

# O NASCITURO E O DIREITO À VIDA

*Rogério Marques Santos*

Promotor de Justiça

*"Graças te dou, visto que por modo asombrosamente maravilhoso me formaste; as tuas obras são admiráveis, e a minha alma o sabe muito bem; os meus ossos não te foram encobertos, quando no oculto fui formado e entretecido como nas profundezas da terra. Os teus olhos me viram a substância ainda informe, e no teu livro foram escritos todos os meus dias, cada um deles escrito e determinado, quando nem um deles havia ainda."*

Salmo de Davi

## INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) declara em seu art. 4.º, I:

*"Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente."*

O Estado Brasileiro é parte na referida convenção, tendo a mesma sido ratificada pelo Decreto Presidencial n.º 678, de 6 de novembro de 1992, de sorte que os direitos nela previstos foram incorporados ao ordenamento jurídico pátrio, nos termos do que dispõe o § 2.º do art. 5.º da Constituição Federal. Diante disso, é de se questionar se o Brasil, na qualidade de signatário do Pacto de San José da Costa Rica, oferece ao nascituro a necessária proteção jurídica no que se refere ao direito à vida. Acreditamos que sim, conforme adiante pretendemos demonstrar, muito embora, infelizmente, a sociedade, em geral, ainda desconsidere o valor da vida humana antes do nascimento de seu titular. O grande número de abortos e a quase ausência de repressão por parte do Estado, corroborada, por um lado, pelo silêncio das testemunhas de tais crimes e, por outro, pela defesa do aborto por parte

tos. Como resultado do isolamento normativo da subcultura e da sua própria solidariedade, surgem valores compartilhados que seus membros aprendem, adotam e, inclusive, exibem como transcendência simbólica e que se diferenciam em quantidade e qualidade dos da cultura dominante. Como o homem nasce dentro de uma cultura, pode acontecer-lhe também nascer dentro de uma subcultura”.

É evidente que a autonomia do condenado no sistema penitenciário obedece a regras e princípios próprios, especialmente o *princípio do respeito às autonomias culturais*<sup>17</sup>, traduzido na impossibilidade de se criminalizar condutas aceitas socialmente em culturas minoritárias, ou seja, *a lei penal não deve incluir proibições que violentem aquilo que é culturalmente aceito*.

A assertiva que “*não se pode segregar pessoas e obter sua recuperação*”, como preconizou Beccaria, ainda tem aplicação no sistema penal atual, onde as prisões funcionam como indústria de criminosos. É nesse particular que a autonomia no sistema penitenciário parece alcançar a sua instrumentalização naquilo que foi tratado por Michel Foucault<sup>18</sup>, quando, ao discorrer sobre o poder nas prisões, demonstra uma utilização estratégica daquilo que é um inconveniente:

*A prisão fabrica delinquentes, mas os delinquentes são úteis tanto no domínio econômico como no político. Os delinquentes servem para alguma coisa. Por exemplo: todos sabem que Napoleão III tomou o poder graças a um grupo constituído, ao menos em seu nível mais baixo, por delinquentes de direito comum. E basta ver o medo e o ódio que os operários do século XIX sentiam em relação aos delinquentes para compreender que estes eram utilizados contra eles nas lutas políticas, e sociais, em missões de vigilância, de infiltração, para impedir ou furar greves, etc.”*

É o uso da autonomia delincente como forma de expressão do poder.

## 2. AUTONOMIA NO SISTEMA PRISIONAL FALIDO

Numa breve análise comparativa entre o sistema penitenciário e o instituto jurídico da falência, é possível afirmar que a pena privativa de liberdade se encontra em *estado falimentar* ou, mais precisamente, *pré-falimentar*. Sua causa

<sup>17</sup> BARATTA, Alessandro. *Requisitos mínimos del respecto de los Derechos Humanos en la Ley Penal*. Fundación de Cultura Universitaria, 1987:11.

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *Microfísica do Poder*. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979, p. 132.

mais provável é a absoluta *insolvência material e espiritual* de seu beneficiário e a incapacidade absoluta de seu aplicador. O *credor quirografário* nesse processo é a *vítima, desassistida, desconsiderada e desesperançosa* de que o sistema punitivo funcione.

