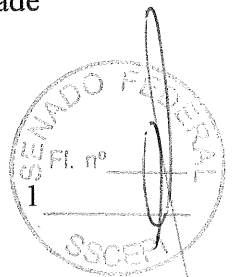
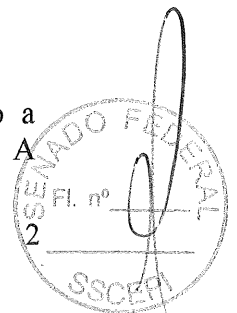


Sugestões de Emendas para os Crimes contra a Vida

- 1- Desnecessária, no inciso I, do § 1º, do art. 121 a expressão final do texto: “em situação de especial reprovabilidade ou perversidade do agente”. Ora, se o homicídio se dá “em contexto de **violência** doméstica ou familiar”, como expresse, o contexto de **violência**, no lar ou na família, a ponto de matar, já configura “situação de especial reprovabilidade ou perversidade do agente”, assim tornando redundante essa expressão. Suprima-se, também, a palavra “ou”, que abre a hipótese “ou em contexto”, para melhor marcar que a hipótese típica “em contexto de violência doméstica ou familiar” é bastante em si mesma, e não variante alternativa;
- 2- Não faz sentido manter-se a modalidade de homicídio qualificado pela tortura – inciso III, do § 1º, do art. 121 – quando o próprio texto normativo, no Título XVI, que trata dos crimes contra os direitos humanos, abre capítulo específico – o capítulo II –, dedicando-o aos “crimes de tortura”, apresentando-os, como mesmo está na introdução, como crime autônomo. De se ler: “Neste capítulo, porém, apresenta-se como crime autônomo, ofensivo aos direitos humanos, ainda que fora daquele contexto sistemático”. Ou seja, há tortura se praticada **fora** do “contexto de violência sistemática, dirigida contra população civil, num ambiente de hostilidade ou de conflito generalizado, que corresponda a uma política de Estado ou de uma organização”. Então, se há a tortura qualificada pelo resultado morte (§ 3º do art. 468), não há espaço para que se preveja a qualificação do homicídio, mediante tortura. A morte, decorrente de tortura, é sempre tortura qualificada, e não homicídio qualificado.
- 3- Suprima-se a expressão “**dois ou mais**” no inciso VI, do § 1º, do art. 121, dizendo-se, sem quantificar, “**por agentes em atividade típica de grupo de extermínio**”, até porque **grupo** de extermínio é incompatível com a realidade de **duas** pessoas, que melhor caracteriza co-autoria e não **societas sceleris**.
- 4- Acrescente-se no § 6º, do art. 121, como hipótese, também, de culpa gravíssima o conduzir veículo em velocidade a caracterizar excepcional temeridade ainda que o agente não esteja sob influência de álcool, ou substância de efeitos análogos. Eis o acréscimo: “... ou quando, ainda que não caracterizada a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, a velocidade do veículo automotor signifique excepcional temeridade.” Não há boa razão para que **só** se reconheça culpa gravíssima, fundamentalmente, sob influência etílica, ou similar, e em quadro ditado por velocidade **restrita** a disputa, ou competições, em via pública, excluindo-se a responsabilidade criminal de quem cause a morte, advinda do **excessivo** quadro de velocidade que condutor, em estado normal de consciência, provoque.



- 5- Considero que a hipótese de isenção de pena, prevista no § 1º, do art. 122 - a pena não se aplica pela avaliação judicial “das circunstâncias do caso, bem como a relação de parentesco ou estreitos laços de afeição do agente com a vítima” - **conflita** com a descrição típica do ilícito porque este pune o “matar por piedade ou compaixão...”. Ora, os sentimentos de piedade e de compaixão, por certo, são os sentimentos que movem parentes ou pessoas com estreito laço de afeição a atender ao pedido consciente de alguém, para que seja morto. Como, então, no tipo penal criminalizar-se essa realidade e, depois, **essa mesma realidade** motivar isenção de pena? Além do mais “avaliar as circunstâncias do caso”, na configuração típica que se analisa, é impróprio porque o tipo penal é extremamente fechado: **matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave.** Quais diversas circunstâncias poderiam ser consideradas à isenção de pena em descrição típica tão completa? Ainda: a palavra “**paciente**”, **presente no tipo penal, conduz-nos a caracterizar a infração como própria**, ou seja, o autor só pode ser médico, visto que se há paciente há, necessariamente, a relação médico-paciente. Não se cogita de paciente em relação familiar, ou de amizade. Por tudo, o artigo deve ter o tratamento que busca se consolidar nos Projetos de Lei já em curso: o PL 6715/2009-CD e PLS 116/2000.
- 6- Quanto ao artigo 123 – induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio – o § 1º é desnecessário visto que, se na fixação da pena já se diz “e de um a quatro anos, se da tentativa resultar lesão corporal grave em qualquer grau”, não há porque se dizer, no comentado § 1º, que “não se pune a tentativa sem que da ação resulte ao menos lesão corporal grave.” É chover no molhado... Também o § 2º, do art. 123, carece de sentido quando ao tipo examinado – situações ensejadoras de suicídio - quer estender as hipóteses de isenção de pena (§ 1º) ou exclusão d ilicitude (§ 2º) do crime de eutanásia (artigo 122). É que em ambas as hipóteses exigindo-se ou “a relação de parentesco ou estreito laço de afeição do agente com a vítima (§ 1º do art. 122) ou o “consentimento de ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão” (§ 2º do art. 122) **dessas pessoas todas e justo pelo estado concreto de proximidade que, assim, vincula-as, estreitamente, ao suicida, delas o que se espera e se há de estimular é comportamento diverso em relação ao suicida**, ou seja, comportamento de atenção, cuidado, diálogo perene e afetuoso, **justo para que o suicida seja demovido da intenção de eliminar sua própria vida, e jamais incentivá-lo em seu propósito ditado pelo desespero. Há que se devolver a esperança aos desesperados, nunca aos desesperados tirar-lhes qualquer esperança.** Por fim, deve retornar, como causa de aumento de pena a redação, em vigor, protetiva do menor ou de quem se encontre em situação de resistência comprometida, aditando-se ao § 3º a seguinte expressão: “se a vítima é menor ou tem diminuída, por qualquer causa, a capacidade de resistência.”
- 7- Quanto ao artigo 124 – infanticídio – foi substituída a expressão “sob a influência do estado puerperal” por “sob a influência perturbadora deste”. A

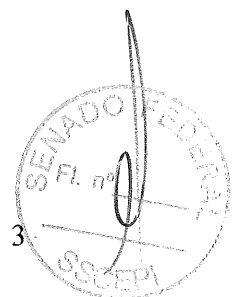


substituição é cabalmente inadequada. O estado puerperal não é fruto de exclusiva influência perturbadora do feto, ou de recém nascido, sobre a própria mãe, até porque no quadro gestacional, ou de nascimento, **é a vida em gestação – o feto – ou a vida nascida – o recém nascido – que tem o direito de ser protegida, justo a que possa viver.** O estado puerperal, porque estado, contempla quadro de todo pertinente com a estrutura bio-psíquica da mulher composta, também, por situações alheias à estrita relação mãe-filho, tais o comportamento do marido, ou do companheiro; a atividade laboral da mulher, enfim, por toda uma gama de realidades a desaguar em momento de desequilíbrio emocional. Seja esclarecido que, nos dias de hoje, a pletora de informações, amplamente difundidas e popularizadas, sobre a realidade gestacional, por certo, em muito contribui ao apequenamento desse quadro de puerpério. **Que se mantenha a redação do crime de infanticídio como presente no Código em vigor.**

- 8- Acrescente-se Parágrafo único, ao art. 125, com a seguinte redação: **Parágrafo único: Na hipótese de ré primária e atendendo às circunstâncias do caso concreto, o juiz poderá aplicar pena restritiva de direitos objetivando a não reincidência.** Justifica-se essa inserção normativa dado que ela contempla quadro, não raro, **em que a mulher grávida experimenta, mais das vezes, sentimentos de abandono, de solidão, de rejeição causados por comportamento do próprio esposo, ou do companheiro, de familiares, do grupo social e, diante disso tudo, sua condução ao cárcere seria totalmente incoerente, ao passo que, mantida a reprovabilidade em sua conduta, todavia a sua inserção em prestação de serviços à comunidade compatibiliza-se com o escopo que visa estimulá-la a assumir atitude pessoal não mais sacrificando a vida de seu filho, antes sendo encorajada até pela natureza dos serviços comunitários que venha a prestar, à luz do critério judicial fixado, a comprometer-se com a defesa da vida.**
- 9- No que tange ao crime de aborto consensual provocado por terceiro – art. 126- considero que a pena deve ser de 1 a 4 anos porque não faz sentido estabelecer sanção idêntica à fixada para a gestante na prática do aborto eis que, ao terceiro, não se aplicam as mesmas razões que, para a gestante, autorizam a substituição da sua pena privativa da liberdade, para restritiva de direitos. Por pertinente, destaco lúcidas ponderações da Professora Janaína Paschoal, livre docente de Direito Penal da Universidade de S. Paulo (USP) em entrevista dada a Thácio Siqueira para o site - <http://www.zenit.org/article-31077?/=portuguese> – acessado em 17 de agosto de 2012:

“E sobre o tema da vida humana? Qual é a proposta do Anteprojeto?

A vida fica flagrantemente desvalorizada. Eis alguns artigos, mas, em resumo, onde eles estão criando os crimes de abandono e omissão de socorro a animais, **punindo-os de maneira mais severa do que ocorre com relação às pessoas.** Pelo projeto, omitir socorro a



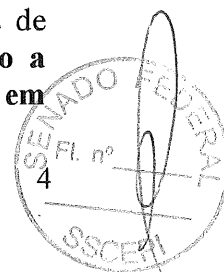
uma pessoa rende uma pena de **1 a 6 meses**. Já omitir socorro a um animal leva a uma pena de **1 a 4 anos**. Pelo projeto, abandonar um incapaz, ou um animal, leva à idêntica pena de **1 a 4 anos**. Hoje, a pena para quem abandona pessoa incapaz é menor. Mas não é só isso.

