

PATRÍCIA CRISTINA DA SILVA

ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA

Trabalho de conclusão de curso apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa

RIO DE JANEIRO

2008

PATRÍCIA CRISTINA DA SILVA

ABORTO EM CASO DE ANENCEFALIA

Monografia apresentada à Banca examinadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Data de aprovação: ____/____/____

Banca Examinadora:

Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa
Faculdade de Direito - UFRJ

Prof.

Prof.

RESUMO

SILVA, Patrícia Cristina da. Aborto em caso de anencefalia. 101f. Monografia (Graduação em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

Estudo realizado sobre a controvérsia existente acerca da possibilidade de efetuar-se aborto nos casos em que o feto seja portador de anencefalia, grave deficiência que acomete o sistema nervoso central, tendo por consequência a mal-formação do encéfalo e a inviabilidade de longa vida extra-uterina. A partir dos conceitos de direitos fundamentais, direitos da personalidade, aborto e anencefalia, é feita uma análise dos argumentos utilizados para defender a realização da antecipação do parto ou para repudiá-la. Demonstra-se a existência de vida a ser protegida desde a concepção, sendo inadequada a comparação da anencefalia ao quadro de morte encefálica, concluindo-se pela ausência de graves danos aos direitos à saúde, à liberdade e à dignidade da gestante, bem como pela inviolabilidade do direito à vida, base inquestionável de todos os demais direitos proclamados e garantidos pela Constituição Federal, e a impossibilidade de condicionar essa proteção à viabilidade fetal ou à duração mais ou menos breve da vida do ser humano.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	9
1.1 Personalidade Jurídica.....	9
1.1.1 Da capacidade jurídica.....	11
1.1.2 Da personalidade do nascituro.....	12
1.2 Direitos fundamentais.....	13
1.2.1 Evolução dos direitos fundamentais.	13
1.2.2 Conceito e características.....	15
1.2.3 Classificação dos direitos fundamentais.....	17
1.2.4 Dos direitos, garantias fundamentais e princípios tratados na Constituição de 1988.....	20
1.3 Direitos da personalidade.....	22
1.3.1 Breve relato histórico.....	22
1.3.1 Conceito, características e finalidade dos direitos da personalidade.....	24
1.3.2 Dignidade da pessoa humana.....	28
1.3.3 Direito à vida.....	30
2 ABORTO.	34
2.1 Evolução histórica.	34
2.2 Conceito e classificação.....	37
2.3 Bem jurídico protegido. Início da tutela pelo tipo penal do aborto.....	40
2.4 Requisitos para configuração do crime e prova de sua existência.....	41
2.5 Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa.....	43
2.6 Espécies de aborto. Técnicas abortivas utilizadas.....	45
3 ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS.....	54
3.1 Conceito de anencefalia.....	54

3.2	Conceito de morte. Morte encefálica.....	56
3.3	ADPF nº 54. Comentário.....	59
3.4	Argumentos a favor.....	60
3.4.1	Atipicidade material do fato.	60
3.4.2	Direito à liberdade de escolha. Princípios da legalidade e da autonomia da vontade....	65
3.4.3	Direito à saúde.....	66
3.4.4	Dignidade da pessoa humana. Dignidade da gestante.....	68
3.4.5	Inexigibilidade de conduta diversa.....	70
3.5	Argumentos contra.....	72
3.5.1	Equiparação do feto ao ser humano.....	72
3.5.2	Impossibilidade de comparação da anencefalia com morte encefálica.....	75
3.5.3	Inalienabilidade do direito à vida.....	79
3.5.4	Conflito entre direitos fundamentais da mãe e do feto.....	82
3.5.5	Aborto eugênico.....	88
	CONCLUSÃO.....	92
	REFERÊNCIAS.....	96

INTRODUÇÃO

Questão que esteve em evidência há pouco tempo, e ainda não definitivamente resolvida, é sobre a possibilidade de realização de aborto em caso de fetos portadores de anencefalia. Tal discussão surgiu por ocasião da propositura da ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ADPF, perante o Supremo Tribunal Federal, STF, que recebeu o número 54, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a CNTS.

Tal ação tinha por objetivo que se passasse a não considerar como crime de aborto a antecipação terapêutica de parto de feto que apresente comprovadamente anomalia irreversível, levando-o a morte logo após o parto, como no caso da anencefalia. Dessa forma, as gestantes nessa situação poderiam interromper a gravidez sem requerer autorização judicial ou alguma outra forma de consentimento do Estado.

Além de evitar que a gestante sofra as penas previstas para o crime de aborto, a referida ação também visava proteger a equipe médica e qualquer outra pessoa que porventura venha a participar dos procedimentos médicos necessários no caso.

Em decisão proferida pelo Ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal, foi deferida medida liminar reconhecendo “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade”.¹ Em outubro de 2004, pouco mais de três meses após a citada decisão, o Supremo, em sessão plenária e por maioria de votos, revogou parcialmente a liminar, mantendo-a somente com relação ao sobrestamento de feitos e decisões não transitadas em julgado que envolvam a imputação de crime de aborto em razão daquele tipo de operação, até

¹ **A liminar do Ministro Marco Aurélio que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.** Teresina, ano 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 21 ago. 2006.

que se prosseguisse o julgamento para apreciar questão de ordem sobre o cabimento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, e após, o mérito.

Diante desses fatos, temos duas posições, sendo a primeira a dos que concordam com o Ministro Marco Aurélio, e defendem que seja autorizada a interrupção da gestação em caso de anencefalia, que vem a ser uma má-formação congênita do sistema nervoso central, não se desenvolvendo o encéfalo, estando ausente a calota craniana e dessa forma, ficando a mal desenvolvida massa cerebral exposta. Argumentam que uma vez que tal anomalia leva o feto à morte ainda no útero, ou, em alguns casos, com sobrevida após o parto de no máximo algumas horas, não seria plausível obrigar a mãe a levar a termo uma gestação onde de antemão já saberia que seu fruto não seria capaz de ter as condições mínimas de sobrevivência.

Seria, assim, infligir à gestante um sofrimento profundo e desnecessário, abalando-a, bem como a sua família, moral e psicologicamente, e dessa forma, agredindo o princípio da dignidade humana, da liberdade e da autonomia da vontade.

Alegam ainda que sua saúde é colocada em risco, incluindo-se aqui o completo bem-estar físico, mental e social.

Outro argumento utilizado é a comparação da anencefalia à morte encefálica, que é o critério utilizado pela legislação pátria para determinar o fim da personalidade jurídica, sendo o feto considerado um morto cerebral, e, portanto, a interrupção da gravidez nessas circunstâncias não poderia ser considerada aborto, por ausência de tipicidade.

De outro lado temos os que se posicionam contra o aborto de fetos anencefálicos, com argumentos jurídicos e também religiosos. Atendo-nos às questões jurídicas, defendem que a vida surge desde a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, e, diante, disto o anencéfalo é um ser humano vivo, mesmo que malformado, e com direito a toda proteção legal.

Lembram que a Constituição brasileira assegura o direito à vida como direito individual indisponível e irrenunciável, não sendo aceitável que uma pessoa disponha da própria vida, muito menos que o faça com outrem. Daí também o fato de ser proibida a pena de morte e haver punições severas em relação aos crimes contra a vida.

Invocam também o princípio da igualdade, ao dizer que os seres humanos, sejam bem ou mal formados, totalmente desenvolvidos ou não, são iguais perante a lei, não podendo ser submetidos a discriminações arbitrárias e injustificadas.

Além desses argumentos, ainda há o fato de o Código Civil, em seu art. 2º, estabelecer que a personalidade jurídica da pessoa começa a partir do nascimento com vida, mas que os direitos dos nascituros estão protegidos desde a concepção. E, por fim, a interrupção da gestação impediria a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros que necessitam de transplantes, muitas vezes para sobreviver.

Conforme demonstrado, trata-se de um conflito que pode ser resumido em Vida X Dignidade, ou seja, dentre esses dois direitos fundamentais, qual dos dois deve prevalecer? O direito à vida, que possui o feto, ou o direito à dignidade humana, relativo à mãe?

Para que possamos iniciar nosso estudo, mister se faz que respondamos a uma questão aparentemente simples: juridicamente, quando se inicia a vida humana? Ou, em outras palavras, em que momento o homem passa a ter personalidade para ser titular de direitos e obrigações?

Para responder a essa indagação, discorreremos sobre o conceito de personalidade jurídica, bem como o de capacidade, analisando as teorias sobre o assunto, e também sobre os direitos e garantias fundamentais, dando ênfase ao direito à vida, intimamente ligado ao tema em estudo.

1 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITOS DA PERSONALIDADE.

1.1 Personalidade Jurídica

De acordo com Francisco Amaral, a personalidade consiste no “conjunto de princípios e regras que protegem a pessoa em todos os seus aspectos e manifestações”.²

Buscando o significado de pessoa e de personalidade, temos, conforme o professor Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em seu dicionário:

Pessoa (ô) sf. **1.** O ser humano em seus aspectos biológico, espiritual e social. **2.** Indivíduo. **3.** Personagem. **4.** Flexão pela qual o verbo indica as relações dos sujeitos falantes entre si. **5.** Ser a quem se atribuem direitos e obrigações. **6.** Coletividade, associação reconhecida juridicamente. (*grifo nosso*)

Personalidade sf. **1.** Caráter ou qualidade do que é pessoal. **2.** O que determina a individualidade duma pessoa moral; o que a distingue de outra.

Logo, pessoa pode ser definida, juridicamente, como o homem ou a entidade dotada de personalidade, e apto para titularizar deveres e obrigações, para fazer parte de uma relação jurídica.

Essa possibilidade de participar de uma relação jurídica é decorrente de uma qualidade própria do ser humano, que é a personalidade jurídica, e aqueles que a possuem são denominadas pessoas.

A personalidade não se subordina à vontade ou à consciência do indivíduo. Todo ser humano é pessoa pelo simples fato de nascer ou mesmo de ter sido concebido, portanto, possuidor de personalidade, sendo esta característica intrínseca ao homem dentro da ordem

² AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução** – 3.ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 137

jurídica, qualidade que não prescinde do preenchimento de qualquer requisito psíquico, e dele não podendo separar-se.

O termo pessoa deriva da palavra latina *persona*, que originariamente significava máscara, utilizada durante a Antigüidade clássica pelos atores que participavam dos espetáculos teatrais e religiosos. Com o tempo, o termo passou a designar o ser humano nas suas relações sociais ou jurídicas.³

No direito romano, conforme nos diz Francisco Amaral, a personalidade jurídica do homem estava subordinada a determinados requisitos físicos, que eram o nascimento com vida, a separação do ventre materno, existindo, portanto, vida extra-uterina, e a forma humana, sendo considerados *monstrum* os que não a possuíam. Dependia ainda da existência de três qualidades: o *status libertatis* (liberdade), o *status civitatis* (cidadania) e o *status familiae* (família). Ou seja, para que o indivíduo tivesse sua personalidade reconhecida, com plena capacidade jurídica, era necessário que fosse livre, cidadão (que correspondia a não ser estrangeiro) e chefe de família.⁴

Para os juristas romanos, o feto era apenas parte das vísceras da mulher, não podendo ser considerado homem, e, portanto, não possuindo personalidade. Só passava a ser designado como um ser humano após o nascimento, e mesmo assim, se nascesse com vida e respeitados os outros requisitos citados acima (vida extra-uterina e forma humana).

No direito atual, extinta a escravidão, sendo reconhecido que os estrangeiros podem usufruir direitos civis e que a situação familiar não altera a capacidade jurídica, a personalidade é vista como uma projeção da natureza humana, sendo a pessoa sinônimo de homem e de sujeito de direito.⁵

Conforme nos ensina Heinrich Hubmann⁶:

³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil...** Op. cit. p. 214

⁴ Ibid. p. 215

⁵ Loc. cit.

⁶ HUBMANN, Heinrich. **Das Persönlichkeitsrecht**. Köhln: Böhlau, 1967, *apud* SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade e sua tutela** – 2.ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 114-115

[...] a personalidade humana é composta por três elementos fundamentais a dignidade, a individualidade e a pessoalidade, que constituem o indivíduo, portador de caráter próprio e de uma força criadora que lhe permite desenvolver-se e evoluir além de seus limites internos, a fim de alcançar a auto-realização como ser humano e espiritual.

A dignidade humana (*die Menschenwürde*) consiste no elemento indicador da localização do ser humano no Universo, o qual, em virtude de sua natureza espiritual, é dotado de dons que possibilitam a construção de determinadas tarefas de criatividade cultural, da realização de valores éticos e de se auto-edificar. O segundo elemento é a individualidade (*die Individualität*). A individualidade consiste na unidade indivisível do ser humano, consigo mesmo identificada, que possui um caráter próprio, que todo o indivíduo traz consigo ao nascer. Este caráter próprio evolui e é complementado através da educação, do progresso moral e espiritual que cada indivíduo desenvolve no curso de sua vida. A individualidade permite a toda pessoa realizar a tarefa ética, sua evolução espiritual e seu auto-desenvolvimento [sic]. A pessoalidade (*die Personalität*) é o terceiro elemento, que se traduz pela relação do indivíduo com o mundo exterior, com outras pessoas, com toda a sociedade e com os seus valores éticos, onde o indivíduo se afirma como ser, defendendo sua individualidade.

1.1.1 Da capacidade jurídica.

Apesar de intimamente ligada à personalidade, a capacidade com esta não se confunde. Como já visto, a personalidade é a aptidão genérica para titularizar direitos e obrigações, reconhecida a todo ser humano como um valor jurídico. Já a capacidade de direito provém do ordenamento jurídico, que a confere aos indivíduos ou aos grupos, no caso de pessoa jurídica. O ordenamento, portanto, reconhece a personalidade e outorga a capacidade, sendo esta um atributo daquela.

No dizer de Caio Mário, à “aptidão oriunda da personalidade, para adquirir os direitos na vida civil, dá-se o nome de capacidade de direito”. Ainda segundo o renomado mestre, esta é diferente da capacidade de fato, que é o que possibilita à pessoa utilizar esses direitos e exercê-los por si mesma.⁷

Possuem capacidade de direito todas as pessoas físicas, que a adquirem ao nascer, e também as pessoas jurídicas, se constituídas legalmente.

⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil** – 6.ed. – v.I – Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 212

Já a capacidade de fato, que corresponde a real possibilidade para a prática dos atos inerentes à vida civil, e para o exercício dos respectivos direitos, é variável e nem todos a possuem. Há diversidade de graus, podendo ser as pessoas capazes, relativamente incapazes ou absolutamente incapazes. Depende ela da capacidade natural de entendimento, inteligência e vontade própria da pessoa natural.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2º, declara que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, sendo esse, da mesma forma, o marco inicial da capacidade jurídica. E a morte é o que delimita a duração de ambas.

No entanto, há a possibilidade de proteção dos direitos da personalidade de pessoa já falecida, sendo legitimado para agir nesse sentido o cônjuge ou qualquer outro parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 12 do Código Civil.

1.1.2 Da personalidade do nascituro.

Questão controvertida é se o nascituro possui ou não personalidade. Nascituro é o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno.⁸ O artigo 2º do Código Civil nos diz que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, mas que a lei põe a salvo, desde a concepção os direitos do nascituro.

De acordo com o direito civil clássico brasileiro, todo indivíduo adquire personalidade a partir do seu nascimento com vida, mas sempre sendo assegurada certa proteção aos direitos do nascituro. Tal opinião provém do antigo direito romano, que considerava o feto como sendo parte das vísceras da mulher, e não um ser independente e em desenvolvimento. E, para sustentar tal tese, apoiavam-se no artigo 4º do Código Civil de 1916, praticamente repetido no artigo 2º do novo ordenamento civil.

⁸ AMARAL, Francisco. **Direito Civil...** Op. cit. p. 217

Apesar de alguns ainda sustentarem essa tese, a doutrina dominante no Brasil considera o nascituro, bem como o concepturo, ser portador de personalidade e sujeito de direito, tendo, desde o instante da concepção, portanto, personalidade.

Mesmo na doutrina mais antiga já havia quem defendesse que o ser que está por nascer é portador de personalidade, que já pode ser denominado como uma pessoa. Temos por exemplo, Teixeira de Freitas, que afirmava que “todos os entes que apresentarem sinais característicos da humanidade, sem distinção de qualidades e acidentes, são pessoas de existência visível”. Sendo pessoas, já possuidoras de personalidade e de capacidade, estão aptas a adquirir direitos. No entanto, cabe ressaltar que, para Teixeira de Freitas, a aquisição desses direitos somente se dá mediante a condição resolutiva de nascimento com vida.⁹

Examinando-se o Código Civil de 2002, verificamos que, apesar do disposto no artigo 2º, o próprio ordenamento outorga ao feto, desde sua concepção, diversos direitos subjetivos. No parágrafo único do artigo 1.609, permite o reconhecimento do filho antes mesmo de nascer; no artigo 1.779, trata da curatela do nascituro; no artigo 1.798, são legitimadas como sucessoras as pessoas já concebidas no momento da abertura da sucessão. Interessante, neste último dispositivo, notar que o Código Civil reconhece e denomina como pessoa o ser concebido.

Diante do exposto, podemos concluir que a teoria adotada pelos codificadores é a concepcionista, ou seja, a partir do momento da fecundação já existe um ser autônomo, genética e biologicamente, da genitora, completamente distinto desta, sendo um ser humano em desenvolvimento, e por essa razão, uma pessoa e sujeito de direitos.

1.2 Direitos fundamentais.

1.2.1 Evolução dos direitos fundamentais.

⁹ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade...** Op. cit. p. 64-65

Desde a época em que a pessoa ainda era considerada como coisa (*res*), subordinada à vontade de outrem, até o momento por que passamos atualmente, quando a dignidade da pessoa humana passa a ser o fundamento do direito, ou seja, a pessoa passa a ser a origem e a finalidade do direito, percorremos longo caminho.

A liberdade, hoje para nós quase um sinônimo de realização de vida pessoal, tinha outro significado para a população dos séculos passados, notadamente no início do século XIX. Para eles, a liberdade era antes a possibilidade de participar na vida da cidade.

Pouca ou quase nenhuma importância possuíam os indivíduos perante as comunidades, durante a Idade Média. Tinham eles deveres e direitos de acordo a sua classe, com o grupo onde haviam nascido, grupo este que os qualificavam. Somente a partir do Renascimento, que foi um período de intensa renovação, é que se passa a ter uma nova visão do papel, da importância do homem na sociedade e na ordem jurídica, com a concepção naturalista daquele, nascendo todos livres e iguais em direitos.¹⁰

Após um período de obscurantismo, quando o movimento denominado Renascimento declinou, começou a florescer na Europa uma nova linha filosófica, o Iluminismo, estendendo-se desde as últimas décadas do século XVII até o final do século XVIII, que se caracterizou por entender que a razão é a base para crítica e guia a todos os aspectos da existência humana, utilizando-a, juntamente com os resultados que ela pode obter, nos diversos campos de pesquisa, com o intuito de melhorar a vida individual e social do homem.

Tais idéias levaram os europeus a se questionarem sobre o modo como a sociedade estava organizada, com grandes privilégios para a nobreza e membros do clero, enquanto o povo, formado pela burguesia e pelos camponeses, possuíam insignificantes direitos políticos e arcavam com a maior parte dos impostos que mantinham o Estado, a monarquia absolutista.

¹⁰ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 381-382

Influenciada pelos pensamentos iluministas, que tinham a razão como a luz contra as trevas da superstição religiosa, e que, além disso, defendiam a liberdade, a igualdade entre os homens e a livre expressão de idéias, surge a Revolução Francesa, marco histórico que representa o início da Idade Contemporânea, e com ela, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que, segundo aduz Maria Helena Diniz, “impulsionou a defesa dos direitos individuais e a valorização da pessoa humana e da liberdade do cidadão”.¹¹

Assim dispõe a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu primeiro dispositivo, demonstrando a valorização que a pessoa humana passou a ter a partir de então, sendo considerada a origem e a finalidade da lei:

A Assembléia Nacional reconhece e declara em presença e sob os auspícios do Ser Supremo, os direitos seguintes do homem e do cidadão:
I - Os homens nascem e permanecem livres e iguais perante a lei; as distinções sociais não podem ser fundadas senão sobre a utilidade comum.

Interessante observar a utilização dos verbos “reconhecer” e “declarar”. Em outras palavras, a citada Declaração não cria, não concede direitos, ela simplesmente traz a tona algo já existente, direitos inerentes ao ser humano. Grande passo foi dado aqui para toda a construção teórica que possuímos hoje sobre direitos fundamentais do homem.

Em 1948, é proclamada pela Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas a Declaração Universal dos Direitos do Homem, diante dos horrores praticados pelos governos totalitários durante a Segunda Guerra Mundial. O referido documento expõe os direitos fundamentais, civis, políticos e sociais de que devem usufruir todas as pessoas, independente de raça, sexo, idade ou qualquer outra forma de discriminação. A partir de então, as Constituições promulgadas passaram a dar tutela especial ao indivíduo como pessoa, à proteção de sua personalidade e à garantia da defesa da dignidade do ser humano.

1.2.2 Conceito e características.

¹¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil** – 23. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 120

Os direitos fundamentais, também chamados de direitos humanos, têm por objetivo garantir o respeito ao direito à vida, à liberdade e à dignidade, assim como ao pleno desenvolvimento da personalidade do ser humano, sendo que tais valores devem ser observados tanto nas relações entre particulares como nas em que participa o Estado.

Consagrando o respeito à dignidade humana, limitando o poder e tendo por objetivo o completo desenvolvimento da personalidade do ser humano, vem a ser uma das previsões mais necessárias a todas as Constituições.

