

O Direito à
Vida
no Ordenamento Jurídico Brasileiro

A questão do aborto



O DIREITO À VIDA

NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Questão do Aborto

“Jerôme 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, e que 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’.”¹

1. O direito à vida é o primeiro dos direitos naturais. Diz com a própria natureza humana, daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal.² Caracteriza-se como um direito supraestatal; paira acima do Estado. Os direitos supraestatais, ensinava mestre Pontes de Miranda, “*não existem conforme os cria ou regula a lei; existem a despeito das leis que os pretendem modificar ou conceituar. Não resultam das leis, precedem-nas; não têm o conteúdo que elas lhes dão, recebem-no do direito das gentes*”.³

2. A Constituição de 1988, no art. 5º, garante “*a inviolabilidade do direito à vida*”. A de 1946 (art. 141) e a de 1967 (art. 150) asseguravam “*a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade*”. Surpreende a cons-

tatação de que, embora um direito originário,⁴ condicionante dos demais direitos da personalidade, um direito fundamental absoluto, não teve a necessária visibilidade nas Constituições anteriores (1891, 1934, 1937), que tutelavam os direitos “*concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade*”, sem nenhuma referência direta ao direito-matriz, o direito à vida.

3. Sob a vigência da Constituição de 1891, surge, em 1916, o Código Civil. Embora a ausência da tutela constitucional direta ao direito à vida, o legislador, com base na doutrina concepcionista, busca proteger os direitos do nascituro, desde a concepção (art. 4º), reconhecendo-o como filho (art. 357, parágrafo único) e, portanto, sujeito de direitos.

4. Em 1940, ainda vigente, pois, a Constituição de 1937, edita-se, com base no projeto Alcântara Machado, o Código Penal. E, também, embora o silêncio constitucional em relação à garantia do direito à vida, o legislador soube valorizá-la e protegê-la como o bem jurídico maior, reconhecendo como crime qualquer ação contra ela. Assim, no Título I, que trata dos crimes contra a pessoa, o Capítulo I, que se refere aos crimes contra a vida, tipifica como ações criminosas não só o homicídio e o infanticídio, como a provocação do aborto (arts. 124 a 126).

Prevê, entretanto, a possibilidade da não aplicação da pena no caso do chamado aborto necessário, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e no caso de estupro (art. 128, incs. I e II).

5. O crime, pois, existe. Apenas segundo esse dispositivo, deixaria de ser punido. De se lembrar, a propósito, que quando do predomínio das teorias causalistas, que, originalmente, informaram o Código Penal, houve quem entendesse (Nelson Hungria e Basileu Garcia) que crime, seria o fato típico, anti-jurídico, culpável e também punível. Discussões acadêmicas que se seguiram resultaram na conclusão de que a punibilidade é mera consequência do delito e, com a reforma da Parte Geral do Código Penal, em 1984, informada pela teoria normativa pura e pela teoria finalista da ação, retirando o dolo da culpabilidade e colocando-o no tipo penal, estabelecido ficou que o conceito estrutural de crime se exaure na tipicidade e na antijuridicidade, comparecendo, então, a culpabilidade, não mais como elemento do crime, mas como mera condição para que seja imposta a pena.

6. Nessa linha, embora alguns autores sustentassem que o art. 128 e incs. referiam-se à exclusão da antijuridicidade, na realidade só poderiam dizer respeito à exclusão da culpabilidade, comparecendo o aborto, pois, também nesses casos, como crime contra a pessoa, compondo com os demais o elenco do Título I (“Dos Crimes Contra a Pessoa”), Parte Especial do Código. Apenas (por ausente a culpabilidade) não seria punível, de acordo com o *caput* do art. 128 (“*Não se pune o aborto...*”), a indicar claramente a intenção do legislador, na época. (Em 1969, o Decreto-Lei n. 1.004, baseado num anteprojeto de Nelson Hungria e de curta repercussão, pretendeu, em seu artigo 130, discriminar esses tipos de aborto...).

7. Com o advento da Constituição de 1946, marcando a democratização do Estado brasileiro, abriram-se os caminhos para que as disposições penais tuteladoras da vida ganhassem alicerce constitucional o que, definitivamente, aconteceu em 1988, quando o direito à vida, *em todas as circunstâncias*, foi diretamente garantido como bem indisponível, esvaziando, então, irreversivelmente, a validade do art. 128 e seus incisos e, conseqüentemente, a importância das interpretações relativas ao seu significado.

