

ABORTO E EUTANÁSIA: TEMAS POLÊMICOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Gelson Amaro de Souza Filho¹

RESUMO: Este trabalho discorre sobre assuntos controversos e atuais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, como eutanásia, distanásia, ortotanásia, aborto e questões correlatas. Trata também do conflito entre Soberania Popular e Soberania do Estado, discutindo a possibilidade da legalização destes institutos no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Eutanásia. Aborto. Biodireito. Conflito de Direitos Fundamentais.

ABORTION AND EUTHANASIA: CONTROVERSIAL SUBJECTS IN THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

ABSTRACT: This work argues about controversial and contemporary subjects of the Brazilian legal system, as euthanasia, disthanasia, orthothanasia, abortion and correlated questions. It also deals with the conflict between Popular Sovereignty and Sovereignty of the State, discussing about the possibility of legalization of this institutes in Brazil.

KEY-WORDS: Euthanasia. Abortion. Biolaw. Conflict between Fundamental Rights.

1. Introdução

Há diversos posicionamentos teóricos quanto ao início da vida humana e a aquisição da personalidade civil. Sendo a vida um direito fundamental protegido pelo ordenamento jurídico brasileiro, devidamente estabelecido na Constituição Federal e, por consequência, respeitada por todas as áreas do Direito, é preciso encontrar uma definição sobre o que é a vida e quando esta se inicia.

Além disso, é preciso saber quando ocorre o início da personalidade civil, ou seja, a aptidão de adquirir direitos e deveres dentro da esfera jurídica. Seria aquele que ainda não nasceu, o nascituro, considerado pessoa civil?

¹ Jornalista graduado pela Unoeste-SP (MTB 52.286) e discente da graduação em Direito das *Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo* (FIAET) de Presidente Prudente-SP, na qual é pesquisador do grupo de Iniciação Científica coordenado pelo Professor Me. Sérgio Tibiriçá do Amaral. E-mail: gelsonamaro@uol.com.br.

Da mesma forma, além do cunho extremamente polêmico, a eutanásia e expressões correlatas ocupam cada vez mais espaço nos debates jurídicos, nos quais se discute os limites do poder humano sobre o processo da própria morte.

Assim, o conceito de dignidade da pessoa humana também diz respeito à liberdade que um indivíduo tem de conduzir sua vida conforme sua própria consciência, desde que isto não afete os direitos de terceiros. Porém, seria essa autonomia referente à possibilidade de encerrar a própria vida (ou ordenar que assim o façam) em razão de grave enfermidade ou sofrimento? E ainda, em se tratando do aborto, seria este um direito individual a ser resguardado pela lei?

É diante de tais questões fundamentais ao estudo do Direito que este trabalho analisa os diferentes posicionamentos sobre os temas apresentados, visando esclarecê-los nos limites da ciência jurídica.

Cabe ressaltar que este trabalho não tem intenção de defender um posicionamento favorável ou desfavorável a tais práticas, mas sim preencher o conhecimento que é exigido do jurista sobre as atuais problemáticas do Direito, em pormenores, para que este possa fundamentar seus posicionamentos pessoais.

2. Distinção entre início da vida e da personalidade civil

O Direito é um fenômeno histórico-social, advindo de um extenso caminho que se formalizou com os romanos. Estes, com grande sabedoria, construíram os pilares da sociedade moderna, semeando os princípios basilares da ciência jurídica, cujas chamas permanecem intensamente acesas no Direito Civil.

Este ramo do Direito disciplina as condutas daqueles que gozam de personalidade jurídica, fazem parte da sociedade ativamente, são detentores de direitos e deveres, impondo-se assim como o sustentáculo da vida em sociedade, pois onde há sociedade, há direito (*ubi societas, ibi jus*). Compete-lhe regular as relações dos indivíduos entre si, o estado das pessoas, suas relações familiares, patrimoniais, obrigacionais, sucessórias e assim por diante.

O Direito Civil está deste modo situado no campo do Direito Privado, embora exista o fenômeno conhecido como “publicização do Direito Civil”. Isto vem ocorrendo porque o Estado pode interferir diretamente nas relações privadas como na família e nos contratos. Além disso, questões que eram tratadas somente no Código Civil de 1916, agora

fazem parte da Constituição Federal, fenômeno conhecido como “constitucionalização do Direito Civil”².

Como foi dito, o Direito é um fenômeno histórico-social e, portanto, diz respeito às pessoas. Não obstante, o art. 1º do Código Civil explicita que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Desta forma, em nosso ordenamento jurídico, de origem romano-germânica, estão reconhecidas duas espécies de pessoas: as físicas ou naturais e as jurídicas, sendo que a pessoa física/natural é o ser humano, enquanto a pessoa jurídica é um conceito abstrato de entidade legal, como uma empresa ou instituição. Entretanto, o alvo de nosso estudo é estritamente a pessoa natural e o início de sua vida civil.

Conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2002, p. 88), “a personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo necessário para ser sujeito de direito”. Assim, uma vez adquirida a personalidade jurídica, o indivíduo passa a atuar na condição de sujeito de direito, podendo praticar atos e negócios jurídicos.

