

UILEMBERGUEM ALVES OLIVEIRA

**TUTELA DA VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
ABORTO EUGÊNICO**

MESTRADO EM DIREITO

UNIFIEO/OSASCO

2012

UILEMBERGUEM ALVES OLIVEIRA

**TUTELA DA VIDA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:
ABORTO EUGÊNICO**

Dissertação apresentada à banca de defesa do Centro Universitário UNIFIEO em Osasco, como exigência para a obtenção do título de Mestre em Direitos Fundamentais, sob orientação da Professora Doutora Débora Gozzo.

UNIFIEO/OSASCO

2012

Banca Examinadora

À minha esposa e aos meus filhos, sem os quais, jamais teria conseguido.

Pela dedicação, paciência, carinho e apoio, que somente o amor pode explicar.

Sou grato a Professora Doutora Débora Gozzo, que com tanto zelo, dedicação e sabedoria conduziu este trabalho, me orientando nesta árdua tarefa.

“Muito mais grave que uma enfermidade incurável é um pensamento imodificável.”

Helena Blavatsky

Resumo

O presente trabalho tem como finalidade realizar um estudo sobre a vida e a anencefalia sob o enfoque dos Direitos Fundamentais. A vida é elevada ao primeiro dos Direitos do qual todos os outros decorrem. Para tanto se realizou um estudo sobre a anencefalia e as decisões sobre o tema.

A presente dissertação aborda os Direitos Fundamentais do ponto de vista sociológico e culmina na abordagem da tensão entre estes direitos. Realizou-se um estudo tendo como ponto de partida as vertentes constitucionais, infraconstitucionais e os instrumentos internacionais que proporcionam a tutela da vida humana em sua fase intrauterina.

Aborda o princípio da dignidade da pessoa humana e direito fundamental à vida.

Palavras-chave:

Vida humana, anencefalia, dignidade da pessoa humana, direito fundamental à vida.

Abstract

This paper aims to conduct a study on the life and anencephaly from the standpoint of Fundamental Rights. Life is first raised to the rights which all others arise. For that we undertook a study of anencephaly and decisions on the subject.

This dissertation deals with the Fundamental Rights of the sociological point of view, culminating in addressing the tension between these rights. We conducted a study having as its starting point the Constitutional aspects, infra and international instruments that provide the protection of human life in its early intra-uterine.

It also outlines the principle of human dignity and fundamental right to life.

Keywords:

Human life, anencephaly, human dignity, fundamental right to life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

I - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.....13

1. Sobre a dignidade da pessoa humana.....15

2. Direito à vida.....20

3. Teorias sobre o início da vida.....21

3.1. Teoria da concepção.....21

3.2. Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central.....24

3.3. Teoria da nidacão.....24

3.4. Teoria da cariogamia.....26

3.5. Teoria da singamia.....28

3.6. Teoria da pessoa humana em potencial.....28

4. Proteção da pessoa.....30

II- ABORTO E EUGENIA..... 37

1. Aborto: considerações gerais 37

2. Tratamento constitucional legislativo do aborto..... 41

3. O aborto na legislação infraconstitucional brasileira.....45

3.1. Evolução legislativa do aborto.....48

3.2. Vigente Código Penal de 1940.....49

3.3. Análise do aborto necessário ou terapêutico.....52

3.4. Aborto sentimental, humanitário ou ético.....	54
3.5. A atual situação do anteprojeto do Código Penal sobre o tema.....	55
4. Eugenia: conceito.....	56
4.1. Eugenia positiva.....	61
4.2. Eugenia negativa.....	61
4.3. Aborto eugênico.....	63
III – DIREITO À VIDA E O ABORTO EUGÊNICO.....	67
1. Direito à vida e sua interrupção: aborto eugênico.....	68
2. O ventre materno, leito da morte: o direito a liberdade da mulher.....	70
3. Aborto do anencéfalo ou antecipação terapêutica violação do direito à vida?.....	72
4. O direito à vida do feto e direito à autodeterminação da mulher: Colisão de direitos.....	82
4.1. Princípio da proporcionalidade como solução das colisões de Direitos Fundamentais- Juízo de Ponderação.....	86
4.1.1.O princípio da Proporcionalidade na Constituição de 1988.....	87
4.1.2. Subprincípio da Adequação.....	89
4.1.3. Subprincípio da Necessidade.....	90
4.1.4. Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito.....	91
4.2. Ativismo Judicial.....	94
CONCLUSÃO.....	103

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	106
---	------------

Introdução

Esta pesquisa tem por finalidade abordar a vida humana como um direito fundamental, sem a qual nenhum outro direito prospera. Isto tudo analisando em um sistema de direito amparado sempre e em primeiro lugar, pelo princípio da legalidade. Desse modo, consagrar direitos fundamentais em um sistema limitado pelas leis – e é prudente que assim seja – exige do operador do direito uma acuidade moral incontroversa. É neste momento que nosso estudo se especifica, pois, por mais que a lei indique os pontos protegidos, deixa de trazer em sua essência, muitas vezes, o justo ou injusto. Cabe não somente ao magistrado, como operador do direito, mas também a todos os outros operadores e estudiosos, conhecer questões de cunho particularmente moral, sem negligenciar a legalidade, aos moldes do que estabelece o artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro: *Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*

O tema versa sobre as questões deontológicas que somente os princípios podem alcançar e, entre estes, o da proporcionalidade, a nosso ver, é o que mais se apegua à versatilidade na aplicação singular do direito.

A pesquisa inicia-se com uma discussão sobre o direito à vida e ao momento de seu surgimento e segue com um estudo sobre a anencefalia, visto que, em nosso entendimento, esta é incompatível com a vida viável; em seguida examina-se o direito à vida e a permissão jurisprudencial que possibilita o aborto, no caso de feto anencefálico.

A anencefalia, segundo as ciências médicas, configura uma das malformações do sistema nervoso central. Em decorrência dela, o anencéfalo carece de grande parte do sistema nervoso central. No entanto, por preservar o tronco encefálico, ou parte dele, mantém algumas funções vitais vegetativas. A malformação, todavia, incapacita-o para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade, o que torna sua existência não só precária como efêmera. No entanto, as ciências médicas reconhecem que o anencefálico é um ser humano em formação. E, se assim é, durante o período gestacional, ele é titular de direitos, dentre eles o direito à vida. A Constituição tutela os direitos do nascituro de ter a vida protegida, independente de ele apresentar qualquer tipo de deficiência, assim como estabelece várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência.

Todavia, a gestação de anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito. Diante dessa realidade, duas situações podem ocorrer. Na primeira, a mulher consciente da malformação fetal, deseja prosseguir com a gestação.

Não há dúvida que ela receberá todo o atendimento médico necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o conceito anencéfalo terá todo o cuidado necessário, em decorrência de sua condição especial. Caso nasça vivo, tem o direito de receber todo o suporte médico indispensável para viver, uma vez que, assim como toda e qualquer criança, é igualmente titular dos direitos previstos não só no Estatuto da Criança e do Adolescente, mas em outras leis do ordenamento jurídico pátrio.

Na segunda situação, por sua vez, a mulher consciente da gestação de anencéfalo deseja interrompê-la. Neste caso, o ordenamento jurídico defronta-se com um verdadeiro conflito de direitos fundamentais.

Estabelecida essa problemática, o presente trabalho pretende mostrar a licitude da realização do aborto em casos de anencefalia, desde que haja o consentimento da gestante. Trata-se de exercício regular de direito, causa de exclusão da ilicitude e que tem seu

fundamento nos princípios constitucionais de interpretação dos direitos fundamentais, como se demonstrará ao longo deste estudo.

A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida tendo por base obras nacionais e estrangeiras, tanto no campo jurídico, quanto em outras áreas do conhecimento, como da medicina, da biologia, da sociologia e da filosofia; além disso, realizou-se pesquisa jurisprudencial.

Trata-se de tema polêmico, uma vez que a discussão sobre o direito à vida não se esgota na Ciência Jurídica. Envolve aspectos médicos, éticos e políticos, além da discussão religiosa, questão essa não tratada neste trabalho. No entanto, o objetivo do estudo é trazer não só para o meio acadêmico, mas para toda a sociedade, a discussão sobre tema tão delicado e importante, visando sempre ao aperfeiçoamento e ao alcance dos direitos humanos, base do denominado Estado Democrático de Direito.

Por uma questão didática na primeira parte do presente trabalho de pesquisa tratar-se-á do tema denominado dignidade da pessoa humana e o direito à vida na Constituição Federal. A seguir, analisar-se-á a questão do aborto e uma de suas possíveis consequências, a saber: a eugenia. Finalmente, examinar-se-á o direito à vida e a questão do chamado aborto eugênico, bem como decisões judiciais acerca do tema em estudo.

CAPÍTULO I

I – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO À VIDA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O bem jurídico dos seres humanos por excelência é a vida. Somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os direitos, uma vez que a vida é a fonte primária para a titularidade de direitos.¹

O direito à vida se revela como sendo o primeiro de todos os direitos. É oriundo do jusnaturalismo², posto que a vida humana e o direito à sobrevivência são anteriores a

¹LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá, 2011, p. 35.

²LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus Direitos**. Barueri: Manole, 2007, p. 11.

qualquer regramento jurídico existente, sendo considerado um direito natural³. E este representa assim “a duplicata ideal do direito positivo”. Simboliza a perfeita justiça (justo por lei e justo por natureza). Constitui o paradigma em que se deve inspirar o legislador ao editar suas normas.⁴

De acordo com esta visão, temos que o direito é voltado à satisfação das necessidades humanas.

O direito à vida está declarado como garantia fundamental no *caput* do artigo 5º de nossa Carta Magna. Muito mais do que um direito, a vida humana é também considerada um valor, conforme pondera José Afonso da Silva “(...) constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos.”⁵. Tal linha de pensamento nos conduz à intelecção de que se faz necessária a existência da vida humana para que sejam garantidos todos os demais direitos.

A Constituição Federal de 1988, reconheceu o princípio da dignidade da pessoa humana em nosso sistema jurídico de forma expressa em seu artigo 1º. III, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Tal reconhecimento permite o desenvolvimento de um raciocínio de que o ser humano é a finalidade do Estado e a razão de sua existência.

A expressão “direito à dignidade” é usada de muitas formas e em muitos sentidos na filosofia moral e política. Às vezes, por exemplo, significa o direito a viver em condições, quaisquer que sejam, nas quais o amor-próprio é possível ou pertinente.⁶

Ao se manifestar acerca da dignidade da pessoa humana, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, desenvolve o seguinte raciocínio:

A Constituição Federal de 1988, ao estabelecer em seus princípios fundamentais a *dignidade da pessoa humana* (art. 1º, III) como fundamento destinado a interpretar todo o sistema constitucional, adotou visão (necessariamente com reflexos em toda legislação

³SILVA, Camila Francis, **O Embrião Humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, 2010, p. 13. De acordo com Plácido e Silva, **Vocabulário Jurídico**: “(…), no sentido moderno, o Direito Natural é tido como o que decorre de princípios impostos à legislação dos povos cultos, fundados na razão e na equidade, para que regulem e assegurem os direitos individuais, tais como os de vida, de liberdade, de honra e de todos os direitos patrimoniais, que asseguram a própria existência do homem.”

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 40ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 8.

⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009, p. 198.

⁶DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 333.

infraconstitucional – nela incluída toda legislação ambiental) explicitamente *antropocêntrica*, atribuindo aos brasileiros e estrangeiros residentes no País (arts. 1º, I. e 5º da Carta Magna) uma posição de centralidade em relação ao nosso sistema de direito positivo.⁷

De acordo com esta visão, reforçamos o entendimento de que o direito é voltado para a *satisfação das necessidades humanas*.

Não podemos jamais esquecer que vida e dignidade da pessoa humana, não só sob o enfoque constitucional, são palavras que se complementam, portanto, devem ser exaltadas e preservadas, sendo certo que o *ser humano* se diferencia dos demais animais existentes em virtude de sua racionalidade, desenvolvendo-se portanto, uma visão antropocêntrica de nosso ordenamento jurídico.

Neste sentido, a expressão “dignidade da pessoa humana” tem por finalidade proteger o principal direito das pessoas, que é o direito à vida e seus desdobramentos.

Assim, a dignidade existe em razão do ser humano, decorrente de sua condição humana. Em virtude disso, faz-se necessária sua valorização, uma vez que:

A dignidade da pessoa humana é o valor-fonte de todos os direitos fundamentais. Esse valor, que se apresenta como fundamento e fim último de toda a ordem política, busca reconhecer não apenas que a pessoa é sujeito de direitos e créditos diante dessa ordem, mas que é um ser individual e social ao mesmo tempo. No espaço privado, reino da satisfação das necessidades, a pessoa humana é indivíduo, isto é, mostra-se voltada para a realização de suas necessidades biológicas. Já no espaço público, a pessoa é um ser social, ou, como preferiu Aristóteles, o homem é um animal político, pois vive e morre na *polis* – comunidade política. Conforme o magistério de Julien Freund, a pessoa humana possui seis dimensões: a ética, a política, a religiosa, a científica, a econômica e a artística. Ao mesmo tempo em que são autônomas, as dimensões são interpenetráveis, o que significa dizer que o homem ético não vive sem o homem político, o homem científico não vive sem o religioso, o econômico não vive sem o artístico. Sucede que o ser humano se completa e se *plenifica* com a presença de todas as dimensões em um contexto harmônico, interdisciplinar e interativo. Isso é que vai, em última análise, permitir a democracia e a atualidade dos direitos fundamentais. A dignidade humana constitui, por assim dizer, um valor único e individual, que não pode, seja qual for o pretexto, ser sacrificado por interesses coletivos.⁸

⁷FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 15.

⁸FERRAZ FILHO, José Francisco Cunha. **Constituição Federal Interpretada**. Artigo por artigo, parágrafo, por parágrafo, *in*: MACHADO, Antonio Cláudio da Costa. (Org) FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Coordenadora. Manole: Barueri, 2010. p. 6.

Neste sentido, parece-nos correto o entendimento que relaciona o direito à vida ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que interpretar direitos humanos significa buscar um equilíbrio entre o direito natural e o direito positivo, tendo como base fundamental à proteção a dignidade humana e, daí extrair a norma mais favorável ao ser humano.

1. Sobre a dignidade da pessoa humana

No que se refere especificamente à dignidade da pessoa humana, observa-se a inexistência de um conceito padronizado acerca do tema.

De acordo com Plácido e Silva, pela palavra “dignidade” derivada do latim *dignitas*, compreende-se mais de um significado, vejamos:

[...]...(virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que possuída por uma pessoa teve de base ao próprio respeito em que é tida. Compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa, pelo qual se faz merecedor do conceito público. Dignidade. Mas, em sentido jurídico, também se entende como a distinção ou honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação. No Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa decorrente de um cargo eclesiástico⁹.

A partir desta definição constata-se que o termo “dignidade” é multidimensional, aliás, assim é que para Vander Ferreira de Andrade, “[...] o conceito de dignidade humana é de difícil definição e delimitação, haja vista que encerra múltiplas concepções e significados”¹⁰.

Inês Lobinho Matos ensina ser o conceito da dignidade da pessoa humana: “(...) um conceito dinâmico, variando mediante época e local, sendo ainda hoje um conceito impreciso e vago, que não implica uma concepção rígida e inflexível, mas sim um conceito activo, dinâmico, evolucionista e histórico”.¹¹

⁹ SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 267.

¹⁰ ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana**: valor fonte da ordem jurídica. São Paulo: Cautela, 2007, p. 67.

¹¹ MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal. In: MIRANDA, Jorge (coord.) **Tratado**

Otero Milagros Parga descreve em relação ao conteúdo da dignidade: “...su contenido es y sigue siendo, como se há dicho, muy difícil de definir”¹².

Autores há que se arriscaram a conceituá-la, como é o caso de Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venha a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.¹³

Alexandre de Moraes tem-na como sendo:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável 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.¹⁴

Os dois autores supracitados fizeram constar em suas definições algumas características-chave da dignidade da pessoa humana que serão úteis nesse estudo, como: qualidade intrínseca, condições existenciais mínimas, valor espiritual e moral. Destarte, o conceito de dignidade da pessoa humana¹⁵ não pode ser simplesmente estabelecido ou facilmente determinado, pois sua conceituação resulta de uma composição de vários valores, formando um complexo só. Conforme aduz Luís Roberto Barroso, a dignidade da

Luso-Brasileiro da Dignidade Humana. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 84 – 85. A descrição da autora tem como base a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português.

¹²FILHO, Arioaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Mestrado em Direito. Unifio, 2010, p. 24, *apud*, PARGA, Milagros Otero. El valor dignidad. In: Direito. **Rev. Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela.** Vol. 12, número 1, 2003. p. 149.

¹³SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 37.

¹⁴MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral.** Comentário aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

¹⁵Sobre o tema veja-se ainda: FILHO, Arioaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.** Mestrado em Direito, Osasco, Unifio, 2010, p. 24.

pessoa humana é formada por um “conjunto de valores civilizatórios”¹⁶. Esses valores, segundo o autor, formam núcleos que a compõem, como se verá a seguir.

O aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração¹⁷.

Segundo o Ingo Wolfgang Sarlet:

[...] o aspecto intrínseco (inerente ao ser humano) é dividido em duas dimensões da dignidade, que são: a dimensão natural ou individual (condição humana de cada indivíduo), que Alexandre de Moraes arrola como valor espiritual, e a dimensão social, que este denomina como valor moral.¹⁸

De acordo com Plácido e Silva, a palavra “intrínseco” significa aquilo que: “...quer exprimir o que vem ligado à coisa, mostrando-se elemento que lhe é essencial, indispensável, ou lhe é inerente. E deve vir dentro ou contido nela”¹⁹. O termo inerente leva a um estado de inerência, que é definido pelo mesmo autor como sendo: “inseparabilidade”²⁰. Diante disso não se pode ver a dignidade da pessoa humana desvinculada do ser humano.

O aspecto intrínseco na dimensão natural, individual, da dignidade da pessoa humana é equivalente à definição exposta anteriormente por Alexandre de Moraes como sendo “um valor espiritual”²¹. Ingo Wolfgang Sarlet cita o Tribunal Constitucional da Espanha, que, baseando-se na Declaração Universal do Homem equipara a dignidade a um valor espiritual e moral, enquanto o Tribunal alemão entende que: “[...] cada ser humano é humano por força de seu espírito, que o distingue da natureza impessoal...”. O autor afirma que essa qualidade inerente ao ser humano não pode ser confundida com aspectos biológicos, como, por exemplo, as características físicas. Diante dessa afirmação descarta-

¹⁶BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Grau, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52.

¹⁷FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Osasco, Unifief, 2010, p. 24.

¹⁸SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scheerer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18.

¹⁹SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 769.

²⁰SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 22ª ed. Forense. Rio de Janeiro. 2003. p. 736.

²¹SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 318. Significado de espírito para o autor é: “essência”. Diante dessa definição, espiritual se equipara a essencial.

se qualquer associação da dignidade da pessoa humana com fatores físicos que possam gerar qualquer tipo de discriminação.²²

Peter Häberle anuncia que os direitos fundamentais concretizadores da dignidade da pessoa humana são legitimados ao nascituro²³.

Daniel Sarmento aponta a importância da posituação da dignidade da pessoa humana: “...consagrando como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inciso III, CF), e que costura e unifica todo sistema pátrio de direitos fundamentais.”²⁴.

Paulo Bonavides, relata que “nenhum princípio é mais valioso para compendiar a unidade material da Constituição Federal do que o princípio da dignidade da pessoa humana”²⁵.

Resta evidente que a dignidade da pessoa humana está elencada na Constituição como fundamento do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil, em forma de princípio, gerando efeitos por todo o ordenamento jurídico.²⁶

José Afonso da Silva descreve o dever de concretização de diversas normas constitucionais difundidas em todo texto, para concretização do princípio da dignidade da pessoa humana:

[...] decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos a existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo eficaz da dignidade da pessoa humana.²⁷

²²FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Unifio, 2010, p. 26.

²³HÄBERLE, Peter. A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), **Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet, Pedro Scherer de Mello Aleixo, Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 171.

²⁴SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 110.

²⁵Prefácio do: SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988**, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 16.

²⁶FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Unifio, 2010, p. 90.

²⁷SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros; Caio Tácito. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho 1998, p. 92.

Percebe-se que dentro da nossa Constituição da República não se pode tratar a dignidade da pessoa humana de forma isolada, levando-se em consideração apenas o artigo 1º, inciso III,²⁸ haja vista que estamos diante de um conceito multidisciplinar, uma vez que está relacionado a realização de outros direitos fundamentais; destarte, o princípio da dignidade da pessoa humana, expresso em nossa Constituição, permeia todo o ordenamento jurídico.

Oscar Vilhena Vieira faz menção aos direitos fundamentais positivados na nossa Constituição – direitos concretizadores do princípio da dignidade da pessoa humana – para expressar o que o legislador objetivou proibir: “(...) que a vida seja extinta ou que seja submetida a padrões inadmissíveis, da perspectiva do que se compreenda por vida digna”²⁹.

O mesmo autor defende que a dignidade da pessoa humana positivada na Constituição possui um caráter “multidimensional”, que divide a dignidade da pessoa humana em dimensões ou núcleos: a dignidade da pessoa humana em sua dimensão ou núcleo intrínseco (individual e social) e em sua dimensão ou núcleo extrínseco (material).³⁰

Em síntese: a Constituição da República de 1988 adotou vários direitos elencados na Declaração Universal dos Direitos do Homem. Na vigente Carta, os princípios fundamentais, entre eles o princípio da dignidade da pessoa humana estão dispostos em seu início, porém desdobram-se e irradiam seus mandamentos por toda a sua extensão. Servem eles como fundamento para a interpretação pelo aplicador do direito e são a base de todo o sistema normativo brasileiro.³¹

2. Direito à vida

²⁸FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Unifio, 2010, p. 91.

²⁹VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 68.

³⁰VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63.

³¹FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Unifio, 2010, p. 87.

Vida, no texto constitucional (art. 5º., *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua *acepção biográfica*³² mais compreensiva.

O direito à vida é o direito de manter-se vivo, de proteger a própria existência, enfim, de viver. Como define José Afonso da Silva, “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”³³.

Logo, tal definição nos permite o raciocínio reflexivo acerca da relevância da vida como bem jurídico a ser tutelado. O direito à vida é o primeiro e maior de todos os direitos humanos.³⁴

Impõe-se ao Estado, portanto, assegurar a vida de todos, garantindo seu desenvolvimento até o momento do nascimento e, daí por diante, garantindo sua continuação, sua permanente manutenção e evitando, a todo custo, a sua destruição, senão pelo termo natural.

José Afonso da Silva manifestou-se acerca do direito à vida, afirmando:

Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida³⁵.

Todo ser dotado de vida é indivíduo, isto é: algo que não se pode dividir, sob pena de deixar de ser. O homem é um indivíduo, mas é mais que isto, é *uma pessoa*.

³²Compreendemos que a dignidade da pessoa humana se revela como um dos principais desdobramentos do direito à vida, pouco importando se tal vida é intra-uterina ou extra-uterina, pois em ambos os casos estamos diante de um ser humano, sendo o primeiro considerado um ser humano em formação, portanto, destinatário do direito à vida aos mesmos moldes daquele já nascido.

³³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. Edição. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 97.

³⁴FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Os tratados sobre direitos humanos e a regra do artigo 5º, § 3º, da Constituição do Brasil. *In Revista Mestrado em Direito em Direitos Humanos Fundamentais*. Osasco: Edifio, ano 10, nº 10, 2010, v. 14, p. 316.

³⁵SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. Edição. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 197.

“Além dos caracteres de indivíduo biológico tem os de unidade, identidade e continuidade substanciais”.³⁶

Para que se entenda melhor quando a vida começa desenvolveram-se várias teorias, algumas das quais serão apontadas nos itens a seguir.

3. Teorias sobre o início da vida

Nesta etapa da pesquisa passamos a analisar algumas das mais importantes teorias sobre o início da vida intrauterina, a fim de se demonstrar a complexidade do tema que ora se estuda.

3.1. Teoria da concepção

A teoria da concepção se mantém como a mais forte entre todas. A fetologia, muito desenvolvida nas duas últimas décadas, aponta como início da vida o momento em que o óvulo é fecundado pelo espermatozóide³⁷.

Essa teoria defende que a vida humana tem início no momento da concepção, que ocorreria de doze a vinte e quatro horas após a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, caracterizada pela fusão dos pronúcleos dos gametas, que geraria um novo ser. Conforme Fernanda dos Santos Sousa, a partir de então “(...)está-se diante do zigoto, ser autônomo

³⁶SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. Edição. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 197.

³⁷TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 26.

que possui a condição plena de pessoa, sendo-lhe inerentes todos os valores pertencentes aos demais seres da mesma espécie.”³⁸

Ainda neste aspecto, esclarece Renata da Rocha:

A teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, entende que o embrião possui um estatuto moral semelhante ao de um ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se, para os concepcionistas, com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, essa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.³⁹

Portanto, para essa teoria, a célula se apresenta formada com suas próprias características e a partir daquele momento esse ser teria condições de se desenvolver independentemente de interferência de terceiros.

Nesse mesmo diapasão, Alice Teixeira Ferreira, grande defensora desta teoria menciona:

Cientista que diz não saber quando inicia a vida humana está mentindo. Qualquer texto de embriologia clínica (ou humana) afirma que se inicia na concepção. Em 1827, com o aumento da sensibilidade do microscópio, permitindo visualizar o óvulo e os espermatozoides, Karl Ernst Von Baer descreveu a fecundação e o desenvolvimento embrionário. Os médicos europeus, frente tais evidências, passaram a defender o ser humano desde a concepção, contra o aborto. Em 1869 a Inglaterra foi o primeiro país a tornar o aborto ilegal. O Papa Pio IX, também em 1869 aceitou (que) o fato de que a vida humana se inicia na concepção. É um fato científico e não um dogma da Igreja Católica ou de qualquer religião. Para não dizer que está ultrapassado os embriologistas, em 2005, afirmam não só que a origem do ser humano se dá na fecundação como, do ponto de vista molecular, a primeira divisão do zigoto define o nosso destino.⁴⁰

Todavia, a ciência não é unânime em entender que a concepção é o momento do início da vida. Grandes são as críticas a esta teoria, pois alegam os

³⁸SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-Tronco Embionárias: Aspectos Éticos e Jurídicos da Utilização dos Embriões Excedentes para Fins Terapêuticos à Luz da Lei de Biossegurança**. Mestrado em Direito, UNIMES, Santos, 2009, p. 65.

³⁹ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e as Pesquisas com Células-Tronco: Limites Éticos e Jurídicos**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p. 75.

