

A PÍLULA DO DIA SEGUINTE: BREVES CONSIDERAÇÕES À LUZ DA DOGMÁTICA PENAL

Elayne Leal de Oliveira¹

RESUMO: *O reconhecimento de que existem direitos inerentes à pessoa humana, por si só, pressupõe a precedência do direito à vida. Ao longo de toda a história, as leis surgiam ora visando tutelar bens considerados de grande relevância, ora visando assegurar a solução de conflitos provenientes da convivência em sociedade. O direito penal, nesse sentido, emerge como ultima ratio, a ser aplicado quando, a exemplo do jovem embrião, a vida humana se vê ameaçada.*

Palavras-chave: O jovem embrião; Direito à vida; Pílula do dia seguinte.

O presente tema tem percorrido um caminho pedregoso, pois oposto ao relativismo que a modernidade impõe à razão humana eivada de conceitos deturpados e ideais liberalizantes. O tema objeto do presente ensaio exige uma compreensão de outros tantos ramos da ciência jurídica, que com o direito penal interagem por força da unicidade do ordenamento jurídico, princípio que a um Estado Democrático de Direito não se pode furtar.

A tendência descriminalizadora do aborto no Brasil é uma realidade que afronta à Constituição Federal, enquanto norma da mais alta hierarquia. Isto porque, ainda em seu artigo 5º *caput*, assegura, em sede de direitos e garantias fundamentais, a inviolabilidade do direito à vida. Assim, diante de tão valioso bem - a vida humana -, o direito penal não pôde deixar de inaugurar sua parte especial com sua proteção.

Inserto no elenco de crimes cometidos contra a pessoa humana, da qual é subespécie o crime contra a vida, o aborto, ou melhor, a tipificação do delito de aborto só evidencia o repúdio social à prática do “assassinato” do embrião ou feto que em si encerra todos os requisitos para pleno desenvolvimento até o nascimento com vida, sem lhe negar a natureza humana que lhe é indissociável.

Ademais, por força do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, não se pode deixar de atentar para o “Pacto São José da Costa Rica” do qual o Brasil é signatário, pois em seu art. 4º prevê: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito está protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

Buscou-se demonstrar o direito à vida enquanto bem jurídico da mais elevada carga valorativa, e de tal sorte que ao direito penal incumbiu o dever de reprimir condutas a ele atentatórias. Oriundo do direito natural que o concebe como intrínseco à natureza humana, proclamado pelas diversas declarações dos direitos humanos e acolhido com status de direito fundamental pela Constituição Federal, o direito à inviolabilidade da vida, especialmente da vida do produto da concepção – no caso, do embrião – tem respaldo também no direito penal pátrio, que prevê em seus arts. 124 a 127 a punibilidade de condutas atentatórias à vida do concepto e da gestante. Entretanto, a mesma vida que se visa resguardar tem sido alvo de constantes ataques, muitas vezes promovidos pelos próprios entes públicos a quem cabe, em primeira ordem, a obediência aos preceitos constitucionais.

¹ Advogada, Mestranda em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e pós-graduanda *lato sensu* em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Salvador.

Tratar o embrião como coisa passível de livre disposição pela gestante é, antes de tudo, negar-lhe o direito à vida e a seu completo desenvolvimento, ferindo, portanto, não só normas jurídicas, mas normas éticas e morais que inspiram o homem continuamente a fazer o bem e evitar o mal.

Desta forma, comprovada a natureza abortiva da “pílula do dia seguinte”, tem-se que, com fulcro no art. 128 do CPB, só nos casos de aborto não punível esse medicamento poderá ser ministrado. De forma que sua distribuição livre e compra desimpedida em farmácias e drogarias são manifestamente ilegais, além é claro, de imorais e atentatórias à dignidade da pessoa humana.

1. A INVIOLABILIDADE DO DIREITO À VIDA

1.1 Considerações Preliminares

Ao longo da história, o homem tem buscado tutelar direitos considerados inerentes à sua natureza e essenciais à continuidade de sua espécie. Dentre esses direitos tidos por inatos merece especial destaque o que se conhece como o antecessor de todos os direitos, o direito à vida. Seja na sua forma ainda embrionária ou adulta, o homem não pode ver-se privado do direito de nascer e se desenvolver, perfazendo todo seu ciclo vital. Outrossim, não haveria sentido o existir de normas de conduta se essas não salvaguardassem o direito à vida dos seres a ela submetidos.