Tais direitos são conhecidos por diversas expressões, como direitos humanos, direitos naturais, direitos do homem, direitos públicos subjetivos, direitos individuais, liberdades públicas, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem e direitos humanos fundamentais.

Alexandre de Moraes¹² assim os conceitua, ressaltando-se que o autor utiliza a expressão “direitos humanos fundamentais”:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana [...].

E, continuando sua lição, aduz:

[...] os direitos humanos fundamentais relacionam-se diretamente com a garantia de não-ingerência do Estado na esfera individual e a consagração da dignidade humana, tendo um universal reconhecimento por parte da maioria dos Estados, seja em nível constitucional, infraconstitucional, seja em nível de direito consuetudinário ou mesmo por tratados e convenções internacionais.

De acordo com Nagib Slaibi Filho¹³, “nos direitos fundamentais estão as prestações de serviços essenciais à existência e ao desenvolvimento da pessoa”.

¹² MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 21

¹³ SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional...** Op. cit. p. 365.

Para Canotilho¹⁴, funcionam como direitos de proteção dos cidadãos, de duas formas:

[...] (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Possuem determinadas características, que os distinguem dos demais direitos previstos na Constituição, quais sejam: a imprescritibilidade, ou seja, o decurso do tempo não faz com que se percam; a inalienabilidade, que significa que os direitos fundamentais não são suscetíveis de transferências, seja gratuita ou onerosamente; a irrenunciabilidade, sendo impossível aos indivíduos renunciá-los por quaisquer razões; a inviolabilidade, não podendo ser desrespeitados por atos de autoridades públicas ou por determinações infraconstitucionais, gerando, nesse caso, responsabilização penal, civil e administrativa; a universalidade, significando esta que esses direitos são estendidos a todos, sem qualquer discriminação; a efetividade, devendo o Estado garantir que os direitos e garantias previstos sejam realmente cumpridos, utilizando-se de mecanismos coercitivos para tanto; a interdependência, ou seja, para atingir as suas finalidades, esses direitos, mesmo autônomos, encontram-se interligados; e a complementariedade, não devendo ser interpretados de forma isolada, e sim em conjunto com os objetivos previstos pelo legislador constituinte.¹⁵

1.2.3 Classificação dos direitos fundamentais.

Em nossa Constituição, o Título II foi dedicado aos direitos e garantias fundamentais, apesar de não haver esgotado o tema. Conforme a classificação feita em nossa Carta Magna,

¹⁴ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 25

¹⁵ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 23

podemos dividi-los em cinco espécies, a saber: *direitos e garantias individuais e coletivos*, diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e de sua personalidade; *direitos sociais*, que têm por objetivo melhorar as condições de vida dos hipossuficientes, e assim alcançar a igualdade social; *direitos de nacionalidade*; *direitos políticos*, que disciplinam as maneiras possíveis de atuação da soberania popular, e *direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos*.¹⁶

Podem ser classificados, ainda, como direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações, com base na ordem cronológica em que passaram a ser reconhecidos pelas constituições.

De acordo com o Ministro Celso de Mello, os direitos de primeira geração, que são os direitos civis e políticos, compreendem as liberdades clássicas, formais ou negativas, pondo em evidência o princípio da liberdade. Já os direitos de segunda geração – direitos econômicos, sociais e culturais – em contraponto com os primeiros, são as liberdades positivas, concretas ou reais, realçam o princípio da igualdade. E os direitos de terceira geração, relativos aos poderes atribuídos de forma genérica a todas as formações sociais, ligados, portanto, à coletividade, são os que consagram o princípio da solidariedade, marcando “um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade”.¹⁷ Estes últimos abrangem o direito a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, à autodeterminação dos povos, à paz, ao progresso, entre outros direitos difusos.

¹⁶ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos...** Op. cit. p. 25

¹⁷ STF – Pleno – MS nº 22.164/SP – Rel. Min. Celso de Mello, **Diário da Justiça**, Seção I, 17 nov. 1995. p. 39.206, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 26

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “a primeira geração seria a dos direitos de *liberdade*, a segunda, dos direitos de *igualdade*, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: *liberdade, igualdade, fraternidade*”.¹⁸ (*grifo do autor*)

A doutrina nos diz, ainda, que existem os direitos fundamentais de quarta geração, que seriam o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais, uma vez que estão inseridos no texto da Constituição, e normalmente são de eficácia e aplicabilidade imediata, em face do Estado e dos agentes públicos e também dos demais cidadãos, entes e pessoas jurídicas.

Importante ressaltar que, apesar de toda a importância dos bens tutelados por esses direitos, eles não podem ser utilizados para acobertar práticas ilícitas, muito menos como desculpa para que seja afastada ou diminuída a responsabilização penal ou civil por atos criminosos. Dessa forma, em determinadas situações, tais direitos podem ser considerados relativos.

Não são, portanto, ilimitados, absolutos, estando seus limites nos outros direitos também consagrados no texto constitucional, devendo tais direitos limitar a ação do Estado, mas sem esquecer-se da subordinação devida pelo indivíduo ao mesmo. Conforme aduz Alexandre de Moraes¹⁹, em caso de conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais:

[...] o intérprete deve utilizar-se do princípio da concordância prática ou da harmonização, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (contradição dos princípios), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.

¹⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 1995, *apud* MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 28

¹⁹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28

Este é um ponto importante dentro de nosso estudo, mormente no conflito entre o direito à vida e o direito à liberdade, mas trataremos disto em outro momento.

Cabe também lembrar que existe distinção entre direitos e garantias fundamentais. Os direitos são, por si só, bens, são principais, constituindo prescrições legais meramente declaratórias. Já as garantias asseguram o gozo desses bens, sendo, portanto, acessórias, e constituindo disposições assecuratórias, limitando o poder, para proteção daqueles direitos.

1.2.4 Dos direitos, garantias fundamentais e princípios tratados na Constituição de 1988.

A Constituição Federal de 1988 afirma em seu artigo 5º que todas as pessoas são iguais perante a lei, sem que haja distinção de qualquer tipo, e sendo assegurada aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no Brasil a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Não somente às pessoas físicas são assegurados esses direitos. As pessoas jurídicas, levando-se em consideração a sua natureza, também fazem jus a alguns deles.

Os estrangeiros em trânsito pelo Brasil também fazem jus à proteção garantida pela Constituição, uma vez que são, da mesma forma que os aqui residentes, titulares de direitos humanos, não podendo receber tratamento diferenciado, desigual, em relação aos nacionais.

Um dos princípios adotados por nossa Constituição foi o da igualdade, ou isonomia, como preferem alguns. Todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em conformidade com os critérios existentes no ordenamento jurídico. São vedadas, aqui, as diferenciações e discriminações arbitrárias e absurdas.

Importante ressaltar, no entanto, que para que se possa cumprir esse princípio de igualdade, necessário se faz que os desiguais sejam tratados de forma desigual, na medida de suas desigualdades. Para exemplificar, podemos utilizar o caso do imposto de renda – se a

todos os trabalhadores fossem aplicadas alíquotas exatamente iguais, sem distinção de remuneração, ou seja, se aquele trabalhador que recebe um salário mínimo fosse obrigado a pagar o mesmo valor, a título de imposto, que um magistrado, por exemplo, estaríamos descumprindo, de maneira grotesca, o princípio da igualdade.

Cria limitações em três campos – o primeiro, ao legislador, e ao próprio executivo, em suas tarefas de edição de leis, atos normativos e medidas provisórias, que devem se manter balizados pelo princípio da isonomia, não podendo de forma alguma criar diferenciações abusivas a pessoas que se encontrem em situações idênticas; o segundo, ao intérprete da lei, ou à autoridade pública, que ao aplicar a lei ou atos normativos aos casos concretos, não poderá criar ou aumentar desigualdades, em razão de sexo, religião ou qualquer outro meio de discriminação; e o terceiro, ao particular, ao cidadão em suas relações sociais, ao qual é vedado assumir condutas discriminatórias, preconceituosas ou racistas, podendo ser responsabilizado civil e penalmente.

Outro princípio importante contido no artigo 5º, II, de nossa Constituição é o princípio da legalidade. Tal artigo nos diz que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, princípio esse que tem por finalidade combater o poder arbitrário do Estado. Apresenta-se sob duas óticas – a primeira para o estado, que só pode agir, por meio de seus agentes, quando houver a hipótese legal, e a segunda para o cidadão, que pode fazer tudo aquilo que a lei não proíba.

Dentre os direitos e garantias enumerados no mesmo artigo, temos o direito à vida, que será tratado mais adiante, o direito à liberdade, à segurança, à propriedade, direito de liberdade de pensamento, direito de resposta, direito de herança, direito ao livre exercício de culto religioso, direito à intimidade e à vida privada, dentre muitos outros.

Todos esses direitos gravitam em torno de um princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana. Esta pode ser definida, conforme Alexandre de Moraes²⁰, como:

²⁰ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p. 48

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*. (grifo do autor)

Maria Helena Diniz²¹ nos fala sobre o mencionado princípio o seguinte:

[...] o respeito à dignidade da pessoa humana [...] é o fundamento do Estado Democrático de Direito (CF, art.1º, III) e o cerne de todo o ordenamento jurídico. Deveras, a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico.

Em outras palavras, todos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal são conseqüências do princípio da dignidade humana, todo o ordenamento deve ser interpretado e aplicado tendo por base este princípio, que vem nos dizer, como já afirmado, que o homem é a origem e a finalidade do direito.

Se por um lado traduz um direito individual com vistas à proteção em relação ao próprio Estado e aos demais indivíduos, por outro impõe o dever fundamental de tratamento igualitário entre os seres humanos, que precisam respeitar a dignidade do próximo da mesma forma que a sua precisa ser respeitada.

1.3 Direitos da personalidade.

1.3.1 Breve relato histórico.

²¹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 19

Os direitos da personalidade, como atualmente conhecidos, são de construção teórica relativamente recente, ainda divergindo, segundo Francisco Amaral, a doutrina sobre sua existência, seu conceito, sua natureza e sobre sua incidência.²²

No entanto, na Antigüidade já se encontravam vestígios de sua tutela, sendo as mais remotas de que temos notícia a *iniura* romana e a *hybris* grega.²³

Na Grécia antiga, cada cidade-estado possuía seu próprio estatuto e em muitos deles já se conhecia o princípio da personalidade do direito. Mas a idéia de um direito geral de personalidade só começou a aparecer, influenciado pela filosofia, entre os séculos IV e III a.C.

A tutela da personalidade humana, nessa época, tinha natureza totalmente penal, sendo exercida por meio da *hybris* e reprimindo-se atos de injúria e maus-tratos, expandindo-se após para os casos de lesão corporal, difamação, estupro, etc.

Foi na Grécia que surgiu a idéia da igualdade entre os homens e do objetivo perseguido pela lei, o bem comum, por meio da regulamentação das relações humanas em sociedade, por grande influência de Aristóteles.

Passou-se então a ser visto o ser humano como a origem e a finalidade do direito.

Em Roma, de acordo com Castan Tobeñas²⁴, não havia previsão de proteção da personalidade individual como existe hoje, de forma sistemática. Sua tutela era realizada, normalmente, por meio de manifestações isoladas, tendo por instrumento a *actio iniuriarum*, que inicialmente era utilizada somente em casos de ofensas cometidas contra a vida e à integridade física, mas posteriormente estendida às ofensas por meio de injúria.

Os direitos à honra e à liberdade, mais tarde, passaram também a serem tutelados, graças ao direito pretoriano. O domicílio passou a ser protegido contra sua violação e também

²² AMARAL, Francisco. **Direito Civil**... Op. cit. p. 246

²³ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade**... Op. cit. p. 23-25

²⁴ TOBEÑAS, José Castan. **Los derechos de la personalidad**. Madrid: Réus, 1952, *apud* SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade**... Op. cit. p. 31

foi garantida a integridade física das pessoas, pela *Lex Cornélia* e pela *Lex Aquilia*, respectivamente.

Nos diz Elimar Szaniawski²⁵:

Nesse sentido, é de ser observado que já havia em Roma a tutela da personalidade humana através da *actio iniuriam* [sic], que assumia a feição de uma verdadeira cláusula geral protetora da personalidade do ser humano, todavia, esta proteção não apresentava, nem poderia oferecer uma tutela da pessoa na mesma intensidade e no mesmo aspecto que hoje, principalmente devido à diferente organização social daquele povo, distante e desprendido da visão individualista que possuímos de nossa pessoa, à completa ausência de desenvolvimento das pesquisas médicas e biológicas que possuímos na atualidade e à inexistência de tecnologia e aparelhos que viessem a atacar e a violar as diversas manifestações da personalidade humana.

Durante a Idade Média, após o fim do Império Romano do Ocidente, profundas modificações ocorreram na Europa Ocidental, tendo a Igreja força política e econômica. À época, o costume era a principal fonte de direito, e aos poucos, algumas categorias do direito romano vulgar foram sendo incorporadas ao direito bárbaro vigente. Além disso, havia o direito canônico, que tinha prioridade quando conflitava com outras normas.

Surge a Escola dos Glosadores de Bolonha, que traz de volta o direito romano justiniano, ao final do século XI, e este, com a interpretação dada pelos glosadores, tornou-se então o direito comum medieval, em vigência por toda a Europa Ocidental até o século XIX.

Foi dado durante a Idade Média o primeiro passo para a construção de um conceito de pessoa humana com bases na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa,²⁶ com o movimento do Renascimento, seguindo assim a evolução dos direitos humanos fundamentais, conforme exposto brevemente no item 1.2.1 acima, uma vez que os direitos da personalidade são direitos humanos por excelência.

1.3.1 Conceito, características e finalidade dos direitos da personalidade.

²⁵ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade na antiga Roma**. *RDC*, n. 43, 1988, *apud* SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade...** Op. cit. p. 32

²⁶ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade...** Op. cit. p. 35

Direitos da personalidade são aqueles que têm por objetos os bens e valores intrínsecos ao ser humano, essenciais a este, no campo físico, moral e intelectual, sendo por isso, direitos subjetivos. Desta forma, tem o titular o poder de agir em defesa desses bens e valores, componentes de sua personalidade, sendo esta na realidade o suporte dos direitos e deveres daí emanados, e não o direito em si.

Na opinião de Maria Helena Diniz, “os direitos da personalidade são *direitos subjetivos ‘excludendi alios’*, ou seja, direitos de exigir um comportamento negativo dos outros, protegendo um bem inato, valendo-se de ação judicial”. (*grifo da autora*)

O objeto desses direitos é o bem jurídico da personalidade, concebendo-se este como um conjunto unitário, dinâmico e evolutivo desses bens e valores essenciais²⁷, em todos os seus aspectos, e que se destinam ao exercício da tutela da dignidade da pessoa humana.

São direitos inatos e permanentes, que nascem com o indivíduo, acompanhando-o por toda sua existência e objetivando primordialmente proteger as qualidades e atributos intrínsecos da pessoa humana, defendendo sua dignidade e impedindo apropriações e agressões de particulares ou do próprio Estado.

A construção teórica dos direitos da personalidade e suas formas de tutela evoluíram na medida em que se desenvolveram os ideais de valorização do homem, e principalmente de dignidade do indivíduo, hoje um dos princípios fundamentais de nossa Carta Magna. Esses direitos asseguram e resguardam a dignidade da pessoa humana, e, por tanto, devem estar previstos e sancionados pelo ordenamento jurídico.

Os direitos da personalidade disciplinam matéria de direito privado, constituindo-se, de acordo com Francisco Amaral, no ponto de encontro entre o direito privado, a liberdade pública e o direito constitucional.²⁸

²⁷ AMARAL, Francisco. **Direito Civil...** Op. cit p. 248

²⁸ Ibid. p. 247

O seu objeto é inerente ao titular, a sua própria pessoa, sempre considerada nos aspectos que a constituem e que lhe são essenciais, dizendo respeito a sua integridade física, moral e intelectual. Em virtude da importância desse objeto, podemos dizer que sua tutela é mais reforçada, pois são protegidos nas esferas constitucional, civil e penal.

Na Constituição Federal de 1988, todos os direitos da personalidade são tutelados em cláusula pétrea, significando isto que não são extintos pelo seu não-uso, nem existem prazos para que sejam adquiridos, ou seja feita sua defesa.

Na esfera civil, podemos citar como exemplos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), a legislação que regula o transplante de órgãos (Lei nº 9.434/97 e Dec. nº 2.268/97) e a lei que protege o direito moral do autor (Lei nº 9.610/98), entre outros. Na penal, temos o Código Penal de 1940, protegendo tais bens jurídicos em artigos que tratam dos crimes contra a vida, contra a honra, etc.

Consoante já afirmado, tais direitos tomam por objeto a personalidade humana, que é o conjunto de valores próprios do homem. Sobre esses valores, nos ensina o mesmo autor²⁹:

[...] são a vida humana, o corpo humano na sua integridade e nas suas partes, quando individualizadas e separadas; a honra, a liberdade, o recato, a imagem, o nome; a liberdade de pensamento, o direito de autor e de inventor. Esse conjunto ou esse complexo unitário de natureza física, psíquica e moral, vem a justificar um *direito geral de personalidade* que se constrói a partir do princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*, base legítima dos *direitos especiais da personalidade* que o sistema jurídico brasileiro já reconhece. Temos, assim, um *direito geral* da personalidade, que a considera um bem objeto da tutela jurídica geral e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual, e temos *direitos especiais*, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade.

Sua finalidade é resguardar, proteger a dignidade humana, por meio de sanções que precisam ser provocadas pelo ofendido ou pelo lesado indireto, mediante ação judicial.

São também chamados, por alguns autores, de direitos personalíssimos, justamente por serem inerentes à pessoa e desse modo, inseparáveis do seu titular, somente se extinguindo com a morte. Mesmo esta, no entanto, não impede que sejam reconhecidas manifestações da

²⁹ Ibid. p. 248-249

personalidade, como nos casos de direito ao corpo, à imagem, dano moral do autor, à honra. Nessas hipóteses, cabe aos herdeiros a defesa dos direitos do falecido, nos ditames do Código Civil.

Esses direitos se caracterizam por serem absolutos, uma vez que oponíveis *erga omnes*, contendo em si um dever geral de abstração. São também extrapatrimoniais, por não ser possível atribuir-lhes valor econômico; imprescritíveis, pois, ao contrário de outras espécies de direitos, podem ser exercidos a qualquer tempo, não se extinguindo pelo fato de o titular ter se mantido inerte; ilimitados, por não haver um número fechado de tais direitos, em virtude de sua própria essência e do progresso da sociedade; necessários e inexpropriáveis, por serem inatos, não podendo ser retirados do indivíduo enquanto estiver vivo, por serem relativos à qualidade humana, e por esse mesmo motivo, vitalícios. Por fim, são intransmissíveis, impenhoráveis, indisponíveis e irrenunciáveis.

Maria Helena Diniz³⁰ nos traz importantes esclarecimentos acerca da indisponibilidade dos direitos da personalidade:

[...] Poder-se-á, p. ex., admitir sua disponibilidade em prol do interesse social; em relação ao direito da imagem, ninguém poderá recusar que sua foto fique estampada em documento de identidade. Pessoa famosa poderá explorar sua imagem na promoção de venda de produtos, mediante pagamento de uma remuneração convencionada. Nada obsta a que, em relação ao corpo, alguém, para atender a uma situação altruística e terapêutica, venha a ceder, gratuitamente, órgão ou tecido. Logo, os direitos da personalidade poderão ser objeto de contrato [...]. Como se vê, a disponibilidade dos direitos da personalidade é relativa.

Importante observar que os direitos da personalidade não se confundem com os direitos fundamentais. Podemos dizer que os primeiros são também fundamentais, mas o inverso não é verdadeiro.

Quanto à classificação, podem ser divididos em três grupos, quais sejam: direito à integridade física, que engloba o direito à vida, ao corpo vivo e ao corpo morto; o direito à

³⁰ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v.1: teoria geral do direito civil** – 23. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002 – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 123

integridade intelectual e à integridade moral, lembrando que cada grupo se desmembra em diversos outros direitos mais específicos, dos quais citaremos apenas alguns.

Podemos dar como exemplo, dentro do direito à integridade física, o direito ao nascimento, ao planejamento familiar, à proteção do menor, à alimentação, à educação, ao trabalho, ao meio ambiente ecológico, à liberdade, à velhice digna, ao exame médico, à transfusão de sangue, ao transplante e ao sepulcro, entre outros. Com relação à integridade intelectual, podemos citar o direito à liberdade de pensamento, de autor, de inventor, etc. E compondo o direito à integridade moral, temos, além de outros, o direito à liberdade civil, política e religiosa, à honra, ao recato, à intimidade, à imagem e ao nome.

Admite-se serem as pessoas jurídicas titulares desses mesmos direitos, que a acompanham desde o seu início, com o registro no órgão competente, até a respectiva baixa, sendo reconhecida, porém, a possibilidade de existirem efeitos posteriores. Mas é importante ressaltar que essas entidades somente podem gozar de direitos que não sejam inerentes à pessoa humana.

1.3.2 Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana não é recente, tendo seu início com o aparecimento do Cristianismo, que valoriza o homem como um ser individual, pregando a igualdade entre todas as pessoas. Com o surgimento do Iluminismo, a noção de dignidade foi ampliada, servindo de fundamento na elaboração da teoria dos direitos individuais, especialmente no que tange aos direitos à liberdade e à igualdade.

A maior parte dos doutrinadores atribui a Immanuel Kant a melhor expressão do conceito lógico-filosófico de dignidade humana. A filosofia desenvolvida por esse pensador alemão entende o homem como um ser racional, cuja existência é um fim e não um meio, e,

essa racionalidade, característica comum a todos os seres humanos, é o que torna possível designar o homem como pessoa – “pessoa humana”.