Para a identificação do início da personalidade civil destacam-se três teorias: a *Teoria Natalista*, a *Teoria Concepcionista* e a *Teoria da Personalidade Condicional*.

Iniciaremos a discussão com a *Teoria Concepcionista*. Esta teoria afirma que a vida é constatada a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide, ocorrendo a formação do ovo ou zigoto. Portanto, para esta corrente de pensamento, a personalidade civil é instituída a partir da concepção, pois se há vida, há direitos.

É de acordo com esta teoria que o aborto é punido como crime contra a pessoa, conforme os artigos 124 e 126 do Código Penal. Além disso, podemos afirmar que a CLT também adota a *Teoria Concepcionista*, visto que nos artigos 392, 393 e 394 encontram-se dispositivos de proteção à maternidade, visando proteger principalmente a vida do nascituro.

Já a *Teoria da Personalidade Condicional* afirma que a lei resguarda desde a concepção a personalidade civil, com a condição do nascimento com vida. Os adeptos desta teoria entendem que o nascituro possui direitos sob condição suspensiva. A condição suspensiva seria o nascimento com vida, e, sem esta condição, não haveria personalidade jurídica.

² Temos como exemplo a prisão civil por dívida de alimentos (pensão alimentícia), artigo 5º, LXVII, ao estabelecer que “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”. Aqui cabe ressaltar que, embora a prisão civil do depositário infiel (contratual) tenha sido extinta, a prisão civil por dívida de alimentos está solidamente firmada em nosso ordenamento jurídico.

Por fim, há a *Teoria Natalista*, que defende a idéia de que só existe personalidade jurídica após o nascimento, também sob a condição de nascer com vida. O Código Civil adota tal corrente ao estabelecer, no art. 2º, que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Neste ponto, esbarramos em duas questões interessantes: como determinar com precisão o nascimento com vida? E, também, quais são os direitos do nascituro?

Segundo Gagliano e Pamplona Filho (2002), o nascimento com vida pode ser identificado pelo funcionamento do aparelho cardiorrespiratório. Assim, caso ocorra morte antes ou durante o parto, é possível provar se houve ou não o nascimento com vida, através, por exemplo, do exame de *docimasia hidrostática de Galeno*, que verifica se há ar nos pulmões da criança. Se o sujeito respirou, mesmo que por poucos segundos, então nasceu com vida e adquiriu a personalidade civil (o que, por exemplo, influencia imensamente na questão dos direitos sucessórios).

Quanto aos direitos dos nascituros, podemos elencar o direito à vida, direito à alimentos, direito à filiação e investigação de paternidade, direito à curatela (encargo deferido por lei a alguém capaz para reger a pessoa e administrar os bens de quem não pode fazê-lo por si mesmo, conforme o art. 1.779 do Código Civil), direito de receber doações (condicionado ao seu nascimento com vida) e direito de suceder (direito de receber por testamento, também condicionado ao nascimento com vida).

Por fim, a questão principal em torno do nascituro é o momento da aquisição da sua personalidade e da sua capacidade civil. Como já foi dito anteriormente, nosso Código Civil adota a *Teoria Natalista*, descrita em seu art. 2º.

Porém, o moderno entendimento, baseado nos atuais julgados e reforçado pela salvaguarda do próprio art. 2ª (ao estabelecer que os direitos do nascituro são garantidos pela lei), conclui-se que a personalidade do mesmo deve ser atribuída desde o momento da concepção (não confundindo esta com a capacidade, que é apenas um atributo da personalidade).

Desta forma, embora o Código Civil brasileiro adote o posicionamento tradicional de que a personalidade civil só é adquirida através do nascimento com vida, assim estabelecido no art. 4º do Código de 1916 e mantido no art. 2º do Código de 2002, concluímos que, se a vida é determinada no momento da concepção - e o Direito Civil assim entende ao

proteger os direitos do nascituro - a personalidade civil também deveria ser obtida com a concepção³.

3. Diferentes conceitos acerca da morte

No Direito, o ser humano é definido como pessoa física ou natural. A aquisição da personalidade civil ocorre no nascimento com vida e, conseqüentemente, termina com a morte. Entretanto, assim como ocorre com o início da vida, determinar o exato momento da morte é uma tarefa difícil, repleta de contrapontos teóricos e doutrinários.

Para Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 132), “a parada do sistema cardiorrespiratório com a cessação das funções vitais indica o falecimento do indivíduo. Tal aferição, permeada de dificuldades técnicas, deverá ser feita por médico, com base em seus conhecimentos clínicos e de tanatologia”.

Maria Helena Diniz (2001, p. 266).salienta que:

“A noção comum de morte tem sido a ocorrência de parada cardíaca prolongada e a ausência de respiração, ou seja, a cessação total e permanente das funções vitais, mas, para efeito de transplante, tem a lei considerado a morte encefálica, mesmo que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, ainda que ativados por drogas”.

Para Sílvio de Salvo Venosa (2002, p. 193) – e de acordo com o moderno entendimento – “a morte será diagnosticada com a paralisação da atividade cerebral, circulatória e respiratória”. Da mesma forma compreende Marcelo Soares (02 mar. 2008), ao afirmar que a “morte cerebral é o momento no qual, medica e juridicamente, determina-se o falecimento de uma pessoa”.