Num primeiro momento, faz-se-á, entretanto, necessário evidenciar os avanços alcançados nessa seara. Partindo do ponto central de que o direito à vida é um direito intrínseco à natureza humana, portanto, um direito natural, avança-se para a incontroversa caracterização desse direito como um direito humano e fundamental, também merecedor do título de bem jurídico-penal, tamanha a sua relevância.

1.2 No direito natural

Desde os tempos mais remotos, o homem, enquanto ser social, achou por bem estabelecer normas de conduta que permitissem a convivência harmônica entre seus pares. No seio dessas normas existiam aquelas que eram tidas como universais, eternas e cujo valor e supremacia eram intrínsecos à natureza do ser humano. Tais normas não escritas e exteriorizadas foram objeto de estudos e grandes divergências que culminou no reconhecimento do que se achou por bem denominar Direito Natural (FARIA, 1980, p. 09).

Ou seja, trata-se de um direito exterior e não imanente ao ser humano, fruto de sua percepção racional da realidade em que está inserido e do conceito que faz de justiça. Trata-se na verdade de um feixe de direitos cuja fonte é a própria natureza humana. Tal compreensão permitiu a WOLF (apud RUBEM NOGUEIRA, 1960) concluir que “*nadie sabe nada seguro de esse derecho natural, pero todo el mundo siente com seguridad que existe*”. O direito natural, portanto, pode não se apresentar codificado, mas subsiste na consciência humana e encontra nela seu fundamento.

Desta forma, é possível compreender o motivo pelo qual o direito à vida é tido por magno. Isto porque, o homem é movido pelo instinto de preservação da vida, direito indissociável da sua natureza. Esse direito “sacrossanto” inaugura o rol dos demais direitos reconhecidos como naturais, eternos, universais e impassíveis de renúncia. No dizer de Nader (1999, p. 165), “o homem atribui valor excelso à vida, dispensando-lhe especial cuidado” e busca incessantemente protegê-lo enquanto bem jurídico superior e imperativo da razão.

Esse entendimento, no entanto, num primeiro momento não foi seguramente pacífico. Isto porque, muitos defensores desses direitos tidos por naturalmente inerentes ao homem, e cujas idéias firmavam-se no sentido de ser o direito natural fundamento indispensável do direito positivo, como Sófocles, Plutarco, Planiol, Del Vecchio, Aristóteles, Santo Tomás de Aquino, Kant, dentre outros, encontraram forte oposição através da teoria do Positivismo Jurídico cuja expressão mais relevante cabe a Hans Kelsen, defensor da Teoria Pura do Direito.

Tempos mais tarde, inevitavelmente, esse embate cedeu lugar ao importante e imprescindível entrelaçamento do direito natural ao direito positivo. Pois, a anterior dicotomia tornou-se impraticável diante dos novos anseios do homem e dos fundamentos dos Estados democráticos que surgiram em oposição aos Estados ditatoriais e seus fundamentos repressivos, cuja subsistência tornou-se ameaça para toda a humanidade.

Esse entrelaçamento deveu-se principalmente pela notável carga valorativa do Direito Natural somado à necessidade de atribuir-lhe carga normativa. Esse conjunto de leis, até então, não escritas, imutáveis e inerentes ao homem, foram sofrendo mudanças valorosas ao longo da história a ponto de tornar-se fundamento de toda legislação e fonte inspiradora para o poder legiferante ao elaborar o direito positivo.

O Direito Natural enquanto reconhecido como princípio norteador do direito positivo, permite que este esteja afim com a natureza humana, portanto, mais ajustado com o conceito e a prática da justiça. Partindo desse pressuposto, o direito natural, enquanto conjunto de princípios ricos em potencialidades normativas (GUSMÃO, 1998, p. 42) e leis “suprapositivas”, influenciou significativamente as “Declarações dos Direitos do Homem e do Cidadão”, aprovada e proclamada em 1789 pela Assembléia Nacional da França (SABATOVSK, 2003), inaugurando uma nova fase no direito moderno fruto de uma nova razão ético-jurídica-universal, cujo ápice só ocorrerá após a 2ª Guerra Mundial.