O que mais?

O médico que faz um aborto está tendo sua pena diminuída para 6 meses a 2 anos, enquanto que uma pessoa que **impede a procriação de um animal (uma espécie de aborto)** recebe uma pena de **2 a 4 anos**. Veja que não é uma questão de ter ou não vida, **não tem nada de religioso na discussão**. Estão, **de forma acintosa, conferindo mais valor à vida dos bichos que a das crianças**.

Eu não sou uma ativista pró, ou contra, aborto. Mas **a racionalidade está sendo ofendida com esse projeto**. E as pessoas não estão se dando conta de tal situação. **O que intriga é que se alardeia que o projeto veio para corrigir desproporcionalidades**.

- 9- Quanto às causas de exclusão do crime de aborto, não se justifica a sua permanência na lei codificada, pela proposta até ampliadas suas hipóteses de incidência. Com efeito, o próprio Parágrafo único, introduzido no texto do art. 128, praticamente a todas as situações dirimentes do ilícito condiciona dita exclusão **ao consentimento da gestante**. Ora, isso estabelecido, **sociedade e governo**, aqui em todos os níveis – federal, estadual e municipal – **devem desenvolver políticas públicas efetivas** em favor da saúde e da vida da mulher e de seu filho e **jamaís abandonando-os, à mulher incentivá-la ao descarte da vida presente em seu ser, e ao filho, matá-lo**. Portanto, sociedade e governo, comprometidos com correta diretriz política de defesa da vida, de que é meritório exemplo o **Programa Cegonha** do governo da Presidente Dilma Roussef, a mulher gestante e o embrião gestado **não devem ser abandonados**. Tal qual sucede com a **Lei Maria da Penha** toda a ação política governamental e toda a ação da sociedade civil há de constituir-se, separadamente ou em conjunto, **na concretização de medidas de acolhida, amparo e proteção da gestante e de seu filho, em todos os aspectos de saúde física e psicológica, inclusive pelo tempo que se fizer necessário**. Esse claro postulado de sociedade **verdadeiramente humanista** a significar **o primado da pessoa humana**, por certo não se concilia com a permanência, em lei, de causas de exclusão legal do aborto, todas essas causas a estampar a **coisificação da vida da mulher e de seu filho, realidade inerente à sociedade mecanicista e funcionalista, calcada no desprezo e banalização da pessoa**. O inciso IV a dizer da exclusão do crime “se for vontade da gestante até a décima segunda semana de gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade” é **primor de desrespeito à dignidade da pessoa humana**. Com efeito, expressamente dizendo “não apresenta condições de arcar com a maternidade” a proposta **traveste em insuportável fardo a essência mesma do ser mulher, quando acolhe e gesta a vida presente em**



seu ser. Depois, contenta-se com **mera constatação de um único médico** – aqui, e dada a generalidade da palavra médico, podendo tal constatação ser atribuída a um ortopedista, urologista, oftalmologista, etc. – ou **um único psicólogo** sobre não apresentar a mulher “**condições psicológicas**” quando, e em relação à constatação da anencefalia – inciso imediatamente anterior – faz-se a **exigência de atestação por dois médicos**. A falta de coerência e a imprecisão são notórias. **O que é “não apresentar condições psicológicas”?** **Como se constata tal situação?** Ora, se adotados os parâmetros de integral proteção à mulher gestante e a seu filho, sobre os quais discorreremos a propósito das considerações, anteriormente feitas, na afirmação da sociedade humanista, **por certo nenhuma mulher vivenciará condições psicológicas negativas no “arcar” com a maternidade**, até porque, nesse modelo de sociedade, **ser mãe não é desnaturar-se negativamente, mas afirmar-se essencialmente**. A proposta, no tópico, curva-se aos postulados da sociedade mecanicista e funcionalista, que reduz a pessoa humana a objeto de descontrole pessoal a pretexto de, no recorrente modismo, sempre superficial, apresentar-se como atualizada.

Brasília, maio de 2013.


Claudio Fonteles
Professor de Direito Processual Penal.

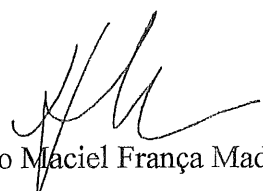


Exmo. Sr.
Senador João Costa
Senado Federal
República Federativa do Brasil

Em atenção à solicitação de Vossa Excelência, encaminhada por meio do ofício OF/GSJCOS nº027/2012, visando à colaboração na análise, à luz do Direito Romano, dos artigos 125 a 128 do Anteprojeto do Código Penal Brasileiro, a respeito do crime de aborto, oferecemos, assim, o presente parecer à elevada consideração de Vossa Excelência e mantemo-nos à disposição para eventuais complementos que se fizerem necessários.

Agradecido e em sentimento de subida honra, aproveito para externar a Vossa Excelência os votos da mais elevada estima e consideração.

De Roma para Brasília, 15 de janeiro de 2013.


Prof. Hécio Maciel França Madeira
Universidade de São Paulo



**O ABORTO NO ANTEPROJETO DE CÓDIGO PENAL:
CONSIDERAÇÕES POLÍTICAS E CONCEITUAIS À LUZ DO SISTEMA DE DIREITO
ROMANO ATUAL.**

Por Hécio Maciel França MADEIRA
Universidade de São Paulo

Introdução.

I. A tradição jurídica romano-brasileira (desde Rômulo, Antonino Caracala e Justiniano até Teixeira de Freitas, Clóvis Bevilacqua, Pontes de Miranda, Limongi França e Franco Montoro): 1) A morte da criança por nascer: aspectos do direito público e do direito privado romano. 2) Continuidade dos princípios e aprimoramento dos conceitos romanos na tradição jurídica brasileira.

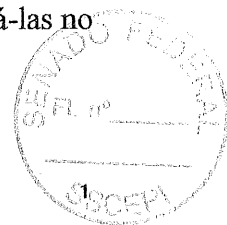
II. Observações aos artigos 125 a 128 do Anteprojeto do Código Penal. 1) O aborto: sistemática e terminologia. A taxatividade das hipóteses de aborto e a não-taxatividade dos direitos do nascituro. 2) Correções lógico-sistemáticas e necessidade de manutenção do texto do Código Penal vigente.

III. Aspectos do problema da “forma humana” e o parto de anencéfalo (De Rômulo ao STF). Conclusões.

INTRODUÇÃO.

A análise do tema do “aborto” no sistema jurídico romano pretende oferecer ao legislador dois instrumentos jurídicos: a) o de alternar e integrar as posições do direito público e do direito privado; b) o de purificar os conceitos jurídicos das projeções dogmáticas acumuladas no tempo, a fim de recuperar os princípios integrativos do sistema jurídico romano universal, enquanto elementos úteis para a renovação da vida atual e para a melhoria legislativa. A excessiva “dilemização” do tema levou o direito a diversas confusões que reforçam a atual crise a que somos convocados a superar, em parte resultante da proliferação de normas e teorias que introduziram indevidamente a “efetividade” no lugar da “validade”, os “fatos” no lugar dos direitos, “particularismo jurídico” no lugar do universalismo, as “abstrações conceituais” no lugar da concretude da ciência do direito, a “cidadania restrita individualista” no lugar da “cidadania crescente universal”. Isso é o que se pretende abaixo demonstrar.

A responsabilidade do legislador e, paralelamente, a do jurista, a orientar-lhe a exatidão conceitual e principiológica do texto a ser aprovado e interpretado, exigem o esclarecimento sobre onde residem estas confusões no direito moderno, a fim de evitá-las no direito futuro.



I. A TRADIÇÃO JURÍDICA ROMANO-BRASILEIRA (DESDE RÔMULO, ANTONINO CARACALA E JUSTINIANO ATÉ TEIXEIRA DE FREITAS, CLÓVIS BEVILÁQUA, PONTES DE MIRANDA, LIMONGI FRANÇA E FRANCO MONTORO).

1. A morte da criança por nascer. Aspectos do direito público e do direito privado romano.

As práticas de aborto na história antiga e a hesitante legislação com que os povos do passado clássico trataram da matéria restam fartamente comprovadas nas fontes, assim como as práticas contemporâneas, lícitas ou ilícitas, com as graves questões sociais inerentes ao problema, são já bastante conhecidas e documentadas.

Mas devendo a lei se ater ao que se convém fazer e não ao que se faz (D. 1.1.11) interessa recordar a progressiva proteção dada ao nascituro no específico, mas universal, sistema jurídico romano, *pari passu* com a progressiva extensão da *cidadania* e da universalidade dos direitos do homem.

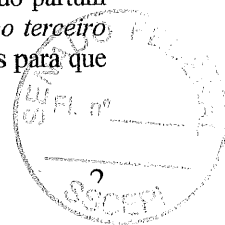
Em vão se irá compreender a proteção jurídica do nascituro e a consequente proibição do aborto, no sistema jurídico romano, se o estudioso se ativer apenas à busca de uma “crime”, estabelecido em determinada lei.

Pois até que as leis incorporassem a definitiva criminalização do aborto, como ocorreu com o rescrito dos imperadores não-cristãos Septímio Severo e Antonino Caracala (198-211 d.C.)¹, houve progressiva construção jurídica da proteção à criança por nascer, não

¹ D.47,11,4 *Marcianus libro primo regularum*. Divus Severus et Antoninus rescripserunt eam, quae data opera abegit, a praeside in temporale exilium dandam: indignum enim videri potest impune eam maritum liberis fraudasse. (D.47,11,4 *Marciano, no livro primeiro das regras*. O divino Severo e Antonino Pio estabeleceram um rescrito determinando que aquela que abortou tendo obrado para isto, deve ser enviada ao exílio temporal pelo presidente: pode parecer indigno, pois, que ela impunemente privasse o marido de filhos.).