Não seria absurdo reconhecer que a pena privativa de liberdade é uma verdadeira e lamentável *fraude*, na qual estão envolvidos até o pescoço o preso, o Estado e a própria sociedade. É mais um motivo justo para decretarmos de vez a sua falência. Esse processo falimentar da pena privativa de liberdade certamente é o mais longo e demorado de todos os processos de que se tem notícia, vindo provavelmente desde a Idade Média. E como todo processo demorado, torna-se angustiante. Dessa sociedade falida, que é a pena privativa de liberdade, todos nós somos sócios. Sim, porque somos responsáveis solidariamente por sua falência. Mas a grande verdade é que acabamos atuando como *síndicos* dessa *massa falida*.

É possível concluir que, se a pena privativa de liberdade está falida, nós somos os responsáveis diretos pela sua *quebra*. Logo, se reconhecermos que a prisão está falida, em *fase de liquidação*, somos forçados a admitir que o *sistema punitivo* como um todo se encontra em processo acelerado de *concordata*, com possibilidades remotas de *recuperação*, havendo, em ambos os casos, *sentença declaratória* prolatada e transitada em julgado pela própria sociedade, a qual, coadjuvante no processo de ressocialização, se torna vítima da sua própria omissão e insensatez.

E a sociedade paga caro – e **duas vezes** - pela manutenção dessas terríveis armadilhas. Primeiro, para adotar onerosos mecanismos que busquem isolar o condenado do convívio social; depois, pelo alto índice de reincidência, o que comprova o fracasso do sistema, transformando-o em um poço sem fundo.

Mesmo nesse sistema falido ou em processo de concordata, o recluso deve manter sua autonomia, fator importante para a preservação da idéia de humanização da pena. Mas de nada adianta construir presídios se não se constroem homens. Presos que matam outros para desafogar o ambiente superlotado, matam para nos mostrar que estão vivos e não são as bestas-feras que imaginamos que sejam.

Um dos fatos mais importantes na história evolutiva do sistema penal, com influência direta na autonomia do preso, foi a criação do **Panóptico**, por

meio do Sistema Único de Saúde, de sorte que sua falta ou oferta irregular constitui ofensa do Poder Público aos direitos fundamentais da vida e da saúde.

**2 - Apoio alimentar à gestante e à nutriz** (art. 8.º, § 3.º). A pobreza e a desnutrição nas fases da gravidez e da amamentação são fatores sociais que podem colocar em risco a vida e a saúde da mãe e da criança. Daí a obrigação imposta ao Poder Público de prestar assistência social à gestante e à nutriz que dela necessitarem. O objetivo desse apoio alimentar é a proteção da família, da maternidade, da infância e de toda as fases ulteriores da existência, nos termos do art. 203, I, da Constituição Federal.

**3 - Medidas de Proteção** (art. 101). Convém aqui lembrar o triste quadro de adolescentes grávidas, perambulando pelas ruas enquanto cheiram cola de sapateiro, colocando em risco a si mesmas e aos seus filhos, que ainda estão por nascer. Qual a solução para o problema? O aborto? Cremos que não. Em vez de destruir a vida, devemos acabar com as condições que a tornem intolerável. Nesse sentido, à luz do Estatuto da Criança e da doutrina da proteção integral, além de providências que podem surgir da criatividade e do espírito de solidariedade da comunidade em geral, a Lei n.º 8.069/90 prevê a intervenção do Conselho Tutelar em favor dessas adolescentes e de seus filhos em situação de risco, tendo em conta a possibilidade de aplicação das medidas de proteção previstas nos incisos IV a VI do art. 101 da Lei n.º 8.069/90: colocação em programa comunitário ou oficial de auxílio material (apoio alimentar e moradia), tratamento médico (cuidados relacionados à saúde da gestante e da criança, priorizando a atividade preventiva) e inclusão em programa de tratamento destinado a toxicômanos.