⁴⁰ Entrevista concedida a Hermes Rodrigues Nery, oportunidade em que a autora discorreu sobre o início da vida humana sendo seu teor reproduzido. Disponível em: <http://www.cleofas.com.br/virtual/texto.php?doc=ENTREVISTA&ID=ent0028>. Acesso em 08 ago. 2011.

cientistas que, os seres humanos se diferenciam dos demais seres vivos devido a sua autoconsciência, sua capacidade de saber que existe⁴¹.

Entretanto, neste aspecto devemos relacionar autoconsciência, com racionalidade, pois, se o homem é um animal racional, qualidade que o difere das demais espécies, evidentemente ao manifestar sua predileção pelo aborto, seja qual for a argumentação utilizada, fá-lo desprovido deste pressuposto humanitário.

Irrelevante se a fecundação se deu *in vitro* ou no útero. Para os defensores dessa teoria, a única mudança concreta alcançada com o desenvolvimento da ciência foi a capacidade de se fecundar os gametas femininos e masculinos fora do organismo da mulher; porém, o início da vida sempre foi e sempre será o exato instante em que os gametas se encontram e se fundem⁴².

Elio Sgreccia, também é adepto dessa teoria. Ele defende a tese que se esmera em demonstrar o caráter humano do embrião:

Uma vez que o desenvolvimento biológico é ininterrupto e se realiza sem intrínseca mutação qualitativa, sem que seja necessária uma ulterior intervenção causal, deve-se dizer que a nova entidade constitui um indivíduo humano, o qual desde o instante da concepção continua o seu ciclo, ou melhor, a sua curva vital. A autogênese do embrião acontece de tal modo que a fase sucessiva não elimina a precedente, mas a absorve e a desenvolve, segundo uma lei biológica individualizada e controlada. Mesmo quando não é reconhecível ainda a figura humana, há centenas de milhares de células musculares que já fazem bater o coração primitivo; há dezenas de milhões de células nervosas que se reúnem em circuitos e se dispõem na formação do sistema nervoso de uma determinada pessoa.⁴³

Diante da divergência de argumentos passa-se a analisar as demais teorias, as quais inevitavelmente decorrem da teoria concepcionista.

3.2. Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central

⁴¹SILVA, Camila Francis, **O Embrião Humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, 2010, p. 25.

⁴²TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 26.

⁴³SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. Trad. de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996. v. 1. p. 346.

Outro momento considerado como marco do início da vida é aquele em que surgem os rudimentos (a linha primitiva) do que será o córtex cerebral, ou seja, o começo do desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central. A manifestação da *linha primitiva ou sulco neural* se dá entre o décimo quinto e o quadragésimo dia da evolução embrionária, sendo que as maiores transformações ocorrem nos primeiros dez dias do período. A não-formação do córtex cerebral, na maior parte das vezes, gera o aborto espontâneo, uma vez que o organismo materno rejeita o embrião, como se não o reconhecesse, eliminando-o. Este é o principal motivo que leva os fetos anencefálicos a não nascerem no tempo normal.⁴⁴

Dentro desta teoria existe uma corrente que aponta como o início da vida o momento em que se verificaram as primeiras emissões de impulsos elétricos cerebrais, registrados na oitava semana da gestação. Esta vertente faz um paralelo entre dois momentos, a saber: o início e o fim da vida. Se o ser humano é classificado como clinicamente morto no instante em que seu cérebro deixa de emitir sinais de atividade, da mesma forma, deve-se considerar vivo o feto no instante em que o cérebro emite os primeiros sinais elétricos.⁴⁵

3.3. Teoria da nidacão

Segundo esta teoria, a vida é iniciada no momento da nidacão, isto é, no instante em que o embrião é implantado na parede do útero, o que ocorre por volta do sexto dia após a concepção⁴⁶.

⁴⁴MARTÍNEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, n. 6. 1998, p. 86.

⁴⁵TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 30.

⁴⁶TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 27.

Como explica a teoria, antes da fixação na parede uterina o zigoto está em seu estado de *totipotência*, isto é, pode ainda se dividir em mais células, passando para o estado unipotente somente depois da nidação⁴⁷.

No entanto, a fundamentação mais forte dos defensores desta teoria baseia-se na formação dos gêmeos monozigóticos. Estes são originados do mesmo embrião, o qual se divide somente após a sua fixação no útero. Isso significa que antes da implantação não existe vida, pois a separação em dois seres distintos, em duas vidas independentes, em duas almas novas, dar-se-ia em momento posterior. Assim, surge um grande dilema para os que acreditam na existência da alma: se o ser humano é corpo e espírito, este também poderia se dividir em dois, três ou mais? Ou será que somente após as segmentações, o espírito se agrega ao organismo? Se assim for, poder-se-ia afirmar que a vida começa após a nidação⁴⁸.

Além disso, a seleção natural ocorrida entre a fusão dos gametas⁴⁹ e a nidação eliminam aproximadamente cinquenta por cento (50%) dos zigotos⁵⁰ antes mesmo de se fixarem na parede uterina. Mas estes números não são absolutos, e alguns autores defendem que é de dois terços o número de óvulos perdidos. Após a nidação, as perdas pelo não desenvolvimento do embrião são reduzidas a um máximo de vinte por cento (20%)⁵¹.

De acordo com esta teoria, todas as técnicas praticadas antes da fase da nidação são consideradas contraceptivas e não, abortivas⁵².

Alexandre de Moraes, ao tratar do direito à vida, expõe sua posição sobre o início da vida, apresentando dois momentos distintos: o primeiro, do ponto de vista biológico, no

⁴⁷TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 27.

⁴⁸TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 27.

⁴⁹FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Gameta**. (Do Gr. Gamétes, ‘esposo’.) S.m. *Biol.* Célula sexuada e haplóide dos seres vivos, encarregada da reprodução mediante a fecundação ou fusão nuclear. A feminina diz-se óvulo ou oosfera, e a masculina, espermatozóide ou anterozóide o produto de sua união é o ovo ou zigoto. (Var.: gameto). **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1986.

⁵⁰FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Zigoto**. (Do Gr. zygotós, ‘unido’.) S.m. *Biol.* Célula reprodutora resultante da fusão de dois gametas de sexo oposto; ovo. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1986.

⁵¹MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim n. 6, 1998, p. 84.

⁵²TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 28.

qual se aponta o início da vida com a fecundação entre os gametas masculino e feminino, e o segundo, o início da vida viável, que seria o momento da nidação, quando se inicia a gravidez.⁵³

Stella Mariz Martínez apresenta-se, como uma defensora da teoria da nidação. Para ela, “*até que não haja passada a oportunidade de tal segmentação, não estaremos em condições de reconhecer, como pessoa, o ser em formação*”, e esta segmentação somente termina ao final do processo de nidação, o qual é concluído duas semanas após a fecundação.⁵⁴ Além disso, afirma que não considerar vida humana a união dos gametas nos primeiros estágios é a única saída para a solução do problema da licitude da experimentação com embriões ou conflito de zigotos excedentes, além de determinar uma data específica para se iniciar a proteção penal.⁵⁵

3.4. Teoria da cariogamia

Oriunda da teoria concepcionista, por ela defende-se que o início da vida humana se dá com a concepção propriamente, ou quando há a efetiva junção dos pronúcleos masculino e feminino, fundindo-se e criando um código genético próprio, individualizando-o de qualquer outro ser humano existente⁵⁶.

Neste sentido Reinaldo Pereira e Silva sinaliza:

⁵³MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos e Fundamentais**. 2ª. ed. São Paulo, 1998. p. 88.

⁵⁴TEODORO, Frediano José Momesso, **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Editora Juruá, Curitiba, 2010, p. 28, *apud*, “Se a separação ocorre nos primeiros quatro ou cinco dias, os fetos serão completamente autônomos, sendo que cada um terá seus próprios *córior* e *âmnio*, um sistema placentário independente, e implantar-se-ão em locais diferentes no útero; se a separação ocorrer após o sétimo dia, os fetos dividirão mesmo *córior* e *âmnio* e o mesmo sistema placentário; quando a separação se dá depois da segunda metade da segunda semana, os fetos serão monócóricos e desenvolver-se-ão na mesma bolsa amniótica; por último, e mais raro, os fetos podem permanecer ligados entre si (gêmeos siameses). Esta propriedade de divisão preliminar da célula, que resulta na formação de indivíduos distintos é denominada *totipotência*, e é apresentada como indicação da falta de unicidade do embrião. Para os detratores da *teoria da segmentação* mesmo que uma célula se separe e forme outro ser com o mesmo genótipo, não significa que já não possuía a unicidade e unidade. Todavia, a ciência ainda não descobriu o que causa essas divisões. Sabe-se apenas que esta é uma característica transmitida geneticamente”.

⁵⁵MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim n. 6. 1998, p. 80.

⁵⁶SILVA, Camila Francis, **O Embrião Humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, 2010, p. 27.

(...) na teoria da cariogamia o conceito de "concepção" é bem mais específico, já que apenas reconhece o início da existência humana após a fusão dos pronúcleos masculino e feminino no interior do ovo. Dessa maneira, a teoria da cariogamia defende que desde a concepção, entendida como a fusão dos pronúcleos dos gametas masculino e feminino, o que já existe é uma vida humana em ato, isto é, um indivíduo humano dotado de potencialidade. Rechaça-se, assim, a fórmula do Comitê Consultivo Francês de Ética (*Comité Consultatif d'Éthique Français*) segundo a qual o zigoto é um indivíduo humano potencial, ou pura potência de humanidade⁵⁷

O maior argumento dessa teoria funda-se no fato de que a célula formada já é distinta de qualquer outra célula, de qualquer outro ser humano existente, que, por haver patrimônio genético próprio, individualizado, já seria um ser humano⁵⁸.

Assim, discorre Fernanda dos Santos Sousa:

Decorrem, então, do novo código genético formado pela concepção, três propriedades: 1) a identidade especificamente humana do zigoto, pois seu genoma deriva da fusão de dois genomas humanos; 2) individualidade do zigoto porque o código genético o diferencia de todos os demais seres humanos; 3) a dotação de um genoma que garante ao conceito a plena potencialidade e não mera possibilidade de sua gradual realização humana.⁵⁹

Portanto, para os defensores dessa teoria, oriunda da concepção, a vida teria início e esse ser se desenvolveria de uma forma autônoma, gradual e coordenada, representando o primeiro estágio de desenvolvimento do ser humano.⁶⁰

3.5. Teoria da singamia

Essa teoria, igualmente, decorre da teoria concepcionista, contudo mais superficial por crer não ser importante, a junção dos materiais genéticos das células somáticas. Para os seus defensores, a vida humana tem início no exato instante em que o espermatozóide

⁵⁷SILVA, Reinaldo Pereira. **Bioética e Biodireito: As implicações de um Reencontro**. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S1726-569X200200200004&script=sci_arttext. Acesso em 21jul.2009.

⁵⁸SILVA, Camila Francis, **O Embrião Humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, 2010, p. 27.

⁵⁹SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-Tronco Embrionárias: Aspectos Éticos e Jurídicos da Utilização dos Embriões Excedentes para Fins Terapêuticos à Luz da Lei de Biossegurança**. Mestrado em Direito, UNIMES, Santos, 2009, p. 70.

⁶⁰ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e as Pesquisas com Células-Tronco: Limites Éticos e Jurídicos**. Elsevier: Rio de Janeiro, 2008, p. 78.

consegue transpor a camada exterior do óvulo, adentrando-o. Isso porque esta operação desencadeia diversas reações químicas que culminam na junção dos pronúcleos dos gametas.⁶¹

Descrevendo a teoria da singamia, Reinaldo Pereira e Silva assevera:

(...) a teoria da singamia distingue-se da teoria da cariogamia na medida em que admite o primórdio da individualidade humana antes da concepção, isto é, no exato momento da fertilização, que ocorre quando apenas um, de aproximadamente duzentos a seiscentos milhões de espermatozoides liberados na ejaculação, consegue atravessar a zona pelúcida do óvulo, após passar através da corona radiata, constituída por camadas de células foliculares que igualmente circundam o óvulo⁶².

Assim, a junção dos gametas é irrelevante⁶³, sendo considerada apenas a penetração do espermatozoide no óvulo para haver impulso inicial de vida, sendo considerado, portanto, vida após a fecundação.⁶⁴

3.6. Teoria da pessoa humana em potencial

É certo que a célula inicial formada a partir da fecundação tem em si todos os requisitos para tornar-se pessoa humana, ou seja, tem a potencialidade de tornar-se ser humano de fato e de direito. Segundo a teoria da pessoa humana em potencial, não há como identificar exatamente o momento em que ocorre o início da vida. Sobre essa teoria, Renata da Rocha ensina:

Sob a ótica da teoria da pessoa humana em potencial, não é possível identificar totalmente o embrião humano com a pessoa humana, uma vez que ainda não é dotado de personalidade, e, para tanto, o embrião teria de ser capaz de exercer direitos e de contrair obrigações. Por outro lado, também não se admite reduzir seu *status* a um mero aglomerado de

⁶¹SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o estatuto da Concepção Humana**. São Paulo: LTR, 2002, p. 84.

⁶²SILVA, Reinaldo Pereira. **Bioética e Biodireito: Implicações de um Reencontro**. Disponível em <http://advocacia.pasold.adv.br/artigos/arquivos/bioeticaebiodireito.doc> Acessado em 21jul. 2009.

⁶³ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e as Pesquisas com Células-Tronco: Limites Éticos e Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 77.

⁶⁴SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-Tronco Embrionárias: Aspectos Éticos e Jurídicos da Utilização dos Embriões Excedentes para Fins Terapêuticos à Luz da Lei de Biossegurança**. Mestrado em Direito, UNIMES, Santos, 2009, p. 68.

células, uma vez que seu desenvolvimento destina-se inelutavelmente, à formação de um ente humano.

Diante disso, os autores que se filiam a essa corrente preferem reconhecer no embrião uma pessoa humana em potencial, ou seja, referem-se à potencialidade de pessoa para designar a autonomia embrionária e reivindicar estatuto próprio.⁶⁵

Essa corrente afirma que ainda não há normatização específica para o embrião, que, mesmo não sendo pessoa, merece respeito, pois já possui todas as características genéticas e biológicas de um ser humano, sendo necessário apenas o seu desenvolvimento para se tornar pessoa⁶⁶.

Neste sentido, os direitos humanos fundamentais se revelam como sendo um desdobramento da necessária isonomia entre as pessoas e o ser humano em formação, haja vista que a vida intra-uterina parece se relacionar com uma pessoa em potencial.

Na medida em que evoluímos no estudo do tema objeto da presente pesquisa, surge a seguinte inquietação: Qual seria a natureza jurídica do embrião – “que não é coisa, nem pessoa?”⁶⁷.

Eis a reflexão necessária.

Parece-nos evidente, apesar de opiniões contrárias, que não seria desconectado da realidade admitir que se trata de um ser humano em formação por força da própria biologia. Sendo assim, seria possível também admitir à luz do sistema jurídico normativo que tal “*ser*” merece tutela jurídica.

Débora Gozzo, ao se manifestar em defesa do embrião, discorrendo sobre o direito à vida, trouxe à colação o seguinte raciocínio:

Há muito se discute sobre o *status* do embrião, em sua fase pré-implantação, mas uma coisa não se pode negar: em seu âmago encontram-se presentes todas as condições para que ele possa desenvolver-se como ser humano. Há não só uma pessoa, mas uma vida em potência, e que deve ser resguardada.⁶⁸

⁶⁵ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e as Pesquisas com Células-Tronco: Limites Éticos e Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 88.

⁶⁶SILVA, Camila Francis, **O Embrião Humano e sua utilização sob a ótica da dignidade da pessoa humana**. Mestrado em Direito, UNIFIEO, Osasco, 2010, p. 27.

⁶⁷FRANCO, Alberto Silva. **Algumas Questões sobre o Aborto**. Boletim IBCCrim. p. 24. Disponível em www.unifio.br.

⁶⁸GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil. In MARTINS-COSTA, Judith; MULLER Letícia Ludwig [org.] **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 404.

Ao analisar o texto acima, percebemos a evidente preocupação em afirmar a existência de “uma vida em potência”. Tal raciocínio parece encontrar compatibilidade com a preservação da vida do embrião, vez que este se desenvolve como consequência natural do processo biológico.

É irrefutável a assertiva que, mesmo sendo um microscópico corpo, esse ente tem a potencialidade de tornar-se pessoa, e que, portanto, merece tratamento digno, na proporção de sua dignidade; pela vida biológica que tem; para tanto, que lhe seja garantida a proteção em decorrência de sua natureza humana.

Considerando as teorias trazidas à colação na presente pesquisa científica, no que diz respeito a proteção da pessoa, nos parece mais compatível com o nosso atual sistema jurídico normativo a teoria da concepção.

4. Proteção da pessoa

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade. Eles estão previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos do homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos⁶⁹.

Carlos Alberto Bittar, leciona:

“Os direitos da personalidade são tutelados no ordenamento jurídico em diferentes campos: constitucional, penal e civil, desfrutando, assim, de estatutos diversos (...)”⁷⁰.

Entretanto, ao discorrer inicialmente sobre a proteção da pessoa, por uma questão didática, entendemos mais conveniente nesta etapa da pesquisa utilizar a lei civil.

Neste sentido o artigo 2º do Código Civil brasileiro assim o diz:

⁶⁹BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 1.

⁷⁰BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008. p. 52.

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. (grifo nosso).

O conceito de nascituro⁷¹ tem suas raízes no Direito Romano. Seu conceito tradicional pressupõe a concepção *in vivo*⁷². Tal artigo, que praticamente reproduziu o Código Civil de 1916, artigo 4º; sempre despertou muitas discussões doutrinárias quanto ao início da personalidade jurídica do nascituro⁷³.

Tendo como ponto de partida o dispositivo legal acima mencionado, verificamos que ao tratar dos direitos da personalidade o legislador infraconstitucional manifestou preocupação no sentido de salvaguardar os direitos do nascituro⁷⁴ desde a concepção.

Maria Helena Diniz, para consolidar tal entendimento utilizou vários dispositivos no ordenamento jurídico nacional e internacional, referentes a tutela humanitária os quais se relacionam com a teoria da concepção, dentre os quais julgamos oportuno destacar:

Pacto de São José da Costa Rica (1969) art. 4º.; Convenção sobre Direitos da Criança (1989), preâmbulo; Recomendações n. 934/82, 1.046/86, n. 5, e 1.100/89, n. 7, do Conselho da Europa, que resguardam o direito à vida desde a concepção; A Constituição paraguaia, art. 4º. Constituição chilena, art. 19, 1º., Constituição peruana, art. 2º., e a CF/88, do Brasil, art. 5º., tutelam o nascituro. O mesmo se diga do Código Civil brasileiro, art. 2º da revogada Lei brasileira de biossegurança (Lei 8.974/95) e da Lei n. 11.105/2005, arts. 6º., III, 24 e 25; O CFM, na Resolução n. 1.154/84, IX, requer que o médico tenha absoluto respeito pela vida humana desde a concepção até a morte; A Portaria n. 1.067, de 4 de julho de 2005 do Ministério da Saúde, institui a Política Nacional de Atenção Obstétrica e Neonatal. Vide Mauad Filho e outros (Psiquismo fetal, contribuição da ultra-sonografia – algumas reflexões, Feminina, n.

⁷¹DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127-128. Segundo a autora: “O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, (...)”.

⁷²LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá, 2011. p. 48.

⁷³LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

⁷⁴DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127-128. Segundo a autora: “(...)... nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, (...)”.

27, p. 185 e s.), os quais observam que o feto reage a agressões e a sons e suas manifestações demonstram os caracteres de sua personalidade⁷⁵.

A partir desta linha de raciocínio nossa pesquisa científica nos remete a inteligência de que o artigo 2º do atual Código Civil brasileiro se revela compatível com o dispositivo inserto no artigo 1º, inciso III da Constituição da República Federativa do Brasil, que se refere à dignidade da pessoa humana, pois, na medida em que o legislador constitucional trata do princípio da dignidade da pessoa humana de forma expressa, o faz com a finalidade de assegurar a necessária tutela aos direitos fundamentais dos *seres humanos*.

Ronald Dworkin, ao se referir à Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos, observa que o termo “pessoa” se apresenta em um contexto, a nosso ver, interessante e pertinente no que diz respeito à nossa pesquisa. Vejamos:

(...) declara que todas as pessoas devem ser tratadas como iguais. Não há como evitar, portanto, a questão de saber se um feto é uma pessoa para os fins dessa cláusula – se um feto é uma *pessoa constitucional*. (...), ainda que o feto seja uma pessoa, ainda assim o aborto deveria ser permitido em certas circunstâncias.⁷⁶

Observe que o texto acima mencionado, ao se referir ao feto utiliza a expressão *pessoa constitucional*, nos remetendo a inteligência de que a tutela ao *ser humano* em formação se revela inevitável, face aos direitos fundamentais da pessoa humana.

Robert Alexy, nos alerta:

“A concepção de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais expressa um ideal teórico. Ela tem como objetivo uma teoria integradora, a qual engloba, da forma mais ampla possível, os enunciados gerais, verdadeiros ou corretos, passíveis de serem formulados no âmbito das três dimensões e os combine de forma otimizada. Em relação a uma tal teoria, pode-se falar em uma ‘teoria ideal dos direitos fundamentais’. Toda teoria dos direitos fundamentais realmente existente consegue ser apenas uma aproximação deste ideal”⁷⁷.

Neste exato sentido as lições reproduzidas acima são de reconhecida valia na medida em que o princípio da dignidade da pessoa humana traz em seu teor um fundamento na teoria jurídica geral dos direitos fundamentais, uma vez que expressa o ideal teórico em preservar a espécie humana em sua plenitude, contra eventuais abusos

⁷⁵DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127.

⁷⁶DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**. Aborto, Eutanasia e Liberdades Individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 31.

⁷⁷ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 39.

cometidos pelo Poder Estatal. Sendo assim, a integração do princípio constitucional ao enunciado normativo infraconstitucional se faz necessária. Pois devemos interpretar os direitos da personalidade com os olhos voltados para o mandamento maior.

Destarte, o sistema jurídico normativo deve ser visto como um todo. O operador do direito não pode visualizar os direitos da personalidade com os olhos voltados exclusivamente para o direito civil; em virtude da hierarquia das leis, nos parece imprescindível a observância ao texto constitucional, uma vez que este traz em seu teor as diretrizes a serem seguidas pelo intérprete, sobretudo com relação ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que esta permeia todo o direito positivado em nossa Lei Maior, ocasionando reflexos em todo o sistema infraconstitucional.

Neste sentido Norberto Bobbio, leciona: “O positivismo jurídico nasce do esforço de transformar o estudo do direito numa verdadeira e adequada *ciência*... (...)”⁷⁸.

“Os direitos são complementares e indivisíveis, portanto, jamais podemos desconectar um direito de outro, o princípio da dignidade está ligado ao ser humano, somente existe em razão disto”⁷⁹

O positivismo jurídico põe um limite intransponível à atividade interpretativa: a interpretação é geralmente *textual* e, em certas circunstâncias (quando ocorre integrar a lei), pode ser *extratextual*; mas nunca será *antitextual*, isto é, nunca se colocará contra a vontade que o legislador expressou na lei⁸⁰.

Diante das lições que acabamos de trazer à colação, passamos a analisar diferentes interpretações doutrinárias acerca do mesmo tema, ou seja, a proteção da pessoa as quais se traduzem no sistema jurídico normativo com a denominação de direitos da personalidade⁸¹.

⁷⁸BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra, Tradução e notas, Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 2006, p. 135.

⁷⁹BITTAR, Eduardo Carlos Bianca Bittar, ensinamentos do professor durante defesa de dissertação de Walter Izidoro, Unifieo, Osasco em 18Ago2011.

⁸⁰BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. Compiladas por Nello Morra, Tradução e notas, Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone. 2006, p. 214.

⁸¹SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 608. De acordo com o autor a palavra pessoa significa: “Derivado do latim *persona*, no sentido técnico-jurídico, exprime ou designa todo *ser*, capaz ou suscetível de direitos e obrigações. Praticamente, é o *ser*, a que se reconhece aptidão legal para ser *sujeito de direitos*, no que se difere da coisa, tida sempre como o objeto de uma relação jurídica.(...). *Persona*, de *per* (por, através) e *sono*(som), exprime, primitivamente, a *máscara* usada pelos atores nas representações teatrais. Dessa forma, *dramatis personae* eram os representantes ou *personagens dramáticos*, isto é, os próprios atores. Extensivamente, passou a designar o próprio *ser humano*, em sua constante *representação* no cenário da vida, em cumprimento aos ditames da natureza. Admitiu-o o Direito na sua

Segundo, Silvio Rodrigues:

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que, com muita probabilidade, em breve serão seus⁸².

Por isso, antes do nascimento, o nascituro não é considerado pessoa e não goza de personalidade jurídica⁸³. O que há é a expectativa de que venha a adquirir personalidade, caso nasça com vida. O nascituro não é titular dos direitos da personalidade⁸⁴. Conforme ressaltamos anteriormente, a outra linha doutrinária é a concepcionista e considera que a personalidade do nascituro inicia-se a partir da concepção, sem qualquer condição, ou seja, independentemente do nascimento com vida. De acordo com esta corrente, direitos da personalidade, como o direito à vida, existem desde a concepção. Outros dependem do nascimento com vida, como, por exemplo, os direitos patrimoniais. No nosso entender, a doutrina concepcionista é a mais compatível com a tutela dos direitos do nascituro⁸⁵ e, conseqüentemente, com a tutela dos direitos fundamentais consagrados no ordenamento constitucional, sobretudo daqueles que tem como fator determinante a dignidade da pessoa humana, como é o caso do direito à vida.

Assim, discursa Sílvio de Salvo Venosa:

(...) ao conjunto de poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas dá-se o nome de personalidade. A capacidade é elemento desse conceito; ela confere o limite da personalidade. Se a capacidade é plena, o indivíduo conjuga tanto a capacidade de direito como a capacidade de fato; se é limitada, o indivíduo tem a capacidade de direito, **como todo ser humano**, mas a capacidade de exercício está

terminologia técnica, precisamente para designar o *homem* como sujeito de direitos e obrigações, em desempenho do *papel* que o próprio Direito lhe confia, na ribalta jurídica. Nestas condições, compreendida como pessoa, nenhum ser humano pode ser excluído da *vida jurídica*, para que possa participar dos *direitos*, que as leis lhe asseguram, e suporte os encargos das obrigações que lhe são atribuídas.”

⁸²RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. 34. ed. 5ª tir. São Paulo:Saraiva, 2007. v. I, p. 36.

⁸³MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1, p. 59-61.

⁸⁴LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá, 2011. p. 49.