D.48,19,39 *Tryphoninus libro decimo disputationum*. Cicero in oratione pro Cluentio Habito scripsit Milesiam quandam mulierem, cum esset in Asia, quod ab heredibus secundis accepta pecunia partum sibi medicamentis ipsa abegisset, rei capitalis esse damnatam. Sed et si qua visceribus suis post divortium, quod praegnas fuit, vim intulerit, ne iam inimico marito filium procrearet, ut temporali exilio coerceatur, ab optimis imperatoribus nostris rescriptum est. (D.48,19,39 *Tryphoninus no livro décimo das disputas*. Cícero na oração em favor de Cluêncio Habitão escreveu que uma certa mulher de Mileto, quando estava na Ásia, porque ela própria, tendo aceito dinheiro dos herdeiros subsequentes, eliminasse o parto a si própria por meio de medicamentos, foi condenada à pena capital. Mas também foi feito um rescrito por nossos ótimos imperadores determinando que se alguma outra, depois do divórcio, porque estivesse grávida, aplicasse uma força às próprias vísceras para que não procriasse ao marido já inimigo, seja ela reprimida com o exílio temporário.).

D.48,8,8 *Ulpianus libro trigensimo tertio ad edictum*. Si mulierem visceribus suis vim intulisse, quo partum abigeret, constiterit, eam in exilium praeses provinciae exiget. (D.48,8,8 *Ulpiano no livro trigésimo terceiro de comentários ao edito*. Se tiver constado que uma mulher lhe aplicasse uma força às suas vísceras para que expulsasse o parto, que o presidente da província expulsa-a ao exílio.).



só por leis, como a mais antiga conhecida, do primeiro rei, Rômulo (D.11,8,2)², mas também no âmbito dos costumes, da atividade censória, das magistraturas e da jurisprudência.

Recordem-se, entre diversos direitos civis, o de lhe ser nomeado um *curator ventris*, o de exigir a posse dos bens hereditários, às relações de parentesco, ao *favor libertatis* etc.³ A *spes* protegida não é somente da criança por nascer (*spes animantis*). É também da família e da república⁴.

A construção jurídica formou uma unidade indissolúvel da proteção, que pode ser distinta sob as perspectivas complementares do direito público e do direito privado. Na primeira, resulta a defesa do nascituro inserida nos fundamentos da própria *Urbs, Respublica* ou *Imperium*, que deve proteger a todos que estão em seu território, como uma *civitas augescens*, em favor da cidade máxima universal a que o direito virtualmente tende, em que não pode haver distinção entre cidadão e estrangeiro, entre nascituro e nascido, entre imigrante e acolhente, entre uma raça e outra.

² D.11.8.2. *Marcellus l. XXVIII digestorum*. Negat lex regia mulierem, quae pragnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum grávida peremisse videtur. (D.11.8.2. *Marcelo no livro 28 dos digestos*. Uma lei régia impede que se inume uma mulher morta que esteja grávida, antes que seja extraído o filho. Aquele que agir contrariamente, parece ter feito perecer, com a grávida a esperança de um ser animante.). Esta primeira lei, que se confunde com as origens de Roma, revela um dos dois grandes fundamentos universais do Direito Romano. O direito romano partirá *ab initio* da proteção jurídica à vida de todo ser humano, sejam eles nascituros ou estrangeiros, no grande *asylum* em que foi concebida a *urbs*. Os desdobramentos desses dois fundamentos seguirão contínua e politicamente desenvolvidos através dos séculos, em um filão sólido de medidas políticas e de debate jurídico permanente, iniciado pelos juristas da república romana e conscientemente continuado no império bizantino, no renascimento jurídico medieval e, especial, nos juristas da zona ibérica e latino-americana até os tempos atuais.

³ MADEIRA, Hécio Maciel França, *O nascituro no direito romano*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2005.

⁴ D.25.4.1.13 *Ulpianus in libro vicensimo quattuor ad edictum*. Sed et si servus heres institutus fuerit, si nemo natus sit, Aristo scribit, huic quoque servo quamvis non omnia, quaedam tamen circa partum custodiendum arbitrio praetoris esse concedenda. Quam sententiam puto veram: publice enim interest partus non subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit: ideoque etiam servus iste, cum sit in spe constitutus successionis, qualisqualis sit, debet audiri rem et publicam et suam gerens. (D. 25.4.1.13 *Ulpiano no livro vigésimo quatro de comentários ao edito*. Mas também se o servo for instituído herdeiro, caso não nasça ninguém, escreve Aristão que, porém, também a este servo, pelo arbítrio do pretor, devam ser concedidas algumas coisas (embora nem tudo) relativas à custódia do parto. Tal opinião reputo verdadeira: pois interessa publicamente que o parto não seja falsificado para que seja salva a dignidade das ordens e das famílias: e por isso também este servo, uma vez constituído na expectativa da sucessão, quem quer que seja ele, deve ser ouvido como aquele que traz consigo um assunto tanto seu como público.).

D.37.9.1.15 *Ulpianus in libro quadragensimo primo ad edictum*. Et generaliter ex quibus causis Carbonianam bonorum possessionem puero praetor dare solitus est, ex hisdem causis ventri quoque subvenire praetorem debere non dubitamus, eo facilius, quod favorabilior est causa partus quam pueri: partui enim in hoc favetur, ut in lucem producat, puero, ut in familiam inducatur: partus enim iste alendus est, qui et si non tantum parenti, cuius esse dicitur, verum etiam rei publicae nascitur. (D.37.9.1.15 *Ulpiano no livro quadragésimo primeiro de comentários ao edito*). E geralmente por estas causas o pretor se acostumou dar a *bonorum possessio* Carboniana ao menino. Pelas mesmas causas não duvidamos que o pretor deva também socorrer o ventre, tanto mais facilmente porque a causa do parto é mais favorável do que a do menino. Pois o pretor seja favorável ao parto naquilo que o traga à luz, e ao menino naquilo que o conduza à família: pois deve ser alimentado este parto, o qual não somente nasce ao pai de quem diz ser, mas também à própria república.).



Pelo mesmo imperador Antonino Magno, aliás, foi conferida a cidadania a todos os habitantes do império por uma notória *Constitutio* de 212 d.C., que abriu caminho para a eliminação definitiva do conceito de *peregrinus* na compilação do imperador Justiniano (VI século d.C.).

Ambas as amplificações da cidadania, com a inclusão definitiva do nascituro e do estrangeiro no gozo dos direitos da cidade máxima, estabelecidas pelo imperador africano e não-cristão, Septímio Severo e por seu filho, Antonino Caracala, não obstante os conflitos históricos com cristãos e judeus do período, foram no todo acolhidas posteriormente, tanto por teóricos cristãos como judeus, como exemplo a ser continuado em suas respectivas tradições.

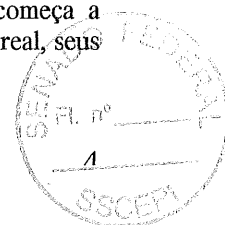
A universalidade do direito e o sentido humanitário de ambas as constituições imperiais não se vincularam a qualquer intenção ou relação histórica anticristã⁵ ou antijudaica⁶, que paralelamente ocorria nas conhecidas hostilidades praticadas pelos romanos, mas resultaram como corolário inevitável do próprio sistema jurídico romano, continuamente engendrado pelos juristas dos séculos anteriores.

No sistema jurídico romano, o direito à vida se construiu autonomamente, não como questão biológica, nem científica, nem filosófica. Onde há *pessoa de existência real*⁷, por maior que seja a dependência afetiva, física ou nutricional que ela tenha de sua mãe, de remédios ou de uma incubadora, cabe ao jurista defender-lhe os direitos fundamentais, especialmente o direito à vida, à integridade física e à dignidade da pessoa humana. Daí a renovação constante nos juristas da máxima romana *tempus conceptionis spectandi* (“é de se considerar o momento da concepção”), aquele mesmo evocado pelo imperador Antonino ao Rabbi (v. nota 7) em recordação do ensinamento de inúmeros juristas romanos clássicos, dos

⁵ DAL COVOLO, Enrico. *La Constitutio Antoniniana e lo sviluppo delle relazioni tra l'impero e la chiesa nell'età dei Severi*, Roma, XVI Seminario Internazionale di Studi Storici - *Civitas Augescens* – Cittadinanza e sviluppo dei populi da Roma a Constantinopoli a Mosca, Roma, Campidoglio, 23-24 de abril de 1996.

⁶ Para o direito hebraico, recorde-se o diálogo entre o compilador da Mishnah, Yehudah HaNasi, conhecido também como Judá o Príncipe ou simplesmente Rabbi, e o imperador romano Antonino Caracala. Perguntou-lhe o imperador: “quando a alma é dada ao homem, quando o embrião está formado ou no tempo da concepção?”. Respondeu-lhe o Rabino que era no tempo em que o embrião estivesse formado. O imperador replicou: “É possível que a um pedaço de carne sobreviver a três dias sem se putrefazer, se não estiver no sal? Deve ser no momento da concepção.” Disse o Rabino: “Isso me ensinou Antonino e as Escrituras dão-lhe razão, quando dizem ‘E a tua presença me tem conservado o espírito’”, referindo-se a Jó, 10:12 (Sanhedrin, 91:2).