Urge lembrar, contudo, que não só o Poder Público possui obrigações para com o nascituro. A preservação da vida da prole constitui encargo *ex vi legis* decorrente do pátrio-poder (art. 229 da Constituição e art. 22 da Lei n.º 8.069/90). O pátrio-poder, por sua vez, inicia-se a partir da concepção, em face do disposto no artigo 462 do Código Civil. Assim, pode ser proposta ação cautelar de alimentos em face do pai, pelo Ministério Público, pleiteando o direito do nascituro em nome próprio (arts. 201, III, 212, ECA, c/c os artigos 6.º e 852, III, do CPC), ou pelo nascituro, neste caso representado pela mãe ou curador, objetivando assegurar à gestante recursos necessários à alimentação e às eventuais despesas médicas no atendimento pré-natal. Se a filiação não se presume em razão de os pais não serem casados (art.338 do Código Civil), ainda assim, é possível ação de alimentos, cumulada, neste caso, com pedido incidente de reconhecimento de paternidade, passível de ser obtido antes mesmo do nascimento, com fundamento no parágrafo único do art. 26 da Lei n.º 8.069/90, c/c o art. 4.º, parágrafo único da Lei 883/49. Embora a falta de certeza no que atina à paternidade, especialmente quando negada pelo suposto pai, possa, em princípio, impedir a concessão de alimentos provisionais durante a pendência do processo, havendo prova da gravidez e indícios suficientes da veracidade da paternidade alegada, não se pode admitir que o filho nascituro seja exposto a sofrer com as conseqüências de uma gravidez carente de recursos indis-

dade civil do nascituro e, de forma alguma, o seu art. 7.º é incompatível com o art. 4.º do Código Civil. Pelo contrário. Na medida em que, conforme também visto, deve a lei colocar a salvo os direitos futuros do nascituro desde a concepção, é fundamental que, também desde a concepção, seja respeitado seu direito à vida, já que, desse direito, dependem todos os demais.

Cumpra aqui esclarecer que os direitos futuros do nascituro, suspensos quanto à aquisição enquanto não se verifica a condição do nascimento com vida, são direitos patrimoniais e não propriamente direitos essenciais e inerentes ao ser humano, entre os quais a vida. Nesse sentido, para MARIA HELENA DINIZ,

*“...tem o nascituro **personalidade jurídica formal**, no que atina aos direitos personalíssimos e aos da personalidade, passando a ter **personalidade jurídica material**, alcançando os direitos patrimoniais, que permaneciam em estado potencial, somente com o nascimento com vida. Se nascer com vida, adquire **personalidade jurídica material**, mas, se tal não ocorrer, nenhum direito patrimonial terá” (3).*

Destarte, nos termos dos §§ 1.º e 2.º do art. 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a Lei n.º 8.069/90 não revogou o art. 4.º do Código Civil. Cuidou-se apenas de introduzir, por meio do art. 7.º e seguintes da Lei n.º 8.069/90, disposições especiais em relação à matéria de proteção do nascituro, a par da já existente no art. 4.º do Código Civil, viabilizando aquele o cumprimento da segunda parte deste dispositivo legal, inclusive.

Voltando a um enfoque mais prático do art. 7.º da Lei n.º 8.069/90, é preciso que se questione o cumprimento, por parte do Estado, da norma que ali lhe é imposta em relação à proteção do direito de nascer com vida. Em que pese a discricionariedade do administrador público em poder avaliar de que forma a lei será cumprida, segundo suas diretrizes de oportunidade e conveniência, a Lei n.º 8.069/90 estabelece normas imperativas para a administração pública em relação à proteção do direito à vida do nascituro, das quais não se pode fugir, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade e de omissão atentatória aos direitos da vida e da saúde. Assim, vejamos quais são as obrigações decorrentes dessas normas, que podem, inclusive, ser judicialmente exigidas, face ao disposto no artigo 208, VI e VII, c/c os artigos 212 e 153 da Lei n.º 8.069/90:

**1 - Atendimento pré e perinatal** (art. 8.º, *caput*, §§1.º e 2.º). O atendimento pré-natal significa a atenção e os cuidados médicos durante o período da gravidez. O atendimento perinatal significa a atenção e os cuidados médicos no período imediatamente anterior e posterior ao parto. O parto deve ser feito com dignidade e não em condições aviltantes, como por vezes ocorre, sobretudo nas unidades mistas de saúde das comarcas do Interior, ocasionando, assim, inúmeros partos mal sucedidos. O atendimento pré e perinatal é assegurado à gestante por