A pessoa humana, segundo Kant, possui um valor que é próprio da sua essência, valor esse ao qual não é possível atribuir preço, não sendo, assim, substituível por algo equivalente, em razão de ser o homem um fim em si mesmo, e não um meio passível de utilização e manipulação. Esse valor absoluto é justamente a sua dignidade, qualidade de que é dotada a pessoa, merecedora de respeito e proteção.

A consagração da dignidade da pessoa humana significa, portanto, em colocar o homem como o centro do universo jurídico, sendo certo que tal reconhecimento não é concedido somente a alguns indivíduos, mas sim a todos os seres humanos, e a cada um destes individualmente considerados.

O conteúdo deste princípio diz respeito, dessa forma, ao atributo de que é possuidor todo ser humano, e justifica a realização de seu direito à existência plena e saudável e o exercício de sua liberdade. Tem por finalidade impedir a degradação da pessoa e a sua redução a objeto de manipulação, protegendo e promovendo as condições essenciais para uma vida adequada, o respeito à igualdade, a garantia da autonomia e da independência do indivíduo, coibindo obstáculos que impeçam o desenvolvimento de sua personalidade e garantindo a efetivação de seus direitos essenciais inalienáveis.

A dignidade deve permanecer inalterada diante de qualquer situação em que se verifique a pessoa, sendo, portanto, o mínimo invulnerável que cabe ao ordenamento jurídico assegurar.

Necessário, destarte, o asseguramento da integridade física e espiritual do homem, como dimensão irrenunciável de sua individualidade, bem como a garantia da identidade por meio do livre desenvolvimento de sua personalidade.

O reconhecimento do valor do ser humano trouxe, por consequência, a afirmação de direitos específicos de cada indivíduo. A dignidade da pessoa humana é, dessa forma, o núcleo essencial dos direitos fundamentais, e, ao mesmo tempo, é também o seu fim, pois somente com a efetiva consagração desses direitos é que a dignidade se afirma e aflora concretamente.

A dignidade humana é um dos fundamentos trazidos por nossa Constituição Federal, sendo considerado o mais importante de todos, o cerne que norteia nosso ordenamento jurídico, devendo este ser interpretado e aplicado sempre tendo por base o referido princípio.

Assim sendo, deve-se reconhecer que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função daquele, o que significa que toda ação do ente estatal deve observar os limites impostos por aquele princípio, sempre considerando se cada pessoa é tomada como fim em si mesma ou como instrumento, como meio para objetivos diversos.

Não pode, pelo mesmo motivo, ser reduzido o homem à condição de mero objeto do Estado ou de terceiros, em outras palavras, é vedada a “coisificação” da pessoa.

1.3.3 Direito à vida

Como já demonstrado, nossa Carta Magna declara a inviolabilidade do direito à vida em seu artigo 5º.

Esse direito é essencial ao ser humano e acaba por condicionar todos os demais, uma vez que, sem vida, nenhum outro direito pode ser exercido, perdem assim a razão de sua existência. É, portanto, a origem e o suporte dos demais direitos.

Nesse sentido, aduz Alexandre de Moraes: “o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.³¹

³¹ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 30

Devemos lembrar que a personalidade humana e todas as suas formas de manifestar-se não possuem gradações, sendo, em uma primeira análise, todos os direitos especiais de personalidade igualmente importantes e merecedores de proteção. Ainda assim, o direito à vida destaca-se, naturalmente, como o primeiro e mais importante atributo da personalidade, pois, como afirmado anteriormente, sem ele, nenhum outro subsiste. Prevalece sobre qualquer outro direito.

No dizer de Elimar Szaniawski³²:

O direito à vida funde-se com a própria personalidade, vinculando-se à mesma, uma vez que sem vida não haverá personalidade. Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis. Os outros direitos ou atributos da personalidade humana [...] decorrem diretamente da vida. Sem vida, não há pessoa, não se constituem os direitos de personalidade. Desta maneira, o direito à qualidade de vida, o direito à liberdade, o direito à honra, o direito à privacidade e outros, são atributos decorrentes da vida e desta dependem.

Mas o que é a vida? Será possível conceituá-la? Difícil tarefa essa, pois envolve questões demasiado complexas para ser tratada em tão breve estudo. Podemos, no entanto, dizer que a vida humana é o estado em que se encontra o homem animado, sejam suas condições físicas e psíquicas normais ou anormais, um processo pelo qual o ser é gerado, nasce, cresce e morre.

Ou como prefere Francisco Amaral³³:

A vida humana é fenômeno unitário e complexo, uma totalidade unificada de tríplice aspecto, o biológico, o psíquico e o espiritual. Biologicamente, é o processo de atividade orgânica e de transformação permanente do indivíduo, desde a concepção até a morte. Psicologicamente, é a percepção do mundo interno e externo ao indivíduo. Espiritualmente, significa inteligência e vontade.

³² SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade**... Op. cit. p. 146

³³ AMARAL, Francisco. **Direito Civil**... Op. cit. p. 256

Independente do conceito que aqui adotarmos, para que esse bem jurídico possa ser preservado, mister se faz que saibamos quando tem início a vida humana, quando o ser adquire sua personalidade.

De acordo com a doutrina tradicional, a personalidade é adquirida a partir do nascimento com vida. Pontes de Miranda nos ensina que “com o nascimento da personalidade (entrada do nascimento humano no mundo jurídico), nasce o direito à vida”. Essa é a teoria natalista, e por ela, o nascituro não é considerado pessoa, e sim parte das vísceras da mãe. Acreditam que não possui personalidade, sendo somente um detentor de expectativa de direito.

Uma segunda teoria é a da personalidade condicionada, para a qual a personalidade começa com a concepção, mas com a condição suspensiva do nascimento com vida, ou seja, se o feto nascer com vida, sua personalidade retroage à data de sua concepção. O nascituro, no período da gestação, tem a proteção da lei, sendo-lhe garantidos alguns direitos personalíssimos e patrimoniais, mas sempre sujeitos a uma condição suspensiva.

A terceira teoria é a concepcionista, que considera o feto como pessoa desde o momento de sua concepção, sendo esse também o marco inicial da sua personalidade. Entendemos que esse é o critério mais acertado, pois a ciência há muito ensina que a partir da fusão dos gametas feminino e masculino, formando assim o zigoto, já há vida, e inicia-se então um progressivo desenvolvimento, por todo o seu ciclo vital, chegando ao seu termo com a morte.

Acreditamos também que essa foi a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, conforme exposto no item 1.1.2 supra. No mesmo sentido, Maria Helena Diniz e Elimar Szaniawski.

A vida é, em realidade, um bem anterior ao direito, não se tratando de uma concessão ao indivíduo, e muito menos de um direito que a pessoa tem sobre si mesma. O próprio titular

está obrigado a respeitá-la, não pode simplesmente dispor de sua vida, pois vive em sociedade, e nesta tem um papel a desempenhar, alcançando seu aperfeiçoamento pessoal. É um bem que se encontra além de qualquer lei e que deve ser protegida de quem quer que seja, por ser inviolável.

Para Alexandre de Moraes³⁴, com a proteção a esse bem, são criadas duas obrigações ao Estado. A primeira seria a obrigação que este tem de cuidar de todos os indivíduos que possuam recursos suficientes para ter uma vida digna e que não possam adquiri-los por si mesmos. E a segunda seria a prestação de serviços públicos que garantissem prevenir, diminuir ou abolir as deficiências existentes, atingindo um “nível mínimo de vida digna da pessoa humana”. Cabe ainda, segundo o autor, ao Estado assegurar a proteção a esse direito considerando seus dois sentidos – o de continuar vivo e de se ter vida digna, relativamente à subsistência.

O direito à vida acompanha a pessoa até o seu falecimento, abrangendo em seu conceito o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, à integridade moral, à privacidade e à existência.

Além da garantia constitucional, esse bem recebe ainda tutela civil e penal. No Código Civil, é protegida, por exemplo, pelo artigo 2º, que resguarda os direitos do nascituro e pelo artigo 948, que trata de indenização à família em caso de homicídio. No Código Penal são punidos os crimes contra a vida – homicídio, infanticídio, aborto e o induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio.

Encontramos também sua proteção no Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, ratificado pelo Brasil em 1992, quando então passou a fazer parte de nosso ordenamento jurídico, no seu artigo 4º, inciso I: “Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção”.

³⁴ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais** – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2006. p.79

2 ABORTO.

2.1 Evolução histórica.

O aborto é conhecido há muito pela humanidade. Não podemos afirmar, precisamente, quais proporções teria alcançado em épocas remotas, por falta de elementos para determiná-las. Apesar disso, não se discute sobre sua prática. Até o ano de 1800, não são conhecidos levantamentos, em qualquer sociedade, de seu número provável.

No decorrer da história, foi ele sendo liberado ou punido, castigado de forma dura, até mesmo com a morte, ou castigado de maneira mais atenuada.

Os indianos da antiguidade, os astecas, os assírios, eram povos que conheciam o aborto, tanto assim que o condenavam. Também havia cominações legais nos Códigos de Hamurabi e Hitita, bem como na lei mosaica.

Na Grécia antiga, Platão, Sócrates, Aristóteles e Hipócrates, de acordo com Celso Cezar Papaleo, não se posicionavam contra o aborto, mesmo que aquele último tenha incluído em seu juramento a proibição aos médicos de indicar drogas abortivas as suas pacientes.³⁵

No entanto, em Atenas e em Tebas, ainda de acordo com o professor Papaleo, o aborto que resultasse de agressão contra a mulher grávida, não havendo anuência desta, tinha punição prevista nas leis locais. Apesar disso, geralmente ficava impune, sendo sua prática corrente, como também ocorria no Oriente.

O mesmo acontecia nos primórdios de Roma, onde o feto era considerado parte do corpo da mulher. Com o passar do tempo, o aborto começou a ser considerado crime no direito romano, mas por razões políticas e econômicas. Ao tempo de Séptimo Severo, por volta do ano 200 d.C., as leis tornaram-se mais severas, sendo aplicada pena extraordinária à

³⁵ PAPALETTO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 22-23.

mulher casada que viesse a provocar o aborto, considerado como uma ofensa ao direito que possuía o marido ante a prole esperada. Já a mulher solteira poderia abortar livremente.

Papaleo nos traz alguns dos motivos pelos quais o aborto era reprimido:³⁶

- a) não se considerava justo praticá-lo, pois privaria o pai de elemento vivo de sua propriedade, ferindo-lhe gravemente as prerrogativas intrínsecas da paternidade: importantíssimas, para os hebreus, uma e outra, destacadamente a última, fulcro de legítimos interesses quanto à perpetuidade da estirpe;
- b) o estado e seu chefe vinham a ser privados de um futuro e indispensável súdito, presumidamente importante e inalienável;
- c) mais adiante, se entenderia asseverar dos “direitos inalienáveis do feto”, definindo-o titular de prerrogativas.

Foi com o Cristianismo que o aborto passou a ser visto como um crime contra a vida humana, trazendo-nos a concepção de que esta é sagrada, devendo ser protegida inclusive durante a gestação, uma vez que, neste caso, trata-se de uma pessoa completamente indefesa.

Durante a Idade Média, sob influência total da Igreja, foi generalizada a punição do aborto. Havia, no entanto, uma distinção entre feto animado e não animado, ou seja, o que possuía e o que não possuía alma. Punível seria o aborto no caso de feto já animado. Tal era a tese sustentada por Santo Agostinho.

A dificuldade residia em saber quando o feto adquiria alma. Ainda segundo Santo Agostinho, isto ocorria por volta de quarenta dias após a concepção, caso fosse do sexo masculino, e oitenta dias, se feminino. Ainda assim, não havia como dizer quando, exatamente, tinha-se um feto animado, por nem sempre ser possível saber a data da concepção. Passou-se a usar como critério para essa distinção o aparecimento dos movimentos do feto no ventre materno.

São Basílio não comungava dessa opinião. Para ele, o aborto configurava crime em qualquer fase da gravidez.

³⁶ Ibid. p.19

De acordo com Maria Helena Diniz, o aborto teria surgido pela primeira vez como crime na *Constitutio Bamberguensis* de 1507 e na *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, que utilizavam o critério de Santo Agostinho, da distinção entre fetos animados e não animados, sendo o primeiro caso punido com pena de morte e o segundo com algum castigo determinado pelos peritos versados em direito. Era o aborto igualado ao homicídio. Acrescenta ainda a autora que na França, àquela época, tal prática era punida com a pena capital, como crime gravíssimo, mas sem uso da citada distinção.

No decorrer desse período, portanto, o aborto, comparado ao homicídio cruel de pessoa indefesa, foi punido de forma rigorosa, com o confisco de bens e valores dos autores e seus cúmplices, tortura e pena de morte.

Os filósofos iluministas opuseram-se ao excessivo rigor da punição desse crime, defendendo o fim da pena de morte. Aos poucos, a pena capital foi sendo abolida, restando somente a prisão.

Atualmente, existem três tendências sobre a permissão ou não do aborto. A primeira, encontrada em países como Japão e Rússia, deixa a decisão de abortar a cargo da mulher e do médico.

A segunda permite sua realização por motivos diversos, que vão desde fatores sócio-econômicos até a escolha livre da mulher. Adotam essa linha países como China e Canadá.

Já a terceira, onde se encontra a maioria dos países, como Brasil, Espanha, Argentina, entre outros, o permite somente em situações extremas, e ainda assim, entre eles não existe uma homogeneidade, pois o que é permitido em um, é proibido em outro.

Nos Estados Unidos nenhuma das três tendências é observada. O critério da viabilidade é o utilizado por este país. Durante o primeiro trimestre da gravidez, o aborto é permitido em todos os estados norte-americanos. No segundo trimestre, os estados podem, apresentando justificativas razoáveis, proibi-lo. E no terceiro trimestre, ele é proibido,

contanto que a gravidez não represente risco de vida para a mulher. Tal situação se verifica porque em 1973 a Corte Suprema do país abriu um precedente histórico, no caso *Roe versus Wade*, dando a mulher o direito constitucional de decidir de quer ou não ter o filho, e dessa forma, tornando o aborto legal em todo o seu território.

2.2 Conceito e classificação.

O termo “aborto” origina-se do latim *ab ortus*, sendo *ab* uma preposição que exprime idéia de afastamento, e *ortus* um substantivo que significa nascimento. Portanto, aborto nos traz a idéia de não nascimento, e daí o seu conceito atual, de interrupção da gravidez.

O aborto pode ser natural ou espontâneo, que é o realizado pelo próprio organismo da mulher, e provocado ou criminoso. Dessa forma, podemos dar ao aborto criminoso a seguinte definição: é a interrupção intencional da gestação, com a conseqüente morte do produto da concepção, havendo ou não sua expulsão do ventre materno, e independente do período em que se encontra a gravidez.

Trazendo a definição dada por Maria Helena Diniz³⁷:

O aborto criminoso constitui um delito contra a vida, consistente na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto da concepção, seguida ou não de sua expulsão do ventre materno. [...] Haverá aborto mesmo que não se tenha a expulsão do concepto, que poderá, às vezes, ser absorvido ou conservado pelo organismo materno. Além disso, poderá ocorrer o óbito da gestante antes que se dê a expulsão do feto.

Nosso Código Penal trata do crime de aborto nos artigos 124 a 128, no capítulo de crimes contra a vida, prevendo punições diversas aos sujeitos ativos possíveis, quais sejam, a gestante e o terceiro que nela pratica os atos necessários à configuração do delito. Se for provocado pela própria gestante, temos o crime de auto-aborto. Já no caso de ser feito por

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2006. p. 40-41.

terceiro, deve ser observado se houve ou não consentimento da gestante, uma vez que, para cada caso, as penas serão diferentes.

A lei penal prevê também a possibilidade de a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave ou vir a morrer, estabelecendo causa especial de aumento de pena para cada um desses casos. No primeiro, a pena é aumentada em um terço, e na segunda, são duplicadas. Configura-se aqui a figura qualificada desse delito.

O artigo 128 traz duas situações diferenciadas – o aborto necessário ou terapêutico, quando a gravidez põe em risco a vida da gestante e não há outro meio de salvá-la, e o aborto sentimental, humanitário ou, como chamado por alguns, honroso, quando a gestação é resultante de estupro, sendo necessário aqui o consentimento da gestante ou de seu representante legal, se incapaz.

Há quem entenda que esse artigo retiraria o caráter antijurídico do aborto, ou seja, este, para efeitos desse dispositivo, não é considerado crime. Seria, então, uma exclusão de ilicitude. Nesse sentido, Damásio E. de Jesus, Frederico Marques e Fragoso.

Assim se manifesta Rogério Greco sobre tal controvérsia³⁸:

Para que pudéssemos concordar com a maioria de nossos autores, seria preciso amoldar, com precisão, a hipótese prevista no inciso II do art. 128 do Código Penal a uma das causas legais de exclusão da ilicitude elencadas no art. 23 do Código Penal, vale dizer: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito.

E continuando em sua lição:

[...] existem dois bens em confronto: de um lado, a vida do feto, tutelada pelo nosso ordenamento jurídico desde a concepção; de outro, como sugere Frederico Marques, a honra da mulher vítima de estupro, ou a dor da recordação dos momentos terríveis pelos quais passou nas mãos do estuprador. [...] Pela redação do art. 24 do Código Penal, somente se pode alegar o estado de necessidade quando o sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se. [...] Não entendemos razoável no confronto entre a vida do ser humano e a honra da gestante estuprada optar por esse

³⁸ GRECO, Rogério. **Direito penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói, RJ: Impetus, 2005. p. 285-287

último bem, razão pela qual [...] não poderíamos falar em estado de necessidade. [...].

[...] Não se trata de legítima defesa, pois que o feto não está agredindo injustamente a gestante; não é o caso de estrito cumprimento de dever legal, haja vista a inexistência do dever de matar [...] e muito menos se pode argumentar com o exercício regular de direito, uma vez que o ordenamento jurídico quer, na verdade, é a preservação da vida, e não a sua destruição.

Entendemos, coma devida *vênia* das posições em contrário, que, no inciso II do art. 128 do Código Penal, o legislador cuidou de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, não se podendo exigir da gestante que sofreu a violência sexual a manutenção da sua gravidez, razão pela qual, optando-se pelo aborto, o fato será típico e ilícito, mas deixará de ser culpável.

Acompanhamos o entendimento acima, que classifica as hipóteses elencadas no artigo 128 como inexigibilidade de conduta diversa, considerada pela doutrina como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, que será abordado em item posterior.

Quanto à classificação, pode ser crime de mão própria, no caso do auto-aborto, e comum nas outras hipóteses, com relação ao sujeito ativo. Também é considerado próprio quanto ao sujeito passivo, uma vez que somente podem figurar como este a gestante e o feto.

Podemos dizer também que é um crime de forma livre, pois não importa o meio utilizado para atingir o resultado pretendido; comissivo, quando a conduta é realizada por meio de uma ação; omissivo impróprio, no caso em que o agente possuía um dever de agir para evitar o resultado, mas não o faz. Importante ressaltar que esse dever não se atribui a qualquer pessoa, e sim àquelas que estejam entre as possibilidades previstas pelo §2º do artigo 13 do Código Penal.

É ainda um crime de dano, que só se consuma se houver a efetiva lesão do bem jurídico tutelado, ou seja, a morte do feto; crime material, estando mencionados no tipo legal a conduta e o evento, exigindo-se sua produção para a consumação; instantâneo de efeitos permanentes, se houver a morte do feto; plurissubsistente, perfazendo-se com vários atos; não transeunte, pois deixa vestígios e doloso, uma vez que o ordenamento penal não prevê a modalidade culposa de aborto.

2.3 Bem jurídico protegido. Início da tutela pelo tipo penal do aborto.

Sendo um delito que se encontra no capítulo dedicado aos crimes contra a vida, o aborto protege, desse modo, e principalmente, a vida humana em desenvolvimento. Nas hipóteses de aborto praticado por terceiro, havendo ou não consentimento da gestante, também são tuteladas a incolumidade física e psíquica daquela.

Incontestável que a vida humana tem seu início na concepção, com a fecundação do óvulo feminino pelo espermatozóide masculino. No entanto, há divergências na doutrina com relação ao momento em que a vida passa a ter relevância para fins de proteção pela lei penal.

Para uns, a tutela já é válida desde o momento exato da fecundação, enquanto que para outros, só se inicia com a nidação, ou seja, a implantação no óvulo já fecundado no útero, que ocorre quatorze dias após a fecundação.

Tal distinção é importante quando se trata de pílulas anticoncepcionais, DIU, e principalmente da chamada pílula do dia seguinte. Discute-se se esses métodos seriam ou não abortivos, tema que não será aqui tratado, por ser bastante complexo e merecedor de estudo mais aprofundado.

Rogério Greco, citando Heleno Fragoso, nos traz este ensinamento³⁹:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é, o estado de gestação, que, para efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto.

A matéria tem sido objeto de debate em face dos efeitos dos anovulatórios orais ou 'pílulas anticoncepcionais', bem como do dispositivo intra-uterino (DIU). Certas pílulas impedem a ovulação ou o acesso do espermatozóide ao óvulo, pelas transformações que causam no muco cervical. Em tal caso, impede-se a concepção. Outras pílulas, no entanto, atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intra-uterinos, cuja ação, para muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou o seu desenvolvimento,

³⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal – parte especial(arts. 121 a 160 CP)**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 115-116, *apud* GRECO, Rogério. **Direito penal: parte especial...** Op. cit. p. 270-271.

provocando sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da espécie o os DIU, que não impedem a concepção, seriam abortivos (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e esta se inicia com a concepção. Todavia, a lei não especifica o que se deva entender por aborto, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto.