Há ainda conceitos religiosos, psicológicos, filosóficos e sociológicos para a morte, como bem exemplifica Newton Aquiles Von Zuben (2008):.

“A morte é um termo, uma ruptura. A morte em si não existe; no entanto, a realidade que se estende por debaixo do conceito toma as formas mais variadas. Temos a morte física, como queda na entropia; a morte biológica expressa no cadáver; a morte genética ou a des-programação programada que determina a duração de nossa vida; a morte espiritual; ou a morte psíquica, a do demente enclausurado em seu autismo; e as inúmeras faces da morte social”.

Independente de qual seja o conceito adotado, a morte da pessoa natural encerra a personalidade civil. Ricardo Gariba Silva (10 mar. 2008) afirma que “a duração da

³ Talvez a razão pela qual o novo Código Civil tenha mantido a *Teoria Natalista* seja o grande espaço de tempo entre sua elaboração e sua entrada em vigor, desatualizando-o em relação à doutrina contemporânea.

vida coincide com a da personalidade jurídica, que se constitui em um atributo da pessoa humana, e a ela está indissolúvelmente ligada. Assim, desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade”.

Entretanto, há um prolongamento após a morte, uma espécie de projeção dos direitos da personalidade. Assim como o nascituro tem expectativa de direitos desde a concepção, ao morto é garantido o reconhecimento à sua memória, com proteção legal da honra, do nome e da imagem, além do respeito a seus espólios, o que inclui a inviolabilidade e o cumprimento de disposições de vontade manifestadas em vida através de testamento vital.

Conforme Gagliano e Pamplona Filho (2002, p. 133), a morte deverá ser atestada por profissional de Medicina, “ressalvada a possibilidade de duas testemunhas o fazerem se faltar o especialista, sendo o fato levado a registro, nos termos dos arts. 77 à 88 da Lei de Registros Públicos”.

Entre os efeitos jurídicos da morte, destacam-se a extinção do pátrio poder, a dissolução do vínculo conjugal, a abertura da sucessão, a extinção de contrato personalíssimo, etc. Contudo, é preciso destacar que o paciente terminal, mesmo em agonia ou grande sofrimento, ainda mantém a personalidade jurídica, pois vive.

4. Eutanásia, ortotanásia e distanásia

Findada a tentativa de explicar e conceituar a morte dentro de nosso ordenamento jurídico, chegamos a um dos pontos principais deste trabalho: *eutanásia*, *ortotanásia* e *distanásia*.

Hoje, são cada vez mais comuns os relatos de pessoas que reivindicam a própria morte em decorrência de doenças graves ou presumivelmente incuráveis. Há uma preocupação crescente com a qualidade de vida das pessoas, mesmo na hora da morte.

Reivindica-se então uma morte digna, o que significa, conforme os acadêmicos franceses Jean-Louis Baudouin e Danielle Blondeau (1993, p. 107), “a recusa de se submeter às manobras tecnológicas que só fazem prolongar a agonia. É um apelo ao direito de viver uma morte de feição humana [...] significa o desejo de reapropriação de sua própria morte, não objeto da ciência, mas sujeito da existência”.

A justificativa para esta opção pela morte se dá em situações nas quais o tratamento médico se torna um fim em si mesmo, ficando o ser humano em segundo plano, sujeito a sofrimentos possivelmente desnecessários. Segundo Roxana Cardoso Borges, doutora em Direito pela PUC/SP, “nesta situação o paciente sempre está em risco de sofrer

medidas desproporcionais, pois os interesses da tecnologia deixam de estar subordinados aos interesses do ser humano” (BORGES, 2005, p. 230).

Desta forma, apela-se para a eutanásia, derivada do grego “*eu*” (bom) e “*thanatos*” (morte), que significa vulgarmente “boa morte”⁴. A eutanásia é, portanto, a morte provocada em pacientes vítimas de forte sofrimento e/ou doença incurável, motivada por compaixão. Caso a doença não for incurável, afasta-se a eutanásia. Há ainda o auxílio ao suicídio, previsto no art. 122 do Código Penal, no qual o agente responde ainda que apenas forneça os meios necessários para que o doente finde sua própria vida.

Segundo o Presidente da OAB/SP, Luiz Flávio Borges D’Urso (10 mar. 2008), “a eutanásia no Brasil é crime, trata-se de homicídio doloso que, em face da motivação do agente, poderia ser alçado à condição de privilegiado, apenas com a redução da pena”.

Ele compartilha o posicionamento dos legisladores penais brasileiros, que não deixaram possibilidades legais para a eutanásia. Contudo, concorda que “na prática a situação é bem diferente, pois envolve, além do aspecto legal, o aspecto médico, sociológico, religioso, antropológico, entre outros” (D’URSO, 10 mar. 2008)⁵.

Assim, segundo o Código Penal brasileiro, o que foi definido como *eutanásia* é considerado homicídio privilegiado. E ainda, se não estiverem presentes aqueles requisitos (doença grave ou incurável, decisão pessoal do enfermo), enquadra-se na hipótese de homicídio simples ou qualificado, dependendo do caso.