A partir da evolução e compreensão do direito natural é possível mensurar o motivo pelo qual a Constituição brasileira em vigor elegeu como direito fundamental por excelência o direito à vida, assim como o código direito penal inaugura a sua “Parte Especial” com o “Título I”, “Capítulo I”, com o rol dos crimes contra a vida, dentre os quais se tem o crime de aborto objeto do presente estudo.

1.3. O direito à vida como um direito humano

Diante do exposto, acolhida preferencialmente a visão jusnaturalista, tem-se que o direito natural contribuiu decisivamente para o reconhecimento da existência de direitos supralegais e inerentes à condição humana aos quais a ninguém será lícito subtrair. Assim sendo, a observância progressiva do direito natural viabilizou e fecundou originariamente o surgimento dos direitos humanos, de modo que, filosoficamente, é possível explicar os direitos humanos pela tradição do direito natural, uma vez que esses “direitos eternos, imutáveis e universais” se definem e se consagram no decorrer da evolução da humanidade.

Conforme conceitua Herkenhoff (1994, p. 30), os direitos humanos são entendidos como aqueles direitos fundamentais que o homem possui pelo fato de ser homem, por sua natureza humana, pela sua dignidade que a ela é inerente. Ou seja, claramente se percebe a semelhança entre os conceitos de direito natural e os direitos humanos. Isto se explica pelo fato de serem esses últimos fruto do progresso daquele.

O ser humano, portanto, continua sendo objeto desse direito cuja base e essência lhe é irredutível. Perpetua-se, desta forma, através dos direitos humanos a idéia de que cada homem representa um valor e que cada pessoa humana constitui o valor-fonte de todos os valores (REALE, 1998).

Nesse contexto, o direito à existência por si só deixa de ser suficiente, pois se busca a partir de então a existência digna e a felicidade. Vê-se, desta forma, uma patente ampliação dos direitos inerentes à pessoa humana, cuja defesa, vale ratificar, deve existir ainda enquanto potência repleta de vida, ou seja, ainda enquanto embrião ou feto. Pois, o homem continuamente encontra-se em processo de formação, do qual, inclusive, o estágio pré-embriônico faz-se marco.

1.4. Na Constituição Brasileira

Na lição de Alvarenga (1998, p. 63), o Brasil foi o primeiro país a concretizar juridicamente os direitos do homem, positivando-os mediante a constituição do império, em 1824, que já os arrolava. Entretanto, não havia qualquer menção expressa acerca do direito à vida. Isto porque, tratava-se de um Estado ainda incipiente e voltado para firmação de poderes e estruturas.

Desta forma, apesar das inúmeras cartas constitucionais promulgadas ou outorgadas no Brasil, nenhuma foi tão fortemente alicerçada pelos direitos humanos como a Constituição de 1988. Poder-se-ia dizer que nenhuma outra havia sido tão afim com as diversas declarações dos direitos humanos que se proliferavam pelo mundo.

De antemão, sobressalta o direito à vida como corolário de todos os direitos inerentes à condição humana. Além disso, em seu art. 5º, §1º, confere aos direitos e garantias fundamentais aplicabilidade imediata, dando-lhe uma força normativa nunca dantes vista na história das constituições brasileiras. Somando-se a isso, atribui-lhe também natureza de cláusula pétrea, conforme art. 60, § 4º, inciso IV, ou seja, além de salvaguardar o direito à vida, o poder constituinte originário também se preocupou em protegê-lo de ingerências provenientes do processo legislativo e demais mecanismos cujo fim encontre-se às margens da dignidade da pessoa humana e da preservação da vida.

1.5. Como bem jurídico-penal e suas implicações

Diante das complexas relações estabelecidas entre os indivíduos e das necessidades que lhe são inerentes, são inevitáveis os conflitos. O Direito desponta, desta forma, como autêntico ordenador da sociedade. Na visão de Secco (1938, p. 35), é através do Direito que esses conflitos de interesse são equacionados e solucionados, cabendo ao ordenamento jurídico o restabelecimento da harmonia.