⁷ TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código Civil: Esboço*, Rio de Janeiro, 1860, em diversos artigos: art.16 (“Todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são *pessoas*”), art.17 (“As pessoas são ou de existência visível, ou de existência tão-somente ideal”), art.221 (“Desde a concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas”). Ao comentar este último, escreve o jurista baiano: “Esta existência é real, seus efeitos jurídicos não deixam de duvidar”.



séculos anteriores, entre eles Labeão, Próculo, Pégaso, conforme relatado pelo jurista romano de origem fenícia, Domício Ulpiano⁸.

Este e diversos outros juristas que desenvolveram tal princípio ganharam enorme expressão no Digesto (533 d.C.), a compilação elaborada pelo imperador romano Justiniano⁹ no Oriente, o mesmo a operar intensamente o outro princípio, também em favor do nascituro, da "*civitas augescens*", formulada pelo jurista Sexto Pompônio no II séc. d.C.

2. Continuidade dos princípios e aprimoramento dos conceitos romanos na tradição jurídica brasileira.

O direito brasileiro, territorialmente o mais representativo direito romano vigente na América Latina, do império à república continuou a desenvolver os princípios, termos e conceitos romanos relativos ao nascituro, produzindo paradigmáticos monumentos legislativos e de doutrina, de grande importância na latinidade sul-americana.

Também no Brasil, como em Roma, a defesa do nascituro prescindiu, sem qualquer conflito, das distinções da medicina, que buscam interpretar a maior ou a menor viabilidade do parto, a maturidade ou a imaturidade fetal. O direito brasileiro também não conflitou com as variadas distinções religiosas sobre o momento em que o concebido se tornaria "almado". Não se permeou com o debate, mantendo o princípio jurídico da salvaguarda do *tempus conceptionis*.

Em suma, a tradição luso-brasileira, em sucessão contínua espaço-temporal com com os fundamentos do direito romano justinianeu do VI séc. (D.1,5,2), recepcionados pelo direito dos reinos cristãos medievais (*Siete Partidas*, Liv.3, Tit.23, P.4), sempre reconhece o nascituro como já presente na realidade (*in rerum natura*) e, com o fim de proteger-lhe, sempre que houver vantagens (*commoda*), trata-o como trata os já nascidos

⁸ Ulpianus, *libro primo ad legem Iuliam et Papiam*. (D.1,9,7,1) Item Labeo scribit etiam eum, qui post mortem patris senatoris natus sit, quasi senatoris filium esse. Sed eum, qui posteaquam pater eius de senatu motus est, concipitur et nascitur, Proculus et Pegasus opinantur non esse quasi senatoris filium, quorum sententia vera est: nec enim proprie senatoris filius dicetur is, cuius pater senatu motus est antequam iste nasceretur. Si quis conceptus quidem sit, antequam pater eius senatu moveatur, natus autem post patris amissam dignitatem, magis est ut quasi senatoris filius intellegatur: tempus enim conceptionis spectandum plerisque placuit. *Igualmente Labeão escreve que também é como um filho do senador aquele que nascer depois da morte do pai senador. Mas Próculo e Pégaso opinam não ser como filho de senador aquele que é concebido e nasce depois de seu pai ter sido removido do senado, opinião dos quais é verdadeira: pois não propriamente se diz filho de senador aquele cujo pai foi removido do senado antes de ele nascer. Na verdade se alguém for concebido antes que o pai dele fosse movido do senado, mas nascido depois de o pai ter perdido a dignidade, é melhor que ele seja considerado como filho de senador. Pois agradou à maioria que o tempo da concepção deveria ser observado.*

⁹ Como em D.50,2,2,3, D.1,5,26. São igualmente pródigas em exemplos as fontes antejustinianéias. Cf. Gai. 1,89 ("hi qui legitime concipiuntur ex conceptionis tempore statum sumunt"); U.E. 5,10 ("in his qui iure contracto matrimonio nascantur, conceptionis tempus spectatur"); E.G. 1,4,9 ("Regula iuris hoc continet ut qui legitime concipiuntur, tempore conceptionis statum sumant").



(*in rebus humanis*), em paridade ontológica. Por isso, mesmo sem nome ou sendo ainda de sexo desconhecido, pode ser o nascituro representado em juízo, para não ser vítima de aborto ou de tortura, para requerer alimentos, para receber doação, para garantir a posse de bens etc.

Entre nós, além dos direitos do nascituro expressamente conferidos pelas normas, há diversos outros não explícitos, uma vez que o rol da lei não é, no direito brasileiro, taxativo¹⁰.

Nos dois últimos séculos, inúmeros juristas pátrios se notabilizaram na defesa do nascituro, acrescentando elementos conceituais e interpretativos à doutrina civilística e penal, entre os quais assoma o nome de TEIXEIRA DE FREITAS¹¹, secundado por Clóvis BEVILACQUA, autor do primeiro Código Civil, pelas reconhecidas interpretações de Pontes de Miranda¹² e LIMONGI FRANÇA¹³ e pela atualíssima monografia de André FRANCO MONTORO e Anacleto FARIA¹⁴, bem como pelas vias interpretativas do judiciário, especialmente após a histórica decisão do civilista Renan LOTUFO¹⁵. Contemporaneamente, secundaram a defesa dos direitos do nascituro, enquanto pessoa, acrescentando-lhes novos aspectos, os juristas Francisco AMARAL¹⁶ e Silmara CHINELATO¹⁷, esta, especialmente, atualizando a doutrina e motivando jurisprudência em temas do direito de personalidade do nascituro, como direitos à integridade física, à imagem, à honra, assim como dos direitos de personalidade do embrião pré-implantatário.

NÃO SE TRATA DE $\left\{ \begin{array}{l} \text{DIREITO} \\ \text{EXERCÍCIO} \end{array} \right\}$ - PENÇÃO, CAUSATUM, INGRESSUM, REVOLUÇÃO

conquista lenta, cumprimento da função

como os outros seres, com o fato de serem pessoas de mulher, com o fato dos direitos contra a morte.

¹⁰ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*, São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 177-320.

¹¹ Cf. CATALANO, Pierangelo. *Os nascituros entre o Direito romano e o direito latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil brasileiro)*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 45, julho-setembro 1988. *Idem*, *Tutela Civil do Nascituro*, São Paulo, Saraiva, 2.000

¹² PONTES DE MIRANDA, F.C. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, vol.1, p.177 (Tomo Primeiro, § 52), que elaborou aprofundado estudo comparativo das doutrinas acerca do que ele denominou de "construção da salvaguarda dos direitos do nascituro", ou seja, das teorias da condição suspensiva, condição resolutiva, ficção, direito sem sujeito, dentre outras. Aderiu ao princípio romano, transformado no conhecido brocardo, segundo ele, do direito comum "*nasciturus pro iam nato habetur*" e reforçou-o teoricamente.

¹³ LIMONGI FRANÇA, R. *Instituições de Direito Civil*, São Paulo, Saraiva, 1996, para quem nascituro "é a pessoa que está por nascer, já concebida no ventre materno", que tem por antecedente a histórica terminologia do projeto de Código Civil de Augusto Teixeira de Freitas. Cf. A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código civil. Esboço* (1860), Brasília, Ministério da Justiça - Fundação UnB, 1983, vol.1, p.37 (art.53).

¹⁴ MONTORO, André Franco et FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição jurídica do nascituro no direito brasileiro*, São Paulo, Saraiva, 1953

¹⁵ Relator do Acórdão da Apelação Cível 193.648-1, de 14/9/94, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aprovado por unanimidade, que garantiu, em defesa do direito à vida do nascituro, a ação de investigação de paternidade cumulada com ação de alimentos, RT 703 pp 60-63. Cf. também, LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, São Paulo, Saraiva, vol. 1, 2003, p.12 e ss.

¹⁶ AMARAL Neto, Francisco dos Santos. *O nascituro no direito civil brasileiro: contribuição do direito português* in *Revista Brasileira do Direito Comparado*, v.4, n.8, pp.75-89, (jan-jun 1990).

¹⁷ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo, Saraiva, 2000.



Dentre os recentes frutos da tradição romano-brasileira, fundamental e sensível ao movimento histórico e à opinião de juristas especialistas¹⁸, foi o Parecer Final¹⁹ do Relator-Geral da Comissão Especial do Senado ao Projeto de Código Civil, JOSAPHAT MARINHO, que por meio da Emenda nº368-R, de sua autoria, obteve a aprovação do texto que será o definitivamente aprovado no atual art. 2º do Código Civil, congregando também as opiniões dos insígnies juristas colaboradores da Comissão MIGUEL REALE e MOREIRA ALVES. A sua exposição dos motivos e sua justificativa de Emenda são importantes referências para o atual Anteprojeto de Código Penal²⁰. E a reinclusão do texto da tradição romano-brasileira, da denominada “corrente concepcionista”, que por um tempo esteve ausente ao Anteprojeto em tramitação no Senado, teve a importante participação do eminente Romanista da Universidade de Roma, Pierangelo CATALANO²¹, há décadas estudioso do Direito Latino-Americano, autor inclusive de inúmeros artigos no Brasil, razão pela qual se deve inclui-lo no mesmo rol dos juristas pátrios da tradição romano-brasileira, considerando especialmente a recepção de seus estudos relativos ao que se denominou “paridade ontológica” entre nascituros e nascidos.

O novo Código Penal deve, portanto, necessariamente levar em conta a existência desses direitos, conquistados lentamente pela sociedade luso-brasileira: 1) *Direito à vida e proibição do aborto*. Além da garantia do direito à vida a todas as pessoas, incluídos portanto os nascituros, estabelece a Constituição que os crimes dolosos contra a vida (entre eles o aborto) serão julgados por tribunal de júri popular (C.F. art.5º *caput* e art. 5º inciso XXXVIII, d). 2) *Outros direitos da personalidade: direito à integridade física, direito à imagem e à honra*. Os direitos da personalidade compatíveis com a condição de nascituro são todos reconhecidos, pois que se iniciam também desde a concepção²². 3) *Direito à*

¹⁸ REALE, Miguel. *Josaphat Marinho e o Novo Código Civil*, disponível na biblioteca eletrônica de suas obras, em <http://www.miguelreale.com.br/artigos/josaphat.htm>, acesso em 12/01/2013.