Desta forma, D’urso (10 mar. 2008) afirma que “embora muito remota pelos princípios humanos e cristãos da sociedade, a eutanásia, caso seja legalizada no Brasil, se estará admitindo uma forma de burlar o crime de auxílio ao suicídio pela modalidade libertadora”.

Complementando, considera que “a vida é nosso bem maior, a dádiva de Deus. Não pode ser suprimida por decisão de um médico ou de um familiar, qualquer que seja a circunstância, pois o que é incurável hoje, amanhã poderá não sê-lo e uma anomalia irreversível poderá ser reversível na próxima semana” (D’urso, 10 mar. 2008).

Correlata à eutanásia, existe a distanásia, que se caracteriza pelo prolongamento artificial da vida, infligindo sofrimento e agonia ao doente: “é expressão da

⁴ O significado original de eutanásia era o ato de facilitar o processo de morte sem adiantá-lo. Atualmente, porém, tem-se falado em eutanásia como a morte provocada por sentimento de piedade à pessoa que sofre.

⁵ No decorrer da História houve algumas culturas que tinham por hábito que os jovens matassem os idosos quando estes estivessem doentes. Por exemplo, os Celtas, e também os Indianos, que levavam os doentes incuráveis até o rio Ganges, onde estes tinham as suas narinas e a bocas obstruídas com o barro e atirados na correnteza.

obstinação terapêutica pelo tratamento e pela tecnologia, sem a devida atenção em relação ao ser humano” (BORGES, 2005, p. 235).

Com isso, ao invés aferir ao paciente uma morte natural, prolonga-se sua angústia, sem reais expectativas de curar a enfermidade ou proporcionar uma melhor qualidade de vida. Conforme Maria Helena Diniz (2001, p. 316), "trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo de morte".

Em oposição à distanásia, há o conceito de ortotanásia, que, em sentido literal, significa a morte correta: “*orto*” (certo), “*thanatos*” (morte). Na prática, consiste no não prolongamento artificial do processo de morte além do que seria o processo natural⁶.

Considera-se então um meio termo entre eutanásia e distanásia, sendo o procedimento moralmente correto a ser seguido:

“Na situação em que ocorre a ortotanásia, o doente já se encontra em processo natural de morte, processo este que recebe uma contribuição do médico no sentido de deixar que esse estado se desenvolva no seu curso natural. Apenas o médico pode realizar a ortotanásia” (BORGES, 2005, p. 235).

No campo da Bioética, o entendimento é de que o médico não está obrigado a prolongar o processo de morte através de meios artificiais, sem que este seja a vontade do paciente. Ocorre que a ortotanásia é conduta atípica para o Direito Penal, pois não é a causa de morte da pessoa, uma vez que o processo de morte já está instalado.

Deste modo, o propósito da ortotanásia é justamente evitar a distanásia: “em vez de prolongar artificialmente o processo de morte (distanásia), deixa-se que este se desenvolva naturalmente (ortotanásia)” (BORGES, 2005, p. 235)⁷.

Neste ponto, é necessário refletir sobre o grau de autonomia que o indivíduo possui quanto às circunstâncias em que irá morrer. Ao contrário da *eutanásia*, a idéia de morte digna corresponde à autodeterminação do indivíduo sobre os últimos momentos de sua vida. Assim, o reconhecimento da autonomia da pessoa quanto a esses momentos seria imprescindível para a garantia de sua dignidade.

⁶ Nos Estados Unidos, existe o jargão médico NTBR (*Not To Be Reanimated*), referindo-se a pacientes que não devem mais ser reanimados.

⁷ No dia 9 de novembro de 2006 o Conselho Federal de Medicina aprovou a Resolução Nº 1.805/2006, firmando um posicionamento sobre a ortotanásia: “na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal” (CFM, 2006). Contudo, tal Resolução foi suspensa por decisão liminar do M. Juíz Dr. Roberto Luis Luchi Demo, nos autos da Ação Civil Pública n. 2007.34.00.014809-3, da 14ª Vara Federal, movida pelo Ministério Público Federal.

Isto quer dizer que, segundo Roxana Borges (2005, p. 231), “é assegurado o direito (não o dever) à vida, e não se admite que o paciente seja obrigado a se submeter a tratamento”. Para a autora, o conceito de dignidade humana é o ponto principal na discussão sobre o que prevalece: o direito à vida ou do direito à morte digna.

A pessoa tem a proteção jurídica de sua dignidade, sendo fundamental o exercício do direito de liberdade, assim como o respeito à autonomia e ao direito de decidir sobre como serão seus últimos momentos. “Não se trata de defender qualquer procedimento que causa a morte do paciente, mas de reconhecer sua liberdade e sua autodeterminação” (BORGES, 2005, p. 231).

Por outro lado, conforme a procuradora Raquel Elias Ferreira Dodge:

“A indisponibilidade do corpo humano deve considerar, sobretudo, que a vida é o bem jurídico de mais alto valor, inalienável e intransferível, que exige dever geral de abstenção, de não lesar e não perturbar, oponível a todos - é o chamado efeito *erga omnes*” (DODGE, 10 mar. 2008).

