

Antecipação do parto de feto anencefálico à luz dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais*

Early delivery of anencephalic fetus based on personality rights and constitutional principles

Maíra Priscinotti Sahão¹ ; Martha Asuncion Enriquez Prado²

Resumo

Este trabalho discute o estudo da antecipação do parto de feto anencefálico. Ele toma como base de pesquisa a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, que busca legalizar este fato. Ademais, discute a conduta da gestante, e defende que esse procedimento seja considerado atípico: esses casos não se caracterizam como aborto, pois para os fetos portadores desta anomalia não existe expectativa de vida extra-uterina. Contudo, ressalta a autonomia da vontade da grávida incumbindo a ela escolher pela realização ou não da antecipação do parto. As análises deste estudo fundamentam-se nos direitos da personalidade e nos princípios constitucionais, tanto em relação ao feto, como em relação à mulher. Também se discute o tema do aborto no Brasil e se esclarece o conceito de anencefalia. **Palavras-chave:** Anencefalia fetal. Direitos da personalidade. Princípios constitucionais. Antecipação do parto. Arguição de descumprimento de preceito fundamental.

Abstract

This paper discusses the study of early delivery of anencephalic fetus. It is based on the Allegation of Breach of Fundamental Precept No. 54, which seeks to legalize this. Furthermore, it discusses the conduct of pregnant women, and argues that this procedure is considered atypical: these cases would not qualify as abortion, because for fetuses with this anomaly there is no expectation of extra-uterine life. However, it emphasizes the autonomy of the pregnant woman charging her for deciding on the anticipation or not of childbirth. The analyses of this study are based on personality rights and constitutional principles, both in relation to the fetus, as compared to the women. It also discusses the issue of abortion in Brazil and clarifies the concept of anencephaly.

Key-words: Fetal Anencephaly. Personality Rights. Constitutional Principles. Delivery Anticipation. Allegation of Breach of Fundamental Precept.

Introdução

O tema do aborto de feto anencefálico é um dilema que afeta a sociedade como um todo em face do impacto causado na psique de cada indivíduo, visto que envolve direitos, princípios, valores e crenças dos mais diversos níveis sociais e econômicos.

Assim, diante da divergência doutrinária

jurídica, da lacuna legal acerca do assunto e da angústia das gestantes que buscam a tutela do Poder Judiciário para antecipar o parto de um embrião que apresente tal anomalia, foi proposta no ano de 2004, pelo professor e advogado Luis Roberto Barroso, perante o Supremo Tribunal Federal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54.

Essa ação tem por escopo permitir à mulher, que

*Estudo resultante do Trabalho de Conclusão de Curso do 5º ano do curso de Direito da Universidade Estadual de Londrina.

¹Pós graduanda em Direito do Estado com ênfase em Direito Tributário pela Universidade Estadual de Londrina e pós graduanda em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná; email: mairasahao@yahoo.com.br.

²Pós Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, U.C.M. Espanha; professora-associada da graduação e mestrado em Direito na Universidade Estadual de Londrina.

gesta um feto portador de anencefalia, autorizar que os médicos procedam a retirada do mesmo, por inexistir expectativa de vida extra-uterina.

É nesse contexto que o presente trabalho faz um estudo acerca da possibilidade de legalização da antecipação do parto nesses casos, considerando-se os direitos da personalidade e os princípios constitucionais do ordenamento pátrio, aproveitados tanto para o feto como para a mãe.

Desse modo, em um primeiro momento, serão estudados os direitos da personalidade, conceituando-os e esclarecendo sobre quem recai sua titularidade. Faz-se uma breve explanação acerca das concepções de vida e morte para o Direito.

Na segunda parte, abordam-se os princípios tutelados na Constituição Federal brasileira de maior relevância para o caso em comento, tais como o da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da liberdade, da legalidade e da autonomia da vontade.

Nos capítulos subseqüentes, examinam-se os conceitos médicos de anencefalia - a fim de um melhor esclarecimento sobre o tema - bem como uma definição jurídica para aborto, diferenciando seus tipos e explicando os dois casos permitidos pelo Código Penal do Brasil, classificados como atípicos.

Por fim, relacionam-se todos estes elementos com a possibilidade de legalização do aborto, ou melhor, antecipação terapêutica do parto.

Pretendeu-se, de uma forma dual, fazer um estudo da antecipação de feto anencefálico à luz dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais, e discutir os valores que recaem sobre o embrião, mas, sobretudo, sobre a autonomia de gestante.

Direitos da personalidade

Conceito, características e titularidade

Foi a partir do fim do século XIX, com a especial contribuição do civilista alemão Otto Von Gierke, que os direitos da personalidade foram assim catalogados.

No Brasil, os direitos da personalidade da pessoa física, os quais motivam a presente pesquisa, foram protegidos no artigo 5º, incisos V e X, da Carta Magna (CF)³, possibilitando, ainda, que outros sejam arrolados em lei, conforme dispõe o § 2º do mesmo artigo.

Limongi França (apud PRADO, 1992, p. 30) entende que “os direitos da personalidade correspondem às faculdades exercitadas normalmente pelo homem. São direitos que se relacionam com atributos inerentes à condição de pessoa humana”.

Para alguns doutrinadores, direitos da personalidade são aqueles direitos subjetivos que têm por escopo a proteção dos bens e valores essenciais da pessoa humana, em três diferentes aspectos: físico, moral e intelectual.

No entendimento de Francisco Amaral (2003, p. 250) tais direitos.

[...] como direitos subjetivos, conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, que compreendem, no seu aspecto físico o direito à vida e ao próprio corpo, no aspecto intelectual o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, e no aspecto moral o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem, à identidade e ainda, o direito de exigir de terceiros o respeito a esses direitos.

³ 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: [...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; [...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação [...].

Algumas características dos direitos da personalidade são mencionadas no artigo 11 do Código Civil Brasileiro de 2002, com exceção dos casos previstos em lei, “os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

A intransmissibilidade significa que os direitos da personalidade são inerentes à pessoa, pois estão intimamente ligados ao seu corpo, não sendo passível de separação. Por seu turno, “são irrenunciáveis porque não podem ser eliminados por vontade de seu titular, uma vez que são adquiridos com o nascimento”. (PRADO, 1992, p. 36)

Todavia, essas não são as únicas características admitidas pela doutrina, que afirma serem também, absolutos, indisponíveis, imprescritíveis, ilimitados, permanentes ou vitalícios.