É própria da natureza humana a busca pela satisfação de numerosas necessidades, que por sua vez são satisfeitas com bens. Assim sendo, agem as diversas necessidades vitais como verdadeiro “suporte antropológico” (ALFONSIN, 2003) dos direitos humanos, detentoras de poder normativo, capaz de se impor como indiscutível. Não resta dúvidas, portanto, de que ao falar-se em direito à vida estar-se-ia falando de um direito que se sobrepõe aos demais, pois é ele o direito que viabiliza a realização de todos os demais direitos, nas palavras de Föppel (2005), “sem o que se perderia a necessidade de haver um ordenamento jurídico minimamente organizado”.

Assim, um bem jurídico apresenta-se como aquele cuja tutela encontra-se prevista no Direito com vista à satisfação de uma necessidade humana. Desta forma, a ofensa a um bem juridicamente protegido importará numa sanção, ou seja, na imposição de uma penalidade decorrente do descumprimento do mando legal. Quanto maior a gravidade da ação ou a natureza do bem jurídico ferido, maior poderá ser a sanção imposta pelo Estado a fim de tornar invioláveis os bens que protege.

Conforme salienta Prado (2004), o direito penal refere-se (numa visão material do direito penal) a comportamentos considerados altamente reprováveis ou danosos ao organismo social e com função primordial radicada na proteção de bens especialmente relevantes. Entretanto, poder-se-ia questionar a quem cabe a ponderação de valores entre os bens jurídicos. Decerto que não se poderia olvidar do papel das diretrizes esculpidas no corpo da constituição federal.

Na visão de Coelho (2003), “um Estado que menospreze a construção de um direito penal voltado para a proteção de bens jurídicos é um Estado sem suporte democrático”. É, portanto, prioritariamente na Magna Carta que se encontra o rol de direitos e garantias fundamentais, que por sua vez encerram os bens jurídicos mais relevantes e imprescindíveis ao homem.

Assim sendo, é a constituição o suporte de natureza material do direito penal, uma vez que representa um documento legal que compreende o consenso de uma dada sociedade, qualificada como as forças reais de poder autênticas detentoras da soberania (LASSALE, 2001). Nesse sentido, leciona Souza (2001, p. 74),

As modernas constituições erigidas servem de critério e fundamento para o legislador penal na hora de elaborar determinada criminalização, e constituem-se, portanto, na razão de ser do bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal.

Infere-se, portanto, que o direito penal apresenta-se também como um instrumento de política social do qual dispõe o Estado para a realização dos fins constitucionalmente impostos, que se apresentam como marco de referência geral ou de previsão específica de bens jurídicos e da forma de sua garantia. Dentre eles se pode ressaltar a proteção dos valores fundamentais, cujo mais significativa destaque percebe-se no tocante ao direito à vida, conforme dito alhures, o corolário dos demais direitos intrínsecos à natureza humana.

Como bem se observa, existe uma hierarquização desses bens juridicamente tutelados de forma a caber para a seara do direito penal aqueles bens jurídicos mais importantes, ou seja, fundamentais para a vida em sociedade, principalmente por força dos princípios norteadores desse ramo da ciência jurídica. Vale destacar dentre esses o princípio da fragmentariedade do direito penal, que importa na seleção de violações e lesões a bens jurídicos mais importantes e de maior gravidade respectivamente, ou seja, protege-se um fragmento dos interesses jurídicos.

Com efeito, vale ressaltar que não é objetivo desse trabalho, nem o poderia ser dado sua complexidade, aprofundar o exame das diversas teorias acerca do pensamento sobre o bem jurídico penal, quais sejam, as teorias sociológicas, as teorias constitucionalistas e a teoria ético-social, que por sua vez, comportam subdivisões quanto à formulação e abrangência de seus conceitos. Busca-se, entretanto, uma breve abordagem, de forma que se torne possível compreender o valor e a dimensão em que se situa o bem jurídico-penal “vida humana”.