Nesse sentido, o consentimento do indivíduo tem validade limitada. Só é válido o consentimento obtido sem vícios na manifestação da vontade, que eventualmente decorrem de coação, fraude, dolo ou simulação. O sujeito precisa então estar ciente dos fatos e circunstâncias para que possa validamente se manifestar, tendo plena capacidade de compreensão.

Mesmo assim, ainda segundo Raquel Dodge (10 mar. 2008):

“É-lhe vedado dispor acerca de determinados bens jurídicos, como a vida, pelo que o consentimento em que o matem, ainda que seja obtido sem vontade viciada, não retira a ilicitude do ato, nem a responsabilidade do sujeito que lha retira ou contra ela atenta”.

Por fim, em nosso ordenamento jurídico, no qual a vida é um dos direitos fundamentais mais relevantes, prevalece o entendimento majoritário de que a liberdade não abrange a disponibilidade da vida, visto que esta é intangível e indisponível.

5. Aborto e a “pílula do dia seguinte”

A origem etimológica da palavra aborto é “*ab*” (privação) e “*ortus*” (nascimento), ou seja, privação do nascimento. Há quem defenda que o correto seria abortamento, uma vez que é o termo empregado na medicina.

Independente da terminologia, aborto ou abortamento é a interrupção artificial e intencional da gestação. É considerado crime contra a pessoa pelo Código Penal, tipificado

nos artigos 124 e 126, sendo lícito somente em casos de estupro (aborto humanitário) ou risco de morte para a gestante (aborto necessário).

Há também o erroneamente denominado *aborto de anencéfalo* (que ocorre na ausência total ou parcial do cérebro, sendo diagnosticada a morte cerebral do feto), e o *aborto de hidrocéfalo* (doença caracterizada pelo acúmulo excessivo de líquido cérebro-espinhal no interior do cérebro, causado por um tumor ou má formação congênita).

No primeiro caso é incorreto dizer que há aborto, pois, em analogia ao art. 3º da Lei 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, na qual a exigência é o diagnóstico de morte encefálica, não há que se falar em aborto se o feto já faleceu do ponto de vista médico. Trata-se então de um crime impossível, pois não se pode matar quem já está morto.

Já no caso da hidrocefalia há de fato o aborto, pois embora o feto tenha uma má-formação cerebral, existe a possibilidade de vida. Ocorre que a hidrocefalia pode causar a morte cerebral do feto ainda na gestação, tornando-se então caso de anencefalia. Vale ainda ressaltar que o caso da menina Marcela de Jesus, que foi diagnosticada com anencefalia e surpreendeu a todos vivendo um ano e oito meses, na verdade, era portadora da meroencefalia, anomalia na qual ainda há resquícios de atividade cerebral, enquanto na anencefalia há a ausência total.

Diante o exposto, surge um importante questionamento: seria possível definir com precisão o início da vida intra-uterina e saber a partir de que momento ocorre o aborto? Neste contexto, seria a chamada “pílula do dia seguinte” abortiva?

Inicialmente, devemos estar cientes que a vida é o bem jurídico mais valioso. Não obstante, a Constituição Federal considera-a como direito fundamental, cabendo ao Estado assegurá-lo em dois aspectos: primeiro ao direito de continuar vivo e segundo ao direito de se ter uma vida digna.

De acordo a *Teoria Concepcionista*, a vida é determinada a partir da fecundação do óvulo com o espermatozóide (ocorrendo então a formação do ovo ou zigoto) e, através do art. 2º do Código Civil, são garantidos os direitos do nascituro, em especial o direito à vida. Assim, diante da atual legislação, o aborto em qualquer fase da gestação é considerado crime, como reforça o advogado Aleksandro Clemente:

“Pois bem, se é indiscutível que a vida é um direito fundamental, e que a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica o declaram inviolável, só nos resta saber quando começa a vida. Para isso nos valem da ciência. Desde 1827, com Karl Ernest Von Baer, considerado o pai da embriologia moderna, descobriu-se que a vida humana começa na concepção, isto é, no momento em que o

espermatozóide entra em contato com o óvulo, fato que ocorre já nas primeiras horas após a relação sexual. É nessa fase, na fase do zigoto, que toda a identidade genética do novo ser é definida. A partir daí, segundo a ciência, inicia a vida biológica do ser humano. Todos fomos concebidos assim. O que somos hoje, geneticamente, já o éramos desde a concepção” (CLEMENTE, mar. 2008).

Destarte, a pílula do dia seguinte é um produto químico, de tipo hormonal, considerado contraceptivo ou, mais precisamente, como um contraceptivo de emergência. Se usado dentro de um curto período de tempo após ato sexual presumivelmente fértil, deve impedir uma gravidez indesejada. Contudo, o início da vida, pelo ponto de vista de muitos estudiosos, ocorre imediatamente nas primeiras horas após a relação sexual.