Apesar da importância dessa distinção, na prática, dificilmente será possível sabermos o momento exato em que ocorreu a fecundação, e por conseqüência, quando o ovo foi implantado no endométrio, e, para os fins a que se presta este trabalho, tal tema não se mostra de tamanha relevância, razão pela qual deixaremos de desenvolvê-lo.

Necessário se faz, no entanto, um comentário sobre a gravidez patológica. Esta ocorre nos casos de gravidez anormais, e possui variedades, de acordo com a região onde o óvulo se desenvolve – intersticial, se for na trompa, ovária ou tuboovária, etc. Nessas situações, o desenvolvimento do feto se opera por pouco tempo, uma vez que, em decorrência de sua anormalidade, sobrevêm complicações que podem levar a mulher à morte. Há também o caso da gravidez molar, sendo esta uma particular formação neoplástica, derivada muitas vezes das membranas fetais, sem que necessariamente exista ali um embrião. A interrupção da gestação nesses casos não será considerada como crime de aborto, pois não há vida que possa ser destruída.

2.4 Requisitos para configuração do crime e prova de sua existência.

Para que o crime de aborto seja configurado, necessários são alguns requisitos. Primeiro, é imprescindível que exista a gravidez, o período que vai desde a fecundação do óvulo até o início do trabalho de parto, e sua existência deve ser comprovada pelos meios

legais admissíveis. Indícios não suprirão a falta dessas provas, nem mesmo a confissão da gestante.

Preciso também é o dolo, elemento subjetivo. O autor age com a finalidade de causar a morte do óvulo, embrião ou feto, com intenção livre e consciente de interromper o processo gestacional, no caso do dolo direto, ou assumindo, com sua conduta, o risco de tal fato acontecer, risco este previsto, no chamado dolo eventual.

A figura culposa do aborto não foi prevista em nossa legislação penal, devendo o agente ser responsabilizado por lesão corporal culposa pela expulsão do feto.

A doutrina nos fala ainda do aborto *vulnerandi animus*, quando a gravidez é interrompida sem que o autor assim o queira, por decorrência de lesão corporal dolosa ou culposa. No caso de dolo, a intenção é somente de ferir a vítima, e não de matar o feto. O aborto funciona como uma agravante da lesão corporal, sendo punido portanto somente a título de culpa.

Outro requisito é o emprego de técnicas capazes de provocar efetivamente o aborto, atingindo o efeito que se pretende, a morte do concepturo, podendo estas ser diretas ou indiretas, como mais adiante se verá.

E, por último, é necessária a morte do feto, que pode ocorrer ainda no ventre materno ou após a sua expulsão, por meio das técnicas empregadas para esse fim. É preciso que seja demonstrada a relação entre a morte e o meio utilizado, mas a lei não exige que o feto seja viável, bastando que esteja vivo.

Por ser crime material, vem a ser consumado com a morte do produto da concepção. A tentativa é admitida, quando, por exemplo, o feto for expelido e continuar a viver ou se sua morte se der em decorrência de outros meios que não as técnicas utilizadas.

A perícia médico-legal é o meio idôneo para que seja feita a sua comprovação, e deverá averiguar se realmente existiu ou existe a gravidez; se houve o aborto, examinando-se

o produto da concepção, ou, não sendo possível, os seus anexos ou a gestante; a forma como se deu o aborto, se natural ou provocado; a época do abortamento, observando-se como se encontra o útero da gestante ou pelo estágio de desenvolvimento do feto; a data da manobra abortiva, pelas lesões encontradas no feto e na gestante, ou, no caso de não expulsão, a sua conservação e absorção pelo organismo materno; a lesão corporal ou a morte da gestante provocada pelo aborto. Em se tratando de aborto *vulnerandi animus*, é preciso estabelecer o nexo causal entre a lesão corporal e o aborto.⁴⁰

2.5 Culpabilidade. Inexigibilidade de conduta diversa.

O crime, em seu aspecto formal, possui dois requisitos genéricos – deve constituir um fato típico, ou seja, a conduta praticada, comissiva ou omissiva, precisa amoldar-se ao tipo, conjunto de elementos descritivos do crime contido na lei; e ser antijurídico, contrário ao direito.

Tais os requisitos necessários para que se configure o crime. Precisamos ainda apurar a culpabilidade do agente. Não basta ser o fato típico e antijurídico, ou ilícito, é necessário verificar a culpabilidade, sendo esta um pressuposto da pena.

Três foram as teorias, seguindo Damásio de Jesus, que trataram da culpabilidade, a teoria psicológica, psicológico-normativa e normativa pura.

Por não ser objeto desse trabalho, deixaremos de desenvolvê-las, e passaremos direto à teoria normativa pura.

Trata-se de uma teoria relacionada com a teoria finalista da ação. A culpabilidade, aqui, possui como elementos a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade de conduta diversa. São elementos puramente normativos, sem qualquer traço psicológico.

⁴⁰ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p.40-43 e 47-48

O dolo e a culpa são elementos do tipo, sendo o primeiro subjetivo e o segundo, normativo. Não integram a culpabilidade e sim o fato típico.

Imputabilidade relaciona-se com a capacidade geral do indivíduo, sendo as condições pessoais que tornam possível a atribuição, juridicamente, da prática de um fato suscetível de punição.

Para que se caracterize o segundo elemento, a possibilidade de conhecimento do injusto, basta que ao agente seja possível conhecer a antijuridicidade da conduta, tratando-se aqui de uma potencial consciência da ilicitude. Não é necessário que ele a conheça realmente.⁴¹

Além desses dois elementos brevemente comentados, ainda é preciso a exigibilidade de conduta diversa, ou seja, nas circunstâncias em que se deu o fato, o autor deveria ter a possibilidade de agir de outra maneira, de praticar outra conduta que não fosse contrária ao direito.

Em outras palavras, a conduta só estará revestida de culpabilidade se o agente, nas condições presentes no momento, pudesse ter comportamento diverso, que fosse de acordo com o ordenamento jurídico, mas ainda assim, tenha praticado outro, vedado por este.

Na lição de Rogério Greco:⁴²

O conceito de exigibilidade de conduta diversa é muito amplo e abrange, inclusive, as duas situações anteriormente colocadas – imputabilidade e potencial consciência sobre a ilicitude do fato -, que têm como finalidade precípua afastar a culpabilidade do agente. Se o agente era inimputável, pois que, ao tempo da ação ou da omissão, era inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento, não se lhe podia exigir uma conduta conforme o direito; da mesma forma aquele que atua não possuindo a necessária consciência sobre a ilicitude do fato. Todas essas causas dirimentes da culpabilidade desembocarão, é certo, na chamada inexigibilidade de outra conduta, haja vista que, nas condições em que se encontrava o agente, não se podia exigir dele comportamento diverso.

⁴¹ JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, parte geral**. – 26.ed. – São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 463

⁴² GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. – 6.ed. – Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 443-444

Ainda de acordo com o autor, podemos conceituá-la como “a possibilidade que tinha o agente de, no momento de sua ação ou omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana”.⁴³ Dessa forma, continua o autor, tal possibilidade ou impossibilidade é variável para cada pessoa, não sendo possível estabelecer-se um “padrão de culpabilidade”, devendo ser analisado caso a caso.

Podemos dar como exemplo de causas legais de exclusão de culpabilidade por inexigibilidade de conduta diversa a coação irresistível e a obediência hierárquica, em caso de ordem não manifestamente ilegal.

Como já comentado anteriormente, o artigo 128 II do Código Penal, que trata do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, o chamado aborto sentimental, é considerado por parte da doutrina como uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa. No entanto, a maior parte desta o considera como uma exclusão de antijuridicidade, ou seja, o aborto, nesse caso, não seria crime. Mais uma vez, como já afirmado no item 2.2 supra, entendemos que a razão encontra-se com aqueles que consideram o aborto sentimental como um caso de inexigibilidade de conduta diversa, causa legal de exclusão da culpabilidade.

Atualmente, fala-se em inexigibilidade de outra conduta como uma causa supralegal de exclusão da culpabilidade, ou seja, apesar de não estarem previstas expressamente na legislação, poderiam ser aplicadas em virtude dos princípios informadores do ordenamento jurídico.

Apesar de nosso ordenamento penal não proibir tal argumento, entendemos que ele deve ser analisado, nos casos concretos, com extremo cuidado, sob pena de levar-nos à insegurança jurídica.

2.6 Espécies de aborto. Técnicas abortivas utilizadas.

⁴³ Idem. p.444

De acordo com o estágio de desenvolvimento em que se encontra o produto da concepção, o aborto pode ser classificado como ovular, se efetuado desde o momento da fecundação até os dois primeiros meses de gestação; embrionário, quando realizado no terceiro ou quarto mês; e fetal, se praticado do quinto mês em diante.

Tal classificação é feita pela doutrina, não havendo qualquer distinção em termos de culpabilidade ou punibilidade.

É praticado por diversos motivos, que vão desde razões sócio-econômicas até motivações particulares.

A legislação pátria prevê, dentre o aborto criminoso, algumas modalidades, como o auto-aborto, que é o provocado pela própria gestante, de forma intencional, ainda que instigada ou auxiliada por outra pessoa, crime punido com detenção de um a três anos, e previsto no artigo 124 do Código Penal.

Há também o aborto consentido, praticado por terceiro com o consentimento da gestante, tipificado no artigo 126, *caput*, com pena de reclusão de um a quatro anos. Neste caso, além da intenção de retirar a vida do feto, o terceiro pode vir a causar dano à incolumidade físico-mental da mulher, colocando sua vida em risco. O consentimento não poderá deixar dúvidas, e poderá se manifestar pela conduta da gestante ou verbalmente, e deverá persistir durante todo o procedimento.

No entanto, o consentimento somente será válido se a mulher for maior de 14 anos, se não for débil mental ou alienada e se não for obtido por fraude, grave ameaça ou violência.

No artigo 125 está previsto o aborto sofrido, o provocado por terceiro sem a anuência da mulher grávida. Da mesma forma que o consentimento, a negativa aqui não precisa ser expressa, sendo suficiente que as manobras abortivas sejam realizadas contra sua vontade, à revelia, ou mesmo por não saber a mulher que se encontra grávida.

Outra espécie é o aborto preterintencional ou preterdoloso, onde a interrupção do processo gestacional é provocada dolosamente, sendo qualificado por um resultado culposo, não desejado pelo agente, qual seja, a morte ou a lesão corporal de natureza grave. Tal hipótese ocorrerá havendo ou não o consentimento da gestante, ou mesmo quando o aborto, apesar dos meios utilizados, não vier a ocorrer.

Esta espécie está tipificada no artigo 127, e, no caso de morte, a pena será duplicada. Ocorrendo a lesão corporal grave, será aumentada de um terço.

Existe ainda o aborto *vulnerandi animus*, já comentado anteriormente, sendo aquele resultante de lesão corporal dolosa ou culposa provocada pelo agente, mas sem que este tenha a intenção de interromper a gestação. Nesse caso, o aborto não é o crime em si, mas uma agravante da lesão corporal, com previsão legal no artigo 129, V.

No artigo 128 inciso I, temos o aborto terapêutico ou necessário, que é aquele praticado para salvar a vida da gestante. Importante ressaltar que não se trata de potencial dano à saúde da mulher, e sim a sua vida. O inciso II do mesmo artigo trata do aborto sentimental ou honroso, quando a gravidez é resultante de estupro. Como já comentado em item anterior, entendemos que se trata de uma hipótese de inexigibilidade de conduta diversa, embora uma parte da doutrina entenda que é uma causa de excludente da antijuridicidade.

Além dessas espécies previstas expressamente na legislação penal, podemos citar ainda o aborto social, realizado com a intenção de controle de natalidade; o eugênico, quando a interrupção da gestação se dá por suspeita de a criança ser portadora de doenças ou anomalias graves. Podemos citar também o aborto econômico, quando o casal, ou a mãe, já possuindo filhos, decide interromper a gestação por entender que o novo filho pode prejudicar o bem-estar dos demais, incluídos aqui alimentação e saúde.

Maria Helena Diniz cita ainda duas outras espécies de aborto – o estético, quando a mulher resolve interromper a gravidez por não querer deformar seu corpo, e o *honoris causa*,

quando praticado pela gestante, ou por terceiro com seu consento, para ocultar o estado de gravidez da sociedade, comum entre mulheres solteiras ou adúlteras.⁴⁴

Tais espécies de aborto – social, eugênico e econômico – dão margem a muitos abusos e desregramentos, como vemos na China, que adota um controle rígido de natalidade, e para que tal controle seja mantido, não hesitam as autoridades daquele país em praticar esse tipo de aborto, muitas vezes contra a vontade da gestante.

No caso do da eugenia, a situação poderia ser ainda mais complicada. Qual seria o critério para definir doença ou anomalia grave? Os que defendem essa prática, dizem preocupar-se com a futura criança, pois esta nasceria com uma deficiência que a impediria de ter uma vida normal. Será que essa não seria somente uma desculpa utilizada pelos pais, que, na verdade, não querem a responsabilidade de cuidar de uma criança deficiente, com o intuito somente de evitar um possível problema para eles mesmos, um encargo, um peso? Os que o criticam alegam que não haveria nenhum padrão para determinar que tipo de anomalia poderia ser motivo, ou não, para o abortamento, abrindo assim espaço para que causas mínimas possam ser utilizadas como pretexto.

Com relação ao aborto econômico, mais uma vez, quais seriam os parâmetros para que este fosse permitido? Somente o poderiam fazer pessoas paupérrimas, famílias nesta situação, que já possuem muitos filhos? Muitas pessoas poderiam utilizar o fator econômico para recorrer ao aborto, justificando como economicamente inviável ter um filho nestas ou naquelas condições.

Existem várias técnicas utilizadas para a prática do aborto. Podem ser utilizados substâncias químicas, agentes físicos e agentes mecânicos.

Quanto aos agentes químicos, podem ser medicamentos que contêm substâncias inorgânicas como sais de chumbo, prata, cobre, mercúrio ou fósforo; orgânicas de origem animal ou vegetal, que atuam intoxicando o organismo e assim produzindo o aborto; remédios

⁴⁴ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 37

que possuem substância abortiva, como o Cytotec; produtos ingeridos ou administrados diretamente no útero, veia, vagina ou reto, que produzem a contração do útero, expelindo feto; uso de medicamentos que provocam o trabalho de parto a qualquer tempo de gestação.

O uso da pílula do dia seguinte também pode ser considerado abortivo, pois esse medicamento não age como um contraceptivo comum, ou seja, não impede a concepção. Ele na verdade impede a nidação, a implantação do ovo já fertilizado no útero materno.

O funcionamento da pílula do dia seguinte foi assim demonstrado no sítio da Associação Pró-Vida de Anápolis:⁴⁵

A pílula do dia seguinte é um preparado a base de hormônios (pode conter estrogênio, estrogênio/progestogênio ou somente progestogênio) que, dentro de e não mais do que 72 horas após um ato sexual presumivelmente fértil, tem uma função predominantemente "anti-implantação", isto é, impede que um possível ovo fertilizado (que é um embrião humano), agora no estágio de *blástula* de seu desenvolvimento (cinco a seis dias depois da fertilização) seja implantado na parede uterina por um processo de alteração da própria parede. O resultado final será assim a expulsão e a perda desse embrião. Somente se a pílula fosse tomada vários dias antes do momento da ovulação poderia às vezes agir impedindo a mesma (neste caso ela funcionaria como um típico "contraceptivo"). De qualquer forma, a mulher que usa esse tipo de pílula, usa pelo medo de poder estar em seu período fértil, e assim pretende causar a expulsão de um possível novo conceito; sobretudo não seria realista pensar que uma mulher, encontrando-se na situação de querer usar um contraceptivo de emergência, pudesse saber exatamente e oportunamente seu atual estado de fertilidade.

A decisão de usar o termo "ovo fertilizado" para indicar as fases mais primitivas do desenvolvimento embrionário não pode de maneira alguma conduzir a uma distinção artificial de valor entre diferentes momentos do desenvolvimento do mesmo indivíduo humano. Em outras palavras, se pode ser útil, por razões de descrição científica, distinguir com termos convencionais (ovo fertilizado, embrião, feto etc.) os diferentes momentos em um único processo de crescimento, nunca pode ser legítimo decidir arbitrariamente que o indivíduo humano tem maior ou menor valor (com a resultante variação da obrigação de protegê-lo) de acordo com seu estágio de desenvolvimento.

É claro, então, que a comprovada ação "anti-implantação" da *pílula do dia seguinte* é realmente nada mais do que um aborto quimicamente induzido. Não é intelectualmente consistente nem cientificamente justificável dizer que não estamos tratando da mesma coisa. Além disso, parece suficientemente claro que aqueles que pedem ou oferecem essa pílula estão buscando a interrupção direta de uma possível gravidez já em progresso, da mesma forma que no caso do aborto. A gravidez, de fato, começa com a fertilização e não com a implantação do blastocisto na parede uterina, que é o que tem sido implicitamente sugerido.

Conseqüentemente, do ponto de vista ético, a mesma absoluta ilegalidade dos procedimentos abortivos também se aplica à distribuição, prescrição e uso da *pílula do dia seguinte*. Todos os que, compartilhando ou não a intenção, cooperam diretamente com esse procedimento, são também moralmente responsáveis por ele.

⁴⁵ **DECLARAÇÃO Sobre a Chamada “Pílula do Dia Seguinte”** – Pontifícia Academia Para a Vida – Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/pavpseg.htm>>. Acesso em 01 nov. 2006.

Há também o envenenamento por sal, utilizado após dezesseis semanas de gravidez. Aqui é injetada uma solução salina no abdômen da mulher, que penetra o saco amniótico e envenena o feto, depois de um período de uma a três horas. Maria Helena Diniz⁴⁶ nos ensina que esses momentos em que age a solução salina é chamado de hipernatremia aguda, e segundo a autora:

[...] causa vasodilatação generalizada, edemas, congestão, hemorragia, choque e óbito, sendo que, às vezes, o efeito corrosivo do concentrado de sal queima tanto que parte a pele do nascituro e expõe a camada subcutânea, deixando sua cabeça tão vermelha que os médicos passaram a chamá-lo “maçã do amor” [...]

Em resumo, uma técnica com requintes de crueldade, verdadeira tortura contra um ser completamente indefeso.

Antonio José Eça⁴⁷ nos fala o seguinte sobre os agentes químicos:

Os abortivos químicos variam ao infinito; mencione-se, apenas como exemplo: a sabina, o fumo, o quinino. Dos de origem animal, as cantáridas; dos de origem mineral, o chumbo e o fósforo. Isto sem contar o sem número de medicamentos que são empregados, em se levando em conta seus efeitos colaterais que podem levar ao abortamento. Pode-se afirmar que os abortivos químicos provocam o aborto em alguns casos, mas à custa de perigosa intoxicação da mulher, por vezes com conseqüências desastrosas para sua saúde.

Como curiosidade, todos que tem ainda uma avó ou tia velhinhas, pode [sic] perguntar a elas o que é bom para ‘descer’ menstruação, que certamente ela também terá ‘uma fórmula mágica’ para receitar. E de receita em receita, tem se podido ter conhecimento de intoxicações várias, que até a morte de mulheres provocaram!

Os agentes físicos que podem ser empregados são vários, sejam térmicos, como os escalda-pés, compressas de bolsa de água quente ou aplicações de gelo diretamente no ventre, ou elétricos, como o uso de corrente farádica ou galvânica, choque elétrico produzido por máquina estática. São métodos pouco eficientes.

⁴⁶ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 42.

⁴⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação) – **Direito fundamental à vida** – São Paulo: Quartier Latin / Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 550.

Já os agentes mecânicos podem ser divididos em dois: traumas indiretos e traumas diretos sobre o útero.

Os traumas indiretos são as quedas, pancadas, massagens e compressões no abdômen ou fortes pancadas e pontapés na gestante. Nem sempre funcionam, pois seu organismo foi adaptado para tentar proteger o feto de todas as formas possíveis.

Quanto aos traumas diretos, são os mais eficazes, sendo os normalmente utilizados por quem utiliza essa prática como profissão, os chamados abortadores. Dentre esses métodos podemos citar a punção das membranas do ovo, que pode ser praticada pelo abortador ou pela própria gestante, usando objetos longos e pontiagudos, como agulhas de tricô, fios de arame, hastes de madeira, etc; o deslocamento das membranas, por meio de sondas, injeções intra-uterinas ou mesmo com o dedo; a curetagem, popularmente conhecida como raspagem do útero, retirando o material de dentro deste para fora da vagina com uma cureta, instrumento cirúrgico parecido com uma colher, de cabo longo e bordas dentadas e cortantes; a aspiração ou sucção intra-uterina, com a introdução de uma cânula ou tubo plástico que fura a bolsa amniótica e aspira as partes fetais e seus anexos, sendo necessário ainda que se remonte o feto para verificar se nenhuma parte ficou dentro do útero.