## A PROTEÇÃO CIVIL

Dispõe o Art. 7.º da Lei n.º 8.069/90:

*“Art. 7.º A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.”*

Obviamente, o dispositivo não trata, tão-somente, da proteção do nascituro. Após o nascimento, assegura a lei que a vida e a saúde da criança e do adolescente sejam tuteladas mediante a efetivação de políticas sociais públicas, que permitam seu desenvolvimento sadio e harmonioso. Outrossim, a lei impõe ao Estado a obrigação de, mediante políticas sociais públicas, possibilitar o nascimento da criança. O *ratio legis* é evidente. Não se pode melhorar a qualidade de vida da população infanto-juvenil se, desde a gestação, não existir uma adequada assistência médica e social. A falta de atendimento pré-natal ou a desnutrição da gestante, por exemplo, são fatores que contribuem para o insucesso de muitos partos e para o aumento da mortalidade infantil.

O nascituro, para efeito desta proteção, é, pois, considerado criança, em que pese o Art. 2.º da Lei n.º 8.069/90 considerar criança a *pessoa* até doze anos de idade incompletos, o que levanta a discussão sobre se a Lei n.º 8.069/90 teria ou não revogado o Art. 4.º do Código Civil, iniciando-se a personalidade civil não mais a partir do nascimento e sim, a partir da concepção. Embora o enfoque principal em relação ao dispositivo sob comento deva ser a proteção do nascituro mediante a efetivação de políticas sociais públicas, que permitam seu nascimento, algumas breves considerações merecem ser feitas sobre essa discussão.

Para GURACI DE CAMPOS VIANA, Juiz de Direito no Estado do Rio de Janeiro,

*“a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 ou, pelo menos, a partir da vigência da Lei n.º 8.069/90, só se pode sustentar a existência de uma única teoria para disciplinar o tema: a teoria da personalidade jurídica do nascituro, ou seja, a teoria da concepção para designar o início da personalidade. A personalidade não começa com o nascimento com vida, mas sim no momento da concepção” (2).*

Conforme já visto, o ordenamento jurídico pátrio não faz depender, de modo absoluto, da existência da personalidade para a aquisição e o exercício de direitos. A Lei n.º 8.069/90, por sua vez, não é clara em reconhecer a personali-

pensáveis à efetivação de condições dignas de sobrevivência, até o encerramento da ação, comprometendo a saúde da gestante e da criança, além de colocar em risco o parto. Nesse sentido, convém citar o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

*“O pedido de alimentos pode perfeitamente ser deferido sem o prévio reconhecimento judicial da paternidade, desde que a existência desta fique razoavelmente demonstrada no processo” (4).*

Também o Superior Tribunal de Justiça admite a obtenção de alimentos *“...mesmo que a filiação não esteja juridicamente reconhecida, bastando, apenas, a existência de fortes indícios e presunções quanto à respectiva paternidade” (5).*

É inaplicável, em ações de alimentos, na qual a relação de parentesco não esteja previamente acertada, o rito especial previsto na Lei n.º 5.478/68. Assim, à míngua de previsão legal para os procedimentos relativos ao processo, merece atenção o art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prescreve:

*“Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as medidas necessárias, ouvido o Ministério Público.”*

Uma vez acolhida, no mérito, a ação de alimentos cumulada com o reconhecimento incidental de paternidade, desnecessário se faz ação de investigação de paternidade, visto que a vitória na demanda já tem como consequência o reconhecimento da paternidade. Ademais, por analogia com o art. 13, §3.º da Lei n.º 5.478/68 e em respeito ao princípio do contraditório, os alimentos fixados na sentença devem retroagir à data da citação, sem prejuízo da concessão liminar de alimentos durante o processo. Havendo inconformismo da parte vencida, somente terá efeito suspensivo o recurso na parte em que ataca o reconhecimento da paternidade, devendo a apelação ser recebida em seu efeito devolutivo quanto à condenação à prestação de alimentos, em face do disposto no art. 520, II, do Código de Processo Civil.