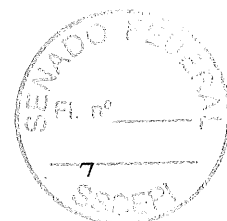
¹⁹ *Projeto de Código Civil no Senado Federal*, Brasília, Senado Federal, 1988, vol.1. pp.299 e ss; 307 ss e 405.

²⁰ “Emenda do Relator Geral nº 368-R (Senador Josaphat Marinho)

Ao art.2º dê-se-lhe a redação seguinte: Art.2º A personalidade civil do ser humano começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro. Justificação. A emenda restaura, basicamente, o texto do art.4º do atual Código Civil. Ressalvar os direitos do nascituro “desde a concepção”, como hoje assegurado, é fórmula ampla, que deve ser preservada, acima de divergências doutrinárias. Num fim de século em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir a cláusula “desde a concepção” suscitaria estranheza. E o Projeto, mesmo, confirmando essa tendência, alude a filho concebido, como nos arts. 1.602 e 1.606. Lembre-se, ainda, com a lição de Orlando Gomes, que “o direito de suceder do nascituro depende de já estar concebido, no momento da abertura da sucessão” (Sucessões, 6ª ed., Forense, 1990, p.1.602). Aquiesceu, de imediato, na alteração, o eminente Professor e Ministro Moreira Alves, autor da Parte Geral do Anteprojeto, na Comissão designada pelo Poder Executivo.” Cf. PASSOS, Edilenice. *Memória Legislativa do Código Civil*, Brasília, Senado Federal, 2012, vol.3 p.245-246.

²¹ LOTUFO, Renan. *Código Civil Comentado*, São Paulo, Saraiva, vol. 1, 2003, p.12.

²² CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. cit, p.320.



filiação e ao reconhecimento da paternidade. Preservam-se os direitos dos filhos concebidos na constância do casamento (CC arts.1596 e 1597) e o reconhecimento da paternidade deles pode ser feita antes do nascimento (parágrafo único do art.1609). 4) *Direito à curatela.* Nomear-se-á obrigatoriamente um curador ao nascituro para o caso da mãe viúva que tiver perdido o poder familiar (CC. art.1779); 5) *Direito à adoção.* É um dos direitos não explícitos, mas deduzível pela interpretação do art.1621 do CC. 5) *Direito à sucessão.* Estão legitimadas a suceder “as pessoas nascidas ou já concebidas” no momento da abertura da sucessão (CC. art. 1798). A nova redação do CC (2002) deixou ainda mais explícito o uso da terminologia própria da teoria da paridade ontológica entre nascituro e nascido, que foi seguida pelos codificadores. 6) *Direito à posse dos bens herdados.* A mulher grávida, ou o curador de nascituro, pode requerer a posse dos direitos que assistam ao nascituro (CPC. art. 878). 7) *Direito à receber a doação.* O representante legal do nascituro é quem está legitimado a aceitar a doação, que é reconhecida como válida (CC art. 542). 8) *Direito a alimentos.* Omissa a legislação, interpreta-se que o nascituro faz jus também aos alimentos (como nos tempos do direito romano e do direito lusitano nos períodos colonial e imperial)²³, introduzindo assim a atual jurisprudência que lho reconhece. O divisor de águas, no meio processual, foi o acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que admitiu a legitimidade de o representante do nascituro pleitear cumulativamente investigação de paternidade e alimentos, como direitos próprios.²⁴ 9) *direito de consumidor.* Como consumidor direto ou por equiparação legal, tem o nascituro direito aos benefícios das normas de consumidor, e.g. nos casos em que é destinatário final de medicamentos ingeridos pela mãe, quando receber serviços médicos como ultrassonografia, amniocentese, biópsia hepática, cirurgia intra-útero etc²⁵. 10) *direitos tributários.* O nascituro é contribuinte, sujeito passivo, por exemplo, de imposto de transmissão *causa mortis*, quando sucessor, e *inter vivos*, quando donatário²⁶; logo é também legitimado para ação de repetição de débito tributário.

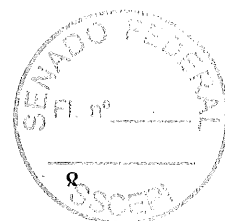
Estas substanciais garantias que o direito brasileiro construiu, em uma vocação historicamente devotada à proteção da vida e à integração dos povos, dentro da tradição

²³ D.37,9,1 *De ventre in possessionem mittendo et curatore eius.* CORREIA TELES, José Homem, *Doutrina das ações, acompanhado do exemplário dos libellos*, anotada por Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda, Rio de Janeiro, Ribeiro dos Santos, 1918, §41. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado; Parte Especial, Direito de Família: Direito Parental. Direito Protectivo*, Rio de Janeiro, Borsói, 2ª ed., pp.215-216. BEVILACQUA, Clóvis. *Código Civil Comentado*, Rio de Janeiro, Francisco Alves, 1954, v.5, p.246. CHINELATO, Silmara Juny de Abreu *cit.*, p.239.

²⁴ Cf. *supra*, nota 15.

²⁵ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *cit.*, p.287.

²⁶ CHINELATO, Silmara Juny de Abreu. *cit.*, p.286.



universalista do Direito Romano, não podem escapar à análise do legislador pátrio ao redigir qualquer artigo a respeito do nascituro - ou “criança por nascer”, na expressão de Teixeira de Freitas que foi bem acolhida na legislação e doutrina da América Latina.

II. OBSERVAÇÕES AOS ARTIGOS 125 A 128 DO ANTEPROJETO DO CÓDIGO PENAL.

1. O aborto: sistemática e terminologia. A taxatividade das hipóteses de aborto provocado e a não-taxatividade dos direitos do nascituro.

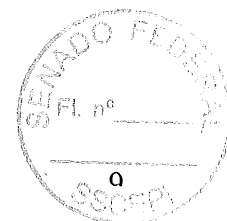
A ubicação do crime de aborto do art.125 do Anteprojeto de Código Penal como “crime contra a pessoa” (Parte Especial, Título I), como “crime contra a vida” (Parte Especial, Título I, Capítulo I) e como modalidade de “homicídio” *lato sensu*, ao lado do homicídio *stricto sensu* (art.121) e do infanticídio (art.124), corresponde à exata posição a que a ciência jurídica romanística lhe reserva.

A expressão “crime de aborto” utilizada no art.128 do referido Anteprojeto, refere-se, por sua vez, às três modalidades de “aborto provocado” referidas respectivamente nos artigos 125 (aborto praticado ou consentido pela gestante), 126 (aborto praticado por terceiro com consentimento da gestante) e 127 (aborto praticado por terceiro sem consentimento da gestante).

O uso do termo aborto (“abortus” ou “abortum”), como categoria jurídica para se referir não somente ao fato involuntário (aborto natural), mas também ao ilícito voluntário de matar aquele que está no ventre, aparece pela primeira vez em uma constituição de Justiniano (C.5,17,11,2) de 533, período em que a defesa do nascituro assumira específica relevância sancionatória penal, complementar às sanções penais mais genéricas anteriores, em defesa da prole, da família ou da *res publica*, bem como complementar à enorme gama, não taxativa, dos direitos privados reconhecidos em proteção daquele *qui in utero est*.

O termo “aborto” surge, assim, como categoria comum aos inúmeros ilícitos contra os direitos da pessoa por nascer, seja do ponto de vista penal, seja do ponto de vista civil - e é sob essa perspectiva deve ser considerado o termo, se mantido o texto do Anteprojeto.

Do ponto de vista técnico, as três modalidades referidas no Anteprojeto podem ser consideradas como subespécies tanto de homicídio *lato sensu*, como de infanticídio *lato sensu*, ainda que a tradição jurídica tenha mantido o termo “aborto”, em vez de manter o paralelismo etimológico, como termos mais precisos como seriam “feticídio” ou “nascituricídio”.



Esta terminologia tripartite (homicídio-infanticídio-aborto), que relaciona dois ilícitos (homicídio e infanticídio) a um termo que não necessariamente é ilícito (pois o aborto pode ser natural ou provocado), se for anacronicamente considerada pelos intérpretes modernos, poderá induzir, no futuro, os mesmos erros do passado, como foi o da tentativa de desumanização ou “despersonalização” do nascituro por meio da manipulação de categorias abstratas, como a de “personalidade jurídica”. Recorde-se que mesmo no passado recente, quase o novo Código Civil de 2002 fora vitimado por uma terminologia que retiraria do nascituro a condição de *homo* ou pessoa. Mas a sociedade, as forças políticas e as razões jurídicas resistiram, mantendo no novo Código Civil a pessoa do concebido e a não-taxatividade dos direitos do nascituro, em plena consonância ao “princípio dos *commoda* do nascituro” e ao “princípio da paridade ontológica entre o nascituro e o já nascido”, próprios do sistema jurídico romano no seu longo atualizar-se no espaço-tempo romano-ibérico-latinoamericano²⁷.

Resta ao futuro Código Penal não inverter a principiologia jurídica de proteção à vida do nascituro, zelando para que a equivocada redação do art.128 não possa servir, por uma falha de redação, devido às suas factuais e imprecisas “exclusões” do crime de aborto, como um fator de indução às interpretações em favor de uma espúria “não-taxatividade do direito ao aborto” em completa oposição à *topologia* em que se insere o crime contra a vida da criança por nascer e em oposição à conquistada “não-taxatividade dos direitos do nascituro”. Adiante se comentam as “exclusões” previstas no art. 128 (cf. item c).