2. A VIDA: SEU MARCO INICIAL E TUTELA PENAL

O código penal brasileiro não faz menção expressa acerca do que se pode tomar como marco inicial da vida humana. Por esse motivo, muitas são as divergências acerca da delimitação do fato jurídico “vida” no âmbito da dogmática jurídica. Entretanto, quando observados os princípios da unidade do ordenamento jurídico e da sua supremacia, não se poderá furtar o aplicador do direito à remissão ao art. 2º do Código Civil brasileiro, *in verbis*: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, **desde a concepção**, os direitos do nascituro”.(grifo nosso)

Ora, observa-se que o artigo supracitado não se refere a expectativas de direitos, mas a direitos, dentre eles o direito à vida. Decerto, que a personalidade civil dá-se com o nascimento com vida, mas, no mínimo, ao nascituro cabe o direito a desenvolver-se com segurança até que se dê seu nascimento. Surge a partir daí a diferenciação entre personalidade formal (proveniente do nascimento com vida) e personalidade material ou real (decorrente da salvaguarda a partir da concepção dos direitos do nascituro).

Assume, portanto, o código civil uma posição conceptista acerca do termo inicial da vida humana. Nesse sentido, ter-se-á que a partir da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, quando ocorrerá a fusão de seus núcleos dando forma a uma única célula na qual comportará todos os dados genéticos de seus genitores, o zigoto ou pré-embrião já deve ter seu direito de nascer garantido.

Não se trata, como alguns argumentam, de vida latente, ou vida potencial, mas de vida humana, que após a fecundação por um período aproximado de 6 a 7 dias se desenvolverá autonomamente até que se fixe no útero materno através do fenômeno conhecido como nidadação.

Segundo lição de Moore (2000, p. 35),

O desenvolvimento humano começa quando um ovócito é fertilizado. A fertilização é uma complexa seqüência de eventos moleculares coordenados, que começa com o contato de um espermatozóide com um ovócito e termina com a mistura dos cromossomos maternos e paternos na metáfase da primeira divisão mitótica do zigoto, um embrião unicelular... cujo processo de fertilização leva cerca de 24h. (grifo nosso)

Trata-se, portanto, de um ser humano com características individuadas e próprias, e não mero apêndice ou propriedade da mãe. A partir da fecundação, repita-se, o ser humano possui patrimônio genético e sistema imunológico próprios e se desenvolve de modo coordenado, progressivo e contínuo. Conforme Keith Moore (1990), o organismo unicelular (zigoto), divide-se, e vai progressivamente se transformando em um ser humano multicelular, através da divisão celular, migração, crescimento e diferenciação.

Donde se conclui que não é a implantação que faz do embrião um ser humano – pensamento ao qual se filia Costa (2003, p. 188) -, mas através dela dar-se-á segmento o processo natural de desenvolvimento do novo ser, cuja reserva de nutrientes independente da mãe é demasiado pouca para a formação de seus órgãos e tecidos (MAIA, 2002).

Com efeito, incorre em grave erro a corrente que retira do zigoto ou embrião a natureza humana que lhe é própria. Não se trata, como visto, de uma potencialidade passível de descarte por parte da genitora, mas de vida cuja proteção encontra-se expressa no seio do ordenamento jurídico constitucional, civil e penal. Vale lembrar que se ninguém pode dispor livremente de sua própria vida, por que o poderia fazer a mãe com a vida de outrem, no caso, seu filho? Seria, decerto, uma incoerência lógico-jurídica.

Nesse sentido, conclui-se o presente ponto com a breve observação de Alfonsin (2003, p. 61): “ Os valores podem ser legítimos apenas na medida em que não se opõem às condições de possibilidade da vida humana”. Assim sendo, havendo valores que se opõem à vida humana, esses não podem ser acolhidos como legítimos.

3. DO CRIME DE ABORTO À LUZ DO DIREITO POSITIVO, DOUTRINA E DA INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA

A vida humana revela-se como autêntico bem jurídico relevante, não podendo, desta forma, o ordenamento jurídico-penal eximir-se de sua tutela. Veja-se que a constituição não determina o que deve ser bem jurídico-penal, mas, tão somente, serve-lhe de moldura, ou seja, trata-se de um limite e também de um fundamento (PASCHOAL, 2003, p. 82) do direito penal.