Isto significaria que, de acordo com a legislação vigente, na qual qualquer medida para impedir a gestação após a concepção deve ser considerada prática abortiva, a pílula do dia seguinte é um abortivo? Em caso positivo, porque estas pílulas são facilmente encontráveis e tão populares? Não deveriam ser proibidas pela lei? Porque a pessoa que as utiliza não é punida por prática de aborto?

Como se sabe, a legislação não acompanha de forma eficaz as mudanças sociais e os costumes. Há sempre um longo período de tempo entre um código e outro, sendo que nosso Código Penal entrou em vigência em 1940. Assim, nas palavras de Luiz Flavio Gomes (05 mar. 2008), “nosso Código Penal ainda é bastante conservador em matéria de aborto”.

De fato, há poucas menções elucidativas para o assunto. Sabe-se que é crime abortar ou consentir o aborto, e sabe-se que o aborto só é permitido em casos de estupro ou risco de morte para gestante. Contudo, não há maiores detalhes sobre os métodos de aborto, quando se dá de fato o início da vida ou os períodos de gravidez em que o aborto é mais nocivo à gestante.

Levando em conta que o tema é cada vez mais discutido (incluindo o plebiscito em Portugal que permitiu a população opinar sobre a legalidade ou não do aborto), cria-se uma necessidade jurídica por maiores informações.

É exatamente o caso da pílula do dia seguinte. Se é ou não abortiva, depende necessariamente do que se considera como o início da vida. Não obstante, há os que defendem que não é um método abortivo, mas sim preventivo, pois age antes que a gravidez ocorra, dificultando o encontro do espermatozóide com o óvulo (fecundação).

Em entrevista à Agência Estado, a obstetra Denise Coimbra diz que a ação deste medicamento não é abortiva, mas sim de implantação: "isso significa que ela mexe com o endométrio, que passa a não ser um local adequado para que o bebê se implante" (COIMBRA apud AGÊNCIA ESTADO, 02 mar. 2008). Complementando, o Ginecologista e Professor da

UNICAMP/SP, Luis Bahamondes, afirma que “ela ganhou a legitimidade da OMS [Organização Mundial de Saúde], já foi aprovada pelo Ministério da Saúde e não é abortiva. Só ficou sem regulamentação por tanto tempo devido a questões religiosas” (BAHAMONDES apud AGÊNCIA ESTADO, 02 mar. 2008).

Mas há também opiniões contrárias, em geral vinculadas à religião, como as do Padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, Presidente do *Instituto Pró-vida de Anápolis*:

“A pílula impede que o ser humano concebido na trompa venha a se implantar no útero. Ora, a causação da morte de um ser humano dentro do organismo materno é um aborto. A conclusão óbvia, que ninguém poderia negar, é que a chamada pílula do dia seguinte é abortiva” (CRUZ, 10 mar. 2008).

Contudo, em seu manifesto “anti-pílula” divulgado pela internet, há uma interessante resposta de um fabricante do produto, que, após ser questionado quanto à sua função abortiva, afirmou: “Segundo a OMS [...], 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” (ACHÉ apud CRUZ, 10 mar. 2008).

Por fim, o grande desafio inerente a esta questão é definir com precisão o início da vida. A legislação brasileira é omissa nesta questão, pelo menos em relação à objetividade, exatidão, deixando dúvidas quanto a qual posicionamento devemos adotar, ou ainda, por exemplo, quais são os critérios que nos permitem comprovar se há ou não vida em um óvulo recém fecundado, mas não implantado no útero.

Esta é uma questão de difícil solução, pois é certo que os conceitos morais e religiosos de cada indivíduo influenciam em seu entendimento sobre quando se inicia a vida. Não há como estabelecer, de antemão, uma definição precisa e indubitável a este respeito.

O que se pode afirmar é que, pela legislação atual, as pílulas do dia seguinte não são abortivas. Sendo tal produto eficaz somente se ingerido em até 72 horas após a relação sexual, período este que, de maneira geral, é insuficiente para se provar a gravidez, a pílula não constitui aborto.

6. Soberania popular versus soberania do estado

A soberania popular é um princípio fundamental textualmente integrado à Constituição brasileira, através do art. 1º, parágrafo único, que estabelece que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente”. Assim, em Estados democráticos como o Brasil, a legitimidade do governo e da lei está, em tese, baseada

no consentimento dos governados. Trata-se de um contrato social⁸, no qual os indivíduos aceitam ser governados em troca de proteção, ao invés de viverem sujeitos aos perigos e riscos de um Estado natural no qual não existem leis.

Já a soberania do Estado é o poder político supremo e independente, inerente ao próprio conceito de Estado, seja na ordem interna ou no âmbito internacional. O Estado tem então completa autonomia para se autogovernar e legislar, sem se submeter a pressões internas ou externas.

Mas a questão é: se “todo poder emana do povo”, o que ocorre se o “povo” vier a reivindicar que o aborto e a eutanásia sejam legalizados? Seria possível atender ao anseio popular? Ou há aspectos jurídicos que impossibilitam tais práticas, mesmo como o aval da maioria?

Para iniciar esta reflexão tomemos como exemplo o referendo de Portugal, no qual a maioria optou democraticamente pela legalização do aborto, o que foi um marco histórico para um país com notável fervor religioso.