Há ainda o chamado embriotoma, que consiste em cortar e arrancar o feto do útero; a microcureta, que é a colocação de DIU, um pequeno objeto com alças, abandonado na cavidade uterina, provocando o deslocamento do embrião e assim evitando que ele seja implantado no útero; e a microcesária, retirando pelo abdômen o feto e a placenta, técnica utilizada a partir do terceiro mês de gravidez.⁴⁸

Finalizando o estudo sobre as técnicas utilizadas na prática abortiva, reproduzimos parte do artigo escrito pelo Prof. Ives Gandra, publicado no Jornal do Brasil⁴⁹:

⁴⁸ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 42

⁴⁹ ARTIGO “COMO SE FAZ UM ABORTO”, publicado no JORNAL DO BRASIL, em 12/08/2004, p. A13, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coordenação) – **Direito...** Op. cit. p. 30-31

Assisti a um programa de televisão em que a obstetra, Dra. Marli Virgínia Lins e Nóbrega, ao falar do sofrimento do feto ou do bebê já formado, durante o abortamento, lembrou que, em alguns países, já se estuda a possibilidade de anestesiá-los, antes da prática do ato, para que não sofram tanto, quando lhes for retirada a vida.[...]

Bernard Nathanson, em seu livro “The hand of God”, arrola as técnicas utilizadas para tirar a vida de seres humanos no ventre materno. Como médico, ele próprio dirigiu pessoalmente por volta de 75.000 abortos, nos Estados Unidos. Chegou a provocar o aborto de um filho seu, concebido em relação que mantivera com aluna do 5º ano da Faculdade de Medicina. Começou a repensar o assunto em 1974, quando percebeu que era um homicida de crianças e arrependeu-se, passando a ser, então, um defensor da vida.

No oitavo capítulo de seu livro, refere-se, entre os métodos abortivos, ao sistema de aspiração, introduzido por Bykov, em 1927, e difundido no mundo inteiro, como forma de extermínio em massa de nascituros.

Conta, inclusive, um episódio que acompanhou, por ultra-som, de aplicação do método da aspiração (sugar o feto), por uma equipe médica americana. No momento em que o aspirador foi introduzido no útero materno, o feto procurou desviar-se e seus batimentos cardíacos quase dobraram, quando o aparelho o encontrou. Assim que seus membros foram arrancados, sua boca abriu-se, o que deu origem ao título de um outro estudo seu: “O grito silencioso”.

No método de corte, utilizado nas décadas de sessenta e setenta para interromper a gravidez no início da gestação, um raspador é introduzido para separar o feto e cortá-lo em pedaços, provocando grande hemorragia na mãe. O médico tem que ter o cuidado de verificar se nenhuma parte do nascituro fica no ventre materno, para não provocar uma infecção.

No método da injeção com substância salina, injeta-se o veneno no feto quase sempre com mais de 18 semanas, e este leva mais de uma hora para morrer, expelindo a mãe um filho morto por envenenamento, em torno de 24 horas depois.

Nos abortos em que a criança já tem cerca de 1kg, o método aconselhado é a cesariana, e depois – como ocorre nos abortários americanos – deixa-se a criança morrer, numa lata de lixo, apesar de ter nascido viva.

Já menos utilizado é o processo de queimar o nascituro, como se fosse atingido por uma bomba de “napalm”.

Nenhum método elimina a dor do feto ou do bebê, razão pela qual, como relatou a Dra. Marli, nos países que permitem o aborto, já se fala, em anestesiá-los antes de dar execução à morte programada. Em muitos deles há um forte movimento para eliminar a lei permissiva.

Falar, portanto, em aborto de forma “neutra”, sem examinar a dor infligida ao nascituro, é querer, como a avestruz, ignorar a realidade, ou seja, que o aborto é uma forma de pena de morte, com a utilização de métodos sangrentos e desumanos. Tais métodos são até mais violentos que os empregados para a execução de seres humanos já nascidos, como, por exemplo, o fuzilamento, em que o condenado morre de imediato, ao passo que o sofrimento do nascituro, até morrer, é muito maior. [...]

Diante do demonstrado, como poderemos ainda ter dúvidas sobre tratar-se o aborto de um real assassinato, crime da pior espécie, uma vez que praticados contra indivíduos que não possuem capacidade alguma de manifestar qualquer gesto de defesa?

Se o embrião ou o feto, desde o momento da concepção é uma pessoa humana, sua vida, sua dignidade, devem ser respeitadas.

Melhor seria que houvesse investimentos por parte do Estado, no sentido de orientar e proporcionar meios às mulheres para evitar a gravidez, ao invés de pretender legalizar a prática condenável do aborto que, além de colocar em risco a integridade física da mãe, é um verdadeiro atentado contra a vida humana.

3 ABORTO DE FETOS ANENCÉFALOS.

3.1 Conceito de anencefalia.

Uma vez estudados, ainda que de forma breve, o conceito de direitos fundamentais, direitos da personalidade, direito à vida e aborto, passaremos agora à anencefalia, ponto principal deste trabalho.

A anencefalia é uma alteração na formação do encéfalo, resultante de uma falha no fechamento do tubo neural, que ocorre no início do desenvolvimento embrionário.

De acordo com a literatura médica, a anencefalia se caracteriza pela ausência dos ossos cranianos, hemisférios e do córtex cerebral. Muitas vezes essa anomalia vem acompanhada por defeitos no fechamento da coluna vertebral.

O tubo neural é a estrutura que dá origem ao sistema nervoso central, e a falha no seu fechamento se dá entre o 16º e o 26º dia após a concepção.

O cérebro do feto, em virtude dessa anomalia, não é formado, não existindo nenhum tecido cerebral ou, caso exista, é um tecido que não possui forma, encontrando-se solto no líquido amniótico.

O tronco cerebral pode ou não apresentar defeitos, e no caso de não haver falhas, o feto, nascendo vivo, pode ser capaz de respirar sem o auxílio de aparelhos.

Diante dessas características, podemos perceber que a anencefalia não atinge todo o encéfalo, formado pelo tronco cerebral, cerebelo e cérebro, mas somente este último, ainda que seja o maior e mais importante componente daquele.

Esses seres humanos não possuem, portanto, as funções superiores, controladas pelo cérebro; no entanto, possuem organismo, com funções vitais, que os mantém vivos e em desenvolvimento enquanto no útero e também fora dele, quando nascem com vida, mesmo

que por breve duração. Seus sistemas circulatório e respiratório são controlados pelas regiões encefálicas inferiores, presentes no anencéfalo.

No anencéfalo não há, dessa forma, as partes superiores do encéfalo, em graus variáveis, mas ele possui as demais. Por isso mesmo, existem nele diversas funções vitais como respiração, batimentos cardíacos, capacidade de movimentação, de responder a estímulos de se alimentar e de se desenvolver.

A lesão quase sempre está estabilizada quando do nascimento, e a morte se dá principalmente por insuficiência respiratória.

Com relação à extensão dos danos ao cérebro, a medicina normalmente classifica a anencefalia em holocrania ou holocefalia e merocrania ou meroanencefalia, ocorrendo o primeiro caso quando não há qualquer tipo de tecido nervoso cerebral no feto, e o segundo, quando existe um tecido remanescente. Mas em ambos os casos, não há possibilidade de longa vida extra-uterina.

O diagnóstico pode ser feito a partir do terceiro mês da gravidez, por meio de ultrassonografias. O feto anencefálico não possui os ossos do crânio, e por isso sua cabeça não apresenta forma arredondada. Além disso, os olhos são saltados, e o pescoço é mais curto que o de um feto normal. Há também um exame biológico, por meio da análise dos níveis de alfa-fetoproteína no líquido amniótico e no soro materno, sempre maior em gestações desse tipo.

A anencefalia não é o mesmo que deficiência. Esta se trata de lesões, que limitam as atividades do indivíduo ou restringem sua participação no meio onde vive, sendo fruto da idade, de acidentes ou mesmo congênita, enquanto que aquela é uma má-formação ocorrida ainda durante a gestação que acarreta a inviabilidade de vida extra-uterina.

Importante ressaltar, sempre, que os anencéfalos não são totalmente destituídos do encéfalo, possuem apenas deficiência no tubo neural, de forma que todas as demais funções,

que não as superiores, eles as exercitam, inclusive, no caso de nascimento com vida, a de se alimentarem, naturalmente.

3.2 Conceito de morte. Morte encefálica.

Inicialmente, o conceito de morte era atrelado à respiração, sendo considerado morto todo aquele que não mais respirasse. Eram utilizados espelhos e penas para verificar se o indivíduo continuava a respirar.

Com o passar do tempo, percebeu-se que o método era falho, pois havia casos em que a respiração era fraquíssima, imperceptível. Não era difícil que pessoas vivas, respirando, fossem dadas como mortas, e o auxílio médico necessário não era prestado.

Com a evolução da medicina, passou-se a utilizar os batimentos cardíacos para aferição da vida, sendo um critério de menor risco que o anterior. Foi amplamente utilizado e adotado, e por muito tempo não foi questionado. Estaria morto o indivíduo que deixasse de ter seu sangue circulando pelo corpo, cujo coração parasse de bater.

Mais uma vez, com a evolução da ciência, aplicação de massagens cardíacas e desfibriladores, a morte circulatória pôde ser combatida, conseguindo os médicos, com sucesso, muitas vezes reverter o quadro morte.

No entanto, esses procedimentos trouxeram uma nova realidade – pessoas vivas que, em virtude da falta de oxigenação em seus cérebros, decorrentes de parada cárdio-respiratória ou de danos cerebrais ocasionados por choques mecânicos, ficavam sem consciência e em estado vegetativo por muitos anos, sem que apresentassem qualquer tipo de melhora, e assim permanecendo até que o coração parasse.

Os avanços tecnológicos passaram a permitir a realização de transplantes de órgãos, com grande chance de sobrevivência para o receptor. Mas os órgãos utilizados precisavam estar

em funcionamento nos instantes imediatamente anteriores ao transplante, ou pereceriam. A partir daí, surgiu a questão de que não seria mais possível aguardar a parada cardíaca do indivíduo para que o transplante pudesse ser realizado.

Foi então que se fez necessário um novo conceito de morte, e a solução encontrada pela medicina foi a chamada morte encefálica, erroneamente chamada por alguns de morte cerebral.

O encéfalo é um componente do sistema nervoso central, se localiza dentro do crânio e é constituído de tronco cerebral, cerebelo e cérebro. Por isso o erro em usar a expressão morte cerebral, pois o cérebro designa somente uma parte do encéfalo.

Somente a título de ilustração, pois nos faltam maiores conhecimentos da área médica, falaremos rapidamente dos componentes do encéfalo.

O tronco cerebral, composto pelo bulbo, o mesencéfalo e a ponte, é parte que fica em contato com a medula espinhal, na porção posterior do encéfalo, sendo responsável pelas funções básicas do ser humano, como a respiração, os batimentos cardíacos e a pressão arterial.

O cerebelo fica localizado atrás do cérebro, e é dividido em dois hemisférios, relacionando-se com os ajustes dos movimentos, equilíbrio, postura e tônus muscular.

O cérebro, ou telencéfalo, ocupa quase que totalmente a caixa craniana. É dividido em dois hemisférios, da mesma forma que o cerebelo, e possui como funções básicas a coordenação dos movimentos e dos sentidos, o raciocínio, as emoções e a aprendizagem. É envolvido pelo córtex cerebral, região superficial do telencéfalo, com cerca de seis centímetros de espessura.

Com esse breve comentário sobre o encéfalo, verificamos que ele controla a vida o indivíduo e, não funcionando perfeitamente, várias de suas funções podem ser comprometidas, o que compromete também as relações do ser humano e sua própria vida.

Retornando ao conceito de morte encefálica, devemos lembrar que ele foi introduzido no ordenamento jurídico pátrio por meio da Lei nº 9.434/97, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo para fins de transplante e tratamento médico.

O diagnóstico deverá ser dado por dois médicos que não participem das equipes de remoção e transplante, por meio de critérios clínicos e tecnológicos, definidos pelo Conselho Federal de Medicina através da Resolução nº 1.480/97.

Determina a citada resolução que a morte encefálica somente será verificada se for resultante de um processo irreversível e com causa conhecida, sem o que não será possível falar-se em morte. Esse processo deverá ser constatado através de parâmetros clínicos – o coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia, e, sendo estes constatados, necessário se faz ainda um exame complementar, com o qual será verificada a circulação sanguínea intracraniana, a atividade metabólica cerebral ou a atividade elétrica cerebral. Se o resultado for positivo em algum desses exames, não haverá diagnóstico de morte encefálica.

A morte encefálica, portanto, é o dano irreversível, global de todo o encéfalo, incluindo o tronco encefálico, mantendo-se as atividades pulmonar e cardiovascular por processos artificiais.

Distingue-se da morte clínica e da biológica. Esta corresponde à destruição celular, e aquela à paralisação da função cardíaca e da respiratória.

Importante ressaltar que a morte encefálica não se confunde com o coma, porque neste o encéfalo está vivo, executando todas as funções normais de manutenção da vida, mesmo sem haver consciência ou movimentos voluntários, o que não ocorre no primeiro caso, onde o coração ainda continua batendo, mas as demais funções já não são mais realizadas.

3.3 ADPF nº 54. Comentário.

Como visto, a anencefalia é uma anomalia que inviabiliza a vida extra-uterina, e quando esta ocorre, não se mantém por muito tempo.

Em virtude disto, muito se discute sobre a possibilidade de interromper a gestação quando diagnosticada a má-formação fetal. Em outras palavras, a prática de aborto, ou “antecipação terapêutica” do parto, como preferem alguns.

O tema suscitou grande debate quando da propositura da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) perante o Supremo Tribunal Federal, recebendo o número 54, feita pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS). Tal ação pretendia que fosse autorizada a antecipação do parto de fetos com diagnóstico de anencefalia, garantindo que a gestante e a equipe médica que viesse a fazer a intervenção não fossem punidos pelo crime de aborto.

Como argumentos, defenderam a tese de que o prosseguimento da gestação nesses casos atentaria contra os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e autonomia da vontade da gestante, bem como os relacionados com a saúde. Alegavam ainda que a permanência do feto no útero seria potencialmente perigosa.

Em 1º de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar que autorizava o aborto em caso de anencefalia, reconhecendo “o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto” e ao mesmo tempo, que determinando “o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado” nos casos em que a mulher estivesse respondendo a processo penal pela prática de aborto.⁵⁰

⁵⁰ **A liminar do Ministro Marco Aurélio que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.** Teresina, ano 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 21 ago. 2006.

A referida liminar foi revogada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal em outubro de 2004, deixando de reconhecer o direito da gestante à interrupção da gravidez, e mantendo a parte da liminar que determinou a suspensão dos processos criminais em andamento.

Feito esse breve comentário, passaremos agora ao estudo dos argumentos defendidos por aqueles que concordam com essa intervenção, bem como os daqueles que a desaprovam.

3.4 Argumentos a favor.

3.4.1 Atipicidade material do fato.

Entre os que defendem a legalização do aborto de fetos anencéfalos, ou como preferem dizer, a antecipação terapêutica do parto, há diversos argumentos.

Um dos argumentos utilizados, sendo esta a principal tese sustentada na ADPF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, é a de que a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia não configura aborto, e obrigar uma mulher a manter uma gravidez, sabendo que não há chance de sobrevivência para o feto, é desrespeitar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade e da legalidade, além de ser um atentado aos seus direitos à liberdade e à saúde.

Alegam que tal antecipação não configura aborto porque para que exista esse crime é necessária a potencialidade de vida extra-uterina do feto.

Nas palavras do advogado Luís Roberto Barroso⁵¹, causídico que defende os interesses da citada Confederação:

[...] a antecipação do parto em casos de gravidez de feto anencefálico não caracteriza aborto, tal como tipificado no Código Penal. O aborto é descrito pela doutrina especializada como a “interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto

⁵¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004. p. 76-77 – Petição inicial da ADPF nº 54.

(produto da concepção)”. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal.

De acordo com Luiz Regis Prado⁵², a tutela penal recai essencialmente sobre “a vida do ser humano em formação”. Ainda segundo o autor, “protege-se a vida intra-uterina, para que possa o ser humano desenvolver-se e nascer”. Partindo desse raciocínio, poder-se-ia chegar à conclusão de que o objeto jurídico do aborto é o embrião ou feto humano, alojado no útero da mãe, vivo e apto a desenvolver-se, com reais possibilidades de possuir vida extra-uterina.

Conforme já exposto, a anencefalia é uma má-formação fetal congênita do sistema nervoso central que inviabiliza a vida extra-uterina. A criança sobrevive por alguns dias, no máximo, após o nascimento, e ainda assim, em raríssimos casos.

Tal inviabilidade, por si só, já serve de argumento para alguns dos que sustentam a atipicidade material do aborto nessas condições, uma vez que a proteção jurídica do Código Penal se estenderia, além da integridade física da mulher, somente àqueles fetos com potencial de vida fora do útero materno.

Outros, para justificar a atipicidade da interrupção da gravidez, comparam a anencefalia à morte encefálica.

Lembrando o que já foi comentado anteriormente, o critério de morte encefálica é o utilizado atualmente tanto no Direito quanto na Medicina, e foi introduzido em nosso ordenamento jurídico pela Lei 9.434/97, e seu artigo 3º determina que tal diagnóstico deverá ser dado por dois médicos distintos dos que integram a equipe de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos, que foram definidos pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução nº 1.480/97.

⁵² PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial: Arts. 121 a 183**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 2, p.88.

Preenchidos os requisitos, ou seja, após realizados todos os exames e procedimentos previstos pela Resolução citada, sendo todos negativos, é então constatada a morte encefálica - o indivíduo perdeu, de forma definitiva e irreversível, as funções de todo o encéfalo, inclusive do tronco encefálico.

Esse conceito seria aplicado, por analogia, ao caso do feto anencefálico, não existindo nele vida, por não haver atividade cerebral.

O que se sustenta, portanto, é que o feto anencefálico pode ser considerado um morto, um natimorto, independentemente de possuir sinais vitais, de se alimentar, de respirar, ainda que por meio de aparelhos. Não existe vida, e se não há vida, não há objeto jurídico a ser protegido, tornando o aborto nessas condições, ou como preferem outros, a antecipação terapêutica do parto, um fato atípico, não punível por nosso ordenamento jurídico por não estar nele previsto, uma vez que não se enquadra nas hipóteses elencadas nos artigos 124 e 126 do Código Penal.

Uma outra linha de raciocínio adotada para justificar a exclusão da tipicidade material é relativa à Teoria Constitucionalista do Delito.

Essa teoria enfoca o delito como ofensa concreta ao bem jurídico protegido, sendo essa ofensa a lesão ou o perigo real de lesão ao bem jurídico, destacando esse lado material do delito dentro do estudo da tipicidade.

Considerando o Princípio da Intervenção Mínima, de acordo com o qual o Direito Penal somente deve atuar na defesa dos bens jurídicos considerados imprescindíveis à coexistência pacífica entre os homens, e ainda assim, se não puderem ser protegidos de maneira menos gravosa, tal ofensa deve ser intolerável.

Consoante essa teoria, a tipicidade penal compõe-se de três dimensões – tipicidade formal-objetiva, tipicidade material-normativa e tipicidade subjetiva.

Fazem parte da primeira dimensão, a tipicidade formal-objetiva, a conduta do agente, o resultado naturalístico, nos casos dos crimes materiais, o nexo causal e a adequação do fato à letra da lei.

Integram, por sua vez, a segunda dimensão, a tipicidade material-normativa, a imputação objetiva da conduta - ou seja, se a conduta causadora da ofensa foi praticada em um contexto de risco proibido ou permitido – o resultado jurídico relevante - se desse risco surgiu um resultado relevante juridicamente – e a imputação objetiva desse resultado – em outras palavras, se esse resultado tem ligação direta com o risco criado.

A terceira dimensão, a subjetiva, só é exigida em crimes dolosos, abrangendo o dolo e, em casos eventuais, elementos subjetivos específicos.

Luiz Flávio Gomes⁵³ nos ensina que integram a tipicidade material três juízos valorativos – juízo de desaprovação da conduta (se o agente, ao praticar a conduta, criou ou aumentou um risco proibido e relevante), juízo de desaprovação do resultado jurídico e juízo de imputação objetiva do resultado (o resultado deve ser a realização do risco criado ou aumentado). Este resultado, para ser considerado desvalioso, ou desaprovado, precisa ser concreto, representando uma lesão ou possuindo um potencial lesivo real ao bem jurídico; transcendental, ou seja, venha a atingir terceiros; grave, ou em outras palavras, não ser insignificante; e intolerável, vindo a perturbar a ordem social.

Aplicando essa teoria ao caso em tela, os que defendem essa corrente argumentam que o resultado jurídico do aborto anencefálico não seria desaprovado juridicamente, pois a morte do feto nessas condições não seria considerada arbitrária.

Argumenta-se ainda, em convergência com entendimentos de outras correntes, que não há direito absoluto, apesar de nossa Constituição assegurar a inviolabilidade do direito à vida. Havendo conflito entre direitos e princípios fundamentais, no caso a dignidade, a

⁵³ GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>>. Acesso em 06 jun. 2008.

liberdade, a autonomia da vontade e o direito à saúde da gestante, e o direito à vida do feto, este teria menor importância, uma vez que se trata, de um lado, de uma vida inviável e, de outro, um grande e desnecessário sofrimento, tanto da mãe quanto de todos que a acompanham em sua gravidez.

O resultado jurídico nesse caso não seria, portanto, intolerável, pois no aborto de um feto anencéfalo antecipa-se a morte de um feto, cuja inviabilidade já está cientificamente comprovada, em respeito a valores e interesses extremamente relevantes, relativos à gestante.

Segundo o raciocínio explicitado, por não ser o resultado intolerável, não são preenchidos todos os requisitos da tipicidade material- normativa, e por tal motivo, o fato não seria considerado típico.