Como sugestão à *lex ferenda*, a expressão “aborto provocado” das rubricas dos arts. 125 a 127 poderiam ser substituídas, em continuidade histórico-cultural à obra de dois grandes juristas latino-americanos, do Brasil e da Argentina (Teixeira de Freitas e Velez Sarsfield), pela expressão inequívoca “morte provocada à criança por nascer”.

2. Correções lógico-sistemáticas e necessidade de manutenção do texto do Código Penal vigente.

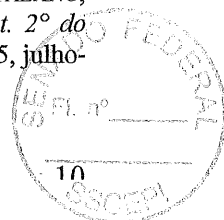
No Anteprojeto de Código Penal, assim está a redação sobre as hipóteses de crime de aborto e as hipóteses de “exclusão” do crime de aborto:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento

Art. 125. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque:

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

²⁷ CHINELATO, Sylmara Juny de Abreu. *Tutela civil do nascituro*. São Paulo, Saraiva, 2000. CATALANO, Pierangelo. *Os nascituros entre o Direito romano e o direito latino-americano (a propósito do art. 2º do Projeto de Código Civil brasileiro)*, in *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 45, julho-setembro 1988.



Aborto consensual provocado por terceiro

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

Pena – prisão, de seis meses a dois anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 127. Provocar aborto sem o consentimento da gestante:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

§1º Aumenta-se a pena de um a dois terços se, em consequência do aborto ou da tentativa de aborto, resultar má formação do feto sobrevivente.

§2º A pena é aumentada na metade se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal grave; e até no dobro, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Exclusão do crime

Art. 128. Não há crime de aborto:

I – se houver risco à vida ou à saúde da gestante;

II – se a gravidez resulta de violação da dignidade sexual, ou do emprego não consentido de técnica de reprodução assistida;

III – se comprovada a anencefalia ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida extra-uterina, em ambos os casos atestado por dois médicos; ou

IV – se por vontade da gestante, até a décima segunda semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições psicológicas de arcar com a maternidade.

O artigo 128 encerra tantas contradições que deverá sofrer necessárias modificações, para que seja coerente com as rubricas do Título I (Dos Crimes contra a Pessoa) e do Capítulo I (Dos Crimes contra a Vida), às quais pertence.

Os artigos antecedentes (arts. 125, 126 e 127) para os quais o presente rol de “exclusão do crime” foi proposto, estabeleceram as diversas espécies de aborto, com perfeito endereçamento na sistemática jurídica romana. Do ponto de vista sistemático, a pessoa do nascituro e a sua vida estão devidamente inseridas entre os valores mais prezados pelo direito, em perfeita harmonia com o princípio consagrado na fórmula de Hermogeniano (D.1.1.5.2) da primazia do homem sobre as normas “*hominum causa omne ius constitutum sit*” (todo direito é estabelecido por causa dos homens).

Guardando a mesma coerência, ao tratar dos crimes em concreto (na denominada “Parte Especial”), o Anteprojeto manteve a tradição romana de se iniciar com a ordem da prioridade dos valores consagrados (*homo - personae - res*), tratando primeiramente dos temas pertinentes às pessoas concretas, sejam nascidas (homicídio, infanticídio), sejam nascituras (aborto). Essa tradição é comum ao direito público e ao privado e pode ser vista desde o *ius quod ad personas pertinet* das *Institutas de Gaio*, ao *Digesto*, aos Códigos Civis e Criminais Brasileiros ou à atual Constituição Federal.



Mas se note que aos primeiros artigos do Capítulo, referentes ao homicídio, não é estabelecido especial artigo sob a rubrica “exclusões do crime”. Seguindo o “princípio da primazia do homem” não há previsão especial de exclusão do fato criminoso “homicídio”, pois não poderia haver bem maior do que a vida, que levasse à exclusão do direito à própria vida²⁸.

Por outro lado, seguindo o Código Penal vigente, o texto do Anteprojeto, em relação aos casos de igualdade de valores em conflito (“vida humana” x “vida humana”) - única hipótese em que a exclusão de um direito à vida se justifica - para que não se pereça outro direito à vida, recepcionou as tradicionais hipóteses genéricas do art. 28 da Parte Geral, sob a rubrica “Exclusão do fato criminoso”: não há fato criminoso quando o agente pratica “em estado de necessidade” ou “em legítima defesa”.

Sempre em coerência ao princípio da primazia do homem no direito, com seus desdobramentos conceituais, como o da dignidade da pessoa humana, adotado pela Constituição Federal (inciso III, art. 1º), a morte da pessoa por nascer somente se justifica pela ocorrência de um conflito com outro direito à vida.

Assim, aplicar-se-iam, em tese, como situações de exclusão de crime de aborto, as mesmas situações previstas na Parte Geral para o crime de homicídio, ou seja, aquelas situações em que o salvamento da vida de um traria a impossibilidade de coexistência da vida de outro (estado de necessidade ou legítima defesa).

Mas, do ponto de vista jurídico, as hipóteses de exclusão do crime em relação ao nascituro são ainda mais restritas do que as do homicídio. Sendo o nascituro incapaz ativamente de provocar a morte de outrem ou de exercer a legítima defesa e, também, inexistindo a hipótese de alguém agir em legítima defesa contra ato praticado por nascituro, resta, como hipótese única, de conflito capital entre “uma vida” x “a vida da criança ainda não nascida”, o “estado de necessidade”.

É exatamente esse o princípio que norteia o Direito Romano e que foi desenvolvido na longa duração dos direitos criminais codificados da família romano-germânica. Desde o direito romano antigo, a localização lógica da matéria – a legítima defesa e o estado de necessidade – é prioritária, constando do início dos livros de instituições, e da própria compilação por excelência, o Digesto de Justiniano (D.1.1.3), ao tratar dos direitos fundamentais e originais do *ius gentium*:

²⁸ Sobre a introdução da “eutanásia” no Anteprojeto, o assunto poderá ser objeto de outro parecer.



FLORENTINUS *libro primo institutionum*

Ut vim atque iniuriam propulsemus: nam iure hoc evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur, et cum inter nos cognationem quandam natura constituit, consequens est hominem homini insidiari nefas esse.

FLORENTINO, no livro primeiro das Instituições.

A fim de que repilamos a violência e a injúria: pois deste direito decorre que o que cada um fizer para a proteção do seu corpo seja estimado como tendo sido feito legitimamente e, como a natureza constituiu entre nós certa cognação, por consequência é contrário à religião que um homem aja insidiosamente contra outro homem.

Assim é o Código Penal vigente, como qualquer outra legislação que tenha adotado e respeitado logicamente o princípio da primazia do direito à vida sobre qualquer outro direito. Nele se admitiu tanto a legítima defesa, para proteção da própria vida, como a “necessidade”, que leva alguém à autopreservação, com sacrifício da vida alheia (isto é, o estado de necessidade).

Esta segunda hipótese – a do estado de necessidade, é a única em que há possibilidade concreta de ocorrer com os nascituros. Deste fundamento jurídico excepcional (a “*necessitas*”) decorreu a moderna expressão, muito técnica, do “aborto necessário”.

Código Penal (vigente):

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

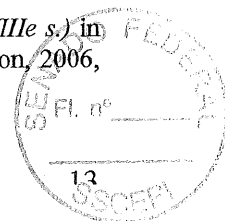
Aborto necessário

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

A *necessitas*, como situação em que cessam as regras para se preservarem o direito e vida, foi introduzida pela jurisprudência romana²⁹ e recorrente nas fontes antigas, até se transformar em conhecidos *brocardos jurídicos* medievais de autoria incerta e de larga aplicação: “*Necessitas non habet legem*” ou “*Quod non est licitum lege, necessitas facit licitum*”³⁰.

²⁹ DE MARTINO, F. *In tema di stato di necessità*, in *Diritto, economia e società nel mondo romano*, Napoli, 1995 (vol.1, Diritto Privato), 369 ss. (= Scritti di diritto romano II, Roma 1982, 440-456 in *Rivista Italiana per le Scienze Giuridiche*, n.s. 14,1939, 41-58). Ormanni, A. *Necessita* in *Enciclopedia del Diritto*, XXVII, Milano, 1977, 822 e ss. Brasiello, T. *Lo stato di necessità in diritto romano e nel sistema legislativo vigente*, Napoli, Priore, 1903.

³⁰ ROUMY, F. *L'origine e diffusion de l'adage canonique “Necessitas non habet legem” (VIIIe – XIIIe s.) in medieval church law and the origins of the eastern legal tradition*, Müller and Sommar, Washington, 2006, 301-319.



Já também se encontra generalizada em *Seneca Maior (Controversiae 4,4)*: “*Necessitas est, quae navigia iactu exonerat, necessitas quae ruinis incendia opprimit: necessitas est lex temporis.*” (“A necessidade é aquela que exonera os navios com o lanço da mercadoria, que debela os incêndios com as demolições das casas: a necessidade é a lei do tempo”) e em Publílio Siro (*Sententiae*): “*Necessitas dat legem, non ipsa accipi*” (“A necessidade não acolhe, mas estabelece a lei”).

De lege ferenda, a expressão “aborto necessário”, porque tecnicamente alusiva à *necessitas* e porque nos remete à “*lex temporis*”, à emergência do fato, à decisão sobre igualdade de bens sobre os quais recairá a escolha de salvamento e de sacrifício, deve ser mantida no futuro Código Penal.

Outra situação, que remete à questão ainda em debate na cultura jurídica nacional e na sociedade – razão pela qual é preferível ser mantida a redação como atualmente está no Código Penal - é a do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, para o qual o direito romano não contemplou específica regra excludente de criminalidade e para o qual o direito vigente concede a obrigatória defesa processual a um *curator ventris* nomeado pelo juiz.