São absolutos ante sua oponibilidade erga omnes, porque impõem aos demais o dever de respeito; contudo, admite-se sua relativização ao exigir-se do Estado uma determinada prestação – como, por exemplo, o direito à saúde, à cultura, à educação. Indisponíveis, por serem inerentes e, desse modo, inseparáveis da pessoa humana, conseqüentemente, são insuscetíveis de alienação, ou seja, impenhoráveis. Sua imprescritibilidade decorre do fato de não se extinguirem pelo decurso do tempo, não existe prazo fixado para seu exercício. São ilimitados por não se vincular somente àqueles estabelecidos nos artigos 11 a 21 do Código Civil (CC).

Em última classificação, dizem-se permanentes ou vitalícios, no sentido de que nascem com a pessoa, acompanhando-a por toda sua existência até sua morte. Alguns desses direitos ficam resguardados até depois desta, como é o caso do direito à honra, ao corpo, à imagem e à moral do autor.

Sua titularidade, recai sobre todos os seres

humanos no ciclo de sua vivência, abarcando desde a concepção, ou seja, da fusão dos gametas (a qual pode ser natural ou assistida – fertilização in vitro ou intratubária) até a morte (ressalvando o reconhecimento de direito post-mortem).

Início e fim da personalidade no direito brasileiro

O momento em que a vida tem início, não obstante tratar-se de questão biológica, gera grande impacto na esfera do Direito. A doutrina divide-se, em relação a este tema, em quatro teorias: teoria da concepção, teoria da nidação, teoria da implementação do sistema nervoso e teoria dos sinais eletroencefálicos. A primeira delas defende a existência de vida humana desde o ato de conceber, da fecundação. É a diretriz adotada pela sistemática do ordenamento jurídico pátrio⁴.

Por sua vez, a doutrina da nidação exige a fixação do óvulo no útero. A terceira teoria – da implementação do sistema nervoso – requer o surgimento de uma estrutura rudimentar que formará o sistema nervoso central. Por fim, para a quarta vertente necessário se faz a constatação de atividade cerebral para que comece a vida.

Desse modo, verifica-se que o Brasil adota a teoria concepcionista, pela qual “o nascituro dispõe de personalidade jurídica desde a fecundação, independentemente de nascer com vida.” (ALBANO, 2004, p. 35)

A personalidade, para o Direito brasileiro, não depende da consciência ou vontade do indivíduo.

⁴ Também é este o entendimento do Pacto de São José da Costa Rica, que determina, em seu artigo 4º, nº. 1, toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

A criança, mesmo recém-nascida, o deficiente mental ou o portador de enfermidade que desliga o indivíduo do ambiente físico ou moral, não obstante a ausência de conhecimento da realidade, ou a falta de reação psíquica, é uma pessoa, e por isso mesmo dotado de personalidade, atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito psíquico e também dele inseparável (PEREIRA, 2004, p. 214).

Enquanto alguns países demandam por requisitos específicos para o reconhecimento da personalidade civil – como é o caso do Código Espanhol, artigo 30, o qual exige que o recém-nascido tenha “forma humana” - o ordenamento jurídico pátrio fundamenta-se com o nascimento e a vida. “Nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa e adquiriu direitos, que ao morrer os transmite.” (PEREIRA, 2004, p. 221).

Por outro lado, no ordenamento pátrio, a personalidade termina com a morte e não se admite perda da personalidade em vida. Neste contexto, a pergunta que deve ser feita é: quando ocorre a morte?

Antigamente, a medicina entendia que a vida findava-se com a cessação de algumas importantes funções orgânicas, como a ausência de batimentos cardíacos, o término dos movimentos respiratórios e da contração pupilar. Hodiernamente, com a evolução da ciência, os médicos, segundo artigo 1º da Resolução nº. 1.480 de 1997 do Conselho Federal de Medicina (CFM), consideram que a existência orgânica cessa com a morte cerebral (ou morte encefálica)⁵.

A prova da morte física do indivíduo acontece por meio de certidão extraída do assento de óbito. Na falta desse, deve-se recorrer ao judiciário que por sentença judicial substituirá o atestado de óbito. Cabe, neste caso, contraditório, oportunidade na qual quem alega a morte deve

prová-la.

Por derradeiro, observa Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 241) que:

[...] ao tratar dos direitos da personalidade, cabe ressaltar que não constitui esta ‘um direito’, de sorte que seria erro dizer-se que o homem tem direito à personalidade. Dela, porém, irradia-se direitos, sendo certa a afirmativa de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações.

Logo, a personalidade envolve dentre outros direitos, o direito à vida, direito à integridade (incolumidade) física, direito ao próprio corpo, direito à liberdade, direito à proteção da intimidade, direito à integridade moral, direito à preservação da própria imagem, direito à integridade moral e intelectual, direito ao nome. Assim sendo, alguns desses direitos fundamentam este trabalho.

Direito à vida e direito à integridade física

Primeiramente, vale notar que o direito à vida e o direito à integridade física respaldam-se no princípio constitucional do respeito à dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inc. III, CF), que ocupa posição de extrema importância dentre os direitos da personalidade.

A vida humana é o bem supremo. É anterior ao Direito e por ele deve ser protegida e respeitada. É o processo pelo qual uma pessoa nasce, cresce e morre, independentemente de quais sejam suas condições físicas e psíquicas enquanto viva. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constituiu na origem e suporte dos demais direitos. “Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas apoiadas nessa condição.” (AMARAL, 2003, p. 260).

⁵ A morte cerebral é o requisito para que se admita como lícita a remoção de órgãos, conforme estipula o artigo 9º da Resolução nº. 1.480/97.

Dessa maneira, sua análise deve-se dar em dois sentidos: no direito que todo indivíduo tem de permanecer vivo⁶ e no direito a um adequado nível de vida, ou seja, uma vida digna (artigos 1º, III e 170 da CF).

Quanto à definição de vida, belas são as palavras de José Alfonso da Silva (2005, p. 197):

[...] 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.

Jacques Robert (apud SILVA, 2005, p. 198) expressa:

O respeito à vida humana é a um tempo uma das maiores idéias de nossa civilização e o primeiro princípio da moral médica. É nele que repousa a condenação do aborto, do erro ou da imprudência terapêutica, a não-aceitação do suicídio. Ninguém terá direito de dispor da própria vida a fortiori da de outrem e, até o presente, o feto é considerado como um ser humano.

Assim, diz-se que a vida é por assim dizer inviolável⁷ – protege-se a pessoa contra uma violação causada por terceiro – e irrenunciável – proteção contra o próprio titular.

O consentimento do sujeito para que se pratiquem determinados atos em relação a sua vida ou pessoa é requisito essencial na determinação da licitude ou não daquele ato.