Há ainda uma quarta linha de raciocínio, que se relaciona com a dignidade da pessoa humana. O feto, bem como o cadáver, possui dignidade, mas esta seria apenas relativa, em homenagem ao que o feto pode vir a ser e ao que o cadáver um dia foi. Nem um nem outro seria considerado pessoa, por não possuírem capacidade de razão, autoconsciência ou autodeterminação, o que justificaria tal dignidade relativa. O Estado estende a eles parte da proteção que garante às pessoas, mas nunca suplantando o seu dever de proteger o ser humano e sua dignidade, esta sim absoluta.

O feto somente seria considerado ser humano a partir de seu nascimento, momento em que também adquiriria direito à vida. Continuando por esse entendimento, não sendo o feto uma pessoa, não se enquadraria à definição de “brasileiro” contida na Constituição Federal, nem poderia ser classificado como estrangeiro, e portanto, não possuiria nacionalidade, uma vez que esta é adquirida com o nascimento. Não haveria qualquer previsão de bem jurídico ao feto. Diante de tudo isto, o feto não poderia ser sujeito passivo de ato criminoso, no caso, do aborto.

Ainda por tal corrente, o tipo penal do aborto protege a potencialidade de que se reveste o nascituro de se tornar uma pessoa, sendo, portanto, sua finalidade salvaguardar a dignidade relativa do feto, para que ela se torne plena, com o nascimento.

Se o feto anencefálico não apresenta qualquer possibilidade de vida extra-uterina, se está comprovada sua inviabilidade total, nunca chegará a ser uma pessoa humana, ele não teria nem mesmo dignidade relativa. E, se não existe esta, tampouco o crime de aborto, já que este, de acordo com quem partilha deste raciocínio, teria por objeto jurídico justamente a dignidade relativa do nascituro. Seria então, um fato atípico.

Verifica-se, dessa forma, que foram desenvolvidas diversas teorias para atingir o mesmo resultado – a atipicidade material do delito.

3.4.2 Direito à liberdade de escolha. Princípios da legalidade e da autonomia da vontade.

O artigo 5º de nossa Constituição Federal traz, em seu caput, entre outros, o direito à liberdade, lá previsto de uma forma geral, e, de maneira mais específica, em alguns incisos do mesmo artigo, como XIII, XV, XVI e XVII. Ainda no artigo 5º, temos o princípio da legalidade, exposto no inciso II.

De acordo com o princípio da legalidade, ninguém poderá ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei, o que significa que o indivíduo tem garantida a possibilidade de rechaçar exigências, ordens que lhe sejam impostas por outro meio que não seja o da lei.

Pelo direito à liberdade, ninguém se encontra obrigado a sujeitar-se a qualquer vontade que não seja proveniente da lei.

Ligada a este direito, encontra-se a autonomia da vontade, que consiste no poder que todo ser humano possui de decidir, por si próprio, o que é melhor para sua vida, para seu

crescimento e evolução. É a capacidade de se auto-determinar, de escolher para sua vida o melhor caminho.

Os que defendem a antecipação terapêutica do parto também encontram um argumento nesse ponto – se tal conduta não é proibida pela lei ou se esta não a impõe, então a possibilidade de praticá-la, ou não, depende da vontade de cada pessoa.

De se ressaltar que esse entendimento está ligado à convicção de ser o aborto, neste caso, um fato atípico. Não havendo proibição expressa de antecipação do parto, e sem nenhuma lei que imponha tal conduta por parte da gestante, então caberia a ela a decisão de realizá-la ou não.

A proibição de se realizar a interrupção da gestação constituiria, portanto, uma violação ao princípio da legalidade e uma restrição sem amparo jurídico à liberdade e à autonomia da vontade da gestante.

3.4.3 Direito à saúde

Outro argumento utilizado pelas pessoas favoráveis à interrupção da gravidez no caso em estudo é relativo ao direito à saúde, previsto em nossa Carta Magna nos artigos 6º caput e 196 a 200.

É considerado um direito humano fundamental, sendo classificado em nosso ordenamento como um direito social, e visto ainda como um dos direitos de personalidade.

De acordo com Elimar Szaniawski⁵⁴:

Contudo possamos reconhecer a categoria como um direito social e assim discipliná-lo legalmente, o *direito à saúde* constitui-se, com muito maior evidência, como um direito especial de personalidade diretamente vinculado ao *direito à qualidade de vida*. A vida, consoante verificamos acima, deve ser vivida com um mínimo de qualidade, e sem saúde esta qualidade de vida desaparece. Por estas razões, revela-se o direito à saúde como um direito especial de personalidade. (*grifo do autor*)

⁵⁴ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade...** Op. cit. p. 170.

E seguindo na sua lição⁵⁵:

O direito à saúde, como direito especial de personalidade, encontra suas origens a partir da evolução da noção de *direito à integridade*, segundo seu aspecto unitário. A doutrina tradicional concebia ao lado do direito à vida a existência de um direito à integridade corporal, que consiste no direito que cada um tem de não ter seu corpo atingido por atos ou fatos alheios. [...] toda pessoa possui o direito e o dever de realizar o seu pleno desenvolvimento, de respeitar e de conservar a própria integridade psicofísica. O aspecto relevante da ligação entre a idéia da tutela da saúde e o direito à integridade psicofísica do indivíduo, como tema da proteção da personalidade, se concretiza na defesa da saúde em função da possibilidade do desenvolvimento de sua personalidade. (*grifo do autor*)

É lembrada também, em defesa deste argumento, a definição de “saúde” feita pela Organização Mundial da Saúde – completo bem estar físico, mental e social, e não a simples ausência de doença.

Os partidários dessa tese afirmam que a permanência do feto no útero materno é potencialmente perigosa, podendo trazer danos à saúde da gestante e inclusive perigo de vida, em razão do alto índice de morte intra-uterina desses fetos - cerca de 65% deles morre ainda no útero.

Não havendo solução para reverter esse quadro de anencefalia, o correto seria voltar-se para a situação da mulher, e a antecipação do parto seria, portanto, uma forma de “tratamento” da mesma, portadora de uma “patologia”.

Na petição inicial da ADPF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, o advogado Luís Roberto Barroso⁵⁶ cita, no anexo, um parecer da FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – sobre os riscos e complicações que estariam presentes em uma gestação de feto anencéfalo:

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença

⁵⁵ Ibid. p. 170-171.

⁵⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo...** Op. cit. p. 104-105.

hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

De se ressaltar que todos esses riscos seriam, conforme tese defendida pelos partidários da legalização da prática, muito maiores que em uma gravidez normal.

Utilizando-se da já citada definição de “saúde” feita pela Organização Mundial de Saúde - completo bem estar físico, mental e social - afirmam que a manutenção dessa gestação resultaria em danos à integridade moral e psicológica da mulher e de sua família, tendo em vista o grande sofrimento e angústia causados por saber que seu filho não poderá sobreviver fora de seu útero, sofrimento que poderia ser equiparado à tortura.

Ainda conforme o ilustre causídico, no documento citado acima⁵⁷:

Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada).

Por fim, argumenta-se que, sendo o feto inviável, motivo não há para a continuidade da gestação, por ser um risco desnecessário à saúde da mulher, e que a antecipação deve ser indicada, ainda que esse risco não seja iminente.

3.4.4 Dignidade da pessoa humana. Dignidade da gestante.

⁵⁷ Ibid. p.90.

A dignidade da pessoa humana, conforme já exposto no item 1.3.3 acima, é um dos fundamentos presentes na nossa Carta Magna, sendo considerado o mais importante de todos, a base sobre a qual todo o nosso ordenamento jurídico deve ser fundamentado e interpretado.

A dignidade pode ser conceituada, embora não perfeitamente, como um valor espiritual e moral intrínseco ao ser humano, manifestando-se na capacidade de decidir por si, com consciência e responsabilidade, e que possui em seu bojo a pretensão de ser respeitado por parte dos demais.

É uma qualidade essencial do homem, e ainda o fundamento da ordem política e de paz social, constituindo-se, assim, em fonte de direitos.⁵⁸

Tal princípio se desdobra em duas acepções – a de ter o homem seus direitos respeitados pelo Estado e pelas demais pessoas, e o de tratar de forma igualitária a todos os indivíduos, seus semelhantes, respeitando a dignidade do próximo, como a sua.

Parte da doutrina separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em duas classificações: direitos à integridade física, que abrange, entre outros, o direito à vida e o direito ao próprio corpo, e direitos à integridade moral, onde estão inseridos os direitos à liberdade, à vida privada, à honra, à imagem, ao nome e direito moral do autor, à intimidade, e outros relacionados à personalidade do indivíduo.

Partindo tanto da premissa de que o feto anencéfalo pode ser considerado morto, por analogia com o quadro de morte encefálica, quanto da idéia de não ser a vida desse feto juridicamente relevante, por não haver possibilidade de desenvolvimento extra-uterino, os argumentos favoráveis à legalização da antecipação do parto nos casos em que seja diagnosticada a anencefalia, no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana, são os mesmos – a obrigação imposta à gestante de manter a gravidez até o seu termo, constitui verdadeira tortura psicológica, e gera danos à integridade moral e psicológica da mesma, e

⁵⁸ SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade...** Op. cit. p.143

ainda uma potencial ameaça a sua integridade física, em virtude dos riscos existentes, conforme exposto no item 3.4.3.

A gravidez, momento, geralmente, de grande felicidade para a mulher e sua família, se transforma, a partir do diagnóstico da deficiência, em grande tristeza, dor, angústia e frustração, por saber que o feto, caso chegue a nascer, não sobreviverá por muito tempo.

Ainda que levado em consideração o direito à vida, inerente ao feto anencéfalo, ele não poderia ser sobreposto à dignidade da mãe, por não haver viabilidade extra-uterina, e desse modo, na resolução desse conflito entre direitos fundamentais, o direito da mãe prevaleceria sobre o do feto. Um exemplo dessa orientação é a lição de Daniel Sarmento⁵⁹:

(...) a dignidade da pessoa humana afirma-se como o principal critério substantivo na direção da ponderação de interesses constitucionais. Ao deparar-se com uma colisão entre princípios constitucionais, tem o operador do direito de, observada a proporcionalidade, adotar a solução mais consentânea com os valores humanitários que este princípio promove.

De se concluir, portanto, que se o feto anencéfalo não possui viabilidade ou pode ser considerado um morto encefálico, a dignidade da gestante deve prevalecer na ponderação de interesses, uma vez que se torna inadmissível obrigá-la a manter uma gravidez desnecessária, já que seu produto não poderá sobreviver autonomamente, e todo o sofrimento dela decorrente, em virtude de um feto que terá condições de viver senão por breves momentos.

3.4.5 Inexigibilidade de conduta diversa.

Outra corrente que procura trazer o aborto de anencéfalos para o campo da legalidade é a que considera essa prática como um exemplo de inexigibilidade de conduta diversa.

⁵⁹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p. 74, *apud* BARROSO, Luis Roberto (organizador). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 281.

Conforme comentado no item 2.5, o crime, considerado em seu aspecto formal, possui dois requisitos – adequar-se a conduta a um fato típico, e ser essa conduta antijurídica. Além disso, necessária ainda a verificação da culpabilidade do agente, que se constitui num pressuposto da pena.

De acordo com a teoria normativa pura, uma das três que se ocupam da culpabilidade, esta é constituída de três elementos – a imputabilidade, a possibilidade de conhecimento do injusto e a exigibilidade de conduta diversa.

Voltando nossa atenção para o terceiro requisito, ensina-nos a doutrina que a conduta somente é culpável se o seu autor, no momento e diante das circunstâncias em que se deu o fato, pudesse ter comportamento diverso, de acordo com o Direito, mas ainda assim, tenha realizado outro, proibido pelo ordenamento jurídico.

Os partidários desta corrente, ao contrário daqueles que defendem a atipicidade material do aborto no caso em estudo, entendem que existe vida, apesar de inviável, e que esta é protegida juridicamente. Não se trata de um caso onde o risco criado pela conduta seria inexistente, e sim um risco proibido legalmente.

Alegam serem inquestionáveis, nos casos de anencefalia, os transtornos por que passa a saúde psíquica da gestante, a perturbação emocional que a atinge e a sua família.

Tal inexigibilidade também se aplicaria ao médico que realiza o abortamento, não podendo dele exigir-se comportamento diferente, uma vez que não seria justo constrangê-lo a prolongar o sofrimento psíquico da gestante.

De acordo com Guilherme de Souza Nucci⁶⁰:

[...] algumas decisões de juízes têm autorizado aborto de fetos que tenham graves anomalias, inviabilizando, segundo a medicina atual, a sua vida futura. Seriam

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 4ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 396, *apud* QUEIROZ, Eduardo Gomes de. **Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>. Acesso em: 08 jun. 2008.

crianças que fatalmente morreriam logo ao nascer ou pouco tempo depois. Assim, baseando-se no fato de que algumas mães, descobrindo tal fato, não se conformam com a gestação de um ser completamente inviável, abrevia-se o sofrimento e autoriza-se o aborto. O juiz invoca, por vezes, a tese da inexigibilidade de conduta diversa, por vezes a própria interpretação da norma penal que protege a 'vida humana' e não a falsa existência, pois o feto só está 'vivo' por conta do organismo materno que o sustenta. A tese da inexigibilidade, nesse caso, teria dois enfoques: o da mãe, não suportando gerar e carregar no ventre uma criança de vida inviável; o do médico, julgando salvar a genitora do forte abalo psicológico que vem sofrendo. A medicina, por ter meios atualmente de detectar tais anomalias gravíssimas, propicia uma avaliação judicial antes impossível. Até este ponto, cremos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá.

Dessa forma, a antecipação do parto de fetos anencefálicos, como sustentam os seguidores desta corrente, seria perfeitamente ajustável aos pressupostos necessários à exclusão da culpabilidade por inexigibilidade conduta diversa. Uma vez que as condições que envolveriam o aborto nesse caso seriam completamente anormais, da mesma forma o seria também o ato volitivo que levaria à conduta.

3.5 Argumentos contra.

3.5.1 Equiparação do feto ao ser humano.

Dentre os argumentos utilizados contra a legalização do aborto em casos de inviabilidade de vida extra-uterina, está a equiparação do feto ao ser humano.

O Direito não pode se afastar da Ciência, e segundo esta, desde o momento da concepção, surge um ser possuidor de uma associação totalmente nova de genes que irá

caracterizá-lo por toda sua vida, tornando-o distinto geneticamente de qualquer outro indivíduo.

Este ser constitui uma unidade existencial, pelo fato de possuir individualidade humana, sendo único e insubstituível no mundo. A combinação de genes que recebemos de nossos genitores, em virtude dos rearranjos aleatórios e complexos de cromossomos, é única, invariável e irreprodutível.

O processo de evolução do ser humano inicia-se na fecundação, quando é formado o zigoto, e sua carga genética é formada exatamente neste momento. Com a multiplicação celular, o conceito passa a ser designado embrião (da segunda à sétima semana após a fecundação) e a partir da oitava semana, temos o feto.

Independentemente da designação e do grande número de multiplicação celular experimentado pelo organismo desde a concepção até a morte, o DNA de todas as células permanece exatamente o mesmo. Há, portanto, identidade genética absoluta entre todas as células do corpo humano e entre estas e a célula inicial, o zigoto.

José Néri da Silveira⁶¹, Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal, em parecer elaborado a pedido da União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro, sobre a ADPF proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, traz o entendimento de Diego León Rábago, advogado e estudioso mexicano:

[...] explica demonstrar a genética suficientemente que, desde o momento mesmo em que surge à vida o zigoto, já há um ser humano. Keith L. Moore, citado por Rábago, define o zigoto como a célula resultante da fecundação de um óvulo pelo espermatozóide e acrescenta que um zigoto é “o começo de um novo ser humano”. Rábago, no ponto, ainda esclarece que não se deve confundir as células germinativas, óvulo e espermatozóide, com o zigoto. Aquelas são originadoras, este é o originado. Noutro passo, complementa que, com o surgimento do zigoto, se inicia o processo contínuo do desenvolvimento do ser humano, o qual abrange sua integração orgânica e seu crescimento, conforme as determinações de seu código genético. Por virtude do fenômeno vital da divisão, crescimento e diferenciação celulares, o zigoto se converterá em preembrião, em embrião, em feto, em criança,

⁶¹ RÁBAGO, Diego Leon. *La Bioética para el Derecho*. México: Ed. Faculdade de Direito, Universidade de Guanajuato, 1998. 1ª ed., p. 207-208, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin/ Centro de Extensão Universitária, 2005. p. 67-68

em jovem, em adulto e em velho. Como sinala, ademais, Rábago, enquanto tudo isso sucede por determinação do código genético, contido já no zigoto, as transformações que se operam são morfológicas, porém não essenciais. Existe uma identidade absoluta entre o zigoto e o preembrião, o embrião, o feto, a criança, o adulto e o velho. Trata-se do mesmo ser que passa por diversas etapas de desenvolvimento.

No mesmo sentido, Maria Helena Diniz⁶²:

A ontogenia humana, isto é, o aparecimento de um novo ser humano, ocorre com a fusão dos gametas feminino e masculino, dando origem ao zigoto, com um código genético distinto do óvulo e do espermatozóide. A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico-temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único. Jérôme Lejeune, geneticista francês e autoridade mundial em biologia genética, asseverou: “Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o novo ser humano já estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí para frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”.

E dando prosseguimento a sua lição⁶³:

Por tal razão a Declaração dos Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1959, da Assembléia Geral da ONU, já prescrevia que: “A criança, dada a sua imaturidade física e mental, precisa de proteção legal apropriada, tanto antes como depois do nascimento”. A vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria; diferencia-se, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e, independentemente do que a lei estabeleça, é um ser humano. Em poucos dias seus órgãos estão formados e funcionando, aumentando apenas de tamanho com o passar do tempo, já percebe ruídos desagradáveis, que o inquietam, e suaves, que o tranqüilizam, perturba-se quando sua mãe está nervosa, chupa o dedo quando se aborrece, dorme quando a mãe descansa, dá voltas, engole substância açucarada, rejeitando as que o desagradam, e pode curar-se de várias moléstias, ainda no útero, mediante mais de cinquenta espécies de intervenções cirúrgicas. Tudo isso foi comprovado por fotos, aparelhos de ressonância magnética e ecografia. (*grifo nosso*)

Diante do exposto, não há como negar que, desde o momento mesmo da fecundação, há vida humana, e em tal conclusão não pode haver modificação se e quando, em qualquer fase do desenvolvimento do indivíduo, ainda que na embrionária ou fetal, houver a ocorrência

⁶² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 29-30

⁶³ Loc. Cit.

de anomalia ou malformação que comprometa o funcionamento de algum dos seus órgãos ou sistemas, se apesar disso, a vida continua a existir.

Difícil, portanto, de aceitar a tese de que um feto anencefálico, em virtude de sua deficiência, não possua vida, pois, apesar de serem privados de exercer funções superiores do sistema nervoso, esses pequenos seres apresentam funções vitais que possibilitam seu o desenvolvimento no ventre materno e na fase extra-uterina, quando a atingem, ainda que de breve duração.

De acordo com a literatura médica, possuem também as atividades dos sistemas circulatório e respiratório e as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior, com a presença de tronco encefálico e porções variáveis do diencefalo, sendo que algumas crianças com essa anomalia permaneceram vivas por vários meses, sendo capazes de realizar todas as funções de alimentação, como a sucção, a expulsão de comida desagradável da boca, e ainda de levar as mãos à boca para sugar seus dedos. Podem ainda bocejar e estirar-se, chorar e seguir objetos com os olhos e movimentos de sua cabeça⁶⁴.

Como então considerar um feto portador de anencefalia um natimorto? Ou ainda, como dizer que, por não possuir potencialidade de (longa) vida extra-uterina, não seria um ser humano, e sim “inumano” ou sub-humano”? Repugna-nos a razão admitir que dois seres humanos possam gerar algo que não seja humano.

José Néri da Silveira, no parecer referido anteriormente, cita Pontes de Miranda⁶⁵: “O Código Civil desconhece monstros, *monstra*. Quem nasce de mulher é ser humano. Não se cogita do hermafrodita no tocante à personalidade.” (*grifo do autor*)

3.5.2 Impossibilidade de comparação da anencefalia com morte encefálica.

⁶⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op.cit. p. 77

⁶⁵ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Rio de Janeiro: Ed. Borsoi, 1954. Parte geral, Tomo I, §50, nº 4, p. 163, *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op. cit. p. 68.

Conforme explicitado no item 3.4.1 acima, um dos argumentos utilizados por aqueles que defendem a atipicidade material da conduta de interrupção da gestação de feto anencefálico é a equiparação da situação deste ao do morto encefálico.

Serve como base principal para os que se filiam a esta corrente a Resolução nº 1752/04, do Conselho Federal de Medicina, que afirma que os anencéfalos são natimortos cerebrais, por não possuírem os hemisférios cerebrais e que, em virtude de sua inviabilidade vital decorrente da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica⁶⁶.

Com uma leitura simples da referida resolução, verifica-se que o Conselho Federal de Medicina em momento algum classificou os anencéfalos como mortos encefálicos.

Entendemos que tal posicionamento encontra-se equivocado, uma vez que a morte encefálica não se dá apenas com a ausência ou suspensão em definitivo das atividades do sistema nervoso superior ou cortical, e sim de todas as funções do encéfalo, composto pelo tronco cerebral, cerebelo e cérebro.

Nos fetos anencefálicos, existem unidades de níveis medular e encefálico inferior em funcionamento, ainda que precário, mas suficiente para afastar a situação de suspensão definitiva de todas as funções do encéfalo. Daí o não ser cabível a comparação da anencefalia com o quadro de morte encefálica.

Da mesma forma, não concordamos com a classificação dada pelo Conselho Federal de Medicina – natimorto cerebral – uma vez que, pelo próprio significado da palavra “natimorto” (nascido morto), tal condição não se aplica à criança anencefálica, cujo organismo vive, apesar da grave deficiência de que é portadora.