O princípio romano que se poderia evocar é objetivo, concreto e fundamental (*I.1,4* e Marciano *D. 1, 5, 5, 2*) : *Calamitas matris non potest nocere ei qui in ventre est* (“A calamidade da mãe não pode prejudicar aquele que está no ventre”) e opõe-se ao art.128 vigente do Código Penal:

Código Penal (vigente):

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

(...)

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

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

Enfim, segundo o analisado acima, o Anteprojeto de Código Penal confirma, na Parte Geral, os dois conceitos jurídicos que excluem o fato criminoso: o estado de necessidade e a legítima defesa (incisos III e IV do art. 28).

O grande equívoco da nova redação é que procurou “inovar” na Parte Especial, apresentando outras situações de “exclusão do crime” de aborto que não remetem propriamente aos conceitos de *estado de necessidade* e de *legítima defesa*.



Ao contrário, o art. 128 do Anteprojeto invoca, nos incisos II, III e IV, casuísmos que não levam em conta o fundamental conceito de *necessitas*, subordinando diversas situações à *opinio* circunstancial de médico ou de psicólogo, flexibilizando e subordinando a decisão de sacrificar o maior dos direitos, o direito à vida, não por outro direito à vida, mas:

- a) Pela “inviabilidade” da vida futura, ou seja, por morte consentida da criança por nascer que padeça de anomalia grave e incurável, que inviabilizem a vida pós-nascimento — equiparando, indevidamente, situações de ausência de forma humana³¹ (como o caso do anencéfalo) com situações de forma humana débil, que deve continuar sendo protegida.
- b) Pela “dignidade sexual” da mulher, conceito vago que mudaria indevidamente o eixo do debate atual sobre o vigente art.128, já mencionado, estabelecendo uma nova categoria jurídica, inexistente até então, excepcionalmente superior à própria vida.
- c) Pela “vontade da gestante”, em certo prazo, se consentido por um médico ou psicólogo chamado a opinar sobre as condições psicológicas de arcar com a maternidade.

As três últimas hipóteses do art.128 (incisos II, III e IV), a par da afronta direta ao citado princípio da primazia do direito à vida, foram redigidos: a) com grave falta de técnica legislativa e lógica jurídica (pois contrariam o disposto na Parte Geral e contrariam as rubricas do respectivo Título e Capítulo aos quais pertencem); b) contempla regime de exceções incompatíveis com a precisão esperada à matéria criminal, fazendo do crime de aborto a exceção e não a regra; c) Subordina, também em contradição à ordem dos bens jurídicos eleitos, o direito à vida da criança por nascer aos seguintes outros direitos ou situações inferiores, quando em conflito.

Em síntese, o Anteprojeto admite as seguintes nefandas exceções: a) matar hoje aquele de quem, por doença, se espera a morte ou padece de grave anomalia; b) matar hoje aquele que foi concebido por decorrência de passado ato de terceiro contrário à “dignidade sexual” da mãe; c) matar hoje alguém, em razão de a sua mãe considerar-se inapta psicologicamente à maternidade.

As três hipóteses nos remetem ao descarte consentido de pessoas que não prestam aos fins pessoais da mãe ou aos fins “estatais”, de que a história dá abominandos exemplos,

³¹ Sobre a forma humana, vide abaixo, III.



de Esparta à “eugenia homicida” nacional-socialista, sob as vestes teóricas de políticas de saúde e economia pública.

Não se cogitou da assunção dos males menores e preferíveis à morte do nascituro, em garantia de, por exemplo, seu direito à adoção, à nomeação de um curador ao ventre, à saúde patrocinada pelo Estado. Compara-o, com desvantagem capital, simplesmente a uma *res* e não a outra vida.

Se o Anteprojeto se transformar em norma, os reais conflitos acima mencionados, à luz dos operadores e intérpretes, tornar-se-ão apenas aparentes. Pois segundo o “Princípio da Especialidade”, que vige em matéria de interpretação do direito (conhecido pela máxima “*lex specialis revocat generali*”), as exceções genéricas e amplificáveis previstas no proposto art.128 potencialmente fariam do “crime de aborto” a exceção, e não a regra. E o eixo da discussão jurídica das matérias relativas ao aborto deixaria de ser o “direito à vida” e o excludente “estado de necessidade” em que houvesse perigo de vida às duas vidas, da mãe e da criança.

Outro aspecto a se considerar pelo legislador brasileiro atual é o do papel histórico dado ao protetor dos direitos fundamentais, o curador ou defensor ao ventre *ad litem*³², designado pelo juiz para defender o nascituro contra a mãe que requer autorização para realização de aborto. Com essa proposta torna-se-ia ele praticamente esvaziado de poderes, frente às decisões da mãe, às opiniões dos médicos ou psicólogos consultados, bem como aos critérios genéricos e permissivos da lei (como o de bastar à mãe declarar-se inapta a arcar com a maternidade).

³² Desde os primeiros Promotores de Justiça instituídos no início do séc. XVI por D. Manuel (Ord. Man. 1, 34, 3) como especiais mandatários do rei em todas as causas em que se devessem proteger as viúvas, os órfãos e as pessoas miseráveis, desenvolveu-se uma crescente especialização dos Promotores de Justiça (até hoje assim denominados, como órgãos internos do Ministério Público) na defesa dos direitos do nascituro, seja como fiscal da lei (*custos legis*) interveniente em todas as causas em que haja interesse público na defesa dos direitos dos incapazes, seja como representantes deles, no caso de ausência de pais e parentes, ou no caso de divergência entre o interesse destes com o do nascituro. Quanto à ubiquação da matéria processual, os direitos relativos à curatela dos nascituros foram com frequência aproximados aos temas do antigo processo orfanológico e, no âmbito da organização do Ministério Público, aos da curadoria de incapazes. A grande extensão dos direitos do nascituro no direito luso-brasileiro até o presente século XXI, reforça o papel de resistência que ocupam, nesta região ibero-americana, a doutrina, o Ministério Público e a renovada jurisprudência, no confronto ideológico das concepções individualistas, que negam a personalidade jurídica do nascituro.



III. ASPECTOS DO PROBLEMA DA “FORMA HUMANA” E O PARTO DE ANENCÉFALO. (DE RÔMULO AO STF).

A maior frequência com que tomamos conhecimento dos casos de formação de partos³³ anencéfalos e de fetos amorfos, graças ao aumento dos nascimentos e dos avanços tecnológicos que permitem o diagnóstico, levou a sociedade à maior discussão sobre o reconhecimento a eles dos mesmos direitos dos de um nascituro.

As fontes romanas não foram conclusivas na tipologia das situações de má-formação do feto, esboçando-se nos textos dos juristas romanos termos como *monstrum*, *prodigium* e *portentum*, ora para tratarem os assim nascidos como filhos, ora para não os reconhecerem com tais, especialmente em questões específicas, relativas ao *ius liberorum*, rompimento de testamento, *agnatio postumi* e ao senátus-consulta Tertuliano.³⁴

Mas o problema jurídico romano circunscrevia-se apenas aos nascidos vivos nestas condições, pois enquanto eram nascituros – e portanto, de forma desconhecida aos olhos humanos, já eram protegidos como pessoa até o nascimento, sem distinção.

Mesmo assim foi possível ao direito romano iniciar uma profícua distinção entre aqueles que têm “forma humana” e os que não têm, sempre para efeitos como o de atribuir a condição de filho, o de romper o testamento do seu *pater*, o de conceder o *ius liberorum* à mãe etc., e também como desdobramento de uma *lex* que remonta à origem do próprio sistema jurídico romano, atribuída a Rômulo (o mesmo rei que introduziu os princípios de proteção ao nascituro e à cidadania inclusiva), que permitia a morte, imediatamente depois do parto, daquele que nascesse mutilado ou monstruoso³⁵.

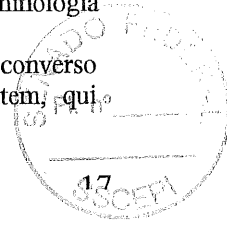
Das diversas decisões da casuística romana, foi possível ao direito comum medieval e moderno construir inúmeras teorias a respeito da forma humana com base, principalmente em textos de Paulo e Ulpiano³⁶.

³³ Utilizamos o termo parto no sentido técnico da jurisprudência romana, ou seja, *partus* tanto é o ser concebido no útero materno quanto o recém-nascido, seja neonato, seja nonato (não-nascido). É também o ato de parir (*partus pro editione*). Deriva do verbo *pario, is, ere, peperi, partum* que primitivamente significa “proporcionar uma criança ao marido”. O *parens* (pl. *parentes*) de fato, é o pai ou a mãe, os pais, os que propiciam uma criança. Desse verbo se originou o termo *pars, partis*, “produto que se refere a um indivíduo, no seu conjunto”, parte. Considerar o feto como *pars ventris matris* ou como *portio* é, portanto, uma natural ocorrência lingüística na língua latina, sem qualquer sentido “coisificante” que exclua a pessoa do nascituro. Cf. MADEIRA, Hécio Maciel França, *O nascituro no direito romano*. São Paulo, Companhia Editora Nacional, 2005, notas 12 e 13.

³⁴ Cf. MOREIRA ALVES, J.C. *A forma humana no direito romano*, Rio de Janeiro [sem editora], 1960.

³⁵ O texto de Dionísio de Halicarnasso (Dion. 2,5) não esclarece o significado de *si quid mutilum aut monstruosum natum fuisset* (trad. latina de Godofredo Wegner, *Dissertatio historico-politica de Romulo*, Academia Prussiana, 1668. O significado de *monstrum* foi mais tarde apurado e internalizado na terminologia dos juristas.