Vale destacar que, segundo Carlos Roberto Gonçalves (2007, p. 162), “o direito à vida deve ser entendido como o direito ao respeito à vida do próprio titular e de todos”.

Por seu turno, integridade física é a “incolumidade

do corpo humano, o estado ou qualidade de intacto, ileso, que não sofreu dano.” (AMARAL, 2003, p. 260).

O direito à integridade física abrange, ainda, o direito à saúde individual, tanto mental como orgânica. Não se confunde, entretanto, com o direito à saúde, previsto no artigo 196 da Constituição Federal.

A vida e a integridade física são bens jurídicos de valor elevado, por isso o direito tutela sua proteção em três de seus maiores ramos: constitucional (artigos 1º, III e 5º, III, CF); civil (artigos 13 e 15, CC); e, penal (artigos 121 a 129, CP).

O valor da vida torna extremamente importante a sua defesa contra os riscos de sua destruição, defesa esta que passa pela proibição de matar, de induzir ao suicídio, de cometer aborto e eutanásia, envolvendo ainda as práticas científicas de engenharia genética, no tocante a transplante de órgãos humanos, transferência de genes, reprodução assistida, esterilização e controle da natalidade, bem como cirurgias plásticas, tratamentos médicos, práticas esportivas perigosas etc. (GONÇALVES, 2007, p. 162-163).

A doutrina entende que a titularidade de o dever jurídico respeitar esses direitos recai sobre três entidades: 1) o próprio indivíduo⁸; 2) terceiros, os quais têm o dever de não contribuir para a morte voluntária de alguém, nem dispõe da faculdade de matar outra pessoa; 3) o Estado, devendo respeitar e proteger a vida de seus cidadãos por meio de todos os instrumentos jurídicos admitidos.

Portanto, todo ser humano deve ter resguardados, pelas leis pátrias, o direito à vida e o direito à integridade física visto que ambos revelam-se como direitos fundamentais do indivíduo.

⁶ A única exceção a esse direito ocorre no caso previsto no artigo 5º, XLVII, a, da CF, quando em situação de guerra declarada o Estado pode subtrair a vida de alguém.

⁷ A inviolabilidade do direito à vida é expressamente previsto no caput do art. 5º da Constituição Federal. O homem tem direito a manter sua integridade corpórea.

Direito à saúde

O estudo da vida, como o bem supremo e o direito de vivê-la com dignidade, assim como o direito à integridade física, levam naturalmente a uma breve análise do direito à saúde. Nesse sentido, “[...] a pessoa além de exigir atenção médica, acesso aos meios sociais de conservação da saúde, prevenção e preservação da doença e sua cura, tem o direito à proteção de qualquer agressão contra a salubridade tanto geral como individual” (PRADO, 1992, p. 20).

Com previsão expressa na Carta de 1988, a saúde é considerada um direito humano fundamental. Definida pela própria Organização Mundial de Saúde⁹ (OMS), a saúde é o completo bem estar físico, mental e social, e não meramente a ausência de doença.

Nesse sentido, compreende Julio César de Sá Rocha (apud DINIZ, 2006, p. 169) que “saúde deve ser entendida como algo presente para a concretização da qualidade de vida. Uma vida com dignidade”. Por esse motivo, a discussão e compreensão da saúde passa pela afirmação da cidadania plena e pela aplicabilidade dos dispositivos garantidores dos direitos sociais da Constituição Federal.

Os artigos 196 a 200 da Carta de 1988 tratam da saúde, tornando-a dever do Estado e direito de todos os cidadãos.

Art. 196. “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” (BRASIL, 1988).

Com isso, passa a ser do interesse geral. Recai sobre o Estado a obrigação de fornecer assistência

integral gratuita no que atina à preservação da saúde - física e mental - para que não se coloque em risco a coletividade. Essa disposição aparece na Lei nº. 8.080 de 19 de setembro de 1990, a qual trata das condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, bem como, a organização e o funcionamento dos serviços a ela relacionados.

Deveras, “os cuidados com a saúde não podem ser simples variáveis das leis do mercado, pois, se ela é um bem fundamental, o acesso aos cuidados médicos deve ser universal.” (DINIZ, 2006, p. 170).

Portanto, ninguém pode ser tratado com desrespeito e indignidade quando o assunto em questão é a sua saúde. A ninguém é dado sofrer levemente. Por esse motivo, este foi considerado por Luiz Roberto Barroso - autor da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54, adiante analisada - um dos preceitos fundamentais desrespeitados pelo Poder Público, ao não autorizar a antecipação do parto de feto com anencefalia, visto que tal anomalia pode causar danos de grande monta à mãe, tanto físicos como psíquicos.

Direito ao corpo

Da mesma forma, relacionado aos direitos à vida e à integridade física, encontra-se o direito ao corpo.

Conforme ensina Fábio Ulhoa Coelho (2006, p. 198), “da mesma forma que a cada pessoa se associam necessariamente um nome e um conjunto de informações públicas ou privadas, também se associa um corpo”. Para ele, não há pessoa física sem um corpo humano.

Neste sentido, ensina Francisco Amaral (2003, p. 263) que

⁸ O próprio indivíduo tem para consigo o direito-dever de legítima defesa, que consiste na reação contra agressão injusta atual, inevitável, não excedendo o necessário à defesa (AMARAL, 2003, p. 262).

⁹ Mental Health refers to a broad array of activities directly or indirectly related to the mental well-being component included in the WHO's definition of health: “A state of complete physical, mental and social well-being, and not merely the absence of disease”. It is related to the promotion of well-being, the prevention of mental disorders, and the treatment and rehabilitation of people affected by mental disorders.

[...] a personalidade humana é um todo complexo, unitário, integrado e dinâmico, constituído de bens ou elementos constitutivos (a vida, o corpo e o espírito), de funções (função circulatória, inteligência), de estados (saúde, prazer, tranqüilidade) e por força, potencialidade e capacidade (instintos, sentimentos, vontade, capacidade criadora e de trabalho, poder de iniciativa etc.).

O corpo humano é, portanto, um bem jurídico considerado tanto em sua totalidade, como quanto às partes que dele se possam destacar e individualizar, e sobre as quais o indivíduo exerça seu direito de disposição.