⁶⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1752/2004**, de 13 set. 2004, disponível em <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm> Acesso em 01 jun. 2008.

O Min. José Néri da Silveira nos traz a lição de Arthur C. Guyton, professor e Diretor do Departamento de Fisiologia e Biofísica da Faculdade de Medicina da Universidade do Mississippi em 1977, no seu Tratado de Fisiologia Médica⁶⁷:

Em resumo, as funções subconscientes, porém coordenadas do corpo, como muitos dos próprios processos vitais – pressão arterial e respiração, por exemplo – são controladas pelas regiões encefálicas inferiores, regiões que usualmente, mas nem sempre, operam abaixo do nível consciente.

O Comitê Nacional para a Bioética, na Itália, aprovou em 1996 um documento⁶⁸ que trata da doação de órgãos do recém-nascido anencefálico, abordando a problemática da morte encefálica nesses casos. Tratando da definição de anencefalia:

Literalmente, anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, define-se com este termo uma mal formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, na qual se verifica “ ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ela se sobrepõem e grau variado de mal formação e destruição dos esboços do cérebro exposto”. Verifica-se portanto ausência dos hemisférios cerebrais e dos tecidos cranianos que os encerram com presença do tronco encefálico e de porções variáveis do diencéfalo. A ausência dos hemisférios e do cerebelo pode ser variável, como variável pode ser o defeito da calota craniana. A superfície nervosa é coberta por um tecido esponjoso, constituído de tecido exposto degenerado.

Este é o quadro de referência geral da malformação anencefálica; não se deve, todavia, pensar que esta malformação seja rigorosamente definível. O autor de um texto qualificado sobre anencefalia, estranha, com razão, a variedade de denominações e de classificações que existem na literatura sobre o assunto.

A dificuldade de classificação baseia-se sobre o fato de que a anencefalia não é uma malformação do tipo tudo ou nada, ou seja, não está ausente ou presente, mas trata-se de uma malformação que passa, sem solução de continuidade, de quadros menos graves a quadros de indubitável anencefalia. Uma classificação rigorosa é, portanto quase que impossível.

Quanto à determinação do momento em que há a morte encefálica, o documento nos traz as seguintes informações:

No caso do recém-nascido anencefálico a demonstração da morte cerebral apresenta grandes dificuldades ligadas ao conhecimento ainda imperfeito da neurofisiologia neonatal em sentido geral e também à própria condição de malformação do sujeito. O exame do EEG é impossível pela própria ausência anatômica das estruturas que dão origem aos potenciais elétricos (córtex). Além disto a presença de ondas EEG

⁶⁷ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op. cit. p. 77.

⁶⁸ COMITÊ NACIONAL PARA BIOÉTICA (Itália). **O recém nascido anencefálico e a doação de órgãos.** Disponível em <<http://www.providafamilia.org.br/site/noticias.php?id=36>>. Acesso em 01. jun. 2008.

no recém-nascido e na criança não exclui o diagnóstico de morte cerebral. A medição do fluxo cerebral embora difícil não é significativa por causa das graves mal formações vasculares cerebrais. Da mesma forma a demonstração de fluxo cerebral não exclui na infância o diagnóstico de morte cerebral.

Os reflexos do tronco são variáveis por causa das malformações a cargo de numerosos nervos cranianos.

O exame clínico que visa verificar o comprometimento do tronco encefálico é, portanto de duvidosa confiabilidade, seja pela dificuldade de evocar os reflexos do tronco, seja de interpretar as respostas obtidas. Junto com isto apareceu um aspecto ainda mais fundamental na fisiopatologia do sistema nervoso central em idade neonatal. Um forte debate está surgindo sobre as potencialidades do encéfalo em idade neonatal. Uma grande capacidade de adaptação, mesmo em condições patológicas graves, é reconhecida nos primeiros dias de vida, nos quais particularmente ativos e válidos parecem os fenômenos de neuroplasticidade.

O encéfalo do recém-nascido parece hoje comparável cada vez menos a um cérebro adulto em miniatura, principalmente pelas funções da consciência e do contato com o ambiente, e cada vez mais comparável a um órgão em formação com potencialidades variáveis. A perda ou a falta de uma parte do cérebro durante a fase de desenvolvimento não é comparável à perda da mesma parte depois que o desenvolvimento tenha se acabado completamente.

Essas considerações têm particular relevo na avaliação das capacidades do anencéfalo.

Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencefálico, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencefálico enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos. (*grifo nosso*)

Dessa forma, demonstrado fica que não há possibilidade de equiparar a anencefalia à morte encefálica, pela estrutura orgânica mesma do feto ou recém-nascido. Inviável a realização dos testes indispensáveis à declaração da morte encefálica, determinados pela Resolução nº 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, conforme item 3.2 deste trabalho.

De ressaltar também que a morte encefálica pressupõe a existência anterior de uma vida encefálica, uma vez que os exames que são exigidos possuem a finalidade de verificar a cessação das funções realizadas anteriormente de forma automática pelo encéfalo, e que, em razão de uma causa conhecida deixaram de ser realizadas de forma definitiva e irremediável.

Como explicitado anteriormente, nem mesmo a definição de natimortos é aplicável a esses seres humanos, pelo simples fato de possuírem respiração, batimentos cardíacos e outras funções controladas pelo sistema nervoso inferior.

O anencéfalo possui uma expectativa de vida breve, e, com a tecnologia disponível atualmente, ainda não é possível reverter o quadro de inviabilidade que possui, e não há, ao menos por enquanto, perspectiva para uma terapia válida.

Essa situação é comum a várias outras categorias de doentes, ainda que com intensidades diversas, como por exemplo, os doentes incuráveis ou aqueles que perderam o uso das funções intelectuais ou o contato com o ambiente.

Se não é considerado lícito abreviar a existência dessas pessoas ou provocar sua morte, como seria possível que tal comportamento fosse considerado válido com relação ao anencéfalo? Não é a duração provável de uma vida que lhe confere o direito a sua proteção, e sim a vida em si, independentemente de esta ser breve ou não. O anencefálico é um ser humano vivo, e sua reduzida expectativa de vida não limita sua dignidade e seus direitos.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz⁶⁹:

O anencéfalo é um ser humano tanto quanto um homem que venha a sofrer grave lesão nos hemisférios cerebrais ou a perder parte de seu cérebro num acidente automobilístico ou numa intervenção cirúrgica para extirpação de um tumor maligno, perdendo a capacidade de qualquer contato com o mundo exterior, mas suscetível de regular sua homeostasia, em virtude da persistência do funcionamento adequado do tronco cerebral. Se assim é, dever-se-á respeitá-lo como pessoa humana, não se ferindo sua dignidade.

Inadmissível, portanto, que se considere o anencéfalo um morto no ventre materno, ou um ser com diagnóstico de morte encefálica, na existência extra-uterina.

3.5.3 Inalienabilidade do direito à vida.

Uma vez compreendido que desde o instante da fecundação surge o ser humano, imperativo também reconhecer que há uma vida a ser amparada pelo Direito.

⁶⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 351.

A inviolabilidade do direito à vida está prevista no art. 5º da Constituição Federal, sendo este o mais fundamental de todos os direitos, dado que sem ele, nenhum outro direito subsiste, sendo desta forma um pré-requisito à existência e ao exercício de todos os demais direitos.

De acordo com Maria Helena Diniz⁷⁰, “o direito à vida integra-se à pessoa até o seu óbito, abrangendo o direito de nascer, o de continuar vivo e o de subsistência, mediante trabalho honesto ou prestação de alimentos”.

Trata-se de um direito fundamental de primeira dimensão, que é garantido ao ser humano desde a concepção até a morte, e, portanto, garantido também ao nascituro, sem que se estabeleça distinção de qualquer espécie, ainda que relativa a maior ou menor vitalidade do ser na fase intra ou extra-uterina, com prognóstico de breve duração nesta última ou não. A Constituição protege a vida de forma geral, inclusive uterina.

O direito à vida não é seletivo, não escolhe quem o possui ou não. Também não há tempo mínimo de vida para que possa haver proteção, basta que haja vida.

Com relação à legislação ordinária, não há, no Código Penal, na incriminação do aborto, diferença entre as fases do desenvolvimento do produto da concepção no período intra-uterino. Basta, para a configuração do crime, que a gravidez seja interrompida antes do seu termo normal, ainda que não haja a expulsão do feto. Ou seja, aborto é a interrupção voluntária da gestação, seguida ou não da expulsão do feto, antes da época da sua maturidade. Não há, da mesma maneira, qualquer referência relativa à viabilidade do feto, ou ainda quanto à possibilidade deste possuir vida breve após o nascimento.

De se ressaltar que o tipo penal do aborto foi classificado como crime contra a vida, subclasse dos crimes contra a pessoa, sendo certo que os sujeitos passivos desses delitos são tanto a mulher grávida quanto o feto, que, como já visto anteriormente, possui, como qualquer outro ser humano, direito a que se respeite sua vida.

⁷⁰ Ibid. p. 24.

O principal argumento dos que pretendem a descriminalização do aborto de anencéfalos é a afirmação de que nesses fetos não existe vida, por não possuírem os ossos cranianos, hemisférios e o córtex cerebral, ficando destarte impossibilitados de exercer as funções superiores do sistema nervoso.

No entanto, esses seres humanos possuem organismo com funções vitais, que possibilita seu desenvolvimento no ventre materno e, quando a alcançam, na fase extra-uterina, ainda que de breve duração. Seus sistemas circulatório e respiratório permanecem em funcionamento, bem como as funções do sistema nervoso dos níveis medular e encefálico inferior. Como negar-lhes a presença de vida?

O feto anencefálico é portador de vida e de dignidade de ser humano, pois vida e dignidade são conceitos e princípios, dentro de nosso ordenamento jurídico, inseparáveis. Possui assim a proteção da Constituição bem como das leis civis e penais. A deficiência que o acometeu no período de desenvolvimento fetal não descaracteriza sua natureza humana, presente desde seu surgimento, na fecundação, e acompanhando-o até a morte.

A dita antecipação terapêutica de parto, em realidade constitui uma forma de abortamento voluntário, uma vez que a intenção é interromper a gestação de um feto vivo e em desenvolvimento, em razão da anencefalia, conduta proibida pelo ordenamento penal, por atentar contra a vida de um ser humano.

Na tentativa de legitimar a conduta, argumenta-se ainda que o que causaria a morte do feto não seria a interrupção da gravidez, e sim a sua própria deficiência, que o tornaria inabilitado a sobreviver fora do útero materno. Basta um raciocínio simples para repudiar esta tese. Utilizamos, para demonstrar a fragilidade do argumento, um trecho do parecer do Ministro José Néri da Silveira⁷¹ sobre o assunto:

⁷¹ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op. cit. p.82.

Assim sendo, de concluir-se é que se caracteriza, em realidade, aborto, na interrupção voluntária da gravidez de feto anencefálico, quer isso aconteça com sua expulsão ou extração do útero materno, ou não, verificando-se a morte desse ser humano, como consequência direta e imediata da medida adotada para privá-lo da vida. Provocando a interrupção da gravidez, o sujeito ativo do delito atenta contra a vida do feto anencefálico, com o resultado desejado de sua morte, configurando-se, de forma inequívoca, nexo causal. A morte, no caso, não decorre da anomalia encefálica de que portador o feto, mas, sim, da ação de interromper-lhe, de modo eficaz, o normal desenvolvimento fetal, que vinha acontecendo no meio adequado intra-uterino. Se o fundamento à ação interruptiva, como com frequência é invocado, constitui o fato de ser presumivelmente reduzida a expectativa de vida desse ser humano, ou que poderá inclusive morrer antes do nascimento, tal circunstância, à evidência, não logra amparo, mas, sim, repúdio, da ordem jurídica, ou ética, pois importaria antecipar o óbito humano. Essa conduta, indiscutivelmente, segundo os princípios, implica atentar contra a vida humana. O feto anencefálico, reitera-se é ser humano que vive e se desenvolve no útero de sua mãe, que o gerou. Como admitir-se sua implacável destruição, interrompendo-se, voluntariamente, a gravidez?

Outro argumento baseia-se em situações de gestações patológicas, que ocorrem nos casos de gravidez extra-uterina ou molar. O feto anencéfalo não é uma patologia, como pretendem alguns, e sim possuidor de uma deficiência, que infelizmente não possui tratamento, o que impossibilita o prosseguimento de sua vida extra-uterina. Mas a vida intra-uterina existe, e em alguns casos, ainda que raros, sobrevive por algum tempo fora do útero materno. Não pode ser ele ser discriminado por possuir uma deficiência. Tem o mesmo direito que os fetos saudáveis, e sua vida, ainda que breve, deve ser respeitada e protegida.

Qualquer argumento que utilize como base a inexistência de vida no feto anencefálico, por má-formação do encéfalo ou por considerá-lo uma patologia, está, portanto, equivocado, pois como já exposto, existe vida desde sua concepção, e esta deve ser protegida independentemente de deficiências ou de curta duração. Além disso, o anencéfalo, mesmo não possuindo o cérebro bem formado, é capaz de executar diversas funções, o que nos torna impossível dizer que não é possuidor de vida, ainda que limitada por sua deficiência.

3.5.4 Conflito entre direitos fundamentais da mãe e do feto.

Os direitos e garantias fundamentais não são absolutos, ilimitados. Sua limitação está justamente nos demais direitos igualmente consagrados pela Constituição Federal, pelo que se denomina princípio da relatividade.

Havendo conflito envolvendo dois ou mais direitos fundamentais, aconselha a doutrina que se aplique o princípio da concordância prática ou da harmonização, procurando a melhor forma de se coordenar os bens jurídicos em conflito, mas sempre evitando o sacrifício total de uns em benefício dos outros. Tal harmonização deve ser realizada por meio de uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada direito, sempre visando o real significado da norma e da conformidade do texto constitucional com seu fim principal⁷².

A Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas, em seu art. 29, nos diz que⁷³:

Toda pessoa tem deveres com a comunidade, posto que somente nela pode-se desenvolver livre e plenamente sua personalidade. No exercício de seus direitos e no desfrute de suas liberdades todas as pessoas estarão sujeitas às limitações estabelecidas pela lei com a única finalidade de assegurar o respeito dos direitos e liberdades dos demais, e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática. Estes direitos e liberdades não podem, em nenhum caso, serem exercidos em oposição com os propósitos e princípios das Nações Unidas. Nada na presente Declaração poderá ser interpretado no sentido de conferir direito algum ao Estado, a um grupo ou uma pessoa, para empreender e desenvolver atividades ou realizar atos tendentes a supressão de qualquer dos direitos e liberdades proclamados nessa Declaração. (*grifo nosso*)

Dentre os argumentos utilizados para justificar a liberação do aborto em caso de anencefalia, um dos principais diz respeito ao conflito entre os direitos fundamentais da mãe e do feto.

De um lado, o direito à vida do nascituro, e de outro, o direito à liberdade de escolha, à saúde e a autonomia da vontade da mulher, além de suposta agressão a sua dignidade.

O conflito suscitado deve, portanto, ter sua resolução pela ponderação hierárquica entre os direitos e valores em jogo.

⁷² MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19.ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 28.

⁷³ Loc. cit.

Vida e liberdade são bens superiores, sendo o primeiro o início de tudo, uma vez que constitui a base imprescindível para o surgimento de todos os outros bens e direitos. Liberdade é o dar destinação à vida de acordo com limites organizados, e essa liberdade é regulada pelo Direito, que não a confere supremacia.

O valor supremo, que limita e determina o alcance e a aplicação de qualquer princípio ou direito é a dignidade da pessoa humana. Esta é a bússola do direito, pertencendo à natureza humana e como tal, é inseparável da própria existência humana. Esse atributo, porém, somente se afirma quando há o reconhecimento, a preservação e a consagração dos direitos fundamentais e personalíssimos, destacando-se dentre eles, em primeiro lugar, o direito à vida.

Não é por outro motivo que o direito à vida ocupa a primeira posição no rol do art. 5º da Constituição Federal, que estabeleceu sua inviolabilidade, bem como a de outros direitos. Lembremos, assim, que a legislação penal e a Constituição tutelam a vida como bem maior, e as hipóteses em que se permite violar essa proteção estão previstas de modo restrito, no caso de abortamento necessário, como único meio de salvar a vida da mãe, no aborto sentimental e na previsão de pena capital em época de guerra declarada pelo Presidente da República, não sendo admitida interpretação extensiva, bem como analogia em *malam partem*.

Como já demonstrado, o feto é um ser humano, tendo direito a que se preserve sua vida e sendo portador de dignidade, por sua própria natureza.

Por outro lado, alega-se que a saúde da gestante estaria em risco, e obrigação de levar a termo uma gravidez sabendo da anomalia que acomete o feto seria um atentado a sua autonomia da vontade, liberdade de escolha e principalmente a sua dignidade.

Relativamente ao que se invoca sobre a saúde da mulher nessa situação, transcrevemos, no item 3.4.3 acima, um parecer da FEBRASGO – Federação Brasileira das

Associações de Ginecologia e Obstetrícia, sobre as complicações que existiriam em gestações com aquelas características.

Vale reproduzir mais algumas informações do notável parecer do Min. José Néri da Silveira⁷⁴, sobre os pretensos riscos à saúde da gestante:

No ponto, escreveu, a Dra. Maria José Miranda Pereira, Promotora de Justiça do Distrito Federal [...]: “A má formação fetal não acarreta qualquer risco à gestante além daqueles inerentes a outras gestações em que a criança é sadia, conforme resposta oficial do Conselho Federal de Medicina a um questionamento do Ministério Público. Confirma a Associação Nacional dos Ginecologistas/Obstetras que o defeito físico do feto NÃO implica por si só risco para a gestante. [...] Também é falso que a mãe sentirá repugnância pelo filho deficiente, ao nascer. É próprio do amor materno compadecer-se daquele que está desfigurado pela doença e ameaçado de morte iminente. Ao contrário, se a gestante, pressionada por outros que lhe dizem que seu filho é uma ‘coisa’ ou um ‘monstro’, acaba consentindo no aborto, carregará pelo resto da vida o terrível quadro clínico conhecido como síndrome pós-aborto, que inclui: depressão, medo, choro, remorso, tendência ao suicídio, noutras palavras, aniquilação da psique da mulher. *(grifo do autor)*”

Com o intuito de refutar de forma definitiva o divulgado pela FEBRASGO, o Il. Min. Néri da Silveira⁷⁵ nos traz ainda parte do pronunciamento firmado pelo Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em Ginecologia e Obstetrícia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina:

Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto são comuns e muitas vezes inesperadas. Desproporção céfalo-pélvica, distócias várias em parto cefálico, pélvico, (...), apresentações anormais, hemorragias por diversas causas podem provocar situações emergenciais que exigem do obstetra um procedimento rápido e manobras adequadas ao momento. Não são características do parto do anencéfalo que, de acordo com a dilatação do colo, não cria maiores dificuldades. E, em caso de qualquer dúvida, pode se indicar a cesariana. O aborto provocado ou o parto prematuro não são destituídos de complicações que podem ser iguais ou maiores que o parto a termo, com a diferença ética e moral de que a morte da criança não foi provocada ou antecipada voluntariamente.

Apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério deve ser dado sempre pela família nas mais diversas situações, inclusive pela sobrecarga do trabalho que qualquer puérpera pode ter com um novo filho que vai precisar dela praticamente vinte e quatro horas por dia. São por demais conhecidos os casos de psicose puerperal em gestações ditas normais, que além da família pode necessitar de um profissional especializado. Também é conhecida e estudada a síndrome pós-aborto provocado, alterações psicológicas e do comportamento de mulheres que induziram um aborto.

⁷⁴ MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op. cit. p. 83.

⁷⁵ Ibid. p. 83-84

A morte intencional do filho doente também deixa seqüelas psicológicas e comportamentais, muitas vezes de difícil resolução.

Bloqueio da lactação é um procedimento comum na obstetrícia por várias causas, sendo uma das mais comuns a mastite puerperal e não cria maiores problemas.

A falta de contratilidade uterina no pós-parto pode ocorrer por várias causas, independentemente de ser um parto de uma criança anencéfala. Tem tratamento preconizado para essas hemorragias de acordo com sua etiologia.