⁸⁵SILVA, Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 549. Segundo o autor pela palavra nascituro se tem que: “ Derivado do latim *nasciturus*, particípio passado de *nasci*, quer precisamente indicar *aquele que há de nascer*. Designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: *está em vida intra-uterina*. Mas não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa. Embora o *nascituro*, em realidade não se tenha como nascido, porque como tal se entende aquele que se separou, para ter vida própria, do ventre materno, por uma ficção legal é tido *como nascido*, para que a ele se assegurem os direitos que lhe cabem pela *concepção*”.

mitigada; nesse caso, a lei lhe restringe alguns ou todos os atos da vida civil.⁸⁶(grifos nossos).

Esta capacidade em ter resguardados os seus direitos de forma plena, ou usufruir de todas as garantias já existentes no ordenamento jurídico, se desenvolve apenas para os seres humanos já nascidos.

Todavia, conforme ressaltamos acima, a lei ressalva a proteção para o nascituro, reflexo desses direitos, que tem o cunho de garantir a continuidade de sua vida biológica, quer dizer, seu desenvolvimento, com a finalidade de que este ser possa tornar-se pessoa de fato e de direito usufruindo ao final de sua personalidade jurídica plena.

Acerca do reconhecimento deste direito da personalidade, afirma Carlos Alberto Bittar:

Esse direito estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição de ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente (*in vitro*, ou por inseminação), não importando, portanto: fecundação artificial, por qualquer processo; eventuais anomalias físicas ou psíquicas, de qualquer grau; estados anormais: coma, letargia ou de vida vegetativa; manutenção do estado vital como o auxílio de processos mecânicos, ou outros (daí por que questões como a morte aparente e a da ressurreição posterior devem ser resolvidas, à luz do direito, sob a égide da extinção, ou não, da chama vital, remanescendo a personalidade enquanto presente e, portanto, intacto o direito correspondente).⁸⁷

É importante ressaltar que se faz necessária tal isonomia ao ser humano em formação, haja vista que a vida intrauterina ao que nos parece se relaciona com uma pessoa em potencial⁸⁸.

Conforme discorreremos neste capítulo, há várias teorias que buscam explicar o início da vida. Contudo, talvez não seja possível se chegar a uma conclusão sobre este exato momento. Apesar disso é possível realizar um traçado das fases de desenvolvimento

⁸⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6ª. ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 124.

⁸⁷ BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7ª. ed., atualizada por Eduardo Carlos Bianca Bittar, Rio de Janeiro: Forense Universitária: 2008, p. 71.

⁸⁸ A respeito do tema vide - GOZZO, Débora. Diagnóstico pré-implantatório e responsabilidade civil. In MARTINS-COSTA, Judith; MULLER Letícia Ludwig [org.] **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 404.

da vida intrauterina e, dessa forma, entrar em outro ponto de discussão objeto de estudo na Bioética: a gradação da valoração do ser humano durante esses estágios iniciais da vida.⁸⁹

Cada estudioso tem seu conceito formado em razão do início da vida, mas ninguém jamais alcançou a absoluta certeza, até o momento. Em razão disso, o reconhecimento do *direito à vida* desde a concepção faz com que, em geral, o aborto seja proibido, inclusive levando-se em conta as disposições constitucionais, pelas quais o Estado tem o dever de salvaguardar a inviolabilidade da vida humana⁹⁰.

Esta é a vertente de nosso trabalho de pesquisa.

CAPÍTULO II

II - ABORTO E EUGENIA

Para continuidade da investigação sobre o tema objeto de nosso estudo faz-se necessário estabelecer o conceito de aborto, bem como o conceito de eugenia.

⁸⁹TEODORO, José Frediano Momesso. **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Juruá: Curitiba, 2010, p. 30.

⁹⁰DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 128.

Importante, ainda, situá-los no ordenamento jurídico, analisando suas características.

1. Aborto: Considerações gerais

A etimologia da palavra aborto é latina, *abortus*, sendo que o prefixo *ab* significa impedir, privar, e *ortus* ou *orior*, nascer, nascimento. O abortamento (*festinatio homicidii*) é a interrupção violenta da gravidez antes de seu termo natural, com a conseqüente morte do feto, podendo este ser expulso do organismo materno, ou não. A morte do feto poderá ocorrer no interior do ventre de sua mãe ou quando da sua expulsão. Enfim, dois são os pressupostos do abortamento: a interrupção da gravidez e a morte do feto.⁹¹

Maria Helena Diniz, ao tratar do assunto apresenta sua delimitação conceitual acerca do aborto:

O termo “aborto”, originário do latim *abortus*, advindo de *aboriri* (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não a expulsão do feto destruído.⁹²

Diante destas variações acerca do tema que ora se estuda, devemos ter em mente que o legislador penal ao incriminar a conduta utilizou-se da expressão aborto para designar o delito propriamente dito, isto é, a ação de praticar a interrupção da gravidez acompanhada da expulsão do feto.

Todavia, essa expressão significa tanto a expulsão violenta do feto, como o produto dela gerado⁹³, sendo relevante considerar como pressuposto necessário para a prática do crime o resultado morte que recai sobre o produto da concepção.

É importante ressaltar orientação de Nelson Hungria que chama a atenção para as condutas não entendidas como aborto, afirmando que:

nada tem a ver com aborto o emprego de meios para impedir a fecundação, ainda que o esperma já tenha ingressado no órgão genital da mulher. Do mesmo modo, é coisa inteiramente distinta do aborto a

⁹¹TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** - Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Juruá:Curitiba, 2010. p.105.

⁹²DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 33.

⁹³TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** - Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Juruá:Curitiba, 2010. p.106.

destruição dos óvulos não fecundados pela mulher, ainda que com fim de torná-la estéril.⁹⁴

O emprego da palavra aborto, no âmbito jurídico, nem sempre é aceito por outros ramos do conhecimento humano, uma vez que aborto significa o resultado da ação e não a própria ação. Por isso, há autores que preferem o termo abortamento⁹⁵, para designar o ato de interrupção da gestação. Neste trabalho, empregaremos o termo aborto para a ação de abortar, porquanto é o mais utilizado no âmbito jurídico.

Não obstante empregue o termo aborto, em razão da previsão legal, Ary Azevedo Franco chama a atenção para o fato de que alguns autores optam pela expressão *abortamento*, como sendo o ato, e aborto, o produto gerado deste crime.⁹⁶

O aborto é um dos temas mais polêmicos em discussão na sociedade contemporânea. É atual e ao mesmo tempo um dos mais antigos na história da humanidade. O tema pode ser focado sob vários ângulos, como o social, o religioso, o político, o jurídico, o médico, o psicológico, o ético e outros. Por ser controverso, uma vez que coloca em discussão o direito à vida e à dignidade, deve ser tratado de forma criteriosa, profunda e respeitosa⁹⁷.

A proibição absoluta do aborto nega uma realidade que precisa ser discutida e delimitada, fundamentalmente no âmbito jurídico. Compartilhamos do entendimento de Celso Cezar Papaleo, ao afirmar que: “*O Direito não pode mostrar-se indiferente, neutro. Tem de intervir, superando o conflito, arbitrando-o, dando-lhe solução: é sua missão essencial*”⁹⁸. Ainda, segundo as lições do referido autor, “*exceções não invalidam regras, que, no caso, são salutareis e sábias*”⁹⁹.

⁹⁴HUNGRIA, Nelson. **Comentários a Código Penal**, 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 5, p. 289.

⁹⁵ Segundo MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2006. “Preferem alguns o termo abortamento para a designação do ato de abortar, uma vez que a palavra aborto se referiria apenas ao produto da interrupção da gravidez. Outros entendem que o termo legal – aborto – é melhor, quer porque está no gênio da língua dar preferência às formas contraídas, quer porque o termo de uso corrente, tanto na linguagem popular como na erudita, quer, por fim, porque nas demais línguas neolatinas, com exceção do francês, diz-se aborto”.

⁹⁶FRANCO, Ary Azevedo. **Tratado de Direito Penal**, v. 6, p. 134. (...) acolhe o conceito de aborto criminoso do professor de Medicina Legal, Carlos Seidl: “*Aborto é a interrupção artificial da prenhez, provocada sem indicação terapêutica justificada, por intervenção direta ou indireta sobre os órgãos genitais ou sobre o produto da concepção*”.

⁹⁷LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá: 2011. p. 54.

⁹⁸PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 42.

⁹⁹PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 46.

Segundo a Constituição de 1988, a regra é a tutela do direito à vida. Somente em situações e circunstâncias específicas prevalecem outros direitos, sempre com base nos princípios de interpretação e aplicação dos direitos fundamentais¹⁰⁰.

Entretanto, a regulamentação jurídica do aborto é bastante diversificada no direito estrangeiro¹⁰¹. Os sistemas jurídicos, ao tratarem do aborto, são divididos em sistema restritivo, permissivo e intermediário. No primeiro, *restritivo*, predomina a proibição absoluta do aborto¹⁰². No entanto, excepcionalmente, autoriza-se o aborto terapêutico para salvar a vida da gestante¹⁰³. Tal sistema é adotado por nosso legislador infraconstitucional que prevê a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e a da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição de outro (vida do feto).¹⁰⁴ Há, nesta hipótese, uma colisão de direitos fundamentais.

O sistema *permissivo*, por seu turno, considera a prática do aborto um direito da mulher. Baseia-se no direito pleno de ela realizar o aborto em qualquer circunstância. A fundamentação para justificar tal sistema é que o direito à autodeterminação da mulher deve sempre prevalecer, porque sua liberdade de escolha está acima de qualquer outro direito. Diante desse entendimento, o produto da concepção (o zigoto, o embrião ou o feto) não é protegido penalmente¹⁰⁵.

Tal sistema encontra-se no pólo oposto do sistema *restritivo*. Segundo ele, os direitos da mulher sempre se sobrepõem em detrimento dos direitos do conceito. Se

¹⁰⁰LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá: 2011. p. 55.

¹⁰¹Sobre o tema vide Capítulo VI: TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** - Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Juruá:Curitiba, 2010. p. 225.

¹⁰²Segundo FRANCO, Alberto Silva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. **Aborto por Indicação Eugênica**. Revista Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. v. 132, p. 17. Para os adeptos dessa corrente: “o aborto não é permissível em nenhum caso, nem sequer para salvar a vida da mãe. Considera-se que a realização do aborto pressupõe uma privação direita da vida do feto, enquanto o não atuar em caso em que exista um perigo para a vida da mãe não suporia matá-la, mas deixá-la morrer”.

¹⁰³PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 48. Aponta o autor que: “Todos os sistemas restritivos, entre os quais se inclui o brasileiro, admitem o abortamento terapêutico, considerado um direito e como tal reconhecido, **in totum** isento de penalização, justificada sua prática, necessária à evitação de mal maior”.

¹⁰⁴CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

¹⁰⁵LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá: 2011. p. 55.

adotada a tese do sistema *permissivo*, o direito à vida intra-uterina, em qualquer circunstância, deixa de ser protegido pela Constituição, o que já demonstra sua incompatibilidade com o sistema constitucional brasileiro¹⁰⁶.

O sistema *intermediário*, por seu turno, encontra-se no meio termo entre os dois primeiros sistemas. Ele abarca várias correntes doutrinárias, com diferentes critérios e fundamentos. Dentre as várias correntes doutrinárias, as mais significativas são o sistema do prazo e o sistema das indicações¹⁰⁷.

O sistema das indicações atua segundo o princípio da regra e da exceção. Nele, o aborto consentido é, via de regra, punível. Entretanto, existem as exceções taxativamente previstas no ordenamento jurídico. Nesse sistema, a vida humana intra-uterina está protegida no âmbito penal como bem jurídico fundamental. A gestante somente poderá solicitar autorização para abortar nos casos expressamente autorizados pelo ordenamento jurídico. São situações singulares ou excepcionais, rigorosamente delimitadas pela lei¹⁰⁸. Dentre as possibilidades abortivas no sistema das indicações, a legislação comparada apresenta, fundamentalmente, as seguintes¹⁰⁹:

- indicação terapêutica ou médica (o aborto é autorizado em qualquer momento da gravidez, quando necessário para evitar grave perigo à vida ou à saúde física ou psíquica da gestante);
- indicação ética (o aborto é autorizado quando a gravidez é resultante de estupro, atentado violento ao pudor ou de técnica de reprodução assistida não consentida);
- indicação eugênica ou seletiva (o aborto é autorizado quando existem riscos fundados de que o produto da concepção seja portador de grave anomalia genética de qualquer natureza ou de outros defeitos físicos ou psíquicos decorrentes da gestação);
- indicação econômico-social (o aborto é autorizado em situações de dificuldade econômica, social ou em ambas).

¹⁰⁶PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 58. Segundo o autor: “Nos países socialistas, largamente admitidos desde 1955 (muito antes já o fora na Rússia, a qual aceitou no começo do século passado, o “aborto econômico”, fundado na falta de recursos), basta, em certas circunstâncias, apenas pedi-lo, como ocorre atualmente na Rússia e na Hungria. Nesses países, mais de 90% dos abortos legais resultam de razões sociais ou de conveniência pessoal. É a máxima liberalização que se conhece na Europa”.

¹⁰⁷LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá: 2011. p. 55.

¹⁰⁸FRANCO, Alberto Silva. **Aborto por Indicação Eugênica**. Revista Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. v. 132, p. 19.

¹⁰⁹Sobre o tema vide LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia**. Direitos Fundamentais em Colisão. Curitiba: Juruá: 2011. p. 56.

Dentre as econômicas estão a baixa renda, família numerosa com precária situação econômica etc., e dentre as sociais, situação de grave enfermidade física ou psíquica de algum membro familiar, gestação precoce ou em idade muito avançada, o que coloca a gestante sem condições de assumir a maternidade e as obrigações dela decorrentes etc¹¹⁰.

2. Tratamento constitucional legislativo do aborto

A presente dissertação versa sobre um tema que num primeiro momento aparenta ser estritamente de cunho da ciência penal, porém, não o é. Ao tratarmos do tema aborto, percebemos que tal assunto está diretamente relacionado à dogmática dos direitos fundamentais, consagrados na Carta Maior, sendo esta a principal vertente para fundamentar decisões proferidas em nossos tribunais.

Apesar disso, o presente capítulo em hipótese alguma deve revelar-se exaustivo quanto ao tema, mesmo porque não temos, nem à distância, a pretensão de esgotar o assunto, mas, tão somente trazer à colação um raciocínio voltado aos direitos fundamentais da pessoa humana, sobretudo a preservação do direito à vida como valor fundamental do *ser* humano, entendido este como núcleo intangível, em regra.

Partindo desta linha de raciocínio percebemos que seria contraproducente tentar discorrer especificamente, vinculando-nos apenas ao tema denominado “aborto eugênico na Constituição da República”, simplesmente por falta de previsão explícita do legislador constitucional, o que não nos levaria a lugar algum.

Diz o artigo 5º, *Caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil: “*Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida...*”.(grifos nossos).

O legislador constitucional, contudo, fez questão de frisar a inviolabilidade do direito à vida, por isso reproduz em seu art. 5º os três preceitos declaratórios contidos na “Declaração Universal dos Direitos Humanos”: a vida, a liberdade e a segurança pessoal.

E o faz exatamente porque são direitos fundamentais.

¹¹⁰PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. v. 2, p. 126.

Realmente prevê a Constituição da República, no artigo 5º, *caput*, expressamente “a inviolabilidade do direito à vida...”

Como ensina José Afonso da Silva, “esse direito deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer, de defender a própria vida e de não ter o processo vital interrompido senão por outro processo natural”.¹¹¹

Torna-se, assim, o direito à vida um dos principais direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.¹¹²

Segundo o autor, o direito à vida é o mais sagrado. “*Consiste no direito de estar vivo, de lutar para viver, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte*”.

O texto constitucional, ao proclamar como primeiro dentre todos os direitos individuais e coletivos, “a inviolabilidade do direito à vida”, nada mais está fazendo do que reconhecer, como não poderia deixar de ser, que a vida humana é o fundamento necessário de tudo que diz respeito ao indivíduo e à sociedade humana.

Ainda de acordo com José Afonso da Silva:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A Constituição, mais que as outras, realçou o valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º - V e X). A moral individual sintetiza a honra da pessoa. O bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial.

Possui duas vertentes igualmente amparadas pela Constituição Federal. Traduz-se, em primeiro lugar, como o direito que possui o ser humano de permanecer vivo e existente na ordem jurídica, que não pode ignorá-lo e, em segundo, no direito a um adequado nível de vida, fornecendo o Estado prestações positivas, assegurando o desfrute de um piso vital mínimo que corresponde aos direitos fundamentais de terceira geração.¹¹³

¹¹¹SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed., São Paulo:Malheiros, 2009, p.197.

¹¹²SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed., São Paulo:Malheiros, 2009, p.198.

¹¹³SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed., São Paulo:Malheiros, 2009, p.198.

Destarte, a Constituição assegura os primeiros quando promove a segurança pública, proibindo a justiça privada e pelas próprias mãos e com respeito, por parte do Estado, proibindo a pena de morte.¹¹⁴

Também salvaguarda a vida promovendo um nível mínimo de prestações aos seus cidadãos, garantindo o direito à alimentação adequada, à moradia (art. 5º, XXIII), ao vestuário, à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art.215) e ao lazer (art. 217), usando de um aparato estatal que ofereça amparo e assistência àqueles que dele necessitem na conservação de sua vida com dignidade¹¹⁵.

Neste sentido, o próprio STF já assim reconheceu:

(...) direito à saúde (...) representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional¹¹⁶.

Necessitando de disciplinas e campos do conhecimento cada vez mais específicos, a tutela jurídica moderna abrange cada vez mais conhecimentos científicos, técnicos e filosóficos, sendo estes particularizados e singulares.

O direito procura em outras ciências, a idéia de vida física e humana, seu começo e seu fim, levado pelo fato de que “nenhuma ciência esgota seus recursos nela própria”. Todas as ciências inclusive as jurídicas, procuram superar seus conceitos e definições, a fim de encontrar a integração com outras áreas do conhecimento, buscando sempre o aperfeiçoamento, visto que jamais alcança o estado definitivo e último da perfeição absoluta sendo que, muitas vezes, se distancia ou reformula, de maneira errada, os conceitos já vividos e solidificados através do tempo.

Contudo, a palavra *vida* contém inúmeros significados, dificultando muito um sentido pronto e acabado para sua definição.

¹¹⁴Artigo 5º, XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;(...). “O legislador constitucional proíbe expressamente a pena de morte, entretanto, cumpre esclarecer que o próprio texto constitucional nos remete a inteligência de que mesmo o direito à vida, entendido este como o mais fundamental de todos os direitos, comporta exceções, neste sentido, preciosas são as lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz durante aula de Direitos Fundamentais ao afirmar que: diante de direitos em colisão, nem mesmo os direitos fundamentais podem ser encarados como direitos absolutos, uma vez que comportam exceções previstas constitucionalmente.”

¹¹⁵Artigo 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. “Os direitos delineados no texto constitucional são direitos sociais fundamentais”.

¹¹⁶AgRg. N. RE 271.286-8-RS, rel. Min. Celso de Mello, j. 12/09/2000, Boletim de Direito Administrativo, ago. 2001, p. 641.

O ser humano começa a existir desde o instante em que o espermatozóide fecunda o óvulo, (teoria da concepção) , iniciando no mesmo momento um complexo fenômeno de duração muito curta, mas rica, pois constitui uma única célula chamada zigoto, ou ovo, com constituição química totalmente diferente das duas outras, muito embora tenha delas se originado. Embora o desenvolvimento se faça de maneira contínua e possa, portanto, ser dividido pela ciência por fases marcantes, é a fecundação que inicia a vida. E, assim, segundo a doutrina médica e a biológica, vida intrauterina, é apenas um marco inicial do desenvolvimento humano¹¹⁷, constatado pela gestação, ou seja, a concepção se desenvolve em processos contínuos, até a sua cessação que é a morte encefálica.

São conceitos utilizados pelo direito para tutela do bem jurídico que determinam todos os demais.

Tais afirmativas encontram-se expressas na lei Constitucional de 1988, conforme já mencionamos:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III- a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

Art. 60(...)

(...) § 4º. Não será objeto de deliberação proposta de emenda tendente a abolir

IV – os direitos e garantias individuais.

Sob esse enfoque, o direito à vida é considerado imprescindível na conceituação biológica e moral, sendo assim, “O princípio jurídico da dignidade, como fundamento da

¹¹⁷“É muito grande o interesse no desenvolvimento humano antes do nascimento, em grande parte pela própria curiosidade sobre os primórdios da nossa formação e também pelo desejo de melhorar a qualidade de vida. Os intrincados processos pelos quais um bebê se desenvolve a partir de uma célula são miraculosos, e poucos eventos são mais excitantes do que a visão que a mãe tem de seu bebê durante um exame de ultra-sonografia. A adaptação de um recém-nascido à sua nova vida é também interessante testemunhar. O desenvolvimento humano é um processo contínuo que se inicia quando um ovócito (óvulo) de uma fêmea é fertilizado por um espermatozóide de um macho. A divisão celular, a migração celular, a morte celular programada, a diferenciação, o crescimento e o rearranjo celular transformam o ovócito fertilizado – o zigoto –, numa célula altamente especializada e totipotente, em um organismo multicelular. Embora a maior parte das mudanças no desenvolvimento se realize durante os períodos embrionários e fetais, ocorrem mudanças importantes nos períodos posteriores do desenvolvimento: infância, adolescência e início da vida adulta. O desenvolvimento não termina no nascimento. Depois dele ocorrem mudanças importantes além do crescimento (por exemplo, o desenvolvimento dos dentes e das mamas). O cérebro triplica seu peso entre o nascimento e os 16 anos de idade; a maior parte do desenvolvimento está completa em torno dos 25 ANOS DE IDADE”. {in “Embriologia Clínica” MOORE PERSAUD, Keit L. Moore, PhD, FIAC, FRSM; T.V.N. Persaud, MD, PhD, DSc, FRC Parth (London), tradução da 7ª. edição norte-americana, Saunders, 2003 (USA), Elsevier Editora Ltda. 2004, Rio de Janeiro, RJ, p, 2}.

República, exige como pressuposto a intangibilidade da vida humana. Sem vida, não há pessoa, e sem pessoa, não há dignidade”¹¹⁸.

3. O aborto na legislação infraconstitucional brasileira

O direito fundamental à vida está previsto expressamente no texto Constitucional, tal previsão não significa que tal tutela não comporte restrições em casos excepcionais. Entretanto, para que tais restrições ocorram, a legislação infraconstitucional brasileira deve ser compreendida à luz do que estabelece a própria Constituição.

Segundo os ensinamentos de Robert Alexy temos que:

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. Restrições a direitos fundamentais são, portanto, ou normas de hierarquia constitucional ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada por normas constitucionais¹¹⁹.

No Brasil, como impera o modelo de sistema jurídico romano-germânico, após as normas constitucionais, surge a lei como principal e dominante fonte normativa do direito à vida. No direito comum ela preserva sua incontestável base principiológica, pois a dignidade humana¹²⁰ lhe dá fundamentos sólidos para a “defesa da vida como bem maior na esfera natural e também na jurídica exatamente porque, em seu torno e como conseqüência de sua existência, todos os demais gravitam”, trazendo o Código Civil de 2.002 (Lei nº 10.406) o artigo 2º que diz: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”¹²¹

Assim, timidamente não adotou expressamente o legislador no Código Civil de 2002 a concepção da pessoa antes do nascimento com vida, embora na realidade o nascituro seja um ser humano já concebido, mas que ainda está por nascer¹²²

A concepção jurídica de pessoa, sujeito de direito, não se confunde com a noção de pessoa humana, indivíduo biológico de nossa espécie. É que ambas as redações

¹¹⁸ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 14.

¹¹⁹ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 286.

¹²⁰ Vide artigo 1º, III da Constituição de 1988.

¹²¹ Contudo, tal preceito praticamente repete o artigo 4º do Código Civil de 1916, pois ele também dizia: “**A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro**”. (grifos nossos)

¹²² OLIVEIRA, Edna Celma Ramos de Oliveira. **Aborto: violação do direito fundamental**. Mestrado em Direito, Unifio, 2006, p. 83.

correspondem apenas à proteção do nascituro, sem fazer referência de que se trata de pessoas signatárias da dignidade da pessoa humana..

Ora, a vida humana é o fundamento necessário de tudo que diz respeito ao direito, ao indivíduo e à sociedade humana. Todos os direitos estão relacionados à vida humana e de alguma forma dela dependem, de onde foi a Constituição Federal buscar a “inviolabilidade do direito à vida.”¹²³

E, assim, a proteção dos direitos do nascituro, ou melhor, do ser vivo ainda não nascido transcende à própria personalidade jurídica, neste sentido, afirma Silvio de Salvo Venosa: “O fato é que em nosso conhecimento vulgar designamos pessoa a todo ser humano. No sentido jurídico, pessoa é o ente suscetível de direitos e obrigações.”¹²⁴

Embora mais recente, o Código Civil de 2002, não acompanhou o arrojo de pós-modernidade da Constituição Federal, somente destacando-se pela qualidade de disciplinar de maneira objetiva a matéria e trazer alguns poucos princípios e fundamentos para auxiliar a interpretação e o preenchimento das lacunas, geradas pelo rápido desenvolvimento da ciência.

A legislação especial também reflete a expansão da tutela ao direito à vida, notadamente estruturando em diplomas legais, direitos modernos e igualmente inerentes às liberdades individuais, frente à sociedade.

Destarte, encontramos em nosso ordenamento leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), que em seu artigo 7º diz:

A criança e o adolescente têm direito a proteção à vida e à saúde, **mediante a efetivação de políticas sociais e públicas que permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência; (grifos nossos).

Também o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), que define em seu artigo 6º :

São direitos básicos do consumidor:

I - **a proteção da vida**, saúde e segurança contra riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos; (grifos nossos).

E o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03), que no artigo 2º preceitua:

¹²³ OLIVEIRA, Edna Celma Ramos de Oliveira. **Aborto**: violação do direito fundamental. Mestrado em Direito, Unifio, 2006, p. 83.

¹²⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 5ª. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 140.

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou outros meios todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

E finalmente, a regulamentação sobre a retirada de órgãos e seus transplantes *post mortem*, cuja Lei nº 9.434/97, no seu artigo 3º estabelece:

A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes, do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Verificamos que a lei acima citada impõe que a constatação da morte encefálica seja atestada por dois médicos e impõe ainda a obrigatoriedade de prontuários médicos do *de cujus*, contendo os resultados ou os laudos dos exames em que eles se basearam sejam conservados por um período mínimo de cinco anos, por força do dispositivo previsto no § 1º. Todas estas medidas estão voltadas à proteção do direito à vida da pessoa humana.