Verifica-se na doutrina que:

[...] os elementos destacados do corpo deixam de integrá-lo e, conseqüentemente, de ser objeto dos direitos da personalidade. Em sentido contrário, passam a integrá-lo os “elementos ou produtos, orgânicos ou inorgânicos, que nele se assimilaram ou que nele se incorporaram”. Assim enxertos e próteses, implantadas e não rejeitadas pelo organismo, e não separáveis do corpo sem causar a este um dano simultâneo são objeto de direitos da personalidade e não direitos reais (AMARAL, 2003, p. 263).

O Código Civil brasileiro no artigo 13 estabelece que “salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. - Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial”. Citada lei é a Lei nº. 9.343, de 04 de fevereiro de 197, de Transplante de Órgãos.¹⁰

A mencionada lei, quanto ao âmbito material de sua aplicação, permite e disciplina a disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano, em vida ou após a morte, para fins de transplante e tratamento. Todavia, não se refere à transfusão de sangue, doação de espermatozoides e manipulação de óvulos.

Logo, é permitido à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou de transplantes (artigo 9º da Lei). Contudo, o parágrafo 3º do mesmo artigo, permite somente a doação de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não prejudique de nenhuma maneira o organismo doador e, ademais, deve atender à necessidade da pessoa receptora.

Ressalta-se que a doação, em vida, depende de autorização do doador, e deve ser realizada preferencialmente por escrito e diante de testemunhas. Ademais, o ato de disposição a respeito do destino do próprio corpo ou de parte dele pode revestir a forma testamentária e pode ser revogada a qualquer tempo.

A disposição deve ser gratuita visto que visa a coibir a venda ilegal de órgãos, tecidos ou partes do corpo, e utilizados somente com fins terapêuticos.

O caput artigo 14 do Código Civil prevê que “é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte”.

Nesse diapasão, a Lei nº. 9.434/97 disciplina ainda, nos artigos 3º ao 8º, acerca da disposição post mortem do próprio corpo. Esses dispositivos explicam que o fim da vida ocorre com a morte encefálica, e que apenas após a sua comprovação, verificada e registrada por dois médicos habilitados, é que o transplante pode se tornar possível.

Assim sendo, se o indivíduo pode dispor do próprio corpo para fins de doação de órgão, até mesmo enquanto vivo, poderá também fazê-lo em todo momento, inclusive quando se faz necessária a antecipação do parto no caso de risco para a gestante.

¹⁰ A Lei de Transplante de Órgãos sofreu alterações determinadas pela Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001

Conclui-se, dessarte, que o indivíduo tem a faculdade de dispor do próprio corpo, seja enquanto vivo, seja por vontade post mortem. Entretanto, deve-se sempre resguardar a dignidade da pessoa humana.

Direito à integridade moral

Integram a vida humana não apenas elementos de ordem material, mas também, valores imateriais, como os morais. “Nesse sentido, a Constituição Federal realçou o valor da moral individual, tornando-a um bem indenizável (artigo 5º, V e X).” (SILVA, 2005, p. 201).

Desse modo, o direito à integridade moral consiste na proteção da honra da pessoa, do bom nome, da imagem e da liberdade.

Analisando-se de modo breve cada um destes elementos, tem-se que honra é a boa reputação do indivíduo, “é o conjunto de predicados que lhe conferem consideração social e estima própria.” (AMARAL, 2003, p. 268). Por esse motivo, é tutelada pelo Direito Penal contra a calúnia, difamação e injúria.

Igualmente é considerado direito da personalidade o bom nome que diz respeito ao direito do indivíduo ao nascer ser agraciado com um nome que o identifique perante os demais membros da sociedade, distinguindo-o dos demais.

Por sua vez, o direito à imagem traduz o “direito que a pessoa tem de não ver divulgado seu retrato sem sua autorização, salvo nos casos de notoriedade ou exigência de ordem pública.” (AMARAL, 2003, p. 269). O artigo 20 do Código Civil¹¹ prevê a possibilidade de indenização por danos sofridos quando do uso indevido da

imagem.

Não obstante, vale ressaltar por ora que liberdade é o poder de ação das pessoas sem qualquer interferência do Estado ou de outras pessoas, “demonstra a ausência de impedimentos.” (AMARAL, 2003, p. 268).

Em suma, a liberdade, inerente a todo e qualquer ser humano, é o poder de ação das pessoas sem qualquer interferência do Estado ou de outros indivíduos. Pode ser desmembrada em vários ramos, como, por exemplo, direito à liberdade de pensamento, de ir e vir, de associação, à liberdade de idéia, à liberdade de ação etc.

Princípios constitucionais

Princípio encerra em si a idéia de caminho a ser seguido, o objetivo a ser alcançado pelo Estado. Geralmente, serve de fundamento e gênese das regras e por isso entende-se que são superiores a elas. As regras, por conseguinte, devem ser interpretadas conforme os princípios.

Para Paulo Bonavides (1996, p. 259-260) os princípios:

[...] são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. [...] A importância vital que os princípios assumem para os ordenamentos jurídicos torna-se cada vez mais evidente, sobretudo se lhes examinarmos a função e presença no corpo das Constituições contemporâneas, onde aparecem como os pontos axiológicos de mais alto destaque e prestígio com que fundamentar na Hermenêutica dos tribunais a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Como base da estrutura do Estado, bem como por serem considerados fundamentos constitucionais positivados nos mais diversos

¹¹ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

artigos, os princípios “funcionam como critério de interpretação e integração das normas, pois são eles que dão coerência geral ao sistema.” (SILVA, 2005, p. 96).

É essa a importância dos princípios no ordenamento jurídico brasileiro e de todos os outros do mundo. Busca-se sempre interpretar a norma conforme os princípios anteriores a ela, depreendidos da sociedade, e por tal motivo, por ela aceitos e respeitados.

Daí a importância de abordar, neste trabalho, alguns princípios relacionados ao tema do feto anencefálico. Princípios estes que visam tratar e respeitar a pessoa humana da melhor forma possível, tanto pelo Estado como de um indivíduo pelo outro.

Princípio da dignidade da pessoa humana

Por ser consagrada como valor constitucional supremo, a dignidade se impõe como referência aos demais valores proclamados na Carta Magna, devendo ser considerada e analisada como alicerce de todo o Estado e, portanto, de todas as sentenças emitidas por juízes e tribunais sobre qualquer matéria.

A dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado brasileiro, encontra previsão na Lei Maior, em seu artigo 1º, inciso III. Ela é o “valor supremo que irá informar a criação, interpretação e aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo o sistema de direitos fundamentais.” (NOVELINO, 2008, p. 205).

Considerada atributo exclusivo da pessoa humana, a dignidade se vincula de forma indissociável com os direitos fundamentais, “constituindo um dos postulados no qual se assenta o direito constitucional contemporâneo.” (ALBANO, 2004, p. 122).