Esta situação reforça uma tendência internacional na quais países como Alemanha, Austrália, Canadá, China, Cuba, Dinamarca, Estados Unidos, Suécia, entre outros, permitem o aborto em qualquer situação. De forma semelhante, com apenas algumas exigências (ausência de condições financeiras ou psicológicas para levar adiante a gravidez), o aborto também é legalizado na Espanha, França, Índia, Itália, Nova Zelândia, Reino Unido, Rússia, Uruguai, etc. (WORLD ABORTION LAW MAP, 02 jun. 2008)⁹.

Observemos que grande parte destes países são líderes econômicos mundiais e exercem enorme influência na cultura contemporânea. Além disso, a Alemanha e a Itália são consagradas fontes do pensamento jurídico brasileiro, cujas teorias são muitas vezes acolhidas pela doutrina pátria e, não obstante, o sistema adotado no Brasil é o romano-germânico, também denominado Civil Law.

É evidente que o simples fato de existir uma tendência internacional para a legalização do aborto não significa que o mesmo venha a ocorrer no Brasil, uma vez que nosso Estado tem soberania, autonomia e independência para firmar seus próprios posicionamentos. Porém, a sociedade tem se mostrado cada vez mais dinâmica e a todo

⁸ Teoria defendida por Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau, renomados pensadores que integram a Escola Contratualista.

⁹ Para visualizar o “Mapa Mundial do Aborto”, completo e detalhado, acesse o endereço: <http://www.pregnantpause.org/lex/world02map.htm>. Repare que o aborto já é permitido na maior parte do planeta, incluindo os países mais desenvolvidos. Vale ressaltar que a grande maioria dos países que não aceitam o aborto em nenhuma hipótese ou apenas sob rígidas condições são países em desenvolvimento, os chamados países de “terceiro mundo”, como o Brasil.

instante vivenciamos a derrocada de um antigo paradigma. Nada impede que aquilo que a legalização ocorrida em inúmeros países venha a ser reivindicada pelo “povo” brasileiro.

Resta saber se isto é juridicamente possível. Não se pode negar o caráter extremamente polêmico e controverso do assunto, mas o fato é que, embora muito distante na prática, existe tal possibilidade.

O ponto crucial é que não existe direito fundamental absoluto, nem mesmo uma relação hierárquica, sendo que até o direito à vida pode ser limitado em algumas situações, ao exemplo da pena de morte em caso de guerra declarada, prevista no art. 5º, XLVII, da CF/88, assim como no caso do policial que tira a vida de alguém no estrito cumprimento do dever legal ou, até mesmo, do civil que se vale da legítima defesa e do estado de necessidade.

Além disso, a Constituição Federal nada estabelece sobre o aborto ou a eutanásia, o que ocorre é o conflito entre estes direitos fundamentais constitucionais: de um lado o direito à vida e de outro a liberdade e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, o aborto não pode ser considerado inconstitucional, pois se assim o fosse, não existiriam as duas possibilidades consagradas pelo Código Penal (aborto em caso de risco para a gestante e em caso de estupro). E o que assegura estas duas possibilidades é justamente a prevalência de um direito fundamental sobre o outro. No primeiro caso (aborto necessário), trata-se da vida do feto *versus* a vida da mãe, prevalecendo a da última. No segundo (aborto humanitário), ocorre o conflito entre a dignidade da vítima de estupro *versus* a vida do feto¹⁰.

Se o “povo” viesse a reivindicar a legalização do aborto, bastaria que fosse alterado o Código Penal, estendendo a prevalência da dignidade da gestante para todas as situações de abortamento, não se limitando ao aborto humanitário. Desta forma, se no aborto humanitário o direito à vida é suprimido pela dignidade da mãe, nada impediria que o mesmo viesse a ocorrer com o aborto comum, mesmo em âmbito constitucional. O princípio da isonomia poderia ser invocado para fundamentar que não somente à vítima de estupro seja permitido interromper a gravidez indesejada, mas a toda e qualquer gestante.

Assim, juridicamente, não há nenhum obstáculo para a legalização do aborto. Contudo, é preciso reconhecer que se trata de mera hipótese teórica, uma vez que o conflito de direitos fundamentais exige delicada interpretação da Constituição, na qual prevalece a

¹⁰ Cabe ressaltar que se a gestante é menor de 14 anos, presume-se estupro mesmo que não tenha ocorrido, sendo possível o aborto humanitário para toda gestante nesta faixa etária.

Soberania do Estado em tomar posicionamentos, independente de pressão popular, visando garantir a segurança jurídica do país.

Já no caso da eutanásia a situação é ainda mais complexa. Inicialmente porque não existe sequer uma tendência internacional para a legalização, pelo contrário, apenas países como Albânia, Canadá, Holanda, Países Baixos, Bélgica e o estado de Óregon nos EUA permitem tal prática.

Conforme a doutrinadora argentina Gisela Farias, na Itália, existe uma organização denominada *EXIT*, com sede em Turim, que por cerca de cinco mil dólares transporta interessados à Holanda para realizarem a eutanásia, e, “si bien hay protestas en Italia, también hay muchos que consideran válida la posibilidad de ayudar a un ser querido a evitar los crueles e inútiles sufrimientos del final” (FARIAS, 2007, p. 96).