Infecções pós-cirúrgicas podem ocorrer por várias causas, inclusive pela falta de cuidados devidos em qualquer procedimento médico. Um parto a termo em muitas situações pode exigir manobra obstétrica que deve ser feita dentro dos devidos cuidados de antisepsia comuns. (*grifo nosso*)

E, finalizando sua argumentação, apresenta ainda um dos documentos, firmado pela

Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, médica ginecologista-obstetra, que acompanharam a consulta a ele realizada⁷⁶:

Em conclusão, temos a considerar que não há razões médicas de “risco para a gestante” que indique o aborto em caso de feto anencefálico:

1) A probabilidade de complicações maternas pode ser grandemente diminuída pela assistência durante o Pré-Natal, pelo apoio de agentes de saúde ou pela assistência domiciliar e de entidades;

2) Essas complicações nunca foram ensinadas nos cursos de medicina como algo que colocasse a vida da mãe em risco;

3) A própria natureza leva ao parto prematuro ou ao aborto espontâneo com grande frequência;

4) O sofrimento materno pode ser mais bem aliviado se a gestante tiver o apoio e a compreensão que a auxiliem a vivenciar a situação tão grave segundo estudos e conclusões de muitos psicólogos: ‘As verdadeiras neuroses definem-se melhor como egocentrismo obstinado. Nenhum terapeuta consegue curar uma fobia, uma obsessão ou um preconceito por subtração (do trauma). Pode, entretanto, auxiliar o paciente a realizar um sistema de valores e uma perspectiva que facilitem a absorção do fator desequilibrante’ (Victor E. Frankl); (*grifo nosso*)

5) A certeza do diagnóstico somente é possível no final do 1º trimestre. A mãe, habitualmente, já viu seu filho no exame de ultrassonografia constatando seus movimentos e batimentos cardíacos (possíveis de serem constatados neste exame desde a 1ª semana de atraso da menstruação). Sentiu-o como uma pessoa humana viva. Por mais que se queira reforçar o seu medo e repulsa referente à situação, ela sabe que está interrompendo uma vida. Os efeitos podem ser muito mais graves em sua personalidade e afetividade;

6) “Faz muita diferença que a mãe considere o feto apenas como um tecido, ou que nutra sentimentos maternos para com este ser vivo. A humanização de todo o gênero humano bem como a complexidade ou totalidade das relações humanas não podem ser dissociadas desta relação... Todas as formas de racionalização arbitrária, tendentes a justificar o aborto, levarão a outros tipos de alienação nas relações interpessoais e a ulteriores explosões de violência”(Bernhard Häring);

7) A angústia das mulheres nesta situação é semelhante a que acontece diante do diagnóstico de outras patologias e situações graves presentes na prática médica. O profissional deve estar preparado para lidar com estas vivências humanas da mesma forma com que se prepara tecnicamente para seu trabalho;

8) Se o Estado não tem contribuído efetivamente para o suporte técnico e financeiro para o tratamento de bebês malformados nem para o atendimento psico-social das mães, isto nunca foi, na história da medicina, motivo para interromper uma gestação;

⁷⁶ Ibid. p. 84-85.

9) Da mesma forma, a capacidade de viver e a incapacidade de sobreviver nunca deveriam ser critérios de valorização de uma pessoa humana para a classe médica e para toda a sociedade; (grifo do autor)

Portanto, os argumentos para liberar o aborto legalmente nos casos de fetos anencefálicos são argumentos superficiais da cultura atual, de conceito de um aparente bem-estar. E, sobretudo, são provenientes da mudança do conceito de quem é a Pessoa Humana em torno da qual se construiu toda a civilização e o próprio exercício da Medicina. (grifo nosso)

Em outras palavras, verifica-se que não há risco grave para a saúde da gestante em virtude da deficiência de seu filho. As complicações que podem surgir são comuns a todas as gestações.

Diante dessas informações, incontestável o fato de não se enquadrar o aborto de anencéfalos na hipótese permissiva do art. 128, I do Código Penal, o aborto necessário ou terapêutico. Para a configuração deste é necessário, como ficará claro no item seguinte, que haja perigo iminente de vida para a gestante, não simples dano a sua saúde, sendo a interrupção da gestação o único meio de evitar sua morte. Não se enquadrando a conduta nessa hipótese, configura-se crime punível na forma dos art. 124 a 126 do mesmo Código.

Como, dessa forma, sobrepor interesses e direitos, relativos à gestante, que não se encontram em perigo ou risco de grave dano, aos direitos à vida e à dignidade do feto? O direito à vida não pode ser relativizado ou contraposto a outro direito de igual natureza.

Nesse sentido, José Renato Nalini⁷⁷, Desembargador do Tribunal de Justiça de São Paulo, em artigo intitulado “A Vida É”:

É paradoxal a situação de uma sociedade que, após eleger valores plenos e incondicionais como a vida, se proponha a abortá-la em nome direitos não positivados. Em nome do direito à liberdade de escolha, em nome da autonomia da vontade, em nome da igualdade da mulher. Liberdade positiva, conforme contemplada na Constituição, é a realização plena de suas potencialidades individuais. Liberdade de consciência para crescer até à plenitude possível, não liberdade para matar. A autonomia da vontade não significa sua utilização para sacrificar vidas. A igualdade da mulher não pode servir de pretexto para que ela se desigale e venha a eleger a morte como fórmula de auto-afirmação. Nada existe a justificar que a vida - esse milagre que tem início no encontro do espermatozóide com o óvulo e que se estende por um ciclo tão efêmero, de apenas algumas décadas – seja sacrificada e de maneira tão utilitarista e cruel.

⁷⁷ Ibid. p. 521.

Da mesma forma, o Min. José Néri da Silveira⁷⁸:

[...] inadmissível que os direitos fundamentais *à vida e à dignidade do ser humano*, os quais também se reconhecem em favor do *conceptus sed non natus*, situados no ápice da escala axiológica de nosso sistema constitucional e legal, - que os faz protegidos e os quer respeitados, desde o início da existência intra-uterina e até a morte, - possam, numa ponderação hierárquica de direitos, bens e valores, no âmbito constitucional, em qualquer situação concreta, ser considerados excedidos por direitos, interesses e valores, embora significativos, de que portadora a gestante, cuja vida, saúde e dignidade pessoal não estão em risco ou perigo de dano grave. Essa ponderação, se desse pela prevalência dos valores invocados pela gestante, teria a consequência inequívoca de conduzir ao aniquilamento e à morte do feto, que, vivo, se desenvolve no útero de sua mãe. A interrupção da gravidez pretendida causa, por si só, irremediavelmente, a morte imediata do ser humano. O direito à vida, pelo tempo por que houver de prolongar-se a existência do anencéfalo, seria, por inteiro, desprezado e destruído. Nem se invoque, no particular, em prol da conclusão contrária à vida desse ser humano doente, que a ciência está a apontar-lhe existência extra-uterina breve, se nascer com vida. O tempo mais ou menos longo de previsão de vida humana não autoriza, em qualquer caso, antecipar a morte. (*grifo do autor*)

A manutenção de um filho anencefálico em seu ventre não resulta em diminuição ou agressão à dignidade da mulher, muito menos constitui uma ameaça ou constrangimento a sua liberdade ou autonomia da vontade, como demonstrado pelas respeitáveis opiniões reproduzidas acima. Tais princípios devem ser exercitados, sempre, com o devido respeito ao direito e à dignidade dos outros indivíduos, e como já exaustivamente exposto, o ser humano, no útero materno, possui vida própria protegida legalmente e distinta de sua mãe, não cabendo a esta dispor dele como for a ela mais conveniente, principalmente, no gesto nefando de eliminá-lo.

E, ainda que se considere uma possível violação da dignidade da gestante, em virtude dos abalos psicológicos porventura por ela experimentados, não pode servir tal fato de justificativa para que seja suprimido o direito à vida que possui o feto, pois, caso o conflito seja dessa forma resolvido, o resultado será a aniquilação de um ser humano em prol de outro.

3.5.5 Aborto eugênico.

⁷⁸ Ibid. p. 88-89.

Aborto eugênico é a interrupção voluntária da gravidez nos casos em que se verifica que a criança irá nascer com deformidade ou venha a ser portadora de uma doença incurável.

Na definição dada por Maria Helena Diniz⁷⁹:

[...] interrupção criminosa da gestação quando: houver suspeita de que, provavelmente, o nascituro apresenta doenças congênitas, anomalias físico-mentais graves [...] É o praticado, portanto, com o escopo de aperfeiçoar a raça humana, logrando seres geneticamente superiores ou com caracteres genéticos predeterminados para alcançar uma forma depurada de eugenia, que substitui o direito de procriar pelo de nascer com maiores dotes físicos. Está vedado legalmente, pois toda seleção eugenésica, ou não, contraria a natureza ética da procriação, ferindo a dignidade humana. Além disso não há diagnóstico genético que garanta, com toda certeza, a transmissibilidade de deficiências físico-mentais, e ninguém poderia prever quais os caracteres mais úteis para a humanidade, porque o homem vale pelo que é e não pelo seu aspecto físico.

O aborto eugênico não é permitido pela legislação brasileira, que coloca a inviolabilidade do direito à vida como princípio fundamental, ao lado da dignidade da pessoa humana, do nosso ordenamento.

Pelo princípio da igualdade mesmo, não se pode permitir que se faça diferenciação entre uma pessoa com boa saúde e outra que seja portadora de doenças, do mesmo modo não pode haver diferenças no tratamento entre um feto saudável e outro doente.

A expressão “antecipação terapêutica do parto” significa, para aqueles que se posicionam contrariamente à legalização dessa prática, um eufemismo para “aborto eugênico”.

Denomina-se terapêutico qualquer ato que se relacione com a recuperação ou preservação da vida de alguém. O aborto terapêutico ou necessário está previsto em nosso Código Penal no art. 128, I, e exige dois requisitos – perigo de vida da gestante e inexistência de outro meio para salvá-la.

⁷⁹ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual...** Op. cit. p. 36-37.

Nelson Hungria⁸⁰ define essa modalidade de aborto como a interrupção intencional da gestação para afastar perigo certo, e inevitável por outro meio, à vida da gestante, sendo que ao médico cabe verificar se a incompatibilidade entre a gestação e a enfermidade presente pode vir a causar a morte da mulher, e não apenas dano a sua saúde. Caso verificada essa possibilidade, fica autorizado a interromper a gravidez.

Claro fica, dessa forma, que é insuficiente o perigo à saúde da mãe, ainda que este seja muito grave. É necessário o iminente perigo de vida da gestante e ainda que o aborto seja a única maneira de salvar a vida da gestante, caso contrário, o médico será responsabilizado pelo crime.

Diante dessas elucidações, forçoso concluir pela não adequação do aborto de fetos anencefálicos à hipótese prevista no art. 128, I da legislação penal, o denominado aborto necessário, pois, como visto anteriormente, a gestação de um feto portador de anencefalia não traz risco de vida à mãe, e sim os riscos decorrentes de qualquer gravidez, passíveis de tratamento médico sem a necessidade de interrupção da gestação.

A finalidade dessa conduta é, na verdade, eliminar um ser que possui uma patologia, uma deformidade; destarte, impossível falar-se em aborto terapêutico. A única classificação possível, aqui, é a de aborto eugênico.

Onde, em nosso ordenamento, a distinção entre uma pessoa saudável e outra doente, ou portadora de deficiências? O abortamento desses seres humanos configura, sem sombra de dúvidas, uma espécie de aborto eugênico, que acaba por consagrar o direito à vida somente aos fisicamente perfeitos e capazes de “viver a vida”, numa acepção egoística e profundamente baseada em prazeres materiais e efêmeros.

O Direito e a Moral não andam separados, sendo o aborto eugênico uma verdadeira imoralidade, abrindo portas para a relativização do valor da vida humana. Admitindo-se a

⁸⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: ed. Ver. Forense, 1953. vol. V, p. 297-298 *apud* MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito Fundamental...** Op. cit. p.82.

prática reiterada, e legalizada, do aborto eugênico em suas diversas nuances, abriremos caminho para outras situações identicamente deploráveis – se fetos com deformidades físicas não possuem o direito de nascer por não possuírem capacidade de viver a vida plenamente, então o que diremos daquelas pessoas que, em virtude de doenças diversas, tornaram-se deficientes físicas ou mentais? Dos indivíduos em idade avançada, que não podem mais ter uma vida independente, precisando sempre do apoio de outras pessoas para as atividades mais básicas do dia-a-dia do ser humano, ou que se encontram deitadas em leitos de hospitais, enfermas? Da mesma forma que os fetos anencefálicos e os acometidos por outras deficiências, essas pessoas não mais possuem a capacidade plena de experimentar a vida da mesma maneira que os indivíduos fisicamente perfeitos. Serão também exterminadas, assassinadas?

A preocupação existente pelos que combatem a legalização da interrupção da gravidez motivada pela anencefalia é, além, obviamente, de preservar a vida do anencéfalo, evitar que tal prática sirva de base para a legalização irrestrita do aborto eugênico, primeira porta a ser aberta para a relativização da vida humana.

CONCLUSÃO

Tema sempre polêmico, o aborto ganhou grande destaque quando da proposição da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, cujo ponto principal era que não mais se considerasse crime o aborto efetuado nos casos em que fosse diagnosticada, no feto, a deficiência conhecida por anencefalia.

Grande discussão formou-se no cenário jurídico nacional, dividindo opiniões acerca do assunto.

Entre aqueles que defendem a prática, que recebeu a denominação de “antecipação terapêutica do parto”, os argumentos de maior peso são aqueles que consideram o feto acometido pela anencefalia como um ser cuja vida o abandonou, em virtude de não possuir cérebro, ficando assim desprovido das funções superiores do sistema nervoso. Seria, para alguns, uma patologia, e para outros, um ser comparável ao morto encefálico. Admitindo-se uma ou outra hipótese, o resultado é o mesmo – o feto não possui vida.

A partir desse raciocínio, surge então o segundo argumento: se não há vida intra-uterina, a atenção deve ser voltada para a gestante e seus direitos. Clama-se pelo respeito a sua liberdade de escolha, sua autonomia da vontade, seu direito à saúde e principalmente por sua dignidade, pois a obrigação de manter uma gestação, conhecendo a situação do feto e sabendo que, caso venha a nascer, morrerá, em regra, poucos minutos depois do parto, seria uma agressão aos citados direitos e princípios. Alega-se ainda que o alto índice de morte intra-uterina desses fetos configuraria um potencial risco à saúde da gestante, além dos riscos inerentes à própria gravidez, aumentados pela existência da anomalia.

Seguindo, da mesma forma, o argumento de que o feto não possui vida, ou que a inviabilidade de vida extra-uterina gera como resultado não ser esse feto protegido pela tutela

do crime de aborto, consideram a antecipação do parto, nesses casos, como fato atípico, e, portanto, motivo não há para que a interrupção da gravidez não seja realizada, prevalecendo os direitos da gestante.

Os que se posicionam contrariamente à interrupção da gestação afirmam que há vida desde o instante da concepção, e o feto, independentemente de possuir deformidades ou deficiências, é um ser humano, e, dentro do útero materno, desenvolve-se e cresce, sendo possuidor de vida e, em consequência, de dignidade, atributo inseparável daquela.

Para embasar seu entendimento, afirmam que a vida é um bem anterior ao Direito, e por isso mesmo é declarada pela Constituição Federal um bem inviolável, o primeiro a ser citado no rol do art. 5º, inserido no capítulo que trata dos direitos e garantias fundamentais. Alegam ainda que a vida é protegida por nosso ordenamento sem restrições, mesmo que relativas a tempo ou viabilidade.

Combatem a idéia de que o feto anencéfalo é um morto encefálico, uma vez que, para que tal quadro se configure, é necessária não apenas a ausência ou suspensão em definitivo das atividades do cérebro, mas sim de todas as funções do encéfalo, o que não ocorre no feto ou no recém-nascido anencefálico, que possui o sistema encefálico inferior em funcionamento, ainda que precário. Assim sendo, há vida nesses fetos, mesmo que deficiente, e esta deve ser protegida pelo Direito.

Relativamente ao conflito de direitos que passaria a existir entre o feto e a gestante, sustentam não haver danos reais à saúde da mulher, sendo os riscos inerentes a qualquer gravidez, e não especialmente vinculados à gestação de um feto anencéfalo. Trazem o princípio da harmonização, por meio do qual os conflitos entre os direitos e garantias fundamentais devem ser resolvidos de maneira a combinar e coordenar os bem jurídicos conflituosos, mas sem o total sacrificio de um em relação ao outro.

Resolvendo o conflito da maneira pretendida, a interrupção da gravidez, o resultado seria, invariavelmente, o aniquilamento do direito à vida do feto, que morreria não em virtude de sua enfermidade e no tempo naturalmente previsto para esse fato, mas sim em razão de um ato realizado com a intenção de provocar sua morte, o que é vedado pela legislação pátria.

Por fim, os opositores da chamada antecipação terapêutica do parto alegam que a permissão dessa prática abriria portas para a legalização de outras, como a eutanásia e o aborto eugênico.

Verifica-se, portanto, que o maior ponto de divergência entre os dois posicionamentos está no fato de existir ou não vida a ser protegida no feto anencéfalo. Buscando amparo na ciência, vemos que a partir da fecundação já se forma o código genético que estará presente no ser adulto, não sofrendo alteração em qualquer fase de seu desenvolvimento intra ou extra-uterino, nem mesmo em razão de enfermidades ou deficiências. Esse mesmo código genético é o que o torna uma pessoa única, com individualidade e características próprias não encontradas em nenhum outro ser, e que vai impulsionar seu desenvolvimento, desde a fase intra-uterina (zigoto, embrião, feto) até o fim de sua fase extra-uterina (criança, jovem, adulto, velho), com a morte.

Estamos de acordo com os que se posicionam contrariamente à prática da interrupção da gestação motivada pelo diagnóstico de deficiências como a anencefalia, por entendermos que a vida tem seu início na fecundação e que, a partir desse mesmo momento, passa a ser protegida juridicamente.

A vida é o bem maior do ser humano, bem esse sagrado, indisponível, constituindo-se em base fundamental de todos os outros bens, que, sem ele, não teriam razão alguma para existir. Ora, se a eutanásia não é permitida, sendo tratada em nosso ordenamento como homicídio, por que então permitir o aborto de fetos portadores de anomalias que os levem a morte pouco tempo após o parto, ou mesmo antes deste, se aqui também existe vida? Será que

o valor desta pode ser medido pelo seu tempo de duração? Um indivíduo é mais ou menos importante para a ordem jurídica pelo seu período de existência ou por suas características físicas, por doenças ou anomalias que possa vir a possuir, ou adquirir no decorrer de seu ciclo vital, ou ainda por não contribuírem produtivamente com a sociedade?

Se assim fosse, forçoso seria admitir que a eutanásia seria uma prática moralmente aceita, bem como a eliminação de pessoas portadoras de doenças mentais, congênicas ou adquiridas durante a vida, e de idosos, que já não poderiam mais trabalhar e assim dar sua parcela de contribuição ativa à comunidade.

Por todo o exposto no decorrer deste trabalho, entendemos que a chamada “antecipação terapêutica de parto”, na realidade um eufemismo para aborto eugênico, não pode ser autorizada, pois representa uma violação ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, princípios basilares de todo o nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: Introdução**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luis Roberto. (organizador) **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DINIZ, Débora. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 23. ed. ver. e atual. de acordo com o novo Código Civil e o Projeto de Lei n. 6.960/2002. São Paulo: Saraiva, 2006, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal, parte geral**. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

GRECO, Rogério. **Direito penal: parte especial: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa**. Niterói, RJ: Impetus, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal, parte geral**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coordenação). **Direito fundamental à vida**. São Paulo: Quartier Latin / Centro de Extensão Universitária, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e contracepção: atualidade e complexidade da questão**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v 1.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial: Arts. 121 a 183**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, v. 2.

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SZANIAWSKI, Elimar – **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

COMITÊ NACIONAL PARA A BIOÉTICA (ITÁLIA). **O recém nascido anencefálico e a doação de órgãos**. Disponível em <<http://www.providafamilia.org.br/site/noticias.php?id=36>>. Acesso em 01. jun. 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1752/2004**, de 13 set. 2004, disponível em <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm> Acesso em 01 jun. 2008.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

PONTIFÍCIA ACADEMIA PARA A VIDA. **Declaração Sobre a Chamada “Pílula do Dia Seguinte”**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/pavpseg.htm>>. Acesso em 01 nov. 2006.

CARVALHO NETO, Miguel Nolasco de. **A defesa da vida**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1702, 28 fev. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10988>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

CORDEIRO, Leticia Gomes. **A antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1412, 14 maio 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9875>>. Acesso em: 01 mai. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico: exclusão da tipicidade material**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1090, 26 jun. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561>>. Acesso em 06 jan. 2008.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. **Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, 24 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5622>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

OLIVERI, Antonio Carlos. **Iluminismo – A fé na razão e a valorização da ciência.** Disponível em <<http://educacao.uol.com.br/filosofia/ult3323u2.jhtm>> Acesso em 30 nov. 2006.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. **Abortamento de feto anencefálico e a inexigibilidade de conduta diversa. A influência das circunstâncias concomitantes no comportamento humano.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 943, 1 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7770>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

QUEIROZ, Victor Santos. **A dignidade da pessoa humana no pensamento de Kant. Da fundamentação da metafísica dos costumes à doutrina do direito. Uma reflexão crítica para os dias atuais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 757, 31 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7069>>. Acesso em: 05 jun. 2008.

QUEIROZ, Victor Santos. **Reflexões acerca da equiparação da anencefalia à morte encefálica como justificativa para a interrupção da gestação de fetos anencefálicos.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 760, 3 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7111>>. Acesso em: 05 mai. 2008.

REIS, Adriana Tenório Antunes. **Descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia.** Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1555, 4 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10492>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 982, 10 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 30 nov. 2006.

TAGLIAFERRO, Kleber. **Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais.** Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476>>. Acesso em: 30 abr. 2008.

A liminar do Ministro Marco Aurélio que permitiu o aborto de fetos anencefálicos. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 413, ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=605>>. Acesso em: 21 ago. 2006.

DECLARAÇÃO dos Direitos do Homem e do Cidadão. Disponível em <<http://www.historianet.com.br/conteudo/default.aspx?codigo=180>>. Acesso em 30. nov. 2006.

O sistema nervoso. Disponível em <<http://www.afh.bio.br/nervoso/nervoso3.asp>>. Acesso em 30 nov. 2006

Silva, Patrícia Cristina da.

Aborto em caso de anencefalia / Patrícia Cristina da Silva. – 2008.

101 f.

Orientador: Cezar Augusto Rodrigues Costa.

Monografia (graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro,
Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas, Faculdade de Direito.

Bibliografia: f. 99-101.

1. Aborto - Monografias. I. Costa, Cezar Augusto Rodrigues. II. Universidade
Federal do Rio de Janeiro. Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas. Faculdade
de Direito. III. Título.

CDD 341.55621