Reconhecemos toda a importância do direito da personalidade no que diz respeito ao direito à vida. Da mesma forma se revela de fundamental importância a legislação especial, que se relaciona direta ou indiretamente com tal direito e, sobretudo com o princípio da dignidade humana.

O legislador infraconstitucional, e desta vez, nos referimos ao nosso vigente Código Penal Brasileiro que é de 1940, traz em seu teor a punição daquele que comete o crime de aborto, trazendo à colação algumas condutas àquele que comete esta espécie de delito.

Nesta etapa de nossa pesquisa, por uma questão didática, evidentemente, direcionaremos nossos estudos com maior ênfase para o direito penal.

Sendo assim, percorreremos o caminho da evolução do direito penal no sentido de se alcançar os tempos atuais e assim compreender com maior exatidão qual é essa tutela do direito fundamental à vida intrauterina.

3.1. Evolução legislativa do aborto

Ao desenvolvermos os trabalhos de pesquisa acerca do assunto proposto na presente dissertação, nos parece inevitável adentrar na seara do direito penal, portanto, discorreremos superficialmente acerca da evolução histórica ligada umbilicalmente ao tema objeto de nosso estudo, ou seja, o direito à vida intra-uterina e a sua proteção por parte do Estado; posteriormente, faremos uma análise dos tipos penais incriminadores previstos na atual legislação penal, os quais guardam entre si a mesma finalidade jurídica, sendo esta a proteção do bem mais precioso do *ser humano*, à vida, ainda em sua fase de concepção.

Na Carta Criminal do Império, de 1830, o aborto foi classificado entre os crimes contra a segurança da pessoa e da vida insertos no Título II – Dos crimes contra a segurança individual – o que leva a crer que o legislador se preocupou, primordialmente, com o nascituro. Não se punia a gestante, mas apenas quem praticasse as manobras abortivas nela, com ou sem seu consentimento.¹²⁵

O Código Penal de 1890, por sua vez, passou a prever a figura do aborto provocado pela própria gestante¹²⁶.

Ao discorrer sobre o tema Maria Helena Diniz, relembra:

Em 1992 foi criada uma comissão para reformular o Código Penal, que propôs: “Não constitui crime de aborto praticado por médico: se se comprovar, através de diagnóstico pré-natal, que o nascituro venha a nascer com graves e irreversíveis malformações físicas ou psíquicas, desde que a interrupção da gravidez ocorra até a vigésima semana e seja precedida de parecer de dois médicos diversos daquele que, ou cuja direção, o aborto é realizado (art. 128, III).¹²⁷ Se fosse aprovado “o novo Código Penal”, nestes moldes, o aborto eugênico seria legal, uma vez que seria inserido no ordenamento penal excludente de ilicitude, tendo-se em vista graves e irreversíveis malformações fetais, contrariando o que estabelece o direito

¹²⁵ TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. Curitiba: Juruá, 2010. p. 92.

¹²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2011, Vol. 2, p. 144.

¹²⁷ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 55.

humanitário, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, prevista expressamente no texto constitucional.

3.2. O Vigente Código Penal de 1940

O vigente Código Penal que é de 1940 tipificou as figuras do aborto tratando do tema nos artigos 124¹²⁸, 125¹²⁹, 126¹³⁰, 127¹³¹ e 128¹³², nestes dispositivos, o legislador infraconstitucional penal discorre acerca das sanções penais e respectivas diretrizes a serem seguidas pelo operador do direito, caso a hipótese legal se concretize.

Ao tratar do tema aborto, parece-nos inevitável discorrer acerca do Código Penal Brasileiro, pois, no sistema jurídico normativo brasileiro é o único dispositivo infraconstitucional que traz em seu teor de forma expressa a denominação “aborto”.

O direito penal se ocupa em desempenhar uma função de natureza preventiva e diante de uma conduta¹³³ considerada criminosa impõe a correspondente penalidade ao infrator, pois também tem caráter repressivo, haja vista que o Estado não pode se omitir diante de infração penal.

Os princípios constitucionais e as garantias individuais devem atuar como balizas para a correta interpretação e a justa aplicação das normas penais, não se podendo cogitar de uma aplicação meramente “robotizada”

¹²⁸ **Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.** Artigo 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que alguém lho provoque: Pena – detenção, de 1(um) a 3 (três) anos.

¹²⁹ **Aborto provocado por terceiro.** Artigo 125. Provocar aborto sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

¹³⁰ Artigo 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. Parágrafo único. Aplica a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

¹³¹ Forma Qualificada. Artigo 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

¹³² Artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico: **Aborto necessário** – I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; **Aborto no caso de gravidez resultante de estupro** – II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹³³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal.** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104. Segundo o autor: “Conduta é a ação ou omissão humana consciente e dirigida a determinada finalidade”.

dos tipos incriminadores, ditada pela verificação rudimentar da adequação típica formal, descurando-se de qualquer apreciação ontológica do injusto.¹³⁴

Neste sentido, o tema do direito à vida e do aborto encontra amparo nos dispositivos da Constituição Federal, a qual visa proteger a vida intrauterina. Sendo assim, entendemos conveniente trazer um conceito de aborto delineado por Fernando Capez: “Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intrauterina”.¹³⁵

Perceba-se que ao tratar do tema aborto, estamos vinculados inevitavelmente ao direito à vida intrauterina e conseqüentemente ao princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a dignidade da pessoa humana se relaciona “ao aspecto intrínseco do ser humano”.¹³⁶

Evidentemente, o tema aborto não se esgota no direito penal, aliás, nenhum tema jurídico que trate de direitos fundamentais da pessoa humana, como é o caso do direito à vida, se esgota somente na legislação infraconstitucional, daí se extrai que atualmente os diplomas jurídicos normativos existentes devem ser estudados à luz da Constituição Federal de 1988.

Diante deste cenário, discorreremos acerca do denominado “aborto legal”, previsto no artigo 128 do Código Penal Brasileiro, sendo este considerado uma causa infraconstitucional de exclusão da ilicitude.

Consta da redação do artigo 128 do Código Penal:

Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido do consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 13.

¹³⁵ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Impetus:Niterói, RJ. 2011. p. 282.

¹³⁶ Sobre Dignidade da Pessoa Humana, vide p. 17 desta dissertação. “O aspecto intrínseco da dignidade da pessoa humana está estritamente relacionado aos direitos fundamentais de primeira geração. Seu desenvolvimento será baseado preponderantemente nos ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet: [...] o aspecto intrínseco (inerente ao ser humano) é dividido em duas dimensões da dignidade, que são: a dimensão natural ou individual (condição humana de cada indivíduo) que Alexandre de Moraes arrola como valor espiritual, e a dimensão social, que este denomina como valor moral”.

À primeira vista tem-se a impressão de que o citado dispositivo legal constituiria uma dirimente¹³⁷ ou escusa absolutória¹³⁸, pois o texto legal se inicia com a frase “não se pune”. Tal conclusão, contudo, não prospera. Se se tratasse de hipótese de exclusão da pena, a enfermeira, que auxiliasse o médico, no aborto, seria punida¹³⁹. Com razão, se realmente fosse uma causa pessoal de exclusão da pena, somente o médico por ela seria abrangido. Tal, porém, não é a sua natureza jurídica, pois, “haveria causa especial e exclusão de pena somente se o Código Penal dissesse ‘não se pune o médico’; o Código, entretanto, menciona ‘não se pune o aborto’”. Portanto, a natureza jurídica das causas elencadas no artigo 128 do Código Penal corresponde a causas excludentes da ilicitude, sendo, portanto, lícita a conduta daquele que pratica o aborto nas duas circunstâncias elencadas no texto legal¹⁴⁰.

Ao discorrer acerca do aborto legal, Rogério Greco, trouxe interessante posicionamento jurisprudencial:

O Código Penal declara impunível o aborto praticado pelo médico com o consentimento da gestante vítima de estupro. Assim, fazendo o legislador, no exercício de suas atribuições constitucionais, a opção pelo interesse da dignidade humana em detrimento da manutenção da gravidez, ao magistrado compete, acionada a jurisdição, assumir a responsabilidade que lhe cabe no processo, fazendo valer a lei. Se a realidade evidencia que médico algum faria a intervenção sem a garantia de que nada lhe ocorreria, não tem como o magistrado cruzar os braços, sob o argumento de que só após, se instaurada alguma movimentação penal, lhe caberia dizer que não houve crime. Omissão dessa natureza implicaria deixar ao desabrigo a vítima do crime, jogando-a à própria sorte. Não há valores absolutos. Nem a vida, que bem pode ser relativizada, como se observa no homicídio praticado em legítima defesa, por exemplo. E nessa relativização ingressa também o respeito à dignidade da mulher estuprada. Ainda mais se, adolescente, com graves problemas mentais, vê agravada sua situação de infelicidade pelo fato de ser o próprio tio e padrasto o autor do crime, o que a colocou também em situação de absoluta falta de assistência familiar

¹³⁷SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999. “Em matéria penal, *causa dirimente* é a que traz a inculpabilidade e irresponsabilidade do agir na prática de um delito, anulando assim a *ação penal*.”

¹³⁸SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Rio de Janeiro: Forense, 1999. “ESCUSA ABSOLUTÓRIA. É aquela que exclui a responsabilidade penal, em razão da condição pessoal do agente, mas não descaracteriza o delito, como, v. g., no caso de crime cometido por um dos cônjuges em prejuízo do outro ou de parentes entre si.

¹³⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

¹⁴⁰CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 158.

e de representação legal, exigindo abrigo e atuação de parte do Ministério Público. Manifestação do Ministério Público, autor da medida, indicada também pela área técnica do serviço do Município encarregado de dar atendimento a crianças e adolescentes vítimas de violência (TJRS, Agr. Inst. 70018163246, Câmara de Medidas Urgentes Criminal, Rel. Marcelo Bandeira Pereira, j. 3/1/2007).¹⁴¹

3.3. Análise do Aborto Necessário ou Terapêutico

É a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la. Consoante a doutrina, trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência de que o perigo de vida seja atual. Assim há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição de outro (vida do feto)¹⁴²; encontra previsão legal no artigo 128, I do vigente Código Penal Brasileiro¹⁴³. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro. Trata-se, aqui, de colisão de direitos fundamentais. O legislador cuidou, assim, de criar um dispositivo específico para essa espécie de “estado de necessidade”, sem, contudo, exigir o requisito da atualidade do perigo, pois basta a constatação de que a gravidez trará risco futuro para a vida da gestante, que pode advir de causas várias, como, por exemplo, câncer uterino, tuberculose, anemia profunda, leucemia, diabetes¹⁴⁴. Observe-se que não se trata tão somente de risco para a saúde da gestante; ao médico caberá avaliar se a doença detectada acarretará ou não risco de vida para a mulher grávida. Ele, médico, deverá intervir após o parecer de dois outros colegas, devendo ser lavrada ata em três vias, sendo uma enviada ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde o aborto foi praticado¹⁴⁵. É dispensável a concordância da gestante ou do representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impelidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.¹⁴⁶

¹⁴¹ GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Impetus:Niterói, RJ. 2011. p. 286.

¹⁴² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 158.

¹⁴³ Segundo a legislação penal: “Artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico: (...) I - Se não há outro meio de salvar a vida da gestante; (...).

¹⁴⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 158.

¹⁴⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

¹⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

Não se pode olvidar, ainda, que o artigo 146, § 3º, I do Código Penal¹⁴⁷ autoriza a intervenção médica ou cirúrgica sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por “imminente perigo de vida”¹⁴⁸.

Nesta hipótese de aborto não é necessária autorização judicial.¹⁴⁹

A excludente da ilicitude em estudo do crime de aborto somente abrange a conduta do médico. Não obstante isso, as enfermeiras, ou parteiras, não responderão pelo delito em questão, se praticarem o aborto por força do artigo 24 do Código Penal¹⁵⁰ (estado de necessidade, no caso, de terceiro). Neste caso, no entanto, exige-se que o prosseguimento da gravidez acarrete perigo atual e inamovível, pois se o perigo não for atual, a conduta será criminosa, tendo em vista que o inciso I do artigo 128 tem como destinatário exclusivo o médico, a quem cabe fazer prognóstico de detecção de prejuízo futuro à vida da gestante¹⁵¹.

No aborto legal, se a junta médica, por erro de diagnóstico, concluir pela necessidade do aborto¹⁵², que se revelou absolutamente desnecessário, ocorre erro, que exclui o dolo, e, portanto, o crime em questão. Trata-se de *discriminante putativa* prevista no artigo 20, § 1º do Código Penal¹⁵³.

3.4. Aborto sentimental, humanitário ou ético.

¹⁴⁷Prevê a legislação penal: “Artigo 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite ou a fazer o que ela não manda: (...); § 3º Não se compreendem na disposição deste artigo: I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento da paciente ou de seu representante legal, se justificada por imminente perigo de vida;(..)”.

¹⁴⁸CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

¹⁴⁹GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5ª ed. Impetus:Niterói, RJ. 2011. p. 288. “O aborto necessário, como qualquer outro procedimento médico de urgência, assim considerado como aquele do qual depende a vida do paciente, não precisa, via de regra, de autorização judicial (TJRS, Ap. Crim. 700196 13397, 2ª Câ. Crim., Rel. Laís Rogéria Alves Barbosa, j. 12/7/2007).”

¹⁵⁰Prevê a legislação penal brasileira no artigo 24, o Estado de Necessidade: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

¹⁵¹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

¹⁵²O artigo 20, § 1º do Código Penal Brasileiro prevê: Art. 20. (...) § 1º “É isento de pena, quem por erro plenamente justificado pelas circunstâncias, supõe de fato que, se existisse, tornaria a ação legítima. (...)”

¹⁵³CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

O chamado aborto sentimental, humanitário ou ético é aquele realizado pelos médicos nos casos em que a gravidez decorreu de um crime de estupro. O Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de um coito vagínico violento, em razão dos danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe pode acarretar¹⁵⁴. O artigo 128, II do Código Penal não fazia distinção entre o estupro com violência real ou presumida. Ocorre a violência real toda vez que a mulher é estuprada mediante a utilização de força física e a violência presumida se aperfeiçoa toda vez que o delito estupro é cometido em desfavor de mulher menor de 14 anos, alienada ou débil mental (revogado art. 224 do CP), concluindo-se que esse último estaria abrangido pela excludente da ilicitude em estudo.

Atualmente tal previsão, ou seja, o estupro praticado contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP, correspondente ao delito de estupro, para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura “estupro de vulnerável”.¹⁵⁵

Desse modo, da mesma forma que nos demais, o aborto realizado nos casos de gravidez resultante de estupro de vulnerável continua a ser abarcado pela excludente em análise.

3.5. A atual situação do anteprojeto do Código Penal sobre o tema

A comissão de reforma do Código Penal do Senado apresentou em audiência pública proposta que descriminaliza o aborto realizado até a 12ª semana de gravidez,¹⁵⁶ caso o médico ou psicólogo apresenta avaliação neste sentido.

Tal comissão de juristas, nomeada pelo Senado, que elabora o anteprojeto de lei de um novo Código Penal, aprovou em 09 de março de 2012, texto em que propõe o aumento das hipóteses legais para que uma mulher possa realizar aborto, sem que a prática seja

¹⁵⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

¹⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 159.

¹⁵⁶ Jornal Folha de São Paulo. **Proposta quer liberar aborto a mulher sem “condição psicológica”**. Sábado, 25 de Fevereiro de 2012.

considerada crime. O anteprojeto também contempla modificações que atingem outros crimes contra a vida e a honra, como eutanásia, estupro presumido e infrações graves de trânsito.¹⁵⁷

A principal inovação na legislação sobre aborto é que uma gestante poderá interromper a gravidez até 12 semanas de gestação, caso um médico ou psicólogo avalie que ela não tem condições “para arcar com a maternidade”¹⁵⁸.

A intenção é a de que, para autorizar o aborto, seja necessário um laudo médico ou uma avaliação psicológica dentro de normas que serão regulamentadas pelo Conselho Federal de Medicina. “A ideia não é permitir que o aborto seja feito por qualquer razão arbitrária ou egoística”, afirmou Juliana Belloque, defensora pública do Estado de São Paulo e integrante da comissão. No entanto, abre tantas possibilidades que deve virar uma batalha política no Congresso.¹⁵⁹

A comissão está preocupada em dar guarida a mulheres em situações extremas, como adolescentes e mulheres pobres com vários filhos. “A ideia não é vulgarizar a prática, é disseminá-la de maneira não criteriosa”, disse Juliana, para quem o aborto é uma questão de saúde pública.¹⁶⁰

O anteprojeto também garante às mulheres que possam interromper uma gestação até os dois meses de um anencéfalo ou de um feto que tenha graves e incuráveis anomalias para viver.¹⁶¹

O texto final deverá ser entregue ao presidente do Senado, em maio, após uma revisão dos tipos penais já alterados e também a inclusão de novas condutas criminalizadas, como o terrorismo.¹⁶²

De acordo com o que estabelece este projeto de reforma do Código Penal Brasileiro, o aborto continua sendo crime. Entretanto, excepcionalmente, serão ampliadas as hipóteses excludentes da antijuridicidade.

Segundo, o artigo 128 do texto aprovado, não há crime de aborto se:

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

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

¹⁵⁷Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

¹⁵⁸Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

¹⁵⁹Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

¹⁶⁰Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

¹⁶¹Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

¹⁶²Jornal O Estado de São Paulo. **Comissão do novo Código Penal amplia regras para aborto legal e eutanásia.** Disponível em: www.estadão.com.br>Brasil; acesso em 11/03/2012.

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

IV - por vontade da gestante até a 12ª semana da gestação, quando o médico ou psicólogo constatar que a mulher não apresenta condições de arcar com a maternidade.

Destarte, segundo o novo texto legal, no caso da anencefalia comprovada ou quando o feto padecer de graves e incuráveis anomalias que inviabilizem a vida independente, o fato deixaria de ser crime.

No que diz respeito à nossa pesquisa, concordamos, somente com a primeira parte do dispositivo, inserto no inciso III, do novo texto legal, ou seja, “no caso da anencefalia comprovada”; diante da inexistência dos hemisférios cerebrais e a consequente inviabilidade de vida extrauterina. Entretanto, quanto à segunda parte do dispositivo a problemática que se estabelece é delimitar um conceito para “graves e incuráveis anomalias para viver”, sem violar o direito à vida, uma vez que mesmo diante de alguma patologia diagnosticada na fase intrauterina, aquele *ser* tem todos os pressupostos necessários para nascer com vida e efetivamente compor a espécie humana.

4. Eugenia: Conceito

Ao longo da história da humanidade vários povos, tais como: os gregos, celtas, fueginos (indígenas sul-americanos), eliminavam as pessoas deficientes, as mal-formadas ou as muito doentes¹⁶³.

O termo eugenia foi criado por Francis Galton (1822-1911), significa “*O estudo dos agentes sob o controle social que podem melhorar ou empobrecer as qualidades raciais das futuras gerações seja física ou mentalmente*”.¹⁶⁴

¹⁶³GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. Disponível em www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm. Acesso em 29/12/2011.

¹⁶⁴GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. Disponível em www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm. Acesso em 29/12/2011. “Galton publicou, em 1865, um livro “Hereditary Talent and Genius” onde defende a idéia de que a inteligência é predominantemente herdada e não fruto da ação ambiental. Parte destas conclusões ele obteve estudando 177 biografias, muitas de sua própria família. Galton era parente de Charles Darwin (1809-1882). Erasmus Darwin era avô de ambos, porém com esposas diferentes, Darwin descendeu da primeira, por parte de pai, e Galton da segunda, por parte de mãe. Darwin havia publicado “A Origem das Espécies” em 1858. No livro, Galton propunha que “as forças cegas da seleção natural, como agente propulsor do progresso, devem ser substituídas por uma seleção consciente e os homens devem usar todos os conhecimentos adquiridos pelo estudo e o processo e o processo da evolução nos tempos passados, a fim de promover o progresso físico e moral no futuro”.

Francis Galton achava que os seres humanos eram criaturas surgidas diretamente da natureza, produtos que caíram da esteira rolante de uma imensa fábrica darwiniana, consequência intelectual e moral da natureza, não da formação. Ele adotou essa crença determinista e, em 1901, o primo Darwin começa uma cruzada grandiosa, um movimento que era, segundo ele, “*como uma sociedade missionária, com seus missionários, que procediam com um entusiasmo para melhorar a raça*”. O plano de Galton passou a chamar-se eugenia¹⁶⁵, termo por ele criado em 1883. As tentativas de proibição de casamentos inter-raciais, as restrições que incidiam sobre alcoólatras, epiléticos e alienados, visavam, segundo a ótica da época, um aprimoramento das populações. Galton propunha o controle das licenças de casamento. “*Proibindo uniões eugenicamente defeituosas, e promovendo a união de parceiros bem-nascidos, acreditava que o que a natureza faz de maneira cega, lenta e impiedosa, o homem deve fazer de modo previdente, rápido e bondoso*”.¹⁶⁶

Segundo Sérgio Salomão Shecaira:

Os pensamentos de Galton repercutem nos Estados Unidos mais do que em qualquer lugar do mundo. Em 1905, ambas as casas da legislatura na Pensilvânia promulgaram uma “Lei para prevenção da Imbecilidade”, vetada pelo governador Samuel Pennypacker. Em fevereiro de 1906, no entanto, o Senado de Indiana marca a história da medicina ao tornar-se a primeira jurisdição do mundo a legislar sobre a coerção de pacientes deficientes mentais, dos moradores de seus asilos de pobres, e de seus prisioneiros.¹⁶⁷

Já em 1909, três Estados americanos haviam ratificado a esterilização eugenicista iniciada em 1906. O Estado de Washington visava aos criminosos contumazes e estupradores, ordenando a esterilização como um castigo para a prevenção da procriação. A Califórnia permitia a castração ou a esterilização de presos e crianças deficientes mentais. Iowa permitia a cirurgia em criminosos, idiotas, deficientes mentais, imbecis, ébrios, drogados, epiléticos, além dos pervertidos morais e sexuais.¹⁶⁸ Estado a Estado,

¹⁶⁵SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud.* WRANGHAM, Richard & PETERSON, Dale. **O Macho Demoniaco**: As Origens da Agressividade Humana. Rio de Janeiro: Ed. Objetiva, 1998, p. 123.

¹⁶⁶SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud.* BLACK, Edwin. **A Guerra Contra os Fracos**: A Eugenia e a Campanha Norte-Americana para Criar uma Raça Superior. São Paulo: Ed. A Girafa, 2003, p. 63.

¹⁶⁷ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5.

¹⁶⁸SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud.* BLACK, Edwin. **A Guerra Contra os Fracos**: A Eugenia e a Campanha Norte-Americana para Criar uma Raça Superior. São Paulo: Ed. A Girafa, 2003, p. 134.

nascerem legislações eugenistas, estabelecendo critérios semelhantes, ainda que distintos, para as práticas racistas da eugenia.

Em 2 de maio de 1927, em julgamento na Suprema Corte americana, em decisão da lavra do juiz Oliver Wendel Homes Jr., autorizou-se a esterilização de Carrie Buck nos seguintes termos:

O julgamento acolhe os fatos que foram declarados formalmente, e que Carrie Buck é a mãe provável e potencial de descendentes inadequados, igualmente afligidos, que ela pode ser sexualmente esterilizada sem detrimento de sua saúde geral, e que seu bem-estar e o da sociedade serão promovidos por sua esterilização...É melhor para todos no mundo que, em vez de esperar para executar descendentes degenerados por crimes, ou deixar que morram de fome por causa de sua imbecilidade, a sociedade possa impedir os que são claramente incapazes de continuar a espécie. O princípio que sustenta a vacinação compulsória é amplo o bastante para cobrir as cortes das trompas de falópio. Três gerações de imbecis são suficientes¹⁶⁹.

Em 1940, não menos de 35.878 homens, mulheres e crianças, loucos, criminosos e vagabundos tinham sido esterilizados. A prática americana é copiada por vários países europeus.

Em 1928, a primeira lei suíça de esterilização foi ratificada no Cantão de Vaud. A Noruega promulgou sua lei de esterilização em 1934, só a revogando em 1977. A Suécia também promulgou sua lei autorizando cirurgias no ano de 1934.

Não é difícil concluir de onde Hitler tirou suas leis nazistas que produziram esterilizações em massa de seus opositores. A primeira lei foi decretada em 14 de julho de 1933: o Estatuto do Reich, Parte I, nº 86, a lei para a Prevenção da Progenie Defeituosa. Era uma lei de esterilização em massa e compulsória. Alcançava deficientes mentais, esquizofrênicos, epiléticos, surdos, cegos, alcoólicos, dentre outros.

Pensamentos racistas foram dominantes por um longo período também entre nós. Afrânio Peixoto, por exemplo, foi um moderado crítico de Lombroso, embora tenha adorado muitas de suas ideias. Baiano de nascimento, foi catedrático de Higiene e Medicina Legal na Faculdade de Medicina e na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, onde organizou, dirigiu e professou o primeiro curso de

¹⁶⁹SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud*. BLACK, Edwin. **A Guerra Contra os Fracos: A Eugenia e a Campanha Norte-Americana para Criar uma Raça Superior**. São Paulo: Ed. A Girafa, 2003, p. 214.

Criminologia com molde de pós-graduação(1932)¹⁷⁰. Ferri a ele se referiu, afirmando que tinha adesões pelo menos relativas ao pensamento positivista¹⁷¹. Afrânio Peixoto afirmava que os criminosos natos constituíam o tipo mais frisante, o âmago das ideias positivistas. Tal qual Garofalo, defensor das diferenças e influências das raças nas decisões que levam as pessoas aos atos criminais.¹⁷²(o que o levou a defender a pena de morte para os criminosos), Afrânio Peixoto foi defensor da eugenia.

Para prover a isso a eugenia a boa geração, a boa criação que reúne e propaga, depois de investigar para resolver os problemas biológicos da gestação, para que se produzam seres sadios e válidos, dotados de todas as qualidades requeridas a um perfeito exemplar humano. É um mundo novo, entrevisto e esperançado: Renato Kehl tem sido aqui o paladino da causa; aos seus livros documentados envio os estudiosos.¹⁷³

Será que tal prática, corriqueira no passado, entronizada no pensamento científico, foi banida do nosso cotidiano?

Sob a influência das novas técnicas da biologia molecular, eugenia é definida por Stella Maris Martinez como a *“melhoria da espécie humana, seja eliminando os caracteres genéticos indesejáveis ou incrementando na descendência o número dos componentes hereditários apreciados”*¹⁷⁴.