Infelizmente, a realidade demonstra que não são apenas os varões que abandonam seus filhos. Há mães que colocam em risco a saúde e a vida da criança pelo uso de drogas, da promiscuidade sexual e da vontade de abortar. Causam tristeza e indignação os casos cada vez mais frequentes de crianças que nascem viciadas em drogas ou contaminadas pelo vírus HIV, sem contar as que são abortadas. Objetivando, ao menos, prevenir o agravamento desse quadro, entre outras medidas necessárias ao nascimento da criança e ao seu desenvolvimento sadio, às quais já nos referimos anteriormente, é cabível, nesses casos, ação de suspensão do

pátrio-poder em face da gestante, com fundamento nos artigos 394 do Código Civil e 155 da Lei n.º 8.069/90.

O Ministério Público possui legitimidade *ad causam* para propor todas as ações supramencionadas, consoante se observa nos dispositivos citados.

## A Proteção Penal

O Código Penal protege a vida humana mediante a cominação de penas aos que desobedecem ao sagrado preceito de não matar.

A função da pena é, por um lado, intimidar os membros da sociedade em geral, prevenindo a ocorrência do fato delituoso e, por outro, punir a conduta incriminada. Nas palavras de LUIZ REGIS PRADO e CEZAR ROBERTO BITTENCOURT,

*“uma das principais características do moderno Direito Penal é a sua finalidade preventiva: antes de punir o infrator da ordem jurídica penal, procura motivá-lo para que dela não se afaste, estabelecendo normas proibitivas e cominando as sanções respectivas, visando evitar a prática do crime. Porém, falhando a função motivadora da norma penal, transforma-se a sanção abstratamente cominada, através do devido processo legal, em sanção efetiva, tornando aquela prevenção genérica, destinadas a todos, uma realidade concreta atuando sobre o indivíduo infrator, caracterizando a prevenção especial, constituindo a manifestação mais autêntica do seu caráter coercitivo” (6).*

O legislador penal destinou uma tutela específica para o nascituro, consoante se observa nas figuras penais do aborto e do anúncio quanto aos meios de se praticá-lo (artigos 124 a 127 do Código Penal e art. 21 da Lei de Contravenções Penais). Mas as penas cominadas foram relativamente brandas, mesmo em caso de morte da gestante, quando comparadas com as penas previstas para o homicídio e o infanticídio. À luz do art. 89 da Lei 9.099/95, com exceção do aborto cometido sem consentimento da gestante (art. 125 do CP), o crime de aborto, em geral, é considerado infração de médio potencial ofensivo, como se a vida da criança no útero materno tivesse menos valor do que a vida da criança recém-nascida, quando se sabe que não há qualquer diferença substancial entre elas. Talvez esse seja um dos motivos do descaso da sociedade em geral com o crime de aborto. Fossem as penas mais severas, o caráter intimidador seria maior, o que, evidentemente, não daria fim aos crimes de aborto, mas motivaria, sem dúvida, sua prevenção e repressão. O ideal seria que, sem abandonar os preceitos primários das figuras típicas dos crimes de aborto, os preceitos secundários, nos quais se encontram previstas as penas, fossem modificados em face dos princípios da unidade da vida humana e da isonomia de todos perante a lei. Afinal, conforme ensina RUBENS LIMONGI FRANÇA,

*“o embrião está para a criança como a criança está para o adulto.*

*Pertencem aos vários estágios do desenvolvimento de um mesmo e único ser: o homem, a pessoa” (7).*

Nesse sentido, provocar abortamento é tão grave quanto matar um recém-nascido.