Uma das conseqüências da consagração

da dignidade da pessoa humana no texto constitucional é o reconhecimento de que a pessoa não é simplesmente um reflexo da ordem jurídica, mas, ao contrário, deve constituir o seu objetivo supremo, sendo que na relação entre o indivíduo e o Estado deve haver sempre uma presunção a favor do ser humano e de sua personalidade, vez que o Estado existe para o homem e não o homem para o Estado (NOVELINO, 2008, p. 206-207).

Ao mesmo tempo, por ser inerente ao próprio indivíduo, e conseqüentemente à própria sociedade, é um conceito que permanentemente evolui e se aprimora.

A promoção e a preservação da dignidade incumbem tanto aos poderes públicos como à coletividade (sociedade), estendendo-se esta proteção tanto aos nascituros como àqueles que já falecidos.

No que tange aos entes públicos, a estes lhes foi dado, por meio da imposição do poder constituinte, o dever de proteger, observar e promover os meios necessários para alcançar condições mínimas e indispensáveis a uma vida digna e ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Explica o professor Marcelo Novelino (2008, p. 207-208) o significado de cada um desses verbos.

Observar significa que os poderes públicos não poderão realizar atividades prejudiciais à dignidade (“obrigação de abstenção”); proteger implica uma ação positiva por parte desses poderes no sentido de defender a dignidade contra qualquer espécie de violação, sendo que esta ação positiva não consiste em uma proteção em face da necessidade material, mas sim uma intervenção frente a atuação de terceiros que possam violá-la; e, promover consiste em proporcionar – aqui sim, através de prestações materiais positivas – os meios indispensáveis para que todos tenham acesso às condições necessárias para uma vida digna.

Por conseguinte, a “dignidade da pessoa humana é um atributo que todo ser humano possui, independentemente de sua origem, sexo, idade, condição social ou qualquer outro requisito.” (NOVELINO, 2008, p. 210-211).

Sendo esta a idéia aduzida no artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas (ONU, 2009): “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade de direito. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Acertou Arnaldo Rizzardo, ex-desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao afirmar que “todo ser humano, recém-nascido ou adulto, são ou enfermo, com funções biológicas ou insuficientes, deve ser respeitado em sua vida e dignidade.” (apud BECCARI, 2005).

Vale aqui mencionar a visão kantiana. Segundo Immanuel Kant (1992, p. 68) todo ser humano, independentemente de qual seja, é igualmente digno de respeito. Para este estudioso, o princípio da dignidade da pessoa humana se resume na afirmativa de que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, não como um meio, limitando-se deste modo o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

Como bem resume a Pós Doutora Martha Asuncion Enriquez Prado (1992, p. 13), “a dignidade da pessoa humana é o direito por excelência, reconhecido pelo ordenamento jurídico das nações livres e soberanas, que levam em conta o respeito e a consideração ao indivíduo.”

Como visto, o princípio da dignidade da pessoa humana rege todos os outros valores, normas e princípios constitucionais, e está intimamente relacionado à idéia de autonomia da vontade e da legalidade, as quais serão adiante abordadas.

Princípios da legalidade e da autonomia da vontade

O princípio da legalidade, no Brasil está consagrado no artigo 5º, II, da Constituição Federal e dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É princípio basilar do Estado Democrático de Direito, visto que tem sua essência fundamentada na Lei Maior. Não obstante, apesar da submissão dos cidadãos à lei, essa deve almejar a liberdade, a igualdade e a justiça buscando equiparar as condições das mais diversas classes sociais existentes no país.

Dessarte, o princípio da legalidade tem como escopo limitar o poder do Estado impedindo sua utilização de forma arbitrária.

“É nesse sentido que se deve entender a assertiva de que o Estado, ou o Poder Público, ou os administradores não podem exigir qualquer ação, nem impor qualquer abstenção, nem mandar tampouco, proibir nada aos administrados, senão em virtude de lei.” (SILVA, 2005, p. 420).

Por sua vez, o princípio da autonomia da vontade, inspirado no Código francês, relaciona-se ao direito à liberdade (direito de autodeterminação que deve ser assegurado a cada pessoa) e pode ser visto com dupla acepção. A primeira, em relação aos particulares, diz respeito à liberdade de contratar entre as partes, assim, se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a autodeterminação de adotá-la ou não.

De outro turno, entende-se que a autonomia em sua aplicação ao Poder Público implica a este a faculdade de agir por imposição ou autorização legal. Vale ressaltar a necessidade de que os entes federados cumpram as regras estabelecidas na Constituição Federal, respeitando sempre a dignidade da pessoa humana. É, portanto, um poder limitado e circunscrito no qual se assenta o equilíbrio da Federação.

Princípio da inviolabilidade do direito à liberdade

Com previsão no caput do artigo 5º da Carta Maior a inviolabilidade do direito à liberdade, no Brasil, estende-se a todos, independentemente de sexo, idade, religião e até mesmo nacionalidade. Ademais, está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no artigo 3º, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” - e, como expressão negativa no artigo 4º - “ninguém será mantido em escravidão ou servidão, a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

Conceituar liberdade não é uma tarefa fácil, visto que ela é uma qualidade inerente ao ser humano desde o surgimento dele. “Consiste na possibilidade de organização de forma consciente dos meios necessários à realização e efetivação da felicidade pessoal.” (SILVA, 2005, p. 233).

A democracia, por garantir os direitos fundamentais do indivíduo, é o regime no qual a liberdade resta melhor representada. Quanto mais o processo de democratização avança mais, o homem liberta-se dos entraves criados à sua liberdade.

Como acima explicado, o direito de liberdade relaciona-se ao princípio da legalidade o qual estabelece que não sendo impedidos por lei, todos os seres têm o direito de fazer ou não aquilo que bem entenderem, na esfera de sua autonomia privada.

“Desde que a lei, que obrigue a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja legítima, isto é, provenha de um legislativo formado mediante

consentimento popular e seja formada segundo processo estabelecido em constituição emanada também da soberania do povo, a liberdade não será prejudicada.” (SILVA, 2005, p. 236).

A liberdade individual, ou como denominada por José Afonso da Silva, liberdade da pessoa física, foi a primeira conquistada pelo homem. É idéia contrária ao estado de escravidão e de prisão. Salienta o autor que qualquer causa que restrinja a liberdade de locomoção do homem é um tipo de violação à sua liberdade, inclusive a doença.