A Constituição atual, estabelecendo como um dos fundamentos da República, “*a dignidade da pessoa humana*” (art. 1º), fazendo, assim, uma proclamação de valor universal e fixando, definitivamente, a inviolabilidade do direito à vida (art. 5º) como garantia fundamental, firma *petreamente* o pensamento constitucional brasileiro em relação ao direito de todos à vida e ao respeito à sua dignidade.

Com isso, qualquer ação contra a vida, toda medida que permita interrompê-la em seu desenvolvimento intra-uterino ou em qualquer fase da existência, seja qual for a justificação, comparece, inequivocamente, como inconstitucional.

Assim, a rigor, depois da Constituição de 1988, despidas tornaram-se as discussões em relação ao art. 128 do Código Penal, agora manchado de inconstitucionalidade, não mais importando pois, se o seu texto se refere a exclusão de ilicitude ou apenas de culpabilidade...

8. O Código Civil de 2002, com base no anteprojeto de Miguel Reale, refletindo a atualidade constitucional e o direito internacional, dispõe no art. 1º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. No art. 2º, estabelece que sua personalidade civil começa com o nascimento, mas os seus direitos estão garantidos desde a concepção, como proclamam o art. 41 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (“*Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Esse direito estará protegido pela lei, a partir do momento da concepção*”) e o Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança (“*A criança por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção legal, tanto antes, como depois do nascimento*”).

Desse modo, o ser humano, desde o seu primeiro momento de vida intra-uterina, como *pessoa já concebida*, na dicção do art. 1.798 da Lei Civil, legitima-se, tal qual a *pessoa nascida*, no momento da abertura da sucessão; tem direito a curador em diversas circunstâncias, para que o que é seu – sujeito de direitos que é –, seja protegido (art. 1.779 e outros), sendo certo que a Lei Processual garante à gestante ou ao curador, a posse dos direitos que lhe assistam (arts. 877 e 878, CPC); pode receber por doação (art. 542) e ser reconhecido como filho antes do nascimento (art. 609, parágrafo único); tem direito à indenização por dano moral no caso de ofensa à sua integridade física e mental (art. 949); tem, enfim, direito a alimentos, à imagem e à honra (se, por exemplo, sofrer imputação de bastardia).

9. Evidente, pois, que o Direito pátrio reconhece que a pessoa, mesmo que ainda não nascida, tem personalidade jurídica. E isso porque a partir da concepção já passa a ter existência própria, independente da de sua mãe – como, aliás, já se constata desde a própria reação do sistema imunológico da gestante, visando à expulsão do novo ser por reconhecê-lo como estranho, só não o conseguindo, como se sabe, graças à proteção extra na camada externa da placenta, propiciada por um tipo de proteína agora já bem identificada.

Em seu estágio intra-uterino, como bem anota Maria H. Diniz, tem personalidade jurídica *formal*, relativamente aos direitos da personalidade, adquirindo personalidade jurídica *material*, com o nascimento.

Como pessoa, ainda que não nascida, tem *capacidade de direito* (art. 1^º), embora não *de exercício*, devendo os pais ou o curador zelar por seus interesses,⁵ que o sistema jurídico brasileiro ampara integralmente a vida humana, desde o momento da concepção, seja por fecundação natural ou artificial, não importando se na fase do desenvolvimento intra-uterino ou depois.

10. O direito à vida integra-se à pessoa, categoria humana, desde o primeiro momento de existência intra-uterina até o óbito, abrangendo o direito de nascer e viver, de trabalhar e subsistir (art. 7^º, art. 203, III, CF), de ser socialmente assistida (art. 203, CF), de receber alimentos (art. 5^º, LVII, CF), não importando se nascitura, criança, adolescente ou idosa (art.

203, 227, § 1º, 230, CF, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso) ou se portador de anomalias físicas ou psíquicas (art. 227, §1º, II, CF).

A Ordem Jurídica respeita e protege, assim, o bem supremo que é a vida humana, em todas as fases de sua manifestação.

11. A vida não é uma concessão jurídico-estatal e, inclusive, o direito a ela transcende ao direito da pessoa sobre si mesmo. A pessoa não vive só para si, mas também, para a sociedade.