Segundo Willian Stansfield e Robert King, o conceito de eugenia corresponde ao

melhoramento da humanidade pela alteração de sua composição genética, estimulando a raça daqueles que supostamente possuem gens desejáveis

¹⁷⁰SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud*. LYRA, Roberto. **Direito Penal Científico (Criminologia)**. Rio de Janeiro: José Konfino Ed., 1977, p. 111.

¹⁷¹SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud*. CASTIGLIONE, Teolindo. **Lombroso Perante a Criminologia Contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 1962, p. 284.

¹⁷²SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud*. “É conhecida a maior persistência do homicídio em algumas regiões da Espanha que tem um acentuado caráter de raça, como Aragão e Andaluzia; sucede o mesmo na Sicília, em Nápoles, em Roma, na Córsega. Na Áustria observou-se que o homicídio é raro nas regiões de raça alemã e naquelas em que predominam os eslavos do Norte, sendo, pelo contrário, frequente onde predominam os eslavos meridionais. Para os outros crimes de sangue dá-se aproximadamente o mesmo, de sorte que pode afirmar-se que na Áustria a raça se manifesta como um fator de indubitável eficácia nos crimes violentos. E ainda na Alemanha as províncias em que, como na Prússia oriental e ocidental, os alemães se misturam aos eslavos e a raça germânica é menos pura, são aquelas em que os homicídios se realizam em maior número”. GAROFALO, Rafaele. **Criminologia**, p. 313.

¹⁷³SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, nº 143, outubro de 2004, p. 4-5. *apud*. PEIXOTO, Afrânio. **Criminologia**. 3ª edição. São Paulo: Cia. Editora Nacional, 1936, p.323.

¹⁷⁴MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**, São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998, p. 238.

(eugenia positiva), e desestimulando a raça daqueles que possuem supostamente gens indesejáveis (eugenia negativa).¹⁷⁵

Alberto Silva Franco acrescenta:

(...). Eugenia é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional e tal reação está vinculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional socialista.¹⁷⁶

Constata-se pela etimologia do vocábulo eugenia que a interrupção da gestação de feto portador de anomalia incompatível com a vida nada tem a ver com o significado desta terminologia.¹⁷⁷

Todavia, a ciência da eugenia é aplicada em dois ângulos diferentes, sendo um deles benéfico ao ser humano, por buscar o melhoramento da raça humana sem a necessidade de eliminação de indivíduos, e o outro maléfico, por seu caráter eliminante¹⁷⁸.

Entretanto, entendida neste último sentido, eugenia é expressão que tem forte conteúdo discriminatório cujo significado é purificação de raças¹⁷⁹.

Desse modo, a eugenia pode ser classificada como positiva ou negativa.

4.1. Eugenia positiva

A eugenia positiva pode ser aplicada sem qualquer malefício à pessoa ou à humanidade, já que a sua função é o melhoramento da espécie, sem a destruição do ser humano. Diz respeito às técnicas preventivas de melhoria do organismo humano, cujo objetivo é evitar a geração de pessoas com graves problemas de saúde, ou graves más-

¹⁷⁵TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p.44. *apud.* STANSFIELD, William D.; KING, Robert C. **A dictionary of genetics**. 5. ed. New York: Oxford University Press, 1997. p. 119. No original: “Eugenics is the improvement of humanity by altering its genetic composition by encouraging breeding of those presumed to have desirable genes (positive eugenics), and discouraging breeding of those presumed to have undesirable genes (negative eugenics)”.

¹⁷⁶FRANCO, Alberto Silva. **Aborto por indicação eugênica**. In: Estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p. 97.

¹⁷⁷TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 44.

¹⁷⁸TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. 1ª. edição, 2007, 2ª. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

¹⁷⁹CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 161.

formações¹⁸⁰. Este lado da eugenia está voltado para o controle de procriação de seres humanos enfermos, através da proibição de relações sexuais entre portadores de graves anomalias, as quais podem ser transmitidas geneticamente.

Aurélio Buarque de Holanda Ferreira define eugenia como sendo: “Ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana”.

Também é caracterizada por tratamentos curativos e experimentações puras. Mas os objetivos da eugenia positiva não devem ser observados de forma restrita. Sua busca primeira é a melhoria da raça humana através da realização de manobras antecessoras à própria concepção do ser humano, vale dizer, que antecedem à fecundação do gameta feminino¹⁸¹.

4.2. Eugenia Negativa

A eugenia negativa abrange as técnicas de exterminação de indivíduos que já foram gerados. Podem ser consideradas técnicas de eugenia negativa a eliminação de embriões pouco resistentes, a esterilização, o controle de natalidade, o aborto seletivo, a eutanásia e o próprio homicídio de pessoas enfermas ou com prerrogativas essenciais. Por estas técnicas não se procura mitigar os defeitos físicos, fisiológicos e psíquicos da pessoa, mas, principalmente, evitar o surgimento dos mesmos, eliminando os indivíduos que não sigam o padrão estabelecido.¹⁸²

Stela Maris Martinez tem um conceito mais restrito de eugenia negativa. Segundo sua definição, nessa forma de eugenia não há direta interferência da engenharia genética, de sorte que esta e a biologia molecular são empregadas apenas para nortear comportamentos, como o impedimento de uniões entre indivíduos com alto risco genético,

¹⁸⁰Diz o artigo 1.521 do atual Código Civil Brasileiro: “(...). Não podem casar: (...); IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, até o terceiro grau inclusive; (...). Sobre o dispositivo legal em estudo vide arts. 1º a 3º do Decreto-lei n. 3200, de 19 de abril de 1941, que permite o casamento de colaterais de terceiro grau.

¹⁸¹TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. 1ª. edição, 2007, 2ª. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

¹⁸²TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico** – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação. 1ª. edição, 2007, 2ª. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

o controle de natalidade e o aborto eugênico. A autora não inclui entre elas o homicídio de recém-nascidos portadores de anomalias¹⁸³.

A orientação de comportamentos pelo desenvolvimento da engenharia genética e o estudo da biologia molecular pode ser empregada tanto na eugenia positiva quanto na negativa. O que diferenciará as aplicações é exatamente o tipo de comportamento praticado com as informações obtidas. Assim como ocorre com o aconselhamento genético, se for empregado para medidas preventivas, pode ser identificado como positivo, mas se for empregado para fins de eliminação de indivíduos, e, como já foi mencionado, incluem-se entre os indivíduos, o embrião e o feto, pode ser identificado como negativo¹⁸⁴.

Abre-se, assim, um péssimo precedente com relação à escolha dos indivíduos que poderão compor a sociedade, pois as novas técnicas de diagnósticos precoces de inúmeras patologias podem interferir no nascimento de pessoas portadoras de genes geradores de doenças que só se manifestam em idade avançada, como, por exemplo, o mal de Alzheimer e o mal de Parkinson¹⁸⁵.

Diante desta breve introdução sobre eugenia, gostaríamos nesta etapa da pesquisa de retornar ao objeto de nosso estudo o aborto eugênico e o princípio da dignidade humana.

4.3. Aborto eugênico

O denominado aborto eugênico é aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável. Ele não é permitido pela nossa legislação e, por isso, integra a figura do crime de aborto, uma vez que, mesmo que o ser já concebido,

¹⁸³MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**, São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998, p. 253.

¹⁸⁴TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. 1ª. edição, 2007, 2ª. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2010. p. 191.

¹⁸⁵TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. 1ª. edição, 2007, 2ª. reimpressão, Curitiba: Juruá, 2010. p. 190.

não tenha forma perfeita, existe vida intrauterina, remanescendo o bem jurídico a ser tutelado penalmente¹⁸⁶.

O termo “aborto eugênico” foi criado durante a Primeira Grande Guerra. Por ele autorizou-se às mulheres que engravidaram em virtude de estupro cometido por soldados de outros países. Sua finalidade, portanto, era a de preservar a nação de eventuais doenças transmissíveis hereditariamente por aqueles invasores.¹⁸⁷

De acordo com a lição de Magalhães Noronha, ocorre o aborto eugênico:

quando há sério e grave perigo para o filho seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doenças da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas durante esse período, tudo podendo acarretar para aquela, enfermidades psíquicas, corporais, deformidades, etc.¹⁸⁸

Destarte, a palavra eugenia e qualquer expressão a ela relacionada, carregam um forte sentimento de reprovação moral, que nos remete, principalmente, às práticas nazistas do século XX.¹⁸⁹

Não é a toa que Antônio Chaves, afirmava que:

o conceito de aborto eugênico foi totalmente desvirtuado e desmoralizado pelos nazistas ao pretenderem usá-lo sob alegação de ‘higiene racial’, a fim de manter imaculada a ‘raça ariana’¹⁹⁰.

A vida intrauterina perfeita ou não, saudável ou não, há de ser tutelada, não só por força do Direito Penal, mas por imposição direta da Carta Magna, que consagrou a vida como direito individual inalienável. No entanto, mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, fora do útero materno, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, deve ser autorizada a sua prática. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa pessoa (Código Penal, artigo 128, incisos, I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da

¹⁸⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 161.

¹⁸⁷ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 43.

¹⁸⁸ NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991. V. 2, p. 62.

¹⁸⁹ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 44.

¹⁹⁰ CHAVES, Antonio. **Direito a vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 32.

dignidade da pessoa humana. (...). Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. (...). Contudo, considerando que a gestação da paciente se encontra em estágio avançado, tendo atingido o termo final para a realização do parto, deve ser reconhecida a perda de objeto da presente impetração. (...). Ordem prejudicada¹⁹¹

A partir daí, entendemos que na hipótese de abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, por exemplo, não há crime, ante a inexistência de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral. Observamos, inclusive que a Lei nº 9.434, de 4-2-97, em seu artigo 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, **sem atividade encefálica, não há vida**, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intrauterina. Fato atípico, portanto.¹⁹².

É justamente neste aspecto que se desenvolve uma discussão acerca do direito à vida, a questão do aborto e a colisão de direitos fundamentais. Por isso, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS - ajuizou uma ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF -, na qual pretendeu obter posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o aborto de feto anencéfalo.¹⁹³

Tendo em vista a relevância do pedido e para evitar o desencontro de determinações jurisdicionais, o Ministro relator Marco Aurélio de Melo concedeu medida liminar mediante a qual determinou o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado relativas a crimes de aborto de feto anencefálico. Reconheceu, o direito constitucional da gestante de submeter-se à antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico que ateste a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. Afirma o Ministro Marco Aurélio de Melo:

Trata-se de situação concreta que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade, a autonomia da vontade. (...) manter-se a gestação

¹⁹¹ Superior Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 5ª Turma, HC 56.572/SP, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 25-4-2006, DJ, 15-5-2006, p. 273.

¹⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, ed., 11ª, 2011. p. 162.

¹⁹³ Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF, Relator Ministro Marco Aurélio de Melo. 10-7-2004. Disponível em www.infojus.gov.br, acesso em 5-7-2010.

resulta em impor à mulher danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina¹⁹⁴.

Sucedeu que o Supremo Tribunal Federal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, mas revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que se reconhecia o direito constitucional da mulher de se submeter à antecipação terapêutica do parto no caso da gestação de fetos anencefálicos.

Tal discussão jurisdicional ocasionou posteriormente reflexos no sistema nacional de saúde, que reconheceu expressamente o direito da gestante esclarecida e informada, à opção de manter ou interromper a gravidez por meio da antecipação terapêutica do parto, em caso de gravidez de fetos anencefálicos.¹⁹⁵

Discorreremos acerca deste assunto com maior profundidade mais adiante, oportunidade em que falaremos sobre a necessária distinção entre o “crime de aborto” previsto no Código Penal Brasileiro e “antecipação terapêutica do parto” trazida a lume pela Ciência Médica.¹⁹⁶

É importante esclarecer que a eugenia engloba todas as espécies de malformações embrionárias. Sendo assim, como já se pode perceber, nosso posicionamento é, em regra, contrário ao que se denomina de “aborto eugênico” em virtude do reconhecimento do direito à tutela da vida daquele ser humano em formação, aos moldes do que estabelece o legislador constitucional e infraconstitucional.

Entretanto, entendemos que a questão do anencéfalo, trata-se de situação excepcional, que demanda reflexão, hipótese em que se admite a relativização da vida intrauterina, em virtude da inexistência de atividade cerebral. Pois, neste caso, a vida daquele ser “sem cérebro”, parece-nos precária, haja vista que tal patologia é irreversível e não há nenhuma possibilidade de vida extrauterina.

Por uma questão de lógica jurídica, não faz sentido defender de forma absoluta o direito de nascer, sem que haja a mínima possibilidade de existir.

¹⁹⁴Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF, Relator Ministro Marco Aurélio. 10-7-2004. Disponível em www.infojus.gov.br, acesso em 5-7-2010.

¹⁹⁵ Acerca de tais afirmativas vide RESOLUÇÃO 348, de 10 de março de 2005 do Conselho Nacional de Saúde (CNS).

¹⁹⁶Vide Capítulo III, item 3 desta dissertação denominado “**Aborto do Anencéfalo ou antecipação terapêutica do parto: violação do direito à vida ?**.”

Logo, defendemos que a questão do anencéfalo se revela como uma exceção, sendo possível, somente neste caso, a denominada antecipação terapêutica do parto, com a finalidade de assegurar os direitos fundamentais da gestante que terá assegurada sua liberdade de escolha, diante da gestação de um anencéfalo.

CAPÍTULO III

III. DIREITO À VIDA E O ABORTO EUGÊNICO

O nascituro é titular de direitos desde a concepção, segundo o ordenamento jurídico brasileiro, como se depreende dos vários dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que cuidam do assunto, e já exposto nos Capítulos anteriores. Defende-se, por isso, no que se refere à aquisição da personalidade pelo nascituro, a adoção da teoria concepcionista.

Evidentemente, devemos reconhecer a existência de uma hierarquia entre as normas jurídicas¹⁹⁷. Sendo assim, ao tratar do tema em estudo, ou seja, o direito à vida e a questão do aborto eugênico, estamos diante de uma matéria com *status* Constitucional, haja vista que ao tratar de tal direito nos referimos a um direito individual essencial, o qual, por sua vez, compõe o universo dos direitos fundamentais da pessoa humana. Destarte, o sistema jurídico-normativo deve ser visualizado como um todo, uma vez que tais direitos estão delineados também em normas infraconstitucionais.

O direito à vida trata-se inquestionavelmente de um direito fundamental, reconhecido constitucionalmente e, nesta condição, se relaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto, tal reconhecimento não significa que o direito à vida não comporta exceções, diante de situações previstas pelo próprio legislador infraconstitucional. Exemplo de tais afirmativas são as exceções legais previstas na própria lei penal as quais possibilitam o aborto para salvar a vida da gestante e também diante da gravidez proveniente de estupro. Todavia, a existência de tais situações consideradas excepcionais não significa que o direito à vida deixa de ter seu valor consagrado pela Lei Maior. Aliás, parece-nos correto afirmar que “toda vez que tratamos de direitos fundamentais da pessoa humana, como é o caso do direito à vida, estamos em conformidade com as diretrizes estabelecidas pelo legislador Constitucional”.

Maria Helena Diniz, ao se manifestar acerca dos direitos do embrião e do nascituro, assim discorreu:

O embrião, ou nascituro, tem resguardados, normativamente, desde a concepção, os seus direitos, porque a partir dela passa a ter existência e vida orgânica e biológica própria, independente da de sua mãe. Se as normas o protegem é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, ou mesmo *in vitro*, tem personalidade jurídica formal, relativamente aos direitos da personalidade, consagrados constitucionalmente, adquirindo personalidade jurídica material apenas se nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais e dos obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, (...) ¹⁹⁸

¹⁹⁷Sobre o tema vide artigo 59 da Constituição Federal de 1988, o qual estabelece a ordem cronológica das leis.

¹⁹⁸ DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 127.

Afirmar que existem direitos fundamentais do homem e que um destes é o direito à vida, permite-nos estabelecer uma evidente relação entre o tema que nos ocupa e a necessária tutela ao ser humano¹⁹⁹.

1. Direito à vida e sua interrupção: aborto eugênico

Dentre os direitos fundamentais do nascituro está o mais fundamental de todos; como é sabido, isto é, o direito à vida²⁰⁰. A Constituição tutela a vida humana em sua forma mais ampla e plena, como abordado no decorrer deste trabalho²⁰¹. Por isso, o ordenamento jurídico protege não somente os direitos do nascituro, independentemente de ele apresentar qualquer tipo de deficiência, como também estabelece várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência²⁰².

Quanto ao conceito anencefálico, as ciências médicas já comprovaram que há vida humana²⁰³.

¹⁹⁹CHAZAL, Ricardo Bach de. **El aborto em el derecho positivo Argentino**. Análisis del Código Penal Argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales com jerarquia constitucional. Buenos Ayres: El Derecho, 2009, p. 22. “Afirmar que existen derechos fundamentales del hombre y que uno de éstos es el derecho a la vida, y aun ensayar una formulación que lo comprenda y explicita, no nos permite establecer – de suyo – una evidente relación entre ello y el tema que nos ocupa em el presente trabajo, em el que se sostiene que toda forma de aborto voluntario es um criminal atentado contra esse derecho fundamental.”

²⁰⁰SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª. Edição. Malheiros: São Paulo, 2009, p. 97. Como define o autor, “é o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável”.

²⁰¹VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 63. O princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição está associado: “[...]a um grande conjunto de condições ligadas à existência humana, a começar pela própria vida, passando pela integridade física e psíquica, integridade moral, liberdade, condições materiais de bem estar etc. Nesse sentido, a realização da dignidade humana está vinculada à realização de outros direitos fundamentais – estes, sim expressamente consagrados pela Constituição de 1988”.

²⁰²A proteção especial aos portadores de deficiência fundamenta-se no princípio da igualdade, também previsto em vários dispositivos da Constituição. O artigo 3º da Lei Maior preceitua, dentre os objetivos da República Federativa do Brasil, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. O *caput* do artigo 5º, por seu turno preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos os seres humanos o direito à vida e o direito à igualdade.

²⁰³TEIXEIRA, Alice Ferreira. Em entrevista acerca do direito à vida nos esclarece: “Cientista que diz não saber quando inicia a vida humana está mentindo. Qualquer texto de embriologia clínica (ou humana) afirma que se inicia na concepção. Em 1827, com o aumento da sensibilidade do microscópio, permitindo visualizar o óvulo e os espermatozoides, Karl Ernest Von Baer descreveu a fecundação e o desenvolvimento embrionário. Os médicos europeus, frente tais evidências, passaram a defender o ser humano desde a concepção, contra o aborto. Em 1869 a Inglaterra foi o primeiro país a tornar o aborto ilegal. O Papa Pio IX, também em 1869 aceitou (que) o fato de que a vida humana se inicia com a concepção. É um fato científico e não um dogma da Igreja Católica ou de qualquer religião. Para não dizer que está ultrapassado os embriologistas, em 2005, afirmar não só que a origem do ser humano se dá na fecundação como, do ponto de vista molecular, a primeira divisão define o nosso destino”. (vide Cap. I, item 3.1, p. 23, desta pesquisa).

Todavia, a gestação de anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito. Diante dessa realidade duas situações podem ocorrer. Na primeira, a mulher, consciente da malformação fetal letal, deseja prosseguir com a gestação. Não há dúvida que ela deveria receber todo o atendimento médico hospitalar necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o nascituro deveria ter todo o cuidado médico necessário em decorrência de sua condição especial.

Caso ele nasça vivo, receberá todo o suporte médico-hospitalar indispensável para viver o pouco que lhe resta, uma vez que, como todo ser humano, adquiriu personalidade jurídica, conforme o artigo 2º do Código Civil, já mencionado, e é titular do atributo da dignidade. Independentemente do quanto e em quais condições ele vive. Trata-se de qualidade intrínseca de todo ser humano²⁰⁴. Quando o anencéfalo nasce com vida, ele tem o direito de ser tratado como paciente pelos médicos e profissionais da saúde. Ele é titular de todos os direitos da criança, por força da Constituição e do Estatuto da Criança e do Adolescente, lei 8.069 de 1990, bem como da Declaração dos Direitos da Criança²⁰⁵. No nosso entender, ele tem dignidade como todo ser humano, no entanto, não tem vida digna, conforme estabelece a Constituição Federal, artigo 6º, *caput*, em razão da precariedade de sua existência.

Quanto às possibilidades de vida viável do anencéfalo, não há nas ciências médicas até a presente data nenhum procedimento ou tratamento que possa reverter sua situação. Ele está fadado a uma vida vegetativa por breve período de tempo, salvo raríssimas exceções, até a sua morte. Podemos citar a título de exemplo, no campo da *exceção* o “Caso Marcela”. Trata-se da menina Marcela de Jesus Ferreira, que foi diagnosticada equivocadamente como anencéfala e viveu 1 ano e 8 meses²⁰⁶; como se esperava, tal

²⁰⁴ Sobre dignidade da pessoa humana, vide p. 15 deste trabalho de pesquisa.

²⁰⁵ Sobre o tema vide Declaração dos Direitos das Crianças da Organização das Nações Unidas, de 20 de novembro de 1959. “Princípio 5º - À criança incapacitada física, mental ou socialmente serão proporcionados o tratamento, a educação e os cuidados especiais exigidos pela sua condição peculiar”.

²⁰⁶ Paulo Fernando da Costa, vice-presidente da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, entidade católica das mais fervorosas no combate à ação da CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde), contesta. “Não podemos condenar uma pessoa à morte. Se essa proposta for aprovada, será aberta uma janela para a legalização completa do aborto”, afirma. “Existem projetos sobre o tema tramitando no Congresso Nacional desde 1991. O que esses grupos feministas não conseguem no Legislativo, tentam via Judiciário”. Costa conta que a Associação fez um filme sobre Marcela de Jesus – uma menina do interior paulista, que morreu em agosto de 2008, com 1 ano e 8 meses – e está entregando aos ministros do Supremo Tribunal Federal cópias do DVD. A história de Marcela se tornou uma das principais bandeiras de grupos religiosos na cruzada antiaborto. “É uma bandeira desumana. A Igreja Católica explora esse caso para mistificar uma tragédia. Marcela não era anencéfala. Tinha merocrania”, garante o geneticista Thomaz Gollop, professor da Universidade de São Paulo e coordenador do Grupo de Estudos sobre o Aborto. O médico explica que o que distingue esse quadro da anencefalia é a presença de um cérebro muito rudimentar – um pouco mais de massa encefálica, coberta por uma membrana. Isso faz com que o

situação, inspirou argumentos contrários à antecipação terapêutica do parto em casos como esse. Mas também foi usado como argumento a favor da liberdade de decisão da mãe.²⁰⁷

Segundo explicitado no decorrer desta pesquisa, o anencéfalo carece praticamente do sistema nervoso central. Preserva, todavia, o tronco encefálico ou parte dele, o que lhe possibilita manter as funções vitais, no ventre materno, tais como o sistema respiratório e o cardíaco. É também capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar os movimentos de sugação e deglutição²⁰⁸. Entretanto, são reações exclusivamente reflexas e, assim, típicas do estado vegetativo.

O anencéfalo é uma criatura humana, uma vez que se origina de uma concepção humana. No entanto, sua vida é não só efêmera, como precária, porquanto ele não apresenta nem poderá apresentar qualquer grau de consciência da sua existência e da relação com o mundo e com os outros, uma vez que não tem estrutura cerebral que lhe dê competência para alcançar essa condição de desenvolvimento humano.

Ele não tem as condições estruturais essenciais para atualizar o processo de aquisição de consciência. Em consequência, não tem e nunca terá as capacidades de percepção, de cognição, de afetividade, de comunicação e de emotividade. Em outras palavras, o anencéfalo, embora seja um ser humano com vida intrauterina, não possui competência biológica para adquirir consciência de si e do mundo e para se relacionar. No entanto, quando a mulher deseja prosseguir com a gestação, e o anencéfalo vem à luz, ele é titular dos direitos compatíveis com sua condição humana.

2. O Ventre Materno o Leito da Morte: o direito à liberdade da mulher

O nosso ordenamento jurídico se reveste de uma indisfarçável omissão legislativa no que diz respeito a questão do feto anencefálico.

Não há até o presente momento legislação que trate da legalização acerca do tema objeto de nosso estudo, tal omissão legislativa, ocasiona um clima de insegurança jurídica,

indivíduo sobreviva um pouco mais. Mas não faz com que tenha cérebro nem que interaja. “Quando a anencefalia é diagnosticada, não estamos discutindo a vida, mas a morte certa”, diz Gollop. “Tenho esperança de que, assim como em decisões recentes, o Supremo respeite a laicidade do Estado”. Disponível em <http://www.istoe.com.br>, acesso em 08/10/11.

²⁰⁷ Disponível em <http://noticias.uol.com.br>, acesso em 04/10/2011.

²⁰⁸ MINAHIM, Maria Auxiliadora. A preservação da Vida em Face da Biotecnologia: Inserção de Novas Antinomias do Direito Penal. *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penal*. ci. t, p. 119.

uma vez que possibilita diferentes interpretações acerca do mesmo assunto, ou seja, a questão do anencéfalo.

Sendo assim, não nos parece coerente incorrer no equívoco de confundir a situação específica do anencéfalo, com a da defesa do direito ao aborto, pois, certamente, são situações distintas.

A antropóloga Debora Diniz, realizou um estudo em Recife, denominado “Morte Severina”. Nele ela narra a história de uma mulher chamada Severina que teve a vida alterada pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal. Ela foi internada, grávida de feto anencéfalo, em 20 de outubro de 2004, num hospital do Recife. No dia seguinte, começaria o processo de interrupção da gestação. Nesta mesma data, os Ministros derrubaram a liminar que permitia que mulheres como Severina antecipassem o parto quando a situação do bebê fosse incompatível com a vida. Severina, mulher pobre do interior de Pernambuco, deixou o hospital com sua barriga e sua tragédia. E a partir daí começou uma peregrinação por um Brasil que “era feito terra estrangeira – o da Justiça para os analfabetos”²⁰⁹. Neste mundo de papéis indecifráveis, Severina e seu marido Rosivaldo, lavradores de brócolis em terra emprestada, passaram três meses de idas, vindas e desentendidos até conseguirem nova autorização judicial. Não era o fim daquele suplício em busca do alvará judicial para o abortamento do anencéfalo. Severina precisou enfrentar então outra realidade, não menos inóspita: a realidade da Medicina para os pobres. Quando finalmente Severina venceu, obtendo, destarte, a autorização judicial para a antecipação terapêutica do parto, deparou com um novo obstáculo. O responsável pela equipe médica estava sozinho diante daquela situação, visto que “os anestesistas não concordavam com aquele procedimento abortivo, portanto, se negaram a atender a paciente Severina”, diante deste cenário, vieram as dores de um parto induzido e sem sentido. E o trauma do reconhecimento de um filho que era dela, mas que já vinha morto. A história desta mãe Severina termina não com o berço, mas em um minúsculo caixão branco²¹⁰.