Esse autor define, então, liberdade da pessoa física como “a possibilidade jurídica que se reconhece a todas as pessoas de serem senhoras de sua própria vontade e de locomoverem-se desembaraçadamente dentro do território nacional.”¹² (SILVA, 2005, p. 237).

É o chamado livre-arbítrio, aquilo que o homem tem para si, significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo (liberdade interna); “vale dizer é o poder de escolha, de opção, entre fins contrários”. (SILVA, 2005, p. 231)

Nesse sentido direciona o estudo da Professora Martha Asuncion Enriquez Prado (1992, p. 21):

A liberdade pessoal significa a liberdade que toda pessoa tem de cumprir a lei, de pensar, dizer o que quer e ir onde queira sem contrariar a lei, sem que ninguém o impeça [...]. Em contrapartida, o Estado deverá dispor dos meios legítimos e necessários para proteger as pessoas e a si mesmo contra aqueles que violam a lei. Somente quando estes direitos e deveres são respeitados atinge-se um equilíbrio que constitui a salvaguarda da liberdade.

¹² A Professora Martha Asuncion Enriquez Prado (1992, p. 22) ressalta ainda que se o homem pode realizar tudo aquilo de que é capaz e que não esteja proibido ou limitado por uma norma legal, se torna credor de que os demais não perturbem o exercício de sua liberdade.

Ressalta ,ainda, que “o ideal de pessoa livre não significa que esteja isenta de algumas restrições e responsabilidades perante os outros cidadãos e a sociedade em geral.” (PRADO, 1992, p. 22) Portanto, ao cometer ato ilícito pode e deve ser punido aquele que o cometeu, desde que comprovado tal fato pelo devido processo legal.

No estado democrático, a liberdade se externa das mais diferentes formas, tais como, liberdade de associação, locomoção, pensamento, representação, comunicação (informação), religiosa, de expressão (artística, intelectual e científica), para citar algumas.

Dentre muitas outras, a liberdade de a pessoa dispor do próprio corpo centra este estudo, por entender a sua importância e a conseqüente responsabilidade das decisões tomadas por cada um, no âmbito do livre-arbítrio.

Anencefalia

Breves considerações

O tema em debate, leva à análise do entendimento de alguns doutrinadores que conceituam a anencefalia da seguinte forma:

No informativo do Instituto de Bioética, Direito Humanos e Gênero – ANIS (2004, p. 85) a doença é conceituada assim:

Anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não fechou e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face.

Na obra Fundamentos de Embriologia Humana, Luiz Carlos Junqueira e Douglas Zago (1972, p. 185) explicam anencefalia

As anomalias do cérebro, menos freqüentes que as da medula, são causadas por um fechamento anormal do tubo neural ou por defeitos que atingem apenas a histogênese.

O não fechamento da porção cranial do tubo neural resulta em anencefalia, uma condição na qual o tecido nervoso fica exposto na superfície.

Desse modo, tem-se que a anencefalia

[...] é um defeito da formação do sistema nervoso fetal que ocorre entre o 23º e o 26º dia de gestação. Os bebês com estes problemas nascem sem a maior porção do cérebro. O tecido cerebral restante geralmente fica exposto, sem a proteção do crânio ou de pele. Por esta razão, a criança geralmente nasce cega, surda e sem consciência e não sobrevive mais que algumas horas – no máximo morre em poucos dias. (SAIBA..., 2004).

Em suma, é uma má-formação fetal congênita por fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto deixa de apresentar os hemisférios cerebrais e o córtex, existindo no tronco cefálico apenas o resíduo.

Também conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, o qual é: “[...] responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e medula espinhal.” (DINIZ; RIBEIRO, 2004, p. 101-102).

Entretanto, a causa da anencefalia é desconhecida, embora sustente a medicina que exista uma relação entre a doença e a dieta da mãe, que deve ser rica em ácido fólico. Um tipo de vitamina B, utilizada não somente para prevenir a anencefalia, mas também, outros problemas congênitos ligados à má-formação do sistema nervoso do embrião.

O exame mais eficiente pelo qual se pode diagnosticar com grande fidelidade a anencefalia fetal é denominado ecografia. Segundo Débora

Diniz (2005, p. 333), “a imagem obtida é cada vez mais fiel ao feto propriamente dito, o que torna seu diagnóstico inequívoco durante o pré-natal”.

Algumas estimativas apontam para uma incidência de até 8 casos a cada 10 mil nascidos. Nos Estados Unidos, até 2.000 bebês nascem com anencefalia a cada ano (GOMES, 2008).

Na maioria dos casos, aproximadamente 65% dos fetos anencéfalos morrem no período intra-uterino. Os nascidos vivos morrem logo após o parto, e não há relatos de longa sobrevivência de recém-nascidos com este tipo de má-formação. (DINIZ; RIBEIRO, 2004, p. 102)

Segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país do mundo em partos de fetos anencéfalos. Esse alto índice deve-se, principalmente, à legislação que restringe o direito de escolha das mulheres em proceder com a interrupção da gravidez. Em países onde a legislação autoriza que a gestante escolha pelo aborto ou pela antecipação do parto, a incidência é menor.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54

Não obstante a importância da matéria, um caso apenas chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF), a mais alta Corte do país, em 2004.

O processo foi um pedido de habeas corpus em defesa de Gabriela de Oliveira Cordeiro, uma moça de 19 anos, residente em Teresópolis, interior do estado do Rio de Janeiro. Gabriela vinha de uma peregrinação judicial de quatro meses à espera de uma autorização para antecipar o parto de um feto com anencefalia (PARANHOS; DINIZ, 2004, p. 11).

Esse caso, após muitas complicações, demora por parte do Poder Judiciário e a utilização errônea de alguns instrumentos de proteção dos direitos tanto do feto como de sua mãe, chegou ao Supremo Tribunal Federal e foi colocado em pauta no dia 4 de março de 2005, sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa. Contudo, ocorreu a perda do objeto, visto

que o parto e morte do bebê ocorreram no dia 28 de fevereiro do mês antecedente. A criança, chamada de Maria Vida, sobreviveu por somente 7 minutos. No momento no qual ocorria a discussão do caso no plenário, foram apresentados aos Ministros os documentos que comprovavam a morte da bebê.

Mesmo assim, a despeito da perda do objeto, dois ministros transformaram seus votos em pronunciamentos a favor do direito de Gabriela de escolher pela antecipação do parto. Além do relator, Ministro Joaquim Barbosa, o Ministro Celso de Mello fez questão de assentar a história de Gabriela num contexto mais amplo de direitos reprodutivos das mulheres no Brasil. (DINIZ, 2004, p. 28)

Em decorrência desse episódio, foi realizada no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, sob a coordenação do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS) e da Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero (THEMIS), uma reunião com a finalidade de analisar o desfecho do caso Gabriela e o contexto do problema da antecipação do parto de anencéfalos no país.