Não há, assim, como admitir a licitude de um ato que atente contra a vida humana, cortando a possibilidade de seu desenvolvimento e impedindo ao seu titular o cumprimento de sua missão social, caracterizando-se, pois, também, na verdade, como ato de *lesa-sociedade*.

12. Quem pratica aborto, afirmava Hungria, citando Manzini, não opera *in materiam*, mas contra um homem na *ante-sala* da vida civil.⁶

Não vale, então, o argumento de que a gestante pode dispor livremente da vida do semelhante que se encontra em desenvolvimento no seu ventre. Indefensável, juridicamente, tal idéia. “*Pode a mãe dilacerar, como queira, seus membros, mas não pode golpear o embrião que amadurece em seu ventre*”, proclamava Altavilla.⁷

E não poderia ser diferente, estando em pauta o direito inalienável de viver, que todo ser humano tem, mesmo que ainda não nascido.

13. Surpreendentes, pois, as tentativas de liberalização do aborto, a significar, na verdade, um retrocesso na promoção da espécie humana, como afirma Papaleo, mostrando que o corpo social, está, de fato, em crise.⁸

Tanto, que há quem até chegue a admitir que o direito de abortar é garantido constitucionalmente (!), porque o art. 226, § 7º, da Constituição estabelece o planejamento familiar como de livre decisão do casal, passando, entretanto, despercebido o fato de que o planejamento familiar, como assegura a norma constitucional citada, há que se fundar “*nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável*”, o que, à toda evidência, exclui a idéia do aborto, degradante da própria condição humana.

Óbvio, assim, que o texto constitucional, ao se referir ao planejamento familiar, enseja facilidades para a prevenção da gravidez, com o uso de contraceptivos, e não a interrupção da gestação por meio de processos abortivos,⁹ como pretendem os semeadores da morte.

A verdade é que ninguém pode dispor da vida de ninguém. Nem da sua própria. Como afirmou Lavigny, inadmissível um direito sobre a própria vida, que nem é do domínio da vontade livre.

14. O direito ao respeito à vida é também o direito de exigir um comportamento negativo dos outros (*excludendi alios*),¹⁰ mormente do Estado. “Os direitos fundamentais” – ensina Gomes Canotilho, – “*cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos individuais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa)*”.¹¹

Indevida e ilegal, portanto, qualquer ação do Estado que vise permitir ou facilitar a morte de quem quer que seja, antes ou depois de seu nascimento.

15. Assim posto, firmado que, entre todos, a vida é o bem maior, ressalta à obviedade que a Constituição atual absolutamente não recepciona a possibilidade de que o desenvolvimento da vida intra-uterina possa ser interrompido (*feticídio*, na linguagem de Carrara), seja qual for o motivo, resultando que hoje, na realidade, não há como pensar no chamado “aborto legal” (art. 128, I e II, CP), senão como uma figura estranha ao nosso ordenamento constitucional.

16. No caso de perigo de vida da mãe (inc. I), impõe-se reconhecer que, com os avanços da medicina, essa hipótese tende a se tornar mais rara. Vale, todavia, considerar que em

casos realmente extremos, em que só resta a escolha entre perder duas vidas, ou apenas uma, parece lógico que se opte pela segunda alternativa, preservando-se, no caso, a vida da mãe, que já se encontra em pleno exercício de seus direitos.

De qualquer forma, trata-se de uma situação complexa, suscetível de ser definitivamente resolvida apenas pela via constitucional, em tempo de Constituinte.

17. Já com relação à não punibilidade no caso de estupro, inovação introduzido pelo Código de 1940 (art. 128, II), há que se considerar que, ante a Lei Maior, por mais doloroso seja o drama enfrentado pela mulher, cuja vida não corre perigo, o ser humano que vive em seu ventre, como ressalta Ives Gandra Martins, “*não pode ser condenado à morte por lei ordinária*”, que é o que, na realidade ocorre quando se beneficia a prática do abortamento com a não aplicabilidade da pena.

18. O mesmo raciocínio aplica-se à pretendida “legalização” do aborto no caso da anencefalia e outros, pensados como solução para a questão da natalidade, da pobreza, do risco estético, do risco da saúde psicológica da gestante, da promoção e independência da mulher, etc., fruto da mentalidade individualista-libertária detectável em boa parte de nossa sociedade.¹²

Com relação à questão do anencéfalo, especificamente, objeto de tanta discussão na atualidade, mais uma vez é preciso ter presente que a mulher traz em seu ventre uma outra

pessoa em desenvolvimento, *em processo normal de gravidez fisiológica* (e não patológica, como a extra-uterina e a molar), com ostensiva possibilidade de continuação da vida do feto, cuja expulsão forçada configura, claramente, o aborto provocado.