Somos favoráveis à vida, entretanto, devemos ter cautela, não podemos jamais fechar os olhos diante de situações como a reproduzida acima, portanto, devemos ter em mente que o tema conhecido vulgarmente como “aborto do anencéfalo”, deve ser visto como exceção do direito à vida, a qual carece de reconhecimento expresso pelo ordenamento jurídico, haja vista que neste caso, há colisão de direitos fundamentais, entre

²⁰⁹Disponível em www.anis.org.br; acerca do tema vide “Uma História Severina”, de Debora Diniz e Eliane Brum, documentário com duração de 23 minutos. Acesso em 10/10/2011.

²¹⁰Acerca do tema vide “Uma História Severina”, de Debora Diniz e Eliane Brum, documentário com duração de 23 minutos; disponível em www.anis.org.br. Acesso em 10/10/2011.

o direito da mãe gestante do anencéfalo e o feto acometido desta patologia incurável. Diante deste cenário, nos parece mais adequado prevalecer o direito da mulher no que diz respeito à escolha entre permanecer ou interromper seu estado de gravidez.

3. Aborto do anencéfalo ou antecipação terapêutica do parto: violação do direito à vida?

A questão específica do anencéfalo não nos parece necessariamente uma violação do direito à vida²¹¹, sendo oportuno ressaltar que a anencefalia é definida na literatura médica como a malformação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico²¹². Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.²¹³ Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.²¹⁴ Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica.

Segundo Luis Roberto Barroso:

Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e

²¹¹ “Obrigado uma mulher a passar meses, entre o diagnóstico e o parto, dormindo e acordando sabendo que não terá aquele filho, é impor a ela um imenso sofrimento inútil. Isso viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, afirma o advogado Luís Roberto Barroso, da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. “É uma situação equiparável à tortura. Interromper ou não a gestação deve ser uma opção da mulher e de seu médico. O Estado, o Judiciário ou quem quer que seja não têm o direito de interferir nessa decisão”. Barroso fundamenta a ação em mais dois pilares. Primeiro alega que a interrupção da gestação de um anencéfalo, tecnicamente, não pode ser considerada aborto porque o feto não é uma vida em potencial. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), o que define a morte é a falta de atividade cerebral e, como o anencéfalo não tem cérebro, ele seria um natimorto. Disponível em www.istoe.com.br, acesso em 10/10/2011.

²¹² Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Luis.htm, p. 2., acesso em 12/11/2011.

²¹³ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Luis.htm, p. 2., acesso em 12/11/2011.

²¹⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Luis.htm, p. 2., acesso em 12/11/2011.

eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.²¹⁵

A argumentação acima mencionada foi desenvolvida pelo autor na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de número 54/2004, a qual versa sobre anencefalia, inviabilidade do feto e antecipação terapêutica do parto. Ela foi proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CTNS) ao Supremo Tribunal Federal (STF) e remete-nos ao raciocínio que exporemos a seguir.

Devemos estabelecer uma distinção entre o crime de aborto previsto na legislação penal brasileira e o que se denomina “antecipação terapêutica do parto”, pois, nos parece que aqui estamos diante de situações distintas.

No aborto criminoso temos uma objetividade jurídica que é a proteção da vida intrauterina. Logo, o direito penal tem por escopo proteger a vida do feto.

Celso Delmanto estabelece a seguinte noção de aborto: “(...) é a interrupção do processo da gravidez, com a morte do feto”²¹⁶. Destarte, parece-nos evidente que o objeto jurídico no caso em estudo é a preservação da vida humana intrauterina. Todavia, no caso específico do feto anencéfalo, o qual é destinatário da intervenção médica denominada “antecipação terapêutica do parto”, reconhecemos que o nosso “vigente” Código Penal, que é um Decreto-Lei de 7 de dezembro de 1940, não acompanhou o avanço significativo na ciência médica. Tal evolução possibilita um diagnóstico médico preciso, atestando a inviabilidade da vida após o período normal de gestação²¹⁷. Tal descoberta ocasionou reflexos em todo o sistema jurídico positivado, sobretudo na legislação especial acerca do assunto objeto deste estudo.

Sobre a lei de transplantes de órgãos e tecidos do corpo humano, que permite a retirada do material humano após a constatação da “morte cerebral”, Fernando Capez, leciona:

A Lei n. 9.434, de 4-1-97, em seu art. 3º, permite a retirada *post mortem* de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso significa que, sem atividade encefálica, não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto.²¹⁸

²¹⁵ BARROSO, Luis Roberto. Disponível em www.planalto.gov.br, acesso em 12/11/2011.

²¹⁶ DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 268.

²¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

²¹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Especial. Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 162.

Neste sentido, parece-nos dotado de maior razoabilidade o entendimento de que no caso específico do anencéfalo, em virtude de sua situação excepcional, não existe crime, ante a inexistência de bem jurídico a ser tutelado (não há vida), o que impossibilita a consumação do crime²¹⁹. Logo, estamos diante de um ser humano “potencialmente desprovido de vida viável”, fato este que parece ser compatível com a intervenção cirúrgica denominada “antecipação terapêutica do parto”, situação resolvida no âmbito da medicina e não no direito penal.

Inclusive o Conselho Nacional de Saúde se manifestou acerca deste assunto, por intermédio de uma Resolução, que por uma questão didática, tendo-se em vista sua relevância para compreensão do tema em estudo, reproduzimos na íntegra. Dispõe a Resolução nº 348/05, o que segue:

Dá a gestante a opção de manter ou interromper a gravidez por meio de antecipação terapêutica do parto, em casos de gravidez de fetos anencefálicos.

CONSELHO NACIONAL DE SAÚDE RESOLUÇÃO CNS Nº 348, DE 10 DE MARÇO DE 2005

O plenário do Conselho Nacional de Saúde, em sua Centésima Quinquagésima Segunda Reunião Ordinária, realizada nos dias 8, 9 e 10 de março de 2005, no uso de suas competências regimentais e atribuições conferidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, e pela Lei 8.142, de 28 de dezembro de 1990, e

Considerando que a anencefalia é uma má-formação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, pela ausência de hemisférios cerebrais, pela falta de hipotálamo, pelo desenvolvimento incompleto do córtex cerebral, defeito este, proveniente de falha de fechamento do tubo neural superior e pela exposição da massa encefálica restante. A anencefalia ocorre durante a formação embrionária, acarretando total incompatibilidade com a vida extra-uterina;

Considerando que a anencefalia provoca ao longo da gestação riscos à gestante caracterizados por diabetes, doença hipertensiva da gestação, aumento do líquido amniótico (hidrânio) e aumento de risco de embolia. E ainda, devido à falta de ossos cranianos, a dilatação de cérvix uterina é prejudicada, tornando o parto difícil e com complicações. A grande incidência de apresentações fetais anômalas pode acarretar rotura uterina, hemorragias no pós-parto, atonia uterina, dentre outros riscos, além de causar transtornos de natureza psíquica à gestante e seus familiares;

²¹⁹Segundo o artigo 17 do vigente Código Penal Brasileiro, que versa sobre Crime Impossível, temos que: “ Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por **impropriedade do objeto**, é impossível consumir-se o crime.” (grifamos).

Considerando que entre os fetos com anencefalia, há maior incidência de outras más-formações associadas e há maior incidência de infecções oportunistas que criam obstáculos para o transplante de órgãos;

Considerando a ação de autoria da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, ajuizada ao Supremo Tribunal Federal, sob o nº 54, de 17 de junho de 2004, que requer o direito de opção à antecipação terapêutica do parto às gestantes vítimas de fetos anencefálicos;

Considerando que o Código Penal Brasileiro vigente, não trata da possibilidade da antecipação do parto em casos de anencefalia;

Considerando que a Constituição Federal, em seu artigo 196, assegura que “a saúde é um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas públicas sociais e econômicas que visem à redução de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, e, neste caso, garantir à mulher gestante o direito de opção de continuar ou interromper a gestação e, em caso de gravidez de feto anencefálico, a antecipação terapêutica do parto é um procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante, além de assegurar a dignidade e os direitos humanos das mulheres;

Considerando que a anencefalia tem entre suas causas prováveis a deficiência de ácido fólico, entre outros fatores, **resolve:**

1. Manifestar-se pelo direito à gestante, esclarecida e informada, à opção de manter ou interromper a gravidez por meio da antecipação terapêutica do parto, em caso de gravidez de fetos anencefálicos;
2. Reafirmar que o Supremo Tribunal Federal é a instância com legitimidade democrática para se pronunciar sobre o assunto;
3. Atribuir ao Ministério da Saúde a responsabilidade de promoção de ações que visem à prevenção da anencefalia, disponibilizando o ácido fólico na rede básica de saúde para acesso de todas as mulheres no período pré-gestacional e gestacional, além de garantir a inclusão de ácido fólico nos insumos alimentícios;
4. Propor que o Ministério da Saúde assegure serviços de saúde qualificados para garantir o acesso às gestantes que desejarem manter ou interromper a gravidez, inclusive proporcionando à mulher e seus familiares assistência terapêutica aos transtornos psíquicos decorrentes da gravidez de fetos anencefálicos.

HUMBERTO COSTA

Presidente do Conselho²²⁰

²²⁰A Resolução CNS 348, de 10 de março de 2005, nos termos do Decreto de Delegação de Competência de 12 de novembro de 1991; foi homologada por Humberto Costa, Ministro de Estado da Saúde e devidamente publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal em 10 de fevereiro de 2006. Seção 1, p. 64. Disponível em www.cremesp.com.br. Acesso em 31/12/2011.

Trata-se de ato administrativo normativo, proveniente do Conselho Nacional de Saúde, reconhecido e homologado pelo Ministro de Estado da Saúde, devidamente publicado no Diário Oficial da União²²¹, o qual se manifestou oficialmente, utilizando como base para sua inteligência a própria decisão do Supremo Tribunal Federal, neste sentido. Logo, cumpre esclarecer que nesta etapa de nossa pesquisa, não temos a finalidade de discutir a competência do referido órgão para a edição da Resolução em estudo; o que se almeja é o reconhecimento de uma linha de raciocínio voltada para o reconhecimento da situação excepcional do anencéfalo.

Segundo esta linha de raciocínio, verifica-se total incompatibilidade com a vida extrauterina no caso do feto anencéfalo, uma vez que não há atividade cerebral. Portanto, estamos diante de uma exceção à regra que disciplina o direito constitucional à vida, o que por si só, tornaria o crime impossível, sob a ótica do direito penal, em face da impropriedade absoluta do objeto a ser tutelado, aos moldes do que estabelece o artigo 17 do vigente Código Penal Brasileiro²²².

Embora o entendimento que encontra maior amparo na doutrina e na jurisprudência corresponda ao de que se trata de conduta penalmente justificada, seja pela aplicação analógica das excludentes de ilicitude do delito de aborto, ou por restar configurada situação de estado de necessidade, a doutrina mais atual defende a tese segundo a qual a conduta seria atípica por não ofender o bem jurídico-penal tutelado no delito de aborto²²³.

De acordo com Paulo Vinícius S. Souza:

a interpretação dos tipos penais 'conforme o bem-jurídico protegido' considera-se indiscutível para aferir-se o conceito de crime ou injusto na sua acepção material, pois o bem jurídico, como núcleo, está na base de cada tipo penal.²²⁴

Por conseguinte, tem-se que a vida humana é tutelada em graus diferenciados pelo legislador penal. A norma legal que proíbe o aborto visa resguardar o nascituro de

²²¹ A Resolução CNS 348, de 10 de março de 2005, nos termos do Decreto de Delegação de Competência de 12 de novembro de 1991; foi homologada por Humberto Costa, Ministro de Estado da Saúde e devidamente publicada no Diário Oficial da União; Poder Executivo, Brasília, Distrito Federal em 10 de fevereiro de 2006. Seção 1, p. 64. Disponível em www.cremesp.com.br. Acesso em 31/12/2011.

²²² Segundo o artigo 17 do vigente Código Penal Brasileiro, que versa sobre Crime Impossível, temos que: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por **impropriedade do objeto**, é impossível consumar-se o crime." (grifamos).

²²³ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 85.

²²⁴ SOUZA, Paulo Vinícius S. **Bem jurídico-penal e Engenharia Genética**: contributo para a compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 34.

eventuais agressões por parte da mãe ou terceiros, a fim de que estes não pudessem dele dispor, possibilitando, desta forma, condições para uma vida autônoma após o seu nascimento. Entretanto, em se tratando de feto inviável, após o termo da gestação, não haverá vida a ser tutelada pelo legislador penal. O óbito do feto será um fato natural e inevitável, cuja causa será a anomalia que padece e não o procedimento de expulsão prematura a que será submetido, em nome da higidez física e mental da gestante. Logo, o aborto por anomalia incompatível com a vida somente antecipa um fato natural e certo, qual seja, o óbito do feto logo após seu nascimento²²⁵.

Seguindo essa premissa, Adel El Tasse afirma que:

Todo fundamento de existência, validade e finalidade do tipo penal está associado ao bem jurídico tutelado e que, portanto, a inexistência de, no mínimo, risco de lesão a este faz com que se esteja diante da hipótese de atipicidade. (...) Com isso, qual a tutela exercitada pelo Direito Penal se o aborto protege a vida e na anencefalia não há vida a proteger? A verdade é que não se tutela nada. Não existe bem jurídico protegido quando se impede a realização do aborto a partir das constatações de que o feto padece da anomalia da anencefalia.²²⁶

No mesmo diapasão, Diaulas Ribeiro entende que a interrupção da gravidez nas hipóteses em que o feto é portador de anomalia fetal incompatível com a vida não caracterizaria o crime de aborto, por se tratar de um procedimento de aceleração de parto, ou melhor, de antecipação terapêutica do termo da gestação.²²⁷

Segundo o autor:

Não bastasse, há uma confusão ente a interrupção da gravidez com o malfalado aborto. A interrupção da gravidez de feto inviável constitui aceleração de parto de feto inviável, ou aceleração de parto, como denomina o Código Penal. O aborto tem como pressuposto fático a interrupção da gravidez de um feto viável. Nos casos de anencéfalos,acrânicos, hidroanencéfalos e semelhantes a discussão do conceito de vida é ainda mais específica. Atualmente, o conceito de morte encefálica já está definido clinica e tecnicamente como diagnóstico de morte, de forma a não se poder atribuir o conceito de vida a quem não tem e não terá encéfalo. A mãe, nestes casos, é o suporte artificial que mantém algumas atividades fisiológicas de um feto com diagnóstico de morte.²²⁸

²²⁵ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008. p. 86.

²²⁶ TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, 2004(ago/set), vol.27, p. 28.

²²⁷ RIBEIRO, Diaulas C. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 111.

²²⁸ RIBEIRO, Diaulas C. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 111.

Em outro ensaio, referido penalista acrescenta que a proteção civilista destinada ao embrião constitui-se numa “mera antecipação de eficácia de interesses basicamente patrimoniais, não vincula qualquer solução de Direito Penal, que é autônomo e não se vincula a conceitos de direito privado”. Ainda, a breve “referência ao nascituro feita pelo Código Civil não tem repercussão no Direito Penal, onde a vida intrauterina tem proteção jurídica virtual, ou seja, o Direito Penal, ao punir o aborto, está, efetivamente, punindo a frustração de uma expectativa, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa”. De forma que conclui ser o crime de aborto dirigido à uma futura pessoa (considerando que o *status* de pessoal não é atribuído nem civilmente ao feto), visto que “só a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa tipificará o crime de aborto”.

Este entendimento já foi sinalizado pelo Ministro Joaquim Barbosa no julgamento do Habeas Corpus 84.025/RJ, no qual consignou em seu voto que *o feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou a sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser amparado pelo art. 124 do Código Penal.*

Por conseguinte, trata-se de conduta lícita, uma vez que, para haver a incidência da norma incriminadora, imprescindível é possuir o feto expectativa de vida após o nascimento. Evidencia-se, assim, que a interrupção seletiva da gestação em nada se assemelha ao aborto, uma vez que o pressuposto deste é que haja vida fetal, ao passo que na interrupção seletiva da gravidez ocorre a antecipação do parto de um feto que não terá possibilidade de vida extrauterina.²²⁹

Sob outro enfoque, mas defendendo também a atipicidade da conduta, Luis Flávio Gomes encontra na Teoria da Imputação Objetiva o fundamento para embasar sua tese. Para o penalista,

no caso do aborto, não basta (para tipicidade penal) constatar a causação de um fato abortivo(a parte objetiva) ou mesmo a sua causação dolosa(objetivo mais subjetivo). Mais que isso: fundamental agora é perguntar se a conduta abortiva foi praticada num contexto de risco permitido ou proibido. O risco gerado é ou não desaprovado juridicamente? No aborto anencefálico parece não haver dúvida que o risco criado (para o bem jurídico vida do feto) não é desaprovado juridicamente. Todas as normas e princípios constitucionais invocados na ação de descumprimento de preceito fundamental conduzem à conclusão

²²⁹ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, ed. 2ª., 2008. p. 87.

de que não se trata de uma morte desarrazoada. (...) Causar não é a mesma coisa que imputar. Por isso o art. 13 do nosso Código Penal diz: 'o resultado, de que depende a existência do crime, só é imputável a quem lhe deu causa'. O causar está no mundo fático (mundo da causalidade). A imputação pertence ao mundo axiológico (ou valorativo). O causar é objetivo. A imputação é normativa (depende de juízo de valor do juiz). O causar é formal. A imputação é material. (...)

Aquilo que se causa no contexto de um risco permitido (autorizado, razoável) não é juridicamente desaprovado, logo, não é juridicamente imputável ao agente. No aborto anencefálico não existe uma morte arbitrária. Ao contrário, antecipa-se a morte do feto (cuja vida, aliás, está cientificamente inviabilizada), mas isso é feito para tutela de outros interesses sumamente relevantes (sanidade da mãe, sobretudo psicológica, dignidade etc.). Não se trata, então, de uma morte arbitrária. Por isso o fato é atípico.²³⁰

Não podemos perder de vista que os artigos que descrevem o crime de aborto (124 à 128) estão previstos no vigente Código Penal Brasileiro, no Capítulo I - Dos Crimes Contra a Vida, e que o objeto jurídico tutelado neste capítulo também é a vida, logo, ao reconhecer a inexistência de vida estaremos reconhecendo por óbvio a inexistência de fato típico. Portanto, não há que se falar em crime cometido pelo médico ou pela mãe gestante do anencéfalo, face ao diagnóstico que aponta a inexistência de atividade encefálica.

Segundo a Teoria Objetiva Temperada, adotada pelo Código Penal Brasileiro²³¹, ocorre crime impossível quando a conduta do agente jamais poderia levar o crime à consumação, quer pela ineficácia absoluta do meio, quer pela impropriedade absoluta do objeto. Nesses casos, o artigo 17 do Código Penal estabelece que o fato é atípico, ou seja, o agente não pode ser responsabilizado nem mesmo por tentativa.²³² Não se trata de causa de isenção de pena, como parece sugerir a redação do artigo 17 do Código Penal²³³, mas de causa geradora de atipicidade, pois não se concebe queira o tipo incriminador descrever como crime uma ação impossível de se realizar²³⁴. Todavia, é oportuno esclarecer que só há crime impossível se a ineficácia do meio ou impropriedade do objeto forem *absolutas*²³⁵.

²³⁰ GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico e imputação objetiva: exclusão da tipicidade, João Pessoa, n. 26, 13.06.2005. Disponível em: www.juristas.com.br. Acesso em 15jan.2012.

²³¹ GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

²³² GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 71.

²³³ "Crime Impossível – Art. 17 do Código Penal Brasileiro – Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumar-se o crime."

²³⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. vol I. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 228.

²³⁵ GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 72.

Sendo assim, no caso do anencéfalo, uma vez reconhecida aos moldes do que estabelece a lei 9.434/1997, que disciplina sobre transplantes de órgãos e tecidos do corpo humano, que não há vida viável em decorrência da ausência de atividade encefálica, o direito penal restará inaplicável ao caso concreto.

Ademais, nos parece prudente lembrar outro aspecto relevante de observância obrigatória em sede de Direito Penal. Para o reconhecimento de um crime, faz-se necessária a existência de dolo ou de culpa²³⁶. Está na lei penal. Considerando agora que a “antecipação terapêutica do parto” tem como fato gerador a ausência de atividade encefálica, comprovada por uma junta médica, parece-nos que esta tem por finalidade assegurar a integridade física e psíquica da mãe gestante, o que diferencia este procedimento médico do delito de aborto previsto no Código Penal. Portanto, tecnicamente nos parece equivocado falar em “aborto do anencéfalo”, em virtude da falta de previsão legal, nesta hipótese, se revela inexistente o elemento subjetivo do tipo, dolo ou culpa. Não existe no médico, nem tampouco na mãe gestante do anencéfalo a intenção de cometer um delito contra à vida. O que ocorre, na verdade, é a constatação de que aquele ser humano é desprovido de vida viável, ou seja, a possibilidade de existir de fato e de direito, em decorrência de sua condição biológica. Trata-se de situação gerada a partir do reconhecimento de uma patologia incurável ainda na fase de gestação, seguida da colisão de direitos fundamentais. Logo, não nos parece razoável reconhecer a existência de fato típico e antijurídico, aos moldes do que estabelece a ciência penal, nem tampouco da paridade de tratamento entre um feto anencéfalo e um feto acometido por outra patologia, por tratar-se de situações distintas. Precisamos refletir.

É importante ressaltar que não existem direitos absolutos, nem mesmo o mais fundamental de todos os direitos, como é o caso do direito à vida. Este não é absoluto, posto comportar exceções diante de situações em que se verifica a colisão de direitos fundamentais.

Neste sentido, o próprio legislador infraconstitucional e mais uma vez, mencionaremos a título de exemplo o do Código Penal Brasileiro, estabeleceu entre as

²³⁶ Diz o artigo 18 do Código Penal Brasileiro: “Crime doloso – I – doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo; Crime culposo – II – culposo, quando o agente deu causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia. Parágrafo único. Salvo os casos expressos em lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente.”

excludentes de ilicitude ou antijuridicidade previstas no artigo 23, I e II²³⁷; figura a inexistência de crime em caso de estado de necessidade²³⁸ ou de legítima defesa²³⁹, no que diz respeito à preservação da vida, diante de situações em que se revelam latentes a colisão de direitos fundamentais. Evidentemente, estas são situações onde se visualiza com nitidez a possibilidade de privação da vida de outrem em decorrência de hipóteses excepcionais, como é o caso da legítima defesa em virtude de agressão injusta com risco de morte. Outro exemplo de exceção do direito à vida, desta feita, previsto no ordenamento constitucional é o caso de guerra declarada, sendo certo que tal hipótese também indica a relativização do direito à vida²⁴⁰. Entretanto, muito embora sirva de exemplo de flexibilização do direito fundamental à vida, não é bem o caso do trabalho em estudo, uma vez que nesta situação não visualizamos a colisão de direitos fundamentais, nem situação excepcional que justifique à luz dos direitos humanos fundamentais tal violação, com a roupagem de exceção do direito à vida sob o prisma humanitário. O que ocorre, na verdade, é que há um interesse do Estado-Nação, em virtude de guerra declarada, no sentido de assegurar sua soberania. Assim, este último exemplo se presta a evidenciar o caráter relativo da vida humana. Todavia, não se relaciona a existência de colisão de direitos fundamentais da pessoa humana, pois carece de tensão entre direitos fundamentais da mesma espécie, como é o caso objeto de nosso estudo.

Não obstante as posições ora demonstradas, principalmente com relação à atipicidade penal da conduta, por questão de segurança jurídica e tratamento isonômico da matéria nos diversos juízos e Tribunais Pátrios, a alteração na legislação penal do aborto faz-se necessária e urgente. Enquanto perdurar esta omissão legislativa, faz-se necessária a conscientização da sociedade civil em geral, alertando as gestantes de fetos anencéfalos sobre a possibilidade de ingressar com os pedidos de alvará judicial. Caberá aos juízes, promotores e advogados envolvidos no processo, operacionalizarem a efetivação daqueles direitos assegurados constitucionalmente, garantindo-se uma posição mais equânime e

²³⁷O atual Código Penal Brasileiro, no que diz respeito a exclusão de ilicitude, assim prevê: “Art. 23. Não há crime quando o agente pratica o fato: I – em estado de necessidade; II – em legítima defesa(...)”.

²³⁸ Temos uma definição legal de estado de necessidade prevista no art. 24 do mesmo diploma legal: “Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se”.

²³⁹O atual Código Penal Brasileiro, no que diz respeito à legítima defesa, nos esclarece: “Art. 25. Entende-se em legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

²⁴⁰De acordo com a vigente Constituição Federal de 1988, temos que: “Art. 5º(...), XLVII – não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; (...)”.

abrangente em relação ao abortamento em caso de patologias incompatíveis com a vida extrauterina, sendo o exemplo clássico a anencefalia.²⁴¹

4. Direito à vida do feto e Direito à Autodeterminação da Mulher: Colisão de Direitos

Em primeiro lugar, cabe sinalizar que o tema dos direitos fundamentais abarca uma categoria jurídica complexa, uma vez que abrange os direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade, como já mencionado nesta dissertação.

Quando o objetivo é tratar do aborto do anencéfalo tem-se uma colisão de direitos fundamentais em sentido estrito, que ocorre quando o exercício ou a realização de um direito fundamental de um dado titular produz efeitos negativos sobre os direitos fundamentais de outro titular. No caso em análise, a legitimidade do aborto quando constatada a anencefalia envolve, por um lado, o direito à vida intrauterina do anencéfalo e, por outro, os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher²⁴².

Há duas formas de averiguar-se a colisão de direitos fundamentais. Na concepção estrita, a colisão dá-se exclusivamente entre direitos fundamentais. Na concepção ampla, por seu turno, a colisão dá-se entre os direitos fundamentais e os interesses e bens coletivos ou públicos tutelados pelo ordenamento jurídico²⁴³.

A teoria geral dos direitos fundamentais, no entanto, enfrenta questão primordial quanto à proteção desses direitos. Se, por um lado, cabe à jurisdição constitucional a missão de proteger os direitos fundamentais, por outro cabe também a ela a missão de estabelecer regras para as restrições a esses mesmos direitos. Isso porque a idéia de que é preciso limitar os direitos fundamentais para que haja convivência harmônica em sociedade é corolário da própria liberdade.²⁴⁴

²⁴¹ TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, ed. 2ª., 2008. p. 45.

²⁴² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 232.

²⁴³ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 229.

²⁴⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.133.