A fim de trazer a lume uma mais clara conceituação acerca do aborto reportar-se-á ao conceito elaborado por Mirabete (1999, p. 685):

O aborto é a interrupção da gravidez com **a morte do produto da concepção**, que pode ser o ovo, o embrião ou o feto, conforme a fase de sua evolução. Pode ser espontâneo, natural ou provocado, sendo nesse último caso criminoso, exceto se praticado em uma das formas do art. 128. (grifo nosso)

Ainda destaca Spolidoro (1997), “A pretensão penal repousa na não interrupção da gravidez, conferindo ao produto da concepção o direito de ter satisfeita, mesmo que sob estado potencial, sua plena formação como ser da espécie a que pertence”. Deste modo, muito embora o legislador não tenha delimitado expressamente do conceito do delito de abortamento, enquanto conduta de abortar (o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida), percebe-se claramente sua afeição à corrente concepcionista.

Ou seja, através de uma interpretação sistemática entre a Constituição Federal, o Código Civil e o Direito Penal, percebe-se a adoção do momento da fecundação como o marco inicial da vida, em que pese alguns doutrinadores, a exemplo de Spolidoro (1997, p. 69), defenderem a existência de uma diferenciação entre vida biológica e vida biológica jurídica. Nesse sentido, a vida biológica jurídica se daria tão-somente quando do nascimento com vida do produto da concepção, momento este em que esse novo ser adquire personalidade jurídica.

Ora, punível, portanto, dada a magnitude de sua lesão, o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento e o aborto provocado por terceiro. Tem-se, pois, que o impedimento não natural de desenvolvimento do fruto da concepção importa em crime tipificado em uma das modalidades previstas nos arts. 124 a 127 do CPB, e esta concepção ocorre quando da fecundação do óvulo pelo espermatozóide formando-se o zigoto, já detentor de características únicas e diferenciadas de seus genitores. Portanto, não há que se falar em aborto permitido, pois até mesmo no seu art. 128 o código penal refere-se tão-somente à modalidade de aborto “não punível” e não a modalidade que “não constitui crime”.

Assim sendo, vale explicitar posição de Mourullo (apud ORDEIG, 2002, p. 80):

Com efeito, não é preciso mais do que observar as características dos bens jurídicos protegidos no delito de aborto para chegar à conclusão de que não se pode explicar a eficácia do consentimento da mulher em relação a nenhum deles. Mostra-se absurdo achar que a mulher pode dispor da esperança da vida que dá alento ao feto, porque, de acordo com a doutrina católica acolhida por nosso legislador, o **fruto da concepção é protegido, em si mesmo, como uma esperança de vida ou como uma vida incipiente** que está pronta para tornar-se uma pessoa distinta da mãe e, por isso mesmo, um distinto titular de direitos. (grifo nosso)

Tomando-se por base o método interpretativo teleológico – aquele que procura os fins do preceito, das instituições, da ordem jurídico-penal -, será possível compreender o enfoque dado pelo legislador ao direito à vida, ainda que em estado humano incipiente, que levou inúmeros doutrinadores a defini-lo como potencial. Nesse sentido, conforme Bettiol (apud ORDEIG, p. 79), o bem jurídico por si só já é um conceito teleológico, pois se identifica com o objeto que o

legislador pretende alcançar. Ademais, Ordeig (2002, p. 79) acrescenta que a consequência mais importante quando da adoção do critério interpretativo teleológico é de que não havendo a efetiva lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido pela lei ocorrerá a atipicidade.

Pode-se dizer, à luz de todo o exposto, que muito embora o código penal brasileiro não tenha expressamente em seu bojo o que se entende por marco inicial da vida - objeto que se visa tutelar -, quando aplicados os métodos interpretativos sistemáticos e teleológicos, donde se vislumbra o código penal dentro de um ordenamento uno, e tomando-se por diretriz a Constituição Federal e o Código Civil em seu art. 2º, segunda parte, conclui-se que a vida começa a partir da concepção.

Portanto, conforme lição de Capez (2004, p. 110), o verbo núcleo do tipo *provocar* compreende a ação física antes do parto visando à destruição ou morte do produto da concepção, qual seja, o ovo, embrião ou feto. Essa ação física pode se dar por meios químicos, psíquicos, mecânicos ou materiais. Assim, enquanto não houver alteração nos dispositivos referentes ao aborto, não resta dúvida acerca da inaceitação de sua prática, ressalvados os casos pela própria norma elencados.