³⁶ D.1,5,14. Paulus *libro quattuor sententiarum*. Non sunt liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur: veluti si mulier monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui



Resta saber se o conceito de “forma humana” poderia veicular soluções jurídicas compatíveis com as discussões sobre a permissão do aborto de anencéfalo. Sem pretender ingressar na questão de fato, biológica, nossa opinião é a que sim, pelas seguintes razões:

O critério de decisão sobre a permissão do aborto de anencéfalo não exigiria construção teórica abstrata - nem individualista, nem totalitária - que pudesse trazer perigo à vida da criança por nascer ou ao asilo da cidadania ampliada.

A questão jurídica, focalizando-se na “forma humana”, evitará os conceitos de “debilidade”, “vitalidade”, “anomalia incurável” do nascituro, que foram introduzidos no inciso III do art.128 do Anteprojeto, que levariam a admitir, na mesma situação do anencéfalo, outros casos em que o direito à vida do nascituro poderia se contrapor a conveniências individuais ou sociais, sem o estado de necessidade ou o real perigo de vida alheio.

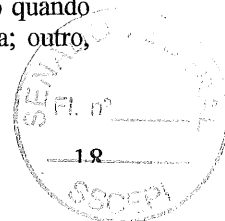
Se do direito romano não nos restou uma clara concepção do que era a “forma humana”, por outro lado chegaram-nos substanciais elementos limitativos do conceito, pois consideravam com tendo forma humana, e portanto como pessoas protegidas, os doentes, os mutilados, os que têm seus membros multiplicados. Os exemplos das fontes, de criaturas que não tinham forma humana, referem-se aos que possuíam configuração de animal ou deformidades notáveis.

Também o conceito de forma humana pode ser aproveitado das fontes pela concretude com que as soluções eram dadas, e não certamente pelas crenças fabulosas. Se

membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur. (Paulo, *no livro quarto das sentenças*. Não são filhos quem contra a forma do gênero humano são procriados por um costume diverso: como por exemplo se a mulher der à luz algo prodigioso ou monstruoso. O parto, no entanto, que aumentou os trabalhos dos membros humanos, até certo ponto parece terminado e por isso é enumerado entre os filhos).

D.50,16,135 Ulpianus *libro quattuor ad legem Iulia et Papiam*. Quæret aliquis si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humane figuræ, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, ut hæc quoque parentibus prosint: nec enim est quod eis imputetur, quæ qualiter potuerunt, statutis obtemperaverunt, neque id quod fataliter accessit, matri damnum iniungere debet. (Ulpiano, *no livro quarto de comentários à lei Júlia e Pápia*. Perguntará alguém: se uma mulher der à luz um portentoso ou monstruoso ou débil ou algum parto tal de aparência e vagido novo, de figura não humana mais de animal do que de homem, acaso, porque deu à luz, deva favorecer-se a ela? E mais é, que também estas coisas favorecem aos genitores: e não há, pois, o que seja imputado a eles, os quais obedeceram às coisas estabelecidas como puderam e aquilo que fatalmente ocorreu não deve infligir um dano à mãe.)

D.50,16,38 Ulpianus *libro vicensimo quinque ad edictum*. “Ostentum” Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus modis forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quæ naturæ contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quæ Graeci *fantasmata* vocant. (Ulpiano *no livro vigésimo cinco de comentários ao Edito*. Labeão define como “ostentoso” tudo que feito e gerado de qualquer coisa contra a natureza. São dois os gêneros dos ostentosos: um, toda vez que nasce algo contra a natureza, como quando por acaso nasce com três mãos ou pés ou alguma outra parte do corpo que é contrária à natureza; outro, quando algo pareça prodigioso, os quais os gregos chamam de fantasmas.)



até o início do século XVIII ainda se via, no lugar de deformações humanas, as formas animais, oriundas de sonhos da genitora ou de *coitus cum bestia*, por outro lado, é certo que a preocupação do jurista, diante de um caso concreto de monstruosidade, era o de proteger o nascituro e de incluir nessa categoria somente “os vícios de forma que muito se afastavam do tipo humano, como os acefalianos, paracefalianos, simelianos, sicefalianos, exencefalianos”³⁷.

O aperfeiçoamento do conceito de *forma humana* e sua inclusão no novo Código Penal, explícita ou implicitamente, ademais, poderá harmonizar-se amplamente com a concepção jurídica vigente de *morte encefálica*, aquela que justifica, no direito brasileiro, a interrupção dos aparelhos terapêuticos ou a possibilidade de doação de órgãos ³⁸.

As situações jurídicas certamente não são análogas, mas o conceito de forma humana, desde as origens, relaciona-se em grande parte - e talvez até essencialmente, à condição da cabeça, como de fato interpretaram diversos romanistas, na esteira de GLÜCK e SAVIGNY ³⁹. O primeiro ao afirmar, em seus *comentários* às Pandectas, que são *monstri* em sentido jurídico aqueles que são nascidos de uma mulher, mas que não têm cabeça humana; o segundo, ao relacionar os textos de forma humana ao disposto em D.11,7,44, que trata da sepultura como *locus religiosus*⁴⁰.

Não pretendemos, certamente, decidir a difícil questão bioética, mas apenas opinar para que se evitem, no texto legislativo do inciso II do art.128 do Anteprojeto de Código Penal, os conceitos novos, abertos e contraditórios, que poderão trazer ao aplicador da lei penal um real prejuízo à vida do nascituro.

O aprimoramento do conceito de *forma humana* já existente no sistema jurídico romano, inclusive até o Código Civil de Portugal de 1899 (art.1776) e na Espanha (*Código Civil*, art.30, que se utiliza da expressão *figura humana*), oferece a segurança de propiciar

³⁷ MOREIRA ALVES, J.C. *cit*, Capítulo III, §18, em comentário a ISNARDI, *Pandectes*, I, § 40.

³⁸ Lei 9.434 de 4 de fevereiro de 1997 (Dispõe sobre a remoção de 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.

³⁹ MOREIRA ALVES, J.C. *cit*, Capítulo III, §16.

⁴⁰ 11.7.44 Paulus *libro tertio quaestionum*. Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit, quia una sepultura plura sepulchra efficere non potest: mihi autem videtur illum religiosum esse, ubi quod est principale conditum est, id est caput, cuius imago fit, inde cognoscimur. Cum autem impetratur, ut reliquiae transferantur, desinit locus religiosus esse. (Paulo, no *libro terceiro das questões*. Porque uma sepultura não pode determinar diversos sepulcros, quando alguém for sepultado em diversos lugares, alguma delas não se torna local religioso. A mim parece ser religioso o local onde foi enterrado o principal, isto é, a cabeça, de quem é feita uma imagem, por onde somos conhecidos.



uma aplicação bastante restrita, como convém à espécie penal, com potencial ofensivo muito inferior dos termos adotados pelo inciso II do art. 128 do Anteprojeto de Código Penal.

Este conceito, abandonado em geral pela civilística, por ter sido constantemente relacionado às hipóteses fantasiosas anterior à medicina do século XIX, se for compreendido por uma visão jurídica unificadora e adotado ou aperfeiçoado entre nós, poderá conviver mais harmoniosamente com os princípios da primazia do direito fundamental à vida e com a máxima jurídica "*nasciturus pro iam nato habetur, si de eius commodis agitur*".

Adotando a expressão "forma humana" ou não, o futuro Código Penal deverá necessariamente separar o "aborto de anencéfalo" do rol de exclusão dos crimes de aborto, para integrar um artigo único, específico.

Assim como o aborto natural não é crime, e não necessita de exclusão, o aborto de uma criatura sem forma humana, se permitido, poderá se conformar com o próprio silêncio da lei ou com a redação de um artigo específico, esclarecedor, mesmo na Parte Geral do Código.

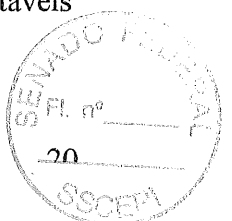
Dessa forma, se admitido o aborto de anencéfalo, deverá ele escapar à rubrica dos *crimes contra as pessoas*, porque dele se reconhecerá a vida, mas não será concretamente pessoa.

CONCLUSÕES.

1. A proposta de alteração dos atuais artigos do Código Penal em relação ao crime de aborto necessita de urgente correção técnica e jurídica, a fim de coadunar-se ao princípio da primazia do direito à vida e ao sistema jurídico universal adotado em nossa tradição latino-americana.

2. É preciso evitar a "flexibilização não-taxativa" do direito à vida, tal qual proposta, bem como qualquer tentativa de excepcionar o crime de morte ao nascituro que não seja em função de um excepcional *estado de necessidade*, em que dois direitos à vida estejam concorrendo em situação que apenas um sobreviva.

3. O casuísmo jurídico do texto dissimula uma descriminalização do aborto, sob a aparência de mantê-lo como crime contra a vida. Introduz, pelas vias de aparentes hipóteses de excepcionalidade, verdadeiras regras elásticas, potencialmente interpretáveis



com grande extensão, incompatíveis com a segurança jurídica que o direito confere à criança por nascer.

4. O legislador atual somente superará os vícios da moderna representação política se for sensível ao que o povo romano-luso-brasileiro conquistou e consolidou nas longas adaptações normativas contra os ataques ao nascituro. Desta batalha pelos princípios de proteção à vida, de Antonino Magno a Justiniano, de Teixeira de Freitas a Franco Montoro, participaram insignes juristas nacionais, que devem no mínimo serem ouvidos, antes de se introduzirem conceitos estranhos ao sistema jurídico romanístico.

5. Mantido o texto do Código Penal vigente e os princípios que regem a matéria, *de lege ferenda* é de se admitir, com a máxima prudência, a eventual introdução da permissão do aborto de anencéfalo, desde que com o critério técnico da *forma humana*, como aprimoramento do conceito virtualmente preparado pelos juristas do sistema jurídico romanista, sem contrastar com os direitos do nascituro e formando não exceção ao aborto da criança por nascer, mas como exceção de crime contra a vida *em sentido amplo*.