A própria Declaração Francesa de 1789 estabelecia:

*A liberdade consiste em fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outro limite senão os que assegurem aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar.*²⁴⁵

Acrescentava, ainda: “A lei não pode proibir senão as ações nocivas à sociedade”.

A determinação pela convivência harmônica dos direitos fundamentais está prevista em vários diplomas internacionais. Dentre eles, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que prescreve, em seu art. 29:

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.

A Convenção Americana de Direitos Humanos também apresenta dispositivo sobre a convivência harmônica dos direitos humanos. Segundo o art. 32.2: “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática”.

Dois aspectos dos direitos fundamentais devem ser, pois, analisados num contexto de colisão de direitos.

O primeiro refere-se à universalidade como uma das características desses direitos. Se eles são destinados a todas as pessoas, não há como conceber a fruição permanente e simultânea desses direitos sem que haja um sistema jurídico que viabilize a coexistência deles. No entanto, o sistema jurídico, no qual eles estão inseridos, precisará discipliná-los. Ao fazê-lo, necessariamente estabelecerá limites, ou seja, restrições aos direitos, para que seja possível o convívio em sociedade.

O outro aspecto é que os direitos fundamentais são constitucionalizados de forma conjunta, integrando um ordenamento jurídico complexo e plural. Por isso, precisam ser coordenados harmonicamente como os outros direitos e bens, também tutelados pela

²⁴⁵LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão.** 1ª. ed. 2ª reimpressão. Curitiba:Juruá, 2011, p. 133.

Constituição. Esses dois aspectos conjugados revelam a realidade da colisão dos direitos fundamentais.²⁴⁶

A solução dos conflitos de direitos fundamentais gera, necessariamente, a instituição de restrições em sua aplicação.

Neste sentido, manifesta-se Norberto Bobbio:

Quando dois ou mais direitos fundamentais se chocam, ou seja, quando o exercício de um implicar invasão do âmbito de proteção do outro, haverá colisão de direitos. Quando ocorre a colisão, não há possibilidade de proteger incondicionalmente um deles, sem restringir ou tornar o outro inoperante. A tutela de um direito fundamental tem como limite a tutela de outro direito igualmente fundamental, todavia, concorrente.²⁴⁷

Assim, em situações nas quais certos direitos que seriam aplicáveis, a princípio, mostram-se antagônicos, faz-se imperioso estabelecer uma acomodação hermenêutica, na qual um deles cede, parcial ou totalmente, em favor do outro. A convivência de todos os direitos fundamentais pressupõe a harmonização deles, uma vez que o limite do exercício de um direito fundamental é o exercício de outro direito também fundamental.

Uma visão totalitária dos direitos fundamentais não se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito.

Segundo ainda Norberto Bobbio: “*O fundamento absoluto não é apenas uma ilusão; em alguns casos, é também um pretexto para defender posições conservadoras*”²⁴⁸

A colisão entre direitos fundamentais ocorre sempre no plano concreto. No plano abstrato, todos os direitos fundamentais coexistem e, por isso, não há colisão fora de uma relação fática entre direitos fundamentais.

Diante dessa realidade, a convivência harmônica dos direitos fundamentais requer regras solucionadoras desses conflitos. Quanto ao ordenamento jurídico nacional, a ampla gama de direitos fundamentais tutelados na Constituição de 1988 leva à necessidade de harmonizá-los entre si e também com os outros valores e bens protegidos pelo sistema jurídico. Algumas regras foram estabelecidas pelo constituinte de 1988, ao antever certas

²⁴⁶PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 134.

²⁴⁷BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos. 6ª. reimpressão**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 41.

²⁴⁸BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos. 6ª. reimpressão**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 22.

colisões de direitos. Para estas, a Constituição estabeleceu um regime de harmonização²⁴⁹. É a hipótese, por exemplo, do conflito entre o direito de propriedade, protegido de forma ampla pelo art. 5º, inc. XXII, da Constituição, e o próprio direito de propriedade protegido na sua função social, previsto no inc. XXIII do referido artigo. A colisão entre tais direitos foi solucionada por meio do direito a prévia e justa indenização do proprietário desapropriado, como estabelece o referido inc. XXIV do art. 5º da Lei Maior.²⁵⁰

No entanto, na grande maioria das situações de colisão de direitos, a Constituição não estabelece equacionamento expresso. São aquelas situações nas quais os conflitos nascem do exercício real e concreto de dois ou mais direitos e que em determinada situação passam a colidir. Por isso, a colisão entre direitos fundamentais comprova que eles não podem ser concebidos como absolutos, no sentido da prevalência plena de todos os direitos, o que é faticamente impossível quando diante das situações em conflito.²⁵¹

Destarte, os direitos fundamentais consagrados na Constituição não são ilimitados, pois encontram suas restrições nos demais direitos igualmente consagrados no texto constitucional. É o que se depreende do princípio da convivência das liberdades públicas.²⁵²

Diante das situações em conflito de direitos fundamentais, algumas questões são colocadas quanto à proteção desses direitos pelo sistema constitucional brasileiro. Segundo a Constituição atual, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito fundado no respeito à dignidade da pessoa humana e comprometido com a garantia dos direitos humanos tanto no âmbito nacional quanto internacional. Trata-se de sistema constitucional alicerçado na proteção dos direitos fundamentais.²⁵³

Carolina Alves de Souza Lima, ao discorrer acerca da questão específica do anencéfalo, afirma:

²⁴⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. 1ª. ed. 2ª reimpressão. Curitiba:Juruá, 2011, p. 134.

²⁵⁰ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. 1ª. ed. 2ª reimpressão. Curitiba:Juruá, 2011, p. 133.

²⁵¹ ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. Cit.. p. 122.

²⁵² MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 27.

²⁵³ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 136.

A solução jurídica consiste em demonstrar que, no respectivo conflito de direitos fundamentais, devem prevalecer os direitos da mulher, para que ela possa decidir de forma livre e autônoma pela manutenção ou interrupção da gravidez, caso comprovada a anencefalia.²⁵⁴

Concordamos com este posicionamento, pois nos parece que não teria sentido a proteção absoluta ao direito fundamental à vida de um *ser humano* anencéfalo, em face da inexistência de vida extrauterina, uma vez que o anencéfalo sequer terá condições biológicas de sobreviver, em decorrência da inexistência de todo o sistema nervoso central. Portanto, não há como admitir tutela jurídica sem reservas diante desta situação.

4.1. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO SOLUÇÃO DAS COLISÕES DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – JUÍZO DE PONDERAÇÃO

Ao falar em ponderação de bens, envereda-se a um âmbito peculiar do direito, âmbito este que exige um cuidado extremo por parte dos que pertencem ao Poder Judiciário.

A ponderação dos bens, que significa também o balanceamento destes, ou ainda a harmonização destes dentro de um ordenamento jurídico é uma técnica que embasa decisões e que faz referência a duas situações diversas adequando a relação entre elas e entre estas e o ordenamento jurídico.

Neste sentido, Celso Ribeiro Bastos esclarece:

A interpretação não tem apenas uma função estabilizadora. Pela via da harmonização o papel estabilizador do Direito é posto em realce. Essa função harmonizadora se dá mais pelo cotejo das normas entre si do que com vistas a fatos concretos.²⁵⁵

Destarte, o princípio da proporcionalidade está dentre aqueles princípios mais fáceis de compreender do que de definir.²⁵⁶ A expressão proporcionalidade tem o sentido

²⁵⁴LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 136.

²⁵⁵BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997, p. 182.

²⁵⁶BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo Malheiros, 2008, p. 392.

literal de equilíbrio e de relação harmônica entre duas grandezas.²⁵⁷ O princípio, no âmbito jurídico, visa aferir a constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por meio da sua aplicação, o intérprete avalia a correlação entre os fins visados e os meios empregados nos atos do Poder Público, nas situações de conflitos de direitos fundamentais.²⁵⁸

A aplicação do princípio da proporcionalidade dá-se toda vez que houver a intervenção do Estado na esfera de liberdade (sentido amplo) do indivíduo, nas situações de colisão de direitos fundamentais. Visa garantir que a intervenção do Poder Público na liberdade do indivíduo só se dê quando necessária, e assim seja realizada de forma adequada e na justa medida, buscando a máxima proteção dos direitos concorrentes.²⁵⁹ As limitações e as restrições aos direitos fundamentais devem ser adequadas, necessárias e proporcionais (sentido estrito), ou seja, de acordo com o que preceitua o referido princípio. Por isso, o princípio protege os indivíduos das intervenções estatais desnecessárias ou excessivas por parte do Poder Público.²⁶⁰

4.1.1. O princípio da Proporcionalidade na Constituição de 1988

Não há nenhum dispositivo na Constituição que faça referência ao princípio da proporcionalidade. A ausência de dispositivo que trate expressamente do princípio gera discussões e divergências na doutrina. Discute-se, sobretudo, se o princípio compõe o ordenamento jurídico constitucional. Para os que entendem positivamente, há substanciais divergências quanto ao seu fundamento normativo.²⁶¹

²⁵⁷ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p.75.

²⁵⁸ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 319.

²⁵⁹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 96.

²⁶⁰ GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003, p. 35. Segundo a autora: “No específico âmbito do direito penal, o princípio da proporcionalidade implica que aquele não deve ser utilizado como mero instrumento de poder; há de estar sempre, ao contrário, a serviço dos valores comunitários e individuais. Significa, ainda, que deve ser guardada, em todo caso, a devida proporção entre a sanção penal e a gravidade do fato como exigência indeclinável da justiça e da dignidade da pessoa humana”.

²⁶¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 153. Segundo a autora o direito Português, por exemplo, trata expressamente do princípio da

O presente trabalho entende que o princípio da proporcionalidade pertence ao ordenamento jurídico brasileiro e fundamenta-se no Estado Democrático de Direito, juntamente com todos os princípios que o consolidam, e também na própria estrutura normativa dos direitos fundamentais.²⁶² Por isso, o princípio da proporcionalidade é corolário do Estado Democrático de Direito inaugurado pela Constituição de 1988 e tem, dentre seus principais fundamentos, o respeito à dignidade da pessoa humana.²⁶³

Os direitos fundamentais têm em sua essência a estrutura de princípios, ou seja, de normas que podem ser cumpridas em diferentes graus. Sendo concebidos os direitos fundamentais como princípios, faz-se imprescindível, portanto, adotar um critério para mensurar em que escala a Constituição exige o cumprimento de cada um deles nos casos concretos.

A proporcionalidade consubstancia uma forma de interpretar o ordenamento jurídico nas situações de conflito de direitos fundamentais.

Para verificar-se o respeito ao princípio da proporcionalidade nas situações de conflito de direitos fundamentais e, por isso, nas situações de restrição a direito fundamental, deve o intérprete examinar se a restrição atende a todos os subprincípios da proporcionalidade, quais sejam, os da adequação, da necessidade e da proporcionalidade, em sentido estrito.²⁶⁴

proporcionalidade. O art. 1, 2, 3, da Constituição de Portugal prescreve: “Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. 2. A Lei só pode restringir direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. 3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais”.

²⁶²LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 154.

²⁶³BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 97. Segundo a autora: “Por isso, não parece correto assinalar uma dualidade de posições entre a fundamentação do princípio da proporcionalidade a partir da essência dos direitos fundamentais e aquela outra, a partir da concepção de Estado de Direito, já que ambas constituem ideias indissociáveis. Posto isto, compreende-se também que a proporcionalidade é um princípio concretizado a partir do cânone do Estado de Direito”.

²⁶⁴ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 118. Segundo o autor: “A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas”.

O princípio da proporcionalidade, ao cuidar das restrições aos direitos fundamentais, pressupõe a estruturação de uma relação entre meio e fim. O fim consubstancia-se no objetivo ou na finalidade perseguida pela limitação. O meio, por seu turno, constitui a própria limitação, que pode ser uma norma ou uma decisão judicial que pretende tornar possível o alcance do fim buscado.²⁶⁵

4.1.2. Subprincípio da Adequação

O primeiro deles é o princípio da adequação, também conhecido como princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. Segundo esse princípio, toda restrição aos direitos fundamentais deve ser idônea e adequada para atender a um fim constitucionalmente legítimo. É fundamental que a restrição ao direito observe dois requisitos. Em primeiro, a medida deve visar a atingir um fim constitucionalmente legítimo, ou seja, amparado pela Constituição. Em segundo, o meio empregado deve ser adequado, apto, útil e idôneo para a obtenção desse fim.²⁶⁶

No caso do conflito de direitos fundamentais apresentado neste trabalho, há um único meio idôneo – a antecipação terapêutica do parto – para poder-se atingir o fim visado: preservar a saúde e a liberdade da autonomia reprodutiva da mulher. Ou se permite o aborto nos casos de anencefalia, com restrição do direito à vida intrauterina do anencéfalo, ou não há como preservar os direitos à saúde e à liberdade de escolha da mulher, quando ela opta pela interrupção da gravidez. Trata-se de situação na qual há um único meio idôneo.

4.1.3. Subprincípio da Necessidade

²⁶⁵LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 155.

²⁶⁶STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 149.

O princípio da necessidade é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível e da intervenção mínima. Segundo ele, dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, a Constituição determina que o intérprete escolha aquela menos lesiva para os direitos. Por isso, dentre os diversos meios que podem levar ao fim buscado, deve-se escolher o menos gravoso para o direito afetado.²⁶⁷

No entanto, a medida deve ser compreendida como necessária quando não há outro meio menos gravoso para viabilizar o fim buscado. Também deve ser compreendida como necessária quando não for possível substituir a medida por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa.²⁶⁸

No caso apresentado neste trabalho – conflito entre o direito à vida intrauterina do anencéfalo *versus* os direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, quando ela opta por interromper a gestação, conclui-se que o único meio idôneo, para atingir o fim visado, é a realização da intervenção cirúrgica denominada antecipação terapêutica do parto. Por isso, referida intervenção é também necessária, porque a medida restritiva se revela indispensável para preservar os direitos da mulher. Se tal medida é necessária concluímos que nesse caso do anencéfalo, é também adequada.

Segundo Suzana de Toledo Barros:

É forçoso concluir que o princípio da necessidade traz em si o requisito da adequação. Só se fala em exigibilidade se o meio empregado pelo legislador for idôneo à persecução do fim constitucional.²⁶⁹

Tal subprincípio preconiza a noção de que toda e qualquer medida restritiva de direitos somente se revela válida na medida de sua indispensabilidade para efeitos de conservação de um direito de caráter fundamental.

4.1.4. Subprincípio da Proporcionalidade em Sentido Estrito

²⁶⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 324.

²⁶⁸ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157.

²⁶⁹ LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 157.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito exprime a ponderação de bens. Nessa última etapa é realizada a solução das colisões entre os princípios fundamentais, que veiculam os respectivos direitos fundamentais. De acordo com o referido princípio, a restrição a um direito fundamental somente encontra-se em consonância com a Constituição quando se legitima a restrição devido à relevância da satisfação do outro direito.

No juízo de ponderação, analisam-se o grau de afetação do direito fundamental restringido e a importância da realização do direito que prevalece. O intérprete deve avaliar se a finalidade perseguida com a medida restritiva compensa os prejuízos que dela advenham para os direitos fundamentais restringidos ou sacrificados.

A partir dessa análise, é possível estabelecer a precedência entre os princípios em colisão, com o objetivo de estabelecer qual deles prevalecerá no caso concreto e com qual fundamento. Esse processo de ponderação tem, de um lado, o direito fundamental restringido e, de outro, o direito fundamental cuja realização é almejada com a medida restritiva. Para que esse processo de sopesamento seja realizado, a medida restritiva já deve ter sido avaliada sob os fundamentos dos outros dois subprincípios – o da adequação e o da necessidade.

A aplicação do juízo ponderativo dá-se em três etapas. Em primeiro o intérprete verifica a intensidade da restrição do direito fundamental. Na sequência, deverá justificar a importância da realização do direito antagônico. Por fim, deverá verificar se a importância da realização do fim pretendido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental restringido. O processo de ponderação demanda a comparação entre os efeitos negativos e os efeitos positivos que a medida restritiva ocasiona.²⁷⁰

Assim, no processo de ponderação, avalia-se a importância de realizar cada um dos direitos em conflito.

No caso do ordenamento jurídico brasileiro, ele se alicerça no Estado Democrático de Direito e prestigia todos os valores a ele relacionados. Observa-se que, na análise dos

²⁷⁰LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 158.

pesos dos direitos fundamentais, a interpretação constitucional, tanto sistemática quanto teleológica, contribui para alcançar soluções compatíveis com os fins constitucionais.²⁷¹

Realizada a atribuição dos pesos dos direitos em conflito, deve ser promovida a comparação entre a relevância da restrição do direito fundamental e a importância da realização de outro direito. Com a comparação, estabelece-se uma relação de precedência condicional entre os direitos, aplicável naquele caso concreto. Essa relação de precedência dá-se com a aplicação da lei de ponderação.

Segundo Robert Alexy:

Quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro.²⁷²

Segundo o princípio da proporcionalidade, a restrição ao direito à vida intrauterina do anencéfalo somente encontra-se em consonância com a Constituição de 1988 quando se legitima a restrição em decorrência da relevância da preservação dos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. O grau de afetação do direito à vida intrauterina do anencéfalo é total, uma vez que se legitima a antecipação terapêutica do parto. No entanto, é preciso demonstrar a importância da realização dos direitos da mulher.

O processo de ponderação ocorre em três etapas. Primeiro, o intérprete verifica a intensidade da restrição ao direito fundamental. No caso em análise, a restrição é a máxima, uma vez que se legitima a antecipação terapêutica do parto do anencéfalo, quando há a opção nesse sentido por parte da mulher. Na sequência, deve-se justificar a importância da realização do direito antagônico. Por fim, deverá o intérprete analisar se a importância da realização do fim pretendido é apta a justificar a intervenção no direito fundamental restringido.

No caso em análise, apesar da proteção constitucional à vida, o direito à vida intrauterina do anencéfalo cederá para a preservação dos direitos à saúde e à liberdade de autonomia reprodutiva da gestante. Isso porque, no caso de comprovação da anencefalia, a antecipação do parto consentida pela gestante não pode ser considerada exclusivamente sob o prisma do direito à vida intrauterina do anencéfalo, pois, se isto ocorrer haverá o

²⁷¹PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 326.

²⁷²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 167.

declínio de todas as conjunturas sociais e pessoais, de saúde física, psíquica e social da mulher, como também da sua liberdade de escolha em situação tão particular como essa.²⁷³ Se, por um lado, há uma mulher com imensurável sofrimento psíquico e riscos à sua saúde física, por outro, há um anencéfalo, com malformação fetal-letal e que, em decorrência dela, tem vida exclusivamente vegetativa, sem nenhuma capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Em razão da malformação, o anencéfalo jamais compartilhará da experiência humana, porque lhe falta estrutura cerebral para tanto.

A escolha certa é a que melhor atende à liberdade de autodeterminação da mulher. É aquela que traz maior conforto, em uma realidade de total desconforto, para que ela possa elaborar seu luto da forma mais saudável possível.

O conteúdo principal da proporcionalidade reside na ideia da justa medida, da ponderação, de justiça. É possível afirmar que tem conotação de garantia constitucional porque protege as pessoas contra os eventuais abusos da aplicação do direito penal e fornece ao Estado, na pessoa dos poderes constituídos, Legislativo, Executivo e Judiciário, preciosa ferramenta de interpretação.²⁷⁴

Conclui-se, portanto, que não atende ao princípio da proporcionalidade compelir uma mulher a gestar um anencéfalo, que apresenta malformação letal que o incapacita para as funções relacionadas à consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade e que, por isso, jamais compartilhará da experiência humana. Observa-se que os argumentos utilizados neste trabalho valem exclusivamente para justificar o aborto nos casos de anencefalia. Referidos argumentos não se estendem, por exemplo, aos deficientes mentais, porque eles apresentam consciência e compartilham da experiência humana de forma particular.

4.2. ATIVISMO JUDICIAL

²⁷³LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia. Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

²⁷⁴MENDONÇA, Marilda Watanabe. Princípio da proporcionalidade e seu alcance no Direito penal brasileiro. **Revista do Mestrado em Direito**, Osasco, Ano 11, n. 2, p. 249-275.

O ativismo judicial faz parte da ascensão institucional do Poder Judiciário, decorrente do modelo adotado com a Constituição Federal de 1988, portanto, não é um fenômeno isolado ou um mero exercício deliberado de vontade política.

Seja como for, segundo Luiz Flávio Gomes há duas espécies de ativismo judicial:

há o ativismo judicial inovador (criação *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito) e há o ativismo judicial revelador (criação pelo juiz de uma norma, de uma regra ou de um direito, a partir dos valores e princípios constitucionais ou a partir de uma regra lacunosa, como é o caso da questão do anencéfalo). Neste último caso o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, sim, no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa²⁷⁵

Ao se referir às atribuições do magistrado, Carlos Maximiliano nos ensina que: “Tem o magistrado, nos países cultos, a obrigação peremptória de despachar e decidir todos os feitos que se enquadrarem na sua jurisdição e competência e estejam processados em regra.”²⁷⁶

Neste sentido a Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro, estabelece em seu artigo 4º: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os **princípios gerais de direito**.”²⁷⁷ (grifos nossos)

Todavia, tal obrigação ao se desenvolver deve se pautar nas diretrizes estabelecidas pela Lei Maior, devendo o aplicador da lei, quando se trata de direito fundamental, como é o caso do direito à vida, observar rigorosamente o princípio da dignidade humana.

Desenvolve-se o que se denomina ativismo judicial, uma vez que o magistrado não pode abster-se de julgar, sob o pretexto de que não existe lei para o caso sob análise jurisdicional.

Segundo Carlos Maximiliano: “Não é lícito abster-se de julgar, sob o pretexto, ou razão, de ser a lei ambígua, omissa, ou obscura; não ter a mesma previsto as circunstâncias particulares do caso; ou serem incertos os fatos da causa.(...)”²⁷⁸

²⁷⁵FERNANDEZ, Atahualpa. **Ativismo Judicial**. Disponível em jusvi.com/pecas/40388. Acesso em 12/11/2011.

²⁷⁶ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

²⁷⁷ Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 – Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro.

²⁷⁸ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

Não seria coerente à luz dos direitos fundamentais da pessoa humana, se ao juiz fosse lícito abster-se de julgar, ao invés de suprir as deficiências da lei com as próprias luzes e os ditames da razão e da equidade²⁷⁹. A esta obrigação de julgar denominamos ativismo judicial.

No que diz respeito à vida do feto verificamos o flagrante ativismo judicial que permeia o sistema jurídico normativo brasileiro. São inúmeras decisões proferidas por nossos tribunais, as quais versam sobre o mesmo tema, a saber: a antecipação terapêutica do parto. Isto ocorre mais especificamente no caso do feto acometido por anencefalia. Diante deste cenário, parece-nos que faltou coragem ao legislador no sentido de editar a necessária norma para regulamentar a situação do anencéfalo.

Entendemos, aliás, que não é função típica do Estado-Juiz, legislar.

Neste exato sentido Carlos Maximiliano leciona: “Entenda-se bem: na obrigação de decidir sempre, não se compreenda a prerrogativa do juiz – de substituir o legislador, (...)”²⁸⁰

A inserção de tal possibilidade por via jurisdicional não nos parece compatível com o que dispõe nosso sistema jurídico normativo, sobretudo, o direito constitucional que prevê expressamente a separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário.

Diz o texto da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”

É oportuno lembrar que a separação dos poderes aos mesmos moldes dos direitos e garantias individuais, é considerada cláusula pétrea, somente podendo ser modificada por intermédio do poder constituinte originário, em decorrência do próprio texto constitucional, por força do dispositivo inserto no artigo 60, § 4º, III, da Constituição Federal.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho esclarece:

A divisão do poder consiste em repartir o exercício do poder político por vários órgãos diferentes e independentes, segundo um critério variável, em geral funcional ou geográfico, de tal sorte que nenhum órgão isolado possa agir sem ser freado pelos demais. A divisão impede o arbítrio, ou ao menos o dificulta sobremodo, porque só pode ocorrer se se der o

²⁷⁹ MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 42.

²⁸⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Heremênutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 43.

improvável conluio de autoridades independentes. Ela estabelece, pois um sistema de freios e contra pesos, sob o qual pode vicejar a liberdade individual.²⁸¹

Segundo o autor, a “separação dos poderes”, pressupõe a divisão das funções do Estado, ou seja, a distinção das funções legislativa, administrativa (ou executiva) e jurisdicional.²⁸²

Faremos uma análise de decisões especificamente sobre casos relevantes de anencéfalos. É desta forma que se conhecerá o posicionamento do judiciário frente a casos que geram temor social, pois o debate sobre o direito à vida é observado em casos reais apresentados à sociedade e tais fatos chocam a população, pois também cobra-se desta um posicionamento mais enfático.

A análise primeira será do Mandado de Segurança de número 123022-6, cujo relator é o Desembargador Silvio de Arruda Beltrão do Tribunal de Justiça de Pernambuco:

(...) a situação fático-jurídica ora analisada remete para a problemática da antinomia constitucional, visto que do lado do nascituro se questiona a garantia ao direito à vida e, do lado da gestante, a violação de sua dignidade humana e do seu direito à saúde, sendo certo que os direitos colidentes se encontram amparados por norma constitucional de conteúdo principiológico. Decerto que, o deslinde da questão requer a aplicação precisa das normas de interpretação constitucional, a fim de possibilitar a elaboração de juízo de ponderação, fulcrado no princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade. No meu sentir, na hipótese *in concreto*, vê-se de forma irrefutável, a menor incidência da garantia constitucional do direito à vida no concernente ao feto, eis que, hodiernamente, é assente no cerne da ciência médica o entendimento de que a gravidez em tela, provavelmente, não alcançará seu término e, acaso isso aconteça, será impossível a sobrevivência do nascituro, porquanto a deformidade da qual é acometido é totalmente incompatível com a vida, consoante já explicitado, **o que diferencia da hipótese de aborto eugenésico, que prevê a retirada do feto, apenas, em virtude de meras deformidades, não havendo, necessariamente, inviabilização da vida pós-parto.** Por sua vez, igualmente, é incontestado que o fato de que se trata, proporciona lesão à saúde física e psíquica da gestante, bem assim atenta contra a sua dignidade enquanto pessoa humana, uma vez que impõe situação vexatória e constrangedora, posto que a submete a levar a termo uma gravidez que não logrará êxito e, ainda, poderá lhe trazer sérios problemas de saúde, valendo ressaltar que o preceito ora invocado, perfaz-se, também, em princípio fundamental, previsto no nosso ordenamento jurídico-constitucional, no inciso III, do art. 1º., da Carta da República de 1988. Ademais, oportuno registrar algumas das contradições verificadas na legislação brasileira, donde destaco a pertinente à Lei 9434/97, que regula o transplante de órgãos humanos, que em seu artigo 3º. prevê a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou

²⁸¹ FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.130.