Assim sendo, fora os casos previstos como impassíveis de punibilidade, não é permitida a prática de aborto com ou sem o consentimento da gestante, devendo o Estado garantir por todos os meios possíveis a preservação da vida, e não fomentando sua eliminação, sobrepondo-se, inclusive, a idéia de livre disposição do fruto da concepção como apêndice do corpo materno - erroneamente alimentada por mulheres que crêem na liberdade de opção fulcradas no direito à intimidade -, como se esse direito pudesse sobrelevar-se ao direito de existir inerente a cada ser humano, ainda que em estágio pré-embriônico, embriônico ou fetal.

4. DO USO DA “PÍLULA DO DIA SEGUINTE” E SUAS CONSEQUÊNCIAS

Costa (2003, p. 190) adverte que os anticoncepcionais visam impedir a concepção, porém há pílulas que são meios abortivos, pois atuam após a fecundação. Desta forma, tudo que atua após a fecundação é meio abortivo. Anteriormente, porém, o mesmo autor afirma, quanto aos métodos abortivos praticados no Brasil: “os métodos aplicados em nosso país são: vácuo, aspiração, aspiração manual, curetagem e pílula do dia seguinte” (2003, p. 174). Assim, conjugando esse entendimento com o prescrito pela ciência médica não resta dúvida acerca da natureza abortiva da pílula do dia seguinte, conforme se pode observar (PERSAUD, 2000, p. 55),

A administração de doses relativamente grandes de estrógenos (“pílulas da manhã seguinte”) durante vários dias, começando logo após uma relação sexual não protegida, geralmente não impede a fertilização, mas, com frequência, **impede a implantação do blastócito**. Dietilestilbestrol, administrado diariamente em altas doses durante 5 a 6 dias, também pode acelerar a passagem do zigoto em divisão pela tuba uterina. Normalmente, o endométrio chega até a fase secretora do ciclo menstrual enquanto o zigoto se forma, passa pela clivagem e penetra no útero. **A grande quantidade de estrógeno perturba o equilíbrio normal entre estrógeno e progesterona necessário para a preparação do endométrio para implantação** do blastocisto [...] a ‘pílula do aborto’ RU486 também **destrói o conceito, interrompendo a implantação** por interferir com o ambiente hormonal do embrião em implantação.

Como se pode notar, o uso da pílula do dia seguinte ou da manhã seguinte pela mulher, logo após a prática de conjunção carnal com risco de gravidez, já incorre no crime de aborto

tipificado no código penal se comprovada a concepção. Muito embora na prática seja de difícil comprovação, talvez por isso o descaso em que muitos incorrem, não resta dúvida acerca da natureza abortiva da pílula do dia seguinte.

Entretanto, diferentemente do entendimento de muitas pessoas, é possível detectar a realização da concepção desde as primeiras 24 horas após a fertilização através do soro materno, onde nele se encontra presente uma proteína inibidora, também conhecida como fator de gravidez inicial (EPF) (PERSAUD, 2000, p. 34), e não somente por meio do exame da Gonadotrofina Coriônica Humana (HCG), possível, tão-somente, no início da segunda semana de desenvolvimento, ou seja, após a nidação.

Portanto, consoante o disposto no art. 128 do CPB, somente nos casos elencados como não passíveis de punibilidade a mulher gestante poderá fazer uso da referida pílula. Entretanto, o que se percebe é a venda desinibida desse medicamento como se fosse mais um método contraceptivo não abortivo por farmácias de todo o país sem qualquer restrição. Não se trata, portanto, o jovem embrião de um emaranhado de células sem vida, mas de um ser que, em processo de formação, se encaminha para nascer, viver e morrer, completando o ciclo a que todo homem tem direito.

CONCLUSÃO

Ao se chegar à conclusão, reputa-se ter conseguido demonstrar ser o direito à vida humana, ainda que em estágio embrionário, um direito humano constitucionalmente garantido, autêntico bem jurídico de valor supremo, e, por isso, também tutelado pelo seio do ordenamento jurídico penal, do qual se extrai seu conceito de bem jurídico-penal.

Por força de sua carga valorativa, o código penal inaugura seu rol de crimes contra a pessoa humana com os crimes contra a vida. Dentre esses, destaca-se o crime de aborto, cujo bem a tutelar é a vida do conceito e da gestante, conforme previsto nos arts. 124 a 128 do CPB. Portanto, quando da prática do aborto o agente ativo, com exceção dos casos previstos no art. 128, estará cometendo um crime passível de penalização.