Nesse encontro, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro, Daniel Sarmento, sugeriu o instrumento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) como forma de levar novamente o problema da anencefalia ao STF, e, dessa vez, para obter uma tutela que agasalhe a todos aqueles que dela necessitem.

Conforme explica Débora Diniz (2004, p. 29):

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instrumento previsto pela Constituição de 1988, porém somente regulamentado por lei complementar em 1999 (Lei 9.882), que prevê a possibilidade de apresentação de demandas diretamente da sociedade para o Supremo Tribunal Federal. Isso significa que em situações em que se detectam descumprimentos de princípios fundamentais, em que não há outra maneira de se resolver a situação senão com uma medida urgente, cabe a apresentação de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.¹³

Assim, a ADPF, à qual foi atribuída o número 54, foi elaborada por Luís Roberto Barroso. O pedido foi baseado nos princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autotomia da vontade, bem como no direito à saúde. O pleito da ação não é complexo, mas requer a garantia de que os profissionais da área da saúde possam ajudar às mulheres que desejam antecipar o parto sem incorrer em risco de processos penais, e, após o diagnóstico da anencefalia do feto, o pleito para que as mulheres tenham a faculdade de determinar qual a melhor decisão para suas vidas.

Foi requerido um pedido liminar, o qual foi concedido em 01 de julho de 2004 e alcançou extensa repercussão na sociedade brasileira. Esse fato ocorreu porque a liminar encerrava eficácia erga omnes e continha dois efeitos: o primeiro deles visava a sobrestar processos e decisões não transitadas em julgado relativos a prática do delito de aborto, em razão da anencefalia; o segundo, pretendia conceder à gestante o direito de ela optar em se submeter à operação de antecipação do parto (desde que a anomalia fosse comprovada com aludo médico) ou continuar gerando o seu filho.

Entretanto, após a concessão da liminar, o Procurador Geral da República, suscitou questão de ordem sobre a inadequabilidade da ADPF para a

finalidade objetivada. No julgamento dessa questão, o Ministro Marco Aurélio manifestou-se pela admissibilidade da via, mas o julgamento da ação foi interrompido em virtude do pedido de vista do Ministro Carlos Brito.

Nessa ocasião, a liminar concedida foi objeto de discussão, sendo que o Pleno do STF decidiu revogá-la no que concerne ao seu segundo fundamento (o direito da mulher de optar pela interrupção da gestação de feto anencéfalo), mas mantê-la em relação ao seu primeiro efeito. Atualmente, a ADPF encontra-se suspensa e aguarda julgamento.

Alguns doutrinadores como, Luiz Flávio Gomes apontam para uma decisão favorável, possibilitando à gestante optar ou não pela interrupção da gravidez. (GOMES, 2009).

Aborto

Considerações gerais

Por meio de estudos, verificou-se que o ato de abortar é milenar, existente desde os primórdios da Humanidade, e, durante longo tempo, não foi previsto como delito. Alguns povos apenas limitavam-se a tecer considerações de cunho religioso e moral acerca do tema.

A palavra aborto tem sua “origem no latim *ab ortu* cujo significado é a privação do nascimento”. (CROCE; CROCE JUNIOR, 1998, p. 439)

O aborto, conceitualmente, é a interrupção da gravidez. A Medicina Fetal, todavia, declara que o termo correto seria abortamento - conjunto de meios e manobras empregados com o fito de interromper a gravidez (CROCE; CROCE JUNIOR, 1998, p. 439).

¹³ Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se destinarem a fins comerciais.

O aborto sempre esteve presente na história do direito, por ser uma prática comum em todos os povos e épocas, embora não tenha sido incriminado por várias legislações, sendo inclusive considerado, em certo período, assunto estritamente familiar, que podia repercutir no direito privado, e, em outro, severamente castigado com a pena capital, não faltando, ainda, estas em que foi punido brandamente (DINIZ, 2006, p. 38).

Como crime, “o aborto surge pela primeira vez na Constitutio Bamberguensis de 1507 e na Constitutio Criminalis Carolina de 1532, as quais distinguiam entre a morte do feto animado e inanimado, punindo a primeira com a pena capital e a segunda com um castigo aplicado segundo o arbítrio dos peritos versados em direito.” (DINIZ, 2004, p. 39).

No Brasil, o Código Penal do Império de 1830 - no capítulo contra a segurança das pessoas e das vidas - enquadrava o aborto como delito, apenas quando executado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante. Porém, quando realizado pela própria grávida, o aborto era atípico.

“Em 1980, no Código Penal da República, o aborto só era punido quando praticado por terceiros, se, com ou sem a aprovação da gestante, dele resultasse a morte desta. O auto-aborto, embora tipificado, tinha sua pena atenuada se exercido com o fim de ocultar desonra própria.” (PRADO, 2007, p. 109).

Atualmente, o aborto é incriminado por grande parte das legislações¹⁴. No caso do Brasil, o crime de aborto está previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal de 1940.

Nos dias atuais, de maneira geral, existem duas orientações diversas. A primeira propugna a descriminalização total ou parcial do aborto, mas a segunda visa mantê-lo como crime.

Cabe aqui citar as palavras de José Afonso da

Silva (2005, p. 203) quanto às tendências adotadas pelo Constituição Federal no que diz respeito ao tema do aborto:

É outro tema controvertido, que a Constituição não enfrentou diretamente. Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto. Mas esta não saiu inteiramente vencedora, porque a Constituição parece inadmitir o abortamento.

Por fim, para que se caracterize o crime de aborto, segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 41), é necessária a caracterização de algumas condições:

a) gravidez,

[...] período que abrange a fecundação do óvulo, com a constituição do ovo, até o começo do processo de parto, devendo ser sua existência devidamente comprovada pelos meios legais, sendo que meros indícios não terão o condão de suprir a falta de prova, nem mesmo a confissão da gestante;

b) dolo¹⁵, ou seja, a intenção livre e consciente de interromper a gravidez, provocando a morte do feto (dolo direto), ou, apenas, de assumir o risco do resultado que pode ser previsto (dolo eventual);

c) emprego de técnicas abortivas idôneas, as quais irão produzir o efeito desejado;

d) morte do concepto no ventre materno ou após a sua expulsão, causada mediante o emprego de técnicas abortivas. “Neste caso, deve existir a comprovação do nexos causal para que se tenha aborto, não exigindo para tanto que o feto seja viável.” (DINIZ, 2006, p. 41-43).