O fato é que a eutanásia tem sido duramente combatida pelas autoridades políticas e religiosas de diversos países, incluindo a autoridade máxima da Igreja Católica, o Papa Bento XVI (Joseph Ratzinger), que a repudia arduamente. Neste contexto é que os alguns países chegaram a legalizar a eutanásia em certas circunstâncias, mas voltaram a proibi-la, como ocorreu nos Territórios do Norte da Austrália.

Desta forma fica muito distante, se não totalmente ofuscada, a possibilidade de legalização da eutanásia no Brasil. Mas isto não quer dizer que a ortotanásia, que representa a preservação do processo natural de morte, sem interferência de métodos artificiais para prolongar a vida sem expectativas de cura, também deva ser repudiada em nosso ordenamento jurídico.

7. Considerações finais

A rejeição pela Comissão de Constituição e Justiça do Projeto de Lei 1.135/91, que trata da descriminalização do aborto, indica que o Brasil ainda permanecerá na contramão dos movimentos internacionais. Assim, exceto em caso de aborto necessário ou humanitário, uma gravidez indesejada deve obrigatoriamente ser levada adiante mesmo contra a vontade da mãe, que pode ter sua liberdade e dignidade cerceadas pela lei.

De forma semelhante, um enfermo pode ser obrigado a permanecer vivo sem qualquer perspectiva de cura ou melhora. Cabe-nos indagar se isto é humanamente correto e, ainda, se o livre arbítrio e a dignidade incluem abdicar da própria vida. Embora ainda não se vislumbre sequer uma tendência internacional para a descriminalização da eutanásia, não

podemos nos esquecer de que o Direito deve ser dinâmico e flexível para acompanhar as mudanças sociais.

O Projeto de Lei 1.135/91 foi rejeitado com base na inviolabilidade constitucional do direito à vida, mas o fato é que a Constituição Federal protege tanto a vida quanto a liberdade e a dignidade como direitos fundamentais, sem hierarquia ou grau de importância, pois todo direito fundamental tem igual peso e valor. Talvez a questão devesse ser decidida através da consulta popular, como ocorreu em Portugal, afinal estamos em um Estado democrático de Direito.

Por fim, em um mundo globalizado, no qual a mulher tem conquistado cada vez mais espaço e independência, não estaria apta a decidir entre levar adiante ou interromper a gravidez? Ou o Estado brasileiro ainda acredita que seja necessário tomar esta decisão pela gestante? Estas são questões cuja magnitude exige a participação popular.

BIBLIOGRAFIA

AGÊNCIA ESTADO. *Mesmo regulamentada, pílula do dia seguinte ainda causa polêmica.*

Disponível em:

<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2007/02/26/mesmo_regulamentada_p237lula_do_dia_seguinte_ainda_causa_pol234mica_694154.html>. Acesso em: 02 mar. 2008.

BAUDOIN, Jean-Louis; **BLONDEAU**, Danielle. *Éthique de la mort et droit à la mort*. Paris (França): Presses Universitaires de France, 1993.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.

CFM. *RESOLUÇÃO CFM Nº 1.805/2006*. Disponível em:

<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 16 abr. 2008.

CLEMENTE, Aleksandro. *O Direito à Vida e a Questão do Aborto*. Disponível em:

<<http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo400.shtml>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. *O aborto do dia seguinte*. Disponível em:

<<http://www.providaanapolis.org.br/abdiaseg.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

DODGE, Raquel Elias Ferreira. *Eutanásia: aspectos jurídicos*. Disponível em:

<<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v7/eutaspectos.htm>>. Acesso em: 10 mar. 2008.

D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A eutanásia no Direito Brasileiro*. Disponível em:

<www.oabsp.org.br/palavra_presidente/2005/81>. Acesso em: 10 mar. 2008.

FARIAS, Gisela. *Muerte Voluntaria*. Buenos Aires (Argentina): Astrea, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze ; **PAMPLONA FILHO**, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil: parte geral*, Volume 1. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOMES, Luiz Flavio. *Nem todo aborto é criminoso*. Disponível em: <http://www.mundolegal.com.br/?FuseAction=Doutrina_Detalhar&did=15311>. Acesso em: 05 mar. 2008.

SILVA, Ricardo Gariba. *Aspectos legais da morte*. Disponível em: <http://www.fmrp.usp.br/revista/2005/vol38n1/9_aspectos_legais_%20morte.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2008.

SOARES, Marcelo Leite Coutinho. *Vida e morte no Direito Penal*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/29/86/2986>>. Acesso em: 02 mar. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil Parte Geral*, Volume I. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VON ZUBEN, Newton Aquiles. *Questões de Bioética: Morte e Direito de Morrer*. Disponível em: <www.fae.unicamp.br/vonzuben/morte.html>. Acesso em: 11 mar. 2008.

WORLD ABORTION LAW MAP. *Mapa mundial do aborto*. Disponível em: <<http://www.pregnantpause.org/lex/world02map.htm>>. Acesso em: 02 jun. 2008.