Nessa perspectiva, tendo em vista que a “pílula do dia seguinte” não impede a fertilização, mas sim a implantação do blastocisto, uma vez que perturba o equilíbrio normal entre o estrógeno e progesterona necessário à preparação do endométrio para a nidação, tem-se que esse medicamento é abortivo. Sendo assim, sua utilização só deverá ser permitida para os casos comprovadamente insertos no art. 128 do CPB - quais sejam, quando necessário para salvar a vida da gestante e no caso em que é resultado de um estupro -, sob pena de responsabilização criminal. Ou seja, a livre comercialização e a distribuição indiscriminada desse medicamento, além de atentatório à dignidade da pessoa humana, constitui crime, e quando anunciada a substância abortiva, constitui também contravenção penal por força do art. 20 da Lei 3.688/41.

Falta aos entes políticos, aos poderes públicos e aos aplicadores do direito a compreensão e reconhecimento de que ao conceito lhe deve ser assegurado o direito de existir, que começa pela garantia de seu pleno desenvolvimento. Desta forma, inadmissível se faz punir com pena de morte uma vida inocente pelos atos desregrados de seus genitores com respaldo no direito à intimidade, de forma que esses possam dispor do conceito como se fosse apenas um apêndice do corpo da mãe ou mais um emaranhado de células sem força vital.

Outrossim, não se trata, tão-somente, de uma potência, mas de um ser cuja identidade e características já foram delineadas desde a fertilização do óvulo pelo espermatozóide, quando seus núcleos se fundiram dando origem a uma nova vida. É vida humana que desde as primeiras

horas luta para sobreviver às adversidades impostas pela própria natureza, que lhe faz frágil e dependente dos cuidados e amor materno e da proteção por toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

ALFONSIN, Jacques Távora. **O acesso a terra como conteúdo de direitos humanos fundamentais à alimentação e à moradia**. Porto Alegre: Fabris, 2003.

ALVARENGA, Lúcia Barros Freitas. **Direitos humanos, dignidade e erradicação da pobreza: uma dimensão hermenêutica para a realização constitucional**. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITO, Edivaldo. **Limites da revisão constitucional**. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 3º ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2.

COELHO, Yuri Carneiro. **Bem jurídico-penal**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. (Série Ciências criminais 8).

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Direito Penal: parte especial**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DELMANTO, Celso; et. al. **Código penal comentado**. São Paulo: Renovar, 2000.

D'Urso, Luiz Flávio Borges. A propósito do aborto. **Jus Navigandi**, Teresina, ^a 3, n. 28, fev. 1999. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=982>. Acesso em 06 out. 2005.

FARIA, Anacleto de Oliveira. **Instituições de direito**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980

GUSMÃO, Paulo dourado. **Filosofia do direito**. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

HERKENHOFF, João Baptista. **Curso de direitos humanos: gênese dos direitos humanos**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

LASSALE, Ferdinand. **A essência da constituição**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

LEÃO, Adroaldo; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Direitos constitucionalizados**. 1º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MAIA, George Doyle. **Embriologia humana**. São Paulo: Atheneu, 2002

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999.

MOORE, Keith L. **Embriologia clínica**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1990.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 17º ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. **Conceito e método da ciência do direito penal**. Tradução José Carlos Gobbis Pagliuca. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PASCHOAL, Janaina Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PERSAUD, Moore. **Embriologia clínica**. 6. ed. Tradução Ithamar Vugman. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

PRADO, Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. 1v. 4. ed. São Paulo; Revista dos Tribunais, 2004.

REALE, Miguel. *Nova fase do direito moderno*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SABATOVSKI, Emílio; FOUTORA, Iara Piolmann Melissa. *Constituição Federal e Convenções Internacionais*. 12º ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SECCO, Orlando de Almeida. *Introdução ao Estudo do Direito*. 4º ed. ver. e atual. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *A criminalidade genética*. São Paulo: Revista dos tribunais, 2001.

SPOLIDORO, Luiz Cláudio Amerise. *O aborto e sua antijuridicidade*. São Paulo: Lejus, 1997.