O anencéfalo pode mostrar grave deficiência ou, até, ausência de massa cerebral, mas tem tronco encefálico, tem reflexos, nasce e vive – a casuística médica registra casos de anencéfalos que vivem até um mês e mais, após o nascimento –, mostrando-se, enfim, uma individualidade diferente da pessoa da mãe, constitucionalmente protegida, como esta, em seu soberano direito de viver.

Inadmissível, pois, que, decidido que uma pessoa que está por nascer não terá condições de vida pós-parto, sem que, entretanto, seja possível fixar o quanto poderá viver depois, estabeleça a lei que, simplesmente, não viva mais, permitindo ou facilitando seu assassinio, em afronta ao direito absoluto à vida e ao princípio da dignidade humana, constitucionalmente consagrados como alicerces de nosso Estado Democrático de Direito.

19. Em síntese, a Constituição tem como fundamental o direito à vida e à dignidade, o Código Civil reconhece como pessoa tanto o ser humano nascido, como, desde sua concepção, o ainda não nascido, e o Código Penal caracteriza o aborto como crime contra a pessoa, não admitindo, inclusive, como certas legislações, nenhuma circunstância atenuante.

O Estado, pois, não pode patrocinar a realização do aborto no caso de anencefalia, e em nenhum outro.

A legislação infraconstitucional não pode autorizar, facilitar ou permitir, sob nenhuma forma, a prática abortiva. Qualquer medida que vise excluir a antijuridicidade ou a punibilidade do aborto, sobre servir de estímulo à prática desse “*homicídio uterino de inocentes*”,¹³ agride o Direito Natural e fere frontalmente a Constituição Brasileira.

O reconhecimento da inalienabilidade do direito à vida e sua valorização como o bem jurídico mais relevante, é um dos mais importantes alcances da razão.

O desenvolvimento do indivíduo, antes e após seu nascimento, expressam momentos de vida e os agravos dirigidos contra esse bem jurídico especialmente protegido, não importando se no interior ou fora do útero da gestante, corporificam condutas antijurídicas.

20. Causa, assim, perplexidade, o fato de que membros do Judiciário autorizem o abortamento ou reconheçam o direito de fazê-lo, sem atentar para sua absoluta ilegalidade e esquecendo que a missão fundamental da Justiça é proteger a vida e a dignidade da pessoa nascida ou por nascer, como, também, a quantidade de projetos em tramitação na Câmara dos Deputados buscando facilitar o aborto, ou, até, liberá-lo de vez.

Não bastasse isso e o próprio Governo, através do Ministério da Saúde, baixa Normas Técnicas facilitando e incentivando o abortamento, sem maiores justificações que a vontade única da gestante, como se o nascituro não fosse uma outra pessoa, com direitos constitucionais a serem preservados.

E agora, para maior surpresa, ainda, instaura, através da Secretaria Especial de Políticas para as Mulheres, uma Comissão para “discutir e propor uma revisão da legislação que trata do aborto do Brasil”.

21. Nestes tempos surrealistas, em que a própria solidariedade ontológica, no dizer de Malherbe,¹⁴ resultante do fato de sermos todos humanos, engendrados por outros seres humanos, parece inexistir, é imperioso que a consciência jurídica da Nação desperte e reaja.

O que se pretende? Alterar o Código Penal, facilitando ou liberando a prática abortiva, em subvertendo o próprio princípio da hierarquia das leis, é impossível. Qualquer medida seria inconstitucional – e o art. 128, a rigor, já o é – e, seguramente, não poderia passar pelo filtro das Comissões de Constituição e Justiça, da Câmara e do Senado.

Só restaria a hipótese de uma emenda constitucional. Todavia, o art. 60, § 4º, da Constituição, impede totalmente a deliberação em torno de qualquer proposta de emenda tendente a abolir “os direitos e garantias individuais”.

Irrracional, mesmo, pretender que o direito à vida possa ser desrespeitado, ante a prescrição constitucional explicitada no art. 5º., que é cláusula pétrea.¹⁵ Significaria a ruptura do próprio sistema jurídico.