Além disso, a tutela penal mostra-se ainda mais insuficiente e inadequada em vista da norma permissiva prevista no art. 128 do Código Penal, que isenta de pena o aborto necessário e o aborto sentimental. Diz a lei:

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

*I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário);*

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

Não obstante grande parte da doutrina entenda que essas duas hipóteses de aborto possuem a natureza jurídica da excludente de antijuridicidade do estado de necessidade, *data maxima venia*, a ação do médico, em tais hipóteses, não exclui o crime, que continua sendo típico e antijurídico, posto que ausentes da ação do agente, como se exige no estado de necessidade, os requisitos da atualidade do perigo e da razoabilidade do sacrifício. Também não se trata de causa excludente de culpabilidade, já que não exclui, por si, quaisquer dos elementos da culpabilidade. A lei simplesmente diz que o fato não é punível quanto ao médico que o pratica nas duas hipóteses citadas, o que revela tratar-se de uma *excusa absolutória*, que são causas pessoais que excluem a punibilidade, impedindo o surgimento do direito de punir do Estado, como também ocorre, por exemplo, nas hipóteses do art. 181 do CP (isenção de pena no crime patrimonial contra cônjuge, ascendente ou descendente) e art. 348, § 2.º do CP (isenção de pena no favorecimento pessoal a cônjuge, ascendente, descendente ou irmão). A conduta, portanto, continua ilícita, mas, por motivos adiante comentados, o Direito Penal deixa de intervir, deixando a cargo da consciência do médico e da gestante a decisão que lhes convenha.

Em relação a esses dois únicos casos de abortamento sem pena, é de se notar que a lei exige seja a ação praticada por médico, sobretudo porque enfermeiras ou “curiosos” podem colocar em risco a vida e a saúde da gestante, ao passo que o médico possui em seu currículo o conhecimento de técnicas cirúrgicas abortivas, que afastam ou reduzem este risco.

No que se refere ao aborto necessário, além de só o médico poder praticá-lo, também sua indicação só pode ser feita por médico, visto que apenas este profissional dispõe, em tese, de conhecimento e autoridade para, sem prejuízo de sua responsabilidade por erro, indicar o aborto como único meio para salvar a vida da gestante. A esse respeito, entretanto, convém aqui citar a lição preciosa de DELTON CROCE, médico toco-ginecologista e professor titular de Medicina Legal na Faculdade de Direito da Universidade de Marília:

*"...em trinta anos ininterruptos de profissão, não tivemos nenhum caso de indicação médica de aborto necessário ou terapêutico pela mãe se encontrar em iminente perigo de vida determinado pelo binômio fetoplacentário. Destarte, antes de se aplaudir intempestivamente o aborto amparado por lei, devemos considerar que o progresso vertiginoso da Medicina limita, a cada dia, as suas indicações (se é que à vista de honesto rigorismo clínico elas existem). Assim é que atendemos gestantes cardíacas (uma delas com dupla lesão mitral), que deram à luz por parto natural e por cesarianas, com êxito feliz para o binômio materno-fetal "* ( 8).

Prossegue o experiente médico:

*"Nos exemplos citados, as pacientes estavam em expectativa de risco de vida (não iminente risco de vida) por doenças cardiovasculares e não pelo feto em suas entranhas, ou seja, não por estarem grávidas e, assim sendo, não se justificou, nem se justificará indicar aborto necessário ou terapêutico para 'salvar a vida da mãe quando não há outro recurso'. Urge, por isso, a reavaliação do art. 128 do Código Penal que, por exagerado simplismo, permite que diariamente inescrupulosos acobertem o aborto criminoso sob sua égide"* ( 9).

Embora a lei não exija o consentimento da gestante ou de seu representante legal para o aborto necessário, em face da ausência de iminente risco de vida para a gestante e a necessidade de se respeitar a autonomia da vontade, enquanto corolário da dignidade da pessoa humana, cremos não deva o médico agir sem o expresso consentimento da gestante ou de seu representante, sobretudo porque, em certos casos, inspiradas pelo sentimento materno ou por valores éticos e religiosos, a gestante prefere sacrificar sua vida em favor da vida do filho.