²⁸² FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 1997. p.131.

partes do corpo humano destinados a transplante, uma vez diagnosticada a morte encefálica do paciente. Deflui da análise acima procedida a certeza de que, presentemente, do ponto de vista médico-legal é a morte encefálica o parâmetro para definir a morte de uma pessoa, havendo de se questionar o porque de se invocar o direito à vida de um feto que, lamentavelmente, sequer, possui condições de vida cerebral e, conseqüentemente, de vir a adquirir personalidade no mundo jurídico, após seu nascimento.

Ex positis, em face da solicitação de autorização para realização de aborto instruída com laudos médicos favoráveis, deliberada com plena conscientização da gestante e de seu companheiro, e evidenciado o risco à saúde desta, mormente a psicológica, resultante do drama emocional a que estará submetida acaso leve a termo a gestação, pois comprovado está cientificamente que o feto é portador de anencefalia (ausência de cérebro), anomalia incompatível com a sobrevivência extra-uterina, outra solução não resta senão autorizar a requerente a interromper a gravidez, em razão de que DEFIRO A LIMINAR, com a conseqüente expedição de competente Alvará, para que o médico assistente da impetrante realiza o necessário procedimento médico-cirúrgico.(...).(grifos nossos)²⁸³

A interpretação da presente decisão faz crer no acerto da posição adotada pelo julgador. A gestante está imunizada pelo preceito constitucional da dignidade da pessoa humana, valor este de mesmo nível de proteção constitucional que a vida. No entanto, não fez surgir neste momento a tensão entre valores e direitos fundamentais, uma vez que o feto padece de anencefalia. Em face da ascensão social, os magistrados se conscientizam de que as regras existentes não podem e nem devem servir de limites à prestação jurisdicional. Neste momento, valem-se eles de princípios democráticos como forma alternativa para alcançar a justiça, relevando, por óbvio, os ditames constitucionais. Os direitos fundamentais devem ser reconhecidos e ponderados, todos eles e não somente alguns, entre estes o direito à reprodução sadia, não indigna e angustiante. Deste modo, o surgimento de novos paradigmas leva à necessidade de rever os modelos preexistentes, atentando-se para a liberdade, a intimidade e a dignidade da gestante como bens que devem ser ponderados. Só assim pode-se pensar no justo, fim primordial do direito. Não reconhecer estes direitos é, pois, negá-los.

Na decisão seguinte, o Ministro Relator do Superior Tribunal de Justiça, Arnaldo Esteves Lima, explica o âmbito da ilicitude penal no que diz respeito ao abortamento de feto anencefálico

(...) Não há como desconsiderar a preocupação do legislador ordinário com a proteção e a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do aborto no Código Penal, mesmo que em detrimento da vida de um feto saudável, potencialmente capaz de transformar-se numa

²⁸³TJPE, Mandado de Segurança de número 123022-6, cujo relator é o Desembargador Silvio de Arruda Beltrão, em Recife, datada de 04 de maio de 2005, onde o julgador reconhece em seu relatório a *dignidade da pessoa humana da gestante*, no caso em análise.

pessoa (CP, art. 128, incs. I e II), o que impõe reflexões com os olhos voltados para a Constituição Federal, em especial ao princípio da dignidade da pessoa humana.

4. Havendo diagnóstico médico definitivo atestando a inviabilidade de vida após o período normal de gestação, a **indução antecipada do parto não tipifica o crime de aborto**, uma vez que a morte do feto é inevitável, em decorrência da própria patologia. (...).²⁸⁴

O Poder Judiciário atualmente carrega em suas mãos a responsabilidade de apreciar e se pronunciar, como no exemplo acima, em respeito ao princípio da inafastabilidade,²⁸⁵ e, portanto, não pode o magistrado deixar de ouvir o clamor social.

Logo se faz necessária uma reflexão de natureza constitucional, como esta trazida à colação, uma vez que o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece liame entre a preservação da vida e da saúde psicológica da mulher ao tratar do caso específico do anencéfalo.

Assim, muito mais do que o Direito Penal, que estabelece o que é crime e descreve uma sanção penal ao infrator, devemos levar em consideração os princípios constitucionais que devem nortear tal criminalização, ou não, da interrupção da vida intrauterina. Nesse contexto a vontade da Constituição deve ser o fator decisivo para se operar a força normativa desta.

Indo de encontro ao posicionamento até aqui defendido, analisar-se-á a seguir um *Habeas Corpus* com pedido de autorização para a prática de aborto de feto acometido de anencefalia. Saliente-se que na contramão do estudo jurisprudencial atual o pedido foi indeferido.

(...) A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado.

As hipóteses em que se admite atentado contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco *analogia in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; (...).²⁸⁶

²⁸⁴ STJSP – 5ª Turma *Habeas Corpus* 56.572/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 25.04.2006.

²⁸⁵ Art. 5º, XXXV da Constituição Federal – (...) “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

²⁸⁶ *Habeas Corpus* 32.159/RJ, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 17.02.2004.

Ao operador da justiça cumpre adequar criativamente a norma ao caso concreto, pois a falta de adequação de leis de até sessenta anos anteriores como é o caso do Código Penal (1940) compromete a qualidade e a coerência dos pronunciamentos judiciais. A incompatibilidade das normas jurídicas frente ao mundo moderno deve ser resolvida no âmbito do Judiciário, o que quer dizer que a obediência estrita aos preceitos normativos não podem engessar a vontade da Constituição, que vige desde 5 de outubro de 1988. Há a necessidade de o Judiciário atentar para a realidade, para os fatos concretos e, assim, propiciar um equilíbrio ao Estado de Direito. Frágil e insuficiente, portanto a decisão mencionada acima²⁸⁷.

Neste sentido, as lições de Maria Berenice Dias: “imperioso que os juízes sejam criativos, encontrando soluções que – atentas aos ditames de ordem constitucional – assegurem o respeito à dignidade da pessoa humana, calcado nos princípios da liberdade e da igualdade”²⁸⁸. Suas lições caminham em sentido oposto ao que se pode observar na decisão acima. Ela explica que as situações novas exigem a busca de subsídios em tantas outras relações jurídicas sob pena de uma tendência restrita e conservadora do direito “não reconhecer direitos sob o fundamento de inexistir previsão legal, bem como usar de normas vertidas para situações outras, em diverso contexto temporal, nada mais é do que mera negação de direitos. Assim, é dever da jurisprudência inovar diante do novo”.

A decisão que se observa a seguir, é a nosso ver, inovadora e realista. Proferida pelo Juiz de Direito Substituto Rafael Pagnon, do Rio Grande do Sul, foi de tanta ousadia e criatividade, que nem sequer o magistrado recorreu ao princípio da proporcionalidade, pois que frente à medicina moderna aliada ao direito, julgou motivadamente, e a nosso ver com acerto.

Vejamos:

(...) A dignidade da pessoa humana, portanto, é centro, norte e vértice normativo e axiológico do sistema. (...)

Sim, “e o direito do feto?”, (...)

Estar-se-ia em face de uma colisão de direitos fundamentais – direito a uma existência digna, à vedação de tratamento degradante e à própria vida da Mãe x o direito à vida do feto?

Talvez.

Considerando que é este o presente momento de aplicação e atuação dos princípios constitucionais, relembro que, como não é desconhecido em sede doutrinária, um direito fundamental pode estar em conflito com outros direitos ou com bens constitucionalmente protegidos. O fenômeno

²⁸⁷ OLIVEIRA, Joel Garcia. **O Direito à Vida e o Abortamento de Feto Anencefálico – Um estudo sobre a proporcionalidade e a colisão de direitos**. Mestrado em Direito, Unifief-Osasco, 2007, p. 34.

²⁸⁸ Disponível em www.mundojuridico.adv.br, Texto: É dever da jurisprudência inovar diante do novo, acesso em 15/09/2011.

da colisão ou conflito de direitos fundamentais verifica-se quando o seu exercício colide: (a) com o exercício do mesmo ou de outro direito fundamental por parte de outro titular (conflito de direitos em sentido estrito); (b) com a defesa e proteção de bens da coletividade e do Estado constitucionalmente protegidos (conflito entre direitos e outros bens constitucionais).(...)

Trata-se de técnica afeita aos tempos em que o direito não se mostrava com a complexidade da pós-modernidade; em que o acesso à ordem jurídica justa constituía objeto de desejo de sonhadores; em que o papel dos Juízes era de 'boca da lei'.

Em que a ética e os valores não passavam de estudo dos filósofos, relação alguma tendo com os operadores jurídicos – muitíssimo menos com os Magistrados.(...)

Proporcionalidade, portanto, estimo não cabe na espécie.

E, até por minha experiência pessoal de vida, pelo momento existencial em que me encontro, não vislumbro como se possam aditar maiores sofrimentos a quem faz face ao ruir dos Castelos de seus sonhos, portando a Autora, dentro de si, uma vida com fim já acertado pelo Destino.

A decisão ora posta tem, sem dúvidas, foros de/a ciência social que é o Direito. (...)

Pelo coração.

Que é o que – estou certo – aguarda a Sociedade de seus Juízes:

Que tenham agudos sentimentos;

Que expressem emoção;

Que sejam, em suma, verdadeiras e genuínas pessoas humanas.

Na linha, pois, de Debora Diniz, Doutora em Antropologia, Professora da UnB, no site dantes apontado, adoto, aliado ao que suso argumentei, um dos fundamentos que escoraram a ação cuja liminar foi recentemente deliberada pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, admitindo a realização de interrupção de gravidez na hipótese de feto com diagnóstico de anencefalia:

Uma pessoa leiga pode considerar um coração batendo como sinônimo de vida. Mas esta não é uma definição suficiente para a Medicina tampouco para o Direito brasileiro. Desde o primeiro transplante de coração, em 1967, morte cerebral passou a ser uma definição corrente de morte. Uma pessoa sem atividade cerebral está morta, tanto que é possível, mesmo com o coração batendo e o sangue fluindo, a retirada de órgãos para transplantes. Um feto anencefálico não tem córtex cerebral, portanto, é um feto sem atividade cerebral.

Finalizo com ela:

As mulheres brasileiras estão em luto. Elas estão em luto não apenas pela solidariedade ao sofrimento de dezenas de mulheres grávidas de fetos com anencefalia, que experimentam uma das dores mais dilacerantes que é a morte precoce do futuro filho, mas principalmente pela crueldade com que são tratadas por um Estado que não reconhece sua autonomia, sua dignidade e seu sofrimento.

Não vislumbro como superar tais fundamentos.

Não tenho como existente colisão de direitos fundamentais – pela inexistência técnica de 'vida' a ser resguardada.

Tenho tão-só os direitos da Mãe (e do Pai e seus familiares) a serem preservados.

Assim já me pronunciei perante este órgão fracionário, quando do julgamento da apelação nº 70.005.148.135, em sessão de 07 de novembro de 2002.

Pela vida da Mãe, (...).²⁸⁹

Tal comportamento do órgão julgador nada tem a ver com arbitrariedade, mas com a legalidade. Atente-se para este fato, pois interpretar a lei e fazê-la alcançar a sociedade é justamente permitido. O avanço da ciência como um novo paradigma, conduz à necessidade de rever os modelos preexistentes da lei ordinária e “precisam os juízes enfrentar as novas realidades que lhes são postas à decisão. Não ter medo de fazer justiça para manter longe da realidade a pecha de ser o Judiciário um poder incompetente e sacralizador de injustiças”²⁹⁰.

Surge, agora, o momento de analisar a liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, número 54, apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, com argumentação desenvolvida por Luís Roberto Barroso, e com assessoria técnica da ANIS (Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero).

(...) Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva de surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando o período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca

²⁸⁹ OLIVEIRA, Joel Garcia. **O Direito à Vida e o Abortamento de Feto Anencefálico – Um estudo sobre a proporcionalidade e a colisão de direitos**. Mestrado em Direito, Unifief-Osasco, 2007, p. 89.

²⁹⁰ Disponível em www.mundojuridico.adv.br, Texto: É dever da jurisprudência inovar diante do novo, acesso em 15/09/2011.

podará se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

(...) Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do 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. É como decido na espécie. (...) ²⁹¹

Da decisão liminar concedida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal o que se tem é o reconhecimento de que a gestante de feto com anomalia anencefálica, ao atestar a anomalia por laudo médico pode se submeter à antecipação terapêutica de parto. O Ministro reconhece a situação concreta onde a dignidade da mãe tem um valor maior que a dignidade do ser em gestação.

A discussão da questão não se encerra no Supremo Tribunal Federal, na ADPF-54, haja vista que o ativismo judicial brasileiro, permanece operante no sentido de produzir as mais variadas argumentações em face do mesmo assunto.

Entretanto, entendemos oportuno consignar que ao final deste trabalho de pesquisa o Supremo Tribunal Federal, por sua maioria, se manifestou favorável a antecipação terapêutica do parto no caso específico do anencéfalo, ratificando a liminar outrora concedida.

CONCLUSÃO

Diante de tudo que pesquisamos e mencionamos na presente dissertação, chegamos a algumas conclusões:

O constituinte de 1988 reconhece expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, e isso não ocorreu por acaso. Tal princípio se revela de fundamental importância,

²⁹¹Supremo Tribunal Federal, Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF, Relator Ministro Marco de Aurélio Melo. 10-7-2004. Disponível em www.infojus.gov.br, acesso em 5-7-2010.

uma vez que permeia todo o sistema jurídico positivado, trazendo ao universo de leis a necessária tutela humanitária nas relações entre seres da mesma espécie.

O bem jurídico dos seres humanos por excelência é a vida. Somente a partir dela o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, uma vez que ela é a fonte primária para a titularidade de direitos.

A vida é protegida como bem constitucional a partir da concepção, por ter o Estado incorporado ao seu sistema jurídico a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Muitos são os males que afligem o ser humano, mas nunca a eliminação de indivíduos foi solução para esses males. A partir do momento em que uma fração da sociedade passa a apoiar a morte de um feto, como solução para as graves deformidades desta, abre-se o caminho para eliminação sistemática de todos os indivíduos acometidos por graves doenças, por isso, devemos ter cautela ao tratar do tema.

A vida humana se inicia com a fecundação e a personalidade civil plena se aperfeiçoa a partir do nascimento com vida, isto é pacífico. Entretanto, tal personalidade corresponde à pessoa no sentido material, ou seja, pessoa sujeito de direitos e deveres na ordem civil, momento em que se apresenta adequada a teoria da natalidade, prevalente em sede de direitos e deveres na ordem civil, conforme discorreremos nesta dissertação.

Devemos ter em mente, contudo, que o operador do direito não poderá jamais esquecer que o sistema jurídico normativo deve ser visualizado e entendido como um todo. Sendo assim, o hermeneuta deve sempre interpretar as regras e princípios que tratam sobre direitos fundamentais não só com os olhos voltados para Constituição da República, bem como para os instrumentos internacionais e infraconstitucionais que tutelam os direitos fundamentais, sobretudo os direitos individuais, sendo certo que o direito à vida está elencado entre o maior de todos os direitos, classificado inclusive como núcleo intangível.

Neste sentido, muito embora o Código Civil tenha adotado como regra a teoria da natalidade, no que diz respeito aos direitos da personalidade, não podemos jamais incorrer no equívoco de desconsiderar a teoria da concepção, uma vez que não se trata de letra morta na lei, face ao verdadeiro arsenal de dispositivos constitucionais, infraconstitucionais e de direito internacional que tratam do tema direito à vida desde a concepção, os quais guardam entre si compatibilidade no sentido de tutelar à vida desde o momento da concepção.

Ao conjunto de normas que tutelam os direitos da pessoa humana vistos pela perspectiva do direito infraconstitucional temos que os direitos da personalidade delineados no Código Civil Brasileiro, se subdividem em duas etapas de igual reconhecimento na ciência jurídica. Primeiramente, em direitos da personalidade jurídica material, inerente àquele que nasceu e respirou, portanto, nasceu com vida (teoria da natalidade), tendo direitos e deveres estabelecidos em lei. A segunda situação é a do conceito (teoria da concepção) que mesmo não tendo a vida extrauterina faz *jus* ao direito à vida.

Em posse de tudo o que aqui foi explicitado cabe-nos concluir que a vida existe desde a concepção e que o existir é um imenso processo de atividades bio-psico-fisiológicas. Não há que se falar em vida sem análise de todos estes fatores.

Além do que, é possível e necessário, já que vivemos em um Estado laico, formular uma teoria não religiosa sobre a vida e sua exclusão.

Seguindo os parâmetros da ciência moderna, é certa a conclusão de que a anencefalia é incompatível com a vida viável. Também é certo que a anencefalia não se confunde com outras patologias fetais, e, que o fato daquela ser incompatível com a vida, não significa que o feto não tenha direito à dignidade e ainda: que toda e qualquer deficiência ou patologia também seja incompatível com a vida. Por isso, a todo o momento se frisou que somente a incompatibilidade com a vida, ou mesmo de vida que é baseada na ausência de atividade de todo o cérebro, mesmo que o tronco cerebral esteja parcialmente em funcionamento, é que merece a análise de uma permissão para o abortamento e, conseqüentemente, a proposta de uma reforma legislativa sobre o assunto.

Por fim, a partir da análise do Direito Penal, conclui-se que o crime de aborto pressupõe a existência de vida ou ao menos de potencialidade de vida, logo, o feto com a patologia anencefálica parece incompatível com este instituto penal.

Logo, não só a Constituição, mas também a moral e a racionalidade nos levam a crer que é preciso reformar a lei penal, tornando-a mais compatível com o ideário de um Estado laico e pluralista, que não deve negligenciar a proteção da vida intrauterina, uma vez que nesta também há dignidade, mas deve ponderar o princípio da dignidade frente à vida da mãe, que é pessoa, num contexto de gestação de um feto com vida inviável. Desta forma, propõe-se uma reforma no âmbito da legislação ordinária, transformando a mera

obediência a esta lei em verdadeira adesão ao seu espírito, para assim adequar e aprimorar o sistema jurídico.

Contudo, a reforma da lei penal deve ser compatível com o que estabelece o mandamento constitucional, pois, se assim não ocorrer, estaremos diante do declínio dos direitos fundamentais da pessoa humana, uma vez que o direito à vida ocupa posição de destaque dentro deste sistema jurídico-normativo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACADEMIA Brasileira de Letras. **Dicionário Escolar da Língua Portuguesa**. 2ª ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, José Carlos Moreira. **Tutela Civil do Nascimento**. 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1990.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; SERRANO JÚNIOR, Vidal Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

ANDRADE, Vander Ferreira de. **A dignidade da pessoa humana: valor fonte da ordem jurídica**. São Paulo: Cautela, 2007.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **Estudos e Pareceres de Direito Privado**. São Paulo: Saraiva, 2004.

AZEVÊDO, Eliane Elisa de Souza. **O Direito de Vir a Ser após o nascimento**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes Contra a Pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais. 3ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro. In: Grau, Eros Roberto; CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva**. São Paulo: Malheiros, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos Editor, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1997.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 7ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2008.

BITTAR, Eduardo C.B. Bittar. **O Direito na Pós-Modernidade**. 2ª ed., São Paulo: Forense Universitária, 2009.

_____. **Ética, Educação, Cidadania e Direitos Humanos**. São Paulo: Manole, 2004.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 6ª reimpressão. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. Compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

CACARELLI, Gabriela. **O Poder do Belo**. Revista Veja, a. 37, n. 21, 26mai2004.

CÁLON, Eugenio Cuello. **Cuestiones Penales Relativas al Aborto**. Barcelona: Libreria Bosch, 1931.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA, Judith Martins e MOLLER, Letícia Ludwig. Organizadores. **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Comentários ao Código Penal**. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: intersexualidade, transexualidade e transplantes**. 2ª ed., rev. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CHAZAL, Ricardo Bach de. **El aborto em el derecho positivo Argentino**. Análisis Del Código Penal Argentino a la luz de los antecedentes históricos, la Constitución Nacional y los tratados internacionales com jerarquia constitucional. Buenos Ayres: El Derecho, 2009.

CHINELATO E ALMEIDA, Silmara J.A. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Antonio Geraldo da. **Dicionário etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

DE CUPIS, Adriano de. **Os direitos da Personalidade**. Romana Jurídica, 2004.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DINIZ, Débora. RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIWAN, Pietra Stefania. **O Espetáculo do Feio – práticas discursivas e redes de poder no eugenismo de Renato Kehl. 1917-1937**. São Paulo: Mestrado em História-PUC/SP, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida - Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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

FERNANDES, Atahualpa. **Ativismo Judicial**. Disponível em jusvi.com/peças/4038. Acesso em 12/11/2011.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. **Constituição Federal Interpretada**. São Paulo: Manole, 2010.

FERRAZ, Anna Candida da Cunha. Os tratados e as convenções internacionais de direito humanos anteriores à EC 45/2004. **Revista Mestrado em Direitos Humanos Fundamentais**. ano 6, n. 1, v. 8, 2007, pp. 117-132, in <http://intranet.unifio.br/legado/index.php/rmd/index>, acesso em 20/09/2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário Aurélio de Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira. 1986.

FILHO, Ariovaldo de Souza Pinto. **O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**. Mestrado em Direito, Unifio, 2010.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva. 1997.

FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2009.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Especial** – arts. 121 a 212. São Paulo: Forense, 1981.

FRANCO, Alberto Silva. **Aborto por Indicação Eugênica**. Revista Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. v. 132,

FRANCO, Alberto Silva. **Algumas Questões sobre o Aborto**. São Paulo: IBCCrim.

FRANCO, Ary Azevedo. **Tratado de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1942.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Revista Mestrado em Direito Direitos Humanos Fundamentais**. Osasco: Edifio, ano 10, nº 10, 2010, v. 14, pp. 307-308, in <http://intrat.unifio.br/legado/edifio/index.php/rmd/index>. Acesso em 20/09/2011.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 6ª ed., Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

_____. **Direito Médico**. 5ª ed., São Paulo: BYK, 1992.

GOLDIM, José Roberto. **Eugenia**. Disponível em www.ufrgs.br/bioetica/eugenia.htm. Acesso em 29/12/2011.

GOMES, Luiz Flávio. **Aborto anencefálico e imputação objetiva: exclusão da tipicidade**, João Pessoa, n. 26, 13.06.2005. Disponível em: www.juristas.com.br. Acesso em 15/01/2012.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da Proporcionalidade no Direito Penal**. São Paulo: RT, 2003.

GOZZO, Débora. Diagnóstico Pré-implantatário e Responsabilidade Civil à Luz dos Direitos Fundamentais. In: **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro, [2009], p. 391-422.

GRECO, Rogério. Código Penal Comentado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade da pessoa humana como fundamento da comunidade estatal**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.), Dimensões da Dignidade. Ensaios da Filosofia do Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana**. São Paulo: Biblioteca do Pensamento Moderno, 2010.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 5ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958.

LEMBO, Cláudio. **A pessoa e seus Direitos**. São Paulo : Manole, 2007.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia – Direitos Fundamentais em Colisão**. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. vol. IV. São Paulo: Millennium, 2002.

MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação Genética e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, n. 6, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A Questão do Aborto. Aspectos Jurídicos Fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2008.

_____. **Direito Fundamental à Vida**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

MATOS, Inês Lobinho. A dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Tribunal Constitucional, mormente, em matéria de direito penal e direito processual penal. **Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana**. São Paulo: Quartier Latim, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A Vida Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDONÇA, Marilda Watanabe. MOTTA, Ivan Martins. Princípio da proporcionalidade e seu alcance no Direito Penal brasileiro. **Revista do Mestrado em Direito**. Osasco, Ano 11, n. 2, p. 249-275.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **A preservação da Vida em Face da Biotecnologia: Inserção de Novas Antinomias no Direito Penal**. Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 24ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 35º ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada**. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional**. 17ª ed., São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 8ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Joel Garcia. **O Direito à Vida e o Abortamento de Feto Anencefálico – Um estudo sobre a proporcionalidade e a colisão de direitos**. Mestrado em Direito. Osasco, 2007.

PAPALEO, Celso Cezar. **Aborto e Contracepção**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAWLS, John. **O direito dos povos; tradução de Luís Carlos Borges**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

RIBEIRO, Diaulas C. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

ROCHA, Renata da. **O Direito à Vida e as Pesquisas com Células-Tronco: Limites Éticos e Jurídicos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Parte Geral. 34^a ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Dimensões da Dignidade. Ensaio de Filosofia do Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SARMENTO, Daniel. PIOVESAN, Flávia (organizadores). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2007.

SARMENTO, Paulo Henrique de Moraes. **Aborto: dos limites da subsidiariedade do direito penal frente aos direitos fundamentais da mulher**. Mestrado em Direito, orientado pela Professora Doutora Ana Lucia Sabadell da Silva, Piracicaba, 2003.

SCHOOYANS, Michel Marques. **O Aborto: Aspectos Políticos**. São Paulo: Saraiva, 2003.

SGRECCIA, Elio. **Manual de Bioética**. Trad. de Orlando Soares Moreira. São Paulo: Loyola, 1996.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Eugenia Social**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo. v. 1, n° 143, outubro de 2004, p. 4-5.

SILVA, Camila Francis. **O Embrião Humano e sua Utilização sob a Ótica da Dignidade da Pessoa Humana**. Mestrado em direito, UNIFIEO, Osasco, 2010.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 17^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32ª ed., São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. SILVA, Carlos Medeiros. **Revista de direito administrativo**. Periódicos, Vol. 212. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: Renovar, abril/junho, 1998.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Introdução ao Biodireito: Investigações Político-Jurídicas sobre o estatuto da Concepção Humana**. São Paulo: LTR, 2002.

_____. **Biodireito: A Nova Fronteira dos Direitos Humanos**. São Paulo: LTR, 2003.

SOUSA, Fernanda dos Santos. **Células-Tronco Embrionárias: Aspectos Éticos e Jurídicos da Utilização dos Embriões Excedentes para Fins Terapêuticos à Luz da Lei de Biossegurança**. Mestrado em Direito, orientado pela Professora Doutora Ana Paulo Sebbe Felipe, Santos, 2009.

STEINMETZ, Wilson Antonio. **Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Uma Nova Crítica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. 2ª ed., São Paulo: LTR, 1987.

TASSE, Adel El. Aborto de feto com anencefalia: ausência de crime por atipicidade. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, 2004(ago/set), vol. 27, p. 28.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico – Delito Qualificado pelo Preconceito ou Discriminação**. Curitiba: Juruá, 2010.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. 2ª ed., Curitiba: Juruá, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Parte Geral**. 6ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

VERARDO, Maria Tereza. **Aborto: um direito ou um crime?**. 9ª ed. São Paulo:Moderna, 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.