22. Em sendo assim, impõe-se que o Governo desperte para ações peremptórias, cuidando mais das causas que dos efeitos – que é mais fácil cuidar desses, que daquelas –, adotando políticas públicas preventivas de médio e curto prazo, cujos resultados, por certo, poderão evitar a matança de pessoas ainda não nascidas, comprometendo a saúde física e psíquica de tantas mulheres que, desavisadamente, mancham suas vidas com a ilicitude de seus atos.

23. Entre essas medidas, avultam em importância – e todos o sabem – as campanhas educativas, com o amplo uso da mídia; os programas de assistência efetiva à gestante carente, a significar apoio psicológico, nutricional e médico-odontológico; a assistência familiar pós-parto; um imprescindível serviço de apoio à adoção, com a dinamização de áreas da Administração Pública, do Ministério Público e do Judiciário, cumprindo-se, assim, num projeto nacional de amplo alcance, o comando constitucional (art. 227, §5º, CF).

Com essas e outras medidas, o Governo, ao invés de preocupar-se em facilitar a prática delituosa do aborto, estaria protegendo a vida de mães e filhos, valorizando-os em sua cidadania e dignidade.

A Nação Brasileira merece que seus homens públicos, iluminados pela lucidez, mostrem, no cumprimento de seu dever, vontade política de fazê-lo e, efetivamente, o façam.

Zalmino Zimmermann*

* Presidente da Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRA-ME.

1. Francisco Herrera Jeramillo. *El Derecho a la Vida y el Aborto*. Pamplona: EUNSA, 1994, p. 379. *Apud* Ricardo Henry Marques Dip. Uma Questão Biojurídica Atual: A Autorização Judicial de Aborto Eugênico – Alvará para Matar. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 734, p. 522, dez. 1996.
2. José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional*. Coimbra: ALMEDINA, 1989, p. 434. Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: SARAIVA, 1990, vol. I., p. 23.
3. Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946*. 3. ed., Rio de Janeiro: BORSOI, 1960, Tomo IV, pp. 242 e 243.
4. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: COIMBRA EDITORA, 1988, Tomo IV, p. 57.
5. Maria Helena Diniz. *O Estado Atual do Biodireito*. São Paulo: SARAIVA, 2001, pp. 113 e 126.
6. Néelson Hungria. *Comentários ao Código Penal*. Rio de Janeiro, FORENSE, 1953, p. 275.
7. Enrico Altavilla. *Trattado de Diritto Penal*. Florian, 1934, lib. II, p. 162. *Apud* E. Magalhães Noronha. *Direito Penal*. São Paulo, SARAIVA, 1965, p. 62.
8. Celso Cezar Papaleo. *Aborto e Contracepção*. Rio de Janeiro, RENOVAR, 2000, p. 39.
9. Maria Helena Diniz. *Op. cit.*, p. 101.
10. Id. *Ib.* 22 e 23. Carlos Alberto Bittar. “Os Direitos da Personalidade”. Rio de Janeiro: FORENSE UNIVERSITÁRIA, 1989, p. 66.
11. J. J. Gomes Canotilho. *Op. cit.*, p. 448.
12. José Roque Junges. *Bioética – Perspectivas e Desafios*. São Leopoldo: UNISINOS, 1999, p. 133.
13. Ives Gandra da Silva Martins. Pena de Morte para o Nascituro, in *O Estado de São Paulo*, 19.set.1997.
14. Jean-François Malherbe. *Estatuto Personal del Embrión Humano: Ensayo Filosófico sobre el Aborto Eugénico*, in “La Vida Humana: Origen y Desarrollo”. Madri: UNIVERSIDADE PONTIFÍCIA COMILLAS, 1989, p. 91. Alberto Silva Franco. *Aborto por Indicação Eugênica*. Lex, São Paulo, n. 132, p. 132.
15. Maria Helena Diniz. *Norma Constitucional e seus efeitos*. São Paulo: SARAIVA, pp. 97-8.

Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas – ABRAME

SRTVN– Quadra 701, Conj. C, Bloco B, Sala 807 – Centro Empresarial Norte
70719-903 – Brasília – DF

Telefones: (61) 329-5846 e 328-0956

Fax: (61) 326-8986

E-mail: abrame@abrame.org.br