurança só serve, de fato, a dois grupos: às **clínicas de procriação artificial** (que desejam ver-se livres do ônus de manter embriões congelados) e aos **promotores do aborto** (que vêem nesse dispositivo um precedente para a violação da vida intra-uterina). Os deficientes físicos nada têm a comemorar. Pois, se hoje o ser

humano em estágio embrionário não for reconhecido como sujeito de direitos, poder-se-á dizer amanhã que os que não gozam de perfeita saúde não são pessoas, que os anciãos podem ser sacrificados, que os pacientes terminais devem ser mortos “pelo bem da ciência”.

12) Ainda que a morte de embriões humanos trouxesse algum benefício para a cura de doenças – e ainda que curasse todas as doenças imagináveis – , o respeito pela dignidade humana impediria que eles fossem destruídos. **Nunca é lícito matar diretamente um inocente, nem sequer para salvar outro inocente.** Pensar de modo contrário conduziria à reedição dos experimentos nazistas nos campos de concentração.

Brasília, 14 de abril de 2008.

IVALDO LEMOS JUNIOR, Promotor de Justiça do MPDFT; MARIA JOSÉ MIRANDA PEREIRA, Promotora de Justiça do MPDFT; ANDRÉ DE MOURA SOARES, Defensor Público; DENISE NONATO DE OLIVEIRA SOARES, psicóloga; MIGUEL FRANCISCO URBANO NAGIB advogado; RUTH KICIS TORRENTS PEREIRA, Procuradora de Justiça do MPDFT; ROSA CRISTINA ARAGÃO, Servidora Pública Federal; KAROLINE MIRANDA DE OLIVEIRA CARVALHO, advogada; DIÓGENES DE OLIVEIRA COIMBRA, advogado; FERNANDO ANTONIO NERES FERRAZ, defensor público; CARLOS REIS, advogado.