A segunda hipótese de escusa absolutória é o aborto sentimental. O que se pretende é salvar não a vida da gestante, cuja gravidez resultou de estupro, mas sim, a sua honra pessoal, desde que ela ou seu representante legal assim o consentam. Uma vez mais o legislador foi simplista. Primeiro, porque é difícil a prova indubitável do estupro. Segundo porque, sendo difícil a prova plena, esqueceu-se de exigir ao menos a presença de indícios da existência do crime, confiando excessivamente na palavra da suposta vítima. Terceiro porque, ainda que o estupro tenha realmente ocorrido, não se soluciona um mal (a desonra da vítima e de seus familiares) com um outro mal (a eliminação da vida de um inocente). Não é razoável exigir

o sacrifício de uma vida humana para o fim de tentar reparar a dor moral sofrida e talvez até de satisfazer o sentimento de vingança contra o estuprador. Conforme assevera DELTON CROCE,

*"...a morte do nasciturus não reparará, nem castigará a violação sofrida, além do que agrava a instabilidade psíquica de um sem número de mulheres ao atingirem o período climatérico" (10).*

O que fazer ? Em face do disposto no art. 7.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, cabe ao Poder Público, na formulação de suas políticas sociais públicas, incluir programas de apoio alimentar e psicológico à gestante, além de possibilitar que a gestante, caso decida não entregar para adoção a criança após o parto, continue recebendo do Estado assistência material e psicológica enquanto necessitar. Todavia, se é verdade que somente no paraíso Deus enxugará de nossos olhos toda lágrima e já não haverá pranto nem dor, então as soluções até aqui indicadas são todas paliativas. Contudo, cumpre frisar, eliminar uma vida humana inocente jamais poderá remover as conseqüências emocionais do crime do qual fora vítima. Melhor seria que a escusa absolutória sob comento fosse banida de nosso ordenamento jurídico.

Urge, portanto, uma revisão completa do Código Penal no que se refere à tutela da vida do nascituro, a fim de conferir-lhe maior efetividade. Contudo, parece não existir qualquer sinal de que se possa esperar pelas mudanças aqui sugeridas; pelo contrário. Não obstante, mesmo sendo a atual proteção penal inadequada, insuficiente e simplista no que se refere ao nascituro, isso não impede nem justifica a omissão dos órgãos de segurança pública na prevenção, repressão e apuração dos crimes de aborto. Ainda é possível, em nome da lei e da vida, lutar contra a violência cruel, egoísta e covarde de que são vítimas milhares de inocentes.

## CONCLUSÕES

1. A falta da personalidade civil do nascituro não é óbice ao reconhecimento de seu direito à vida.
2. A Constituição assegura o direito de nascer com vida.
3. O art. 4.º do Código do Civil se harmoniza com o art. 7.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, na medida em que deve a lei colocar a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, e tal tutela só é possível se o direito de nascer com vida for efetivado.
4. O direito de nascer com vida e saúde deve ser garantido pelo Estado, mediante políticas sociais públicas e, pelos pais, mediante o exercício responsável da paternidade e da maternidade.

5. Para que se concretize a tutela civil em favor da vida do nascituro, são cabíveis as seguintes ações: ação civil pública contra o Estado; ação de alimentos, em face do pai; ação de suspensão do pátrio-poder, em face da gestante.

6. A proteção penal, embora insuficiente e carecedora de revisão, não impede nem justifica a omissão dos órgãos de segurança pública na prevenção, repressão e apuração das infrações penais contra a vida do nascituro.

## NOTAS

*Justitia*, 128/168, Revista do Ministério do Estado de São Paulo, in: MORAES, Alexandre de, *Direito Constitucional*, 7.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 482.

VIANA, Guaraci de Campos, *O Nascituro Como Sujeito de Direitos*, in: *Curso de Atualização em Direito da Criança* (sob a coordenação de Antônio Francisco do Amaral e Silva), obra em disquete, Infobase ABMP, 1997, Texto 8.

DINIZ, Maria Helena, *Código Civil Anotado*. 3.<sup>a</sup> ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 9.

*Jurisprudência Mineira*, 68/118.

Resp. 1.103 - GO, *Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*, n. 2, p. 41.

PRADO, Luiz Regis, BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Elementos de Direito Penal - parte geral*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995 ( Coleção Resumos; 1), p. 17.

FRANÇA, Rubens Limongi, *Manual de Direito Civil*. Vol. 1, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 50.

CROCE, Delton, JÚNIOR, Delton Croce, *Manual de Medicina Legal*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 441.

Idem, p. 441.

Idem, p. 442.