¹⁴ A nível internacional, o aborto começou a ser legalizado na Dinamarca em 1973 e, a partir daí, foi aprovado em quase todos os países europeus. Portugal e Holanda foram os dois últimos países a ter sua legalização aprovada em 1984. Hoje o aborto na Europa só é proibido em três países: Irlanda, Malta e Bélgica. (VERARDO, 1987, p. 84)

Algumas espécies de aborto positivadas no ordenamento jurídico brasileiro e a discussão da legalização ou não do aborto por anomalia fetal, ou anencefalia são temas polêmicos que merecem atenção.

Espécies de aborto

Primeiramente, em relação à causa que o provocar, o aborto pode ser classificado em espontâneo - interrupção natural da gravidez - ou provocado - quando existir a interrupção deliberada da gestação pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem o consentimento daquela.

Considerado como provocado, o aborto pode ser criminoso ou legal (permitido), todos previstos no Código Penal nos artigos 124 a 128. É considerado criminoso nos casos dos artigos 124 a 127, enquanto o artigo 128 cuida dos tipos legalmente permitidos.

Aborto acidental, com obriedade, não configura crime algum. Por sua vez, o aborto criminoso, segundo Maria Helena Diniz (2006, p. 40-41),

[...] constitui um delito contra a vida, consiste na intencional interrupção da gestação, proibida legalmente, pouco importando o período da evolução fetal em que se efetiva e a pessoa que o pratica, desde que haja morte do produto da concepção, seguida ou não de sua expulsão do ventre materno.

Dessa maneira, a doutrina classifica em quatro o número de espécies de aborto, as quais serão aqui brevemente analisadas e compreendidas, pois não configuram o objetivo deste estudo.

Auto-aborto

Previsto na primeira parte do artigo 124 do Código Penal (“provocar aborto em si mesma”), o auto-aborto é aquele praticado pela própria gestante em si mesma, intencionalmente, mesmo que auxiliada ou instigada por outra pessoa. Nesse

tipo de crime, a autora assume o risco por executar o delito.

Aborto provocado por terceiro

Disciplinado nos artigos 125 e 126 do Codex supra aludido, o aborto provocado por terceiro pode ser sem o consentimento da gestante ou com o consentimento dela.

Em se tratando do primeiro caso, “O aborto reputa-se praticado sem o consentimento, quer quando a gestante tenha se mostrado – por palavras ou atos – contrária ao aborto, quer quando desconhecia a própria gravidez por processo abortivo em curso.” (PRADO, 2007, p. 119).

Nessa modalidade, também chamada de aborto sofrido, o agente pode empregar a força física, a ameaça ou a fraude para a realização da manobra abortiva.

O aborto provocado com o consentimento da gestante ocorre quando consente que outrem provoque o aborto em si própria, sendo indispensável a validade do consentimento da mulher grávida para a configuração do crime de aborto consentido.

Ressalta-se que, para a caracterização deste tipo, é imprescindível o consentimento inequívoco da gestante do início ao fim da conduta. Este consenso poderá ser manifestado verbalmente ou de acordo com a própria conduta da gestante. “Logo, caso a mulher venha expressar sua desistência e o terceiro mesmo assim prosseguir este cometerá o crime previsto no artigo 125 e não o aborto consentido.” (DINIZ, 2006, p. 45).

O ordenamento jurídico brasileiro submete o aborto provocado por terceiro à qualificação, conforme aduz o artigo 127 do Código Penal. Alguns doutrinadores denominam esta espécie de aborto preterintencional ou preterdoloso, ou ainda, aborto qualificado pelo resultado. Dessarte, se em

¹⁵ No caso de crime de aborto, inexistente a figura delituosa do aborto culposo.

decorrência das manobras abortivas efetuadas restarem à mulher lesões corporais de natureza grave, a sanção (dos artigos 125 e 126 CP) será aumentada em até um terço. E, caso o desfecho da situação for a morte da gestante, a pena será duplicada.

Aborto necessário

O primeiro tipo de aborto permitido é o necessário, “denominado por alguns de aborto terapêutico, consiste na intervenção cirúrgica realizada com o propósito de salvar a vida da gestante.” (PRADO, 2007, p. 122)

Sua previsão legal encontra-se no artigo 128, inciso I, do Código Penal, justificado pelo estado de necessidade, excludente da ilicitude, quando não existir outro meio para afastar o risco de morte da gestante. Para tanto, é dispensável o consentimento dela e a cirurgia pode ocorrer ainda que a grávida ou seu representante legal se oponham ao aborto. Contudo, esse deve ser o último recurso utilizado para salvar a vida da gestante.

Cuida-se aqui de um conflito de interesses entre a vida materna e a do feto ou embrião, devendo prevalecer aquela ao invés desta, por entender a vida da gestante como de maior relevância social, do que a do feto que carrega no ventre.

O caso de abortamento acima é permitido quando a gravidez desenvolve-se nas trompas (gravidez ectópica ou tubária), ademais.

[...] são indicados para mulheres portadoras de doenças renais e vasculares, como a glomerulonefrite e a hipertensão, insuficiências respiratórias graves provocadas por tuberculose ou asma crônica, várias tipos de cardiopatias, diabetes, homeopatias como a leucemia e a doença de Hodgkin, e algumas modalidades de câncer, principalmente de colo de útero, cujo risco para a mulher que engravida é imediato (VERARDO, 1987, p. 24).

Entretanto, na atualidade, este tipo de abortamento torna-se cada vez mais raro, ante a evolução da ciência médica, e do desenvolvimento de técnicas para resguardar a vida de mãe e salvar a vida do bebê.

Aborto sentimental

Esta modalidade de abortamento está previsto no artigo 128, inciso II, do Código Penal, sendo a segunda espécie de aborto permitido, e praticado no caso de gravidez resultante de estupro, devendo ser precedido do consentimento da gestante ou de quem a represente legalmente.

Por estarem previstos na lei penal, tanto o aborto sentimental como o necessário não necessitam de autorização judiciária para sua execução¹⁶.

O aborto sentimental, humanitário, piedoso ou ainda moral, é efetuado por médico especialista. Envolve um “sentimento de repulsa da gestante pelo filho de seu algoz ou estuprador acima do direito à vida do nascituro.” (DINIZ, 2006, p. 66).

Este aborto, que como explica Luiz Regis Prado (2007, p. 123) significa o “reconhecimento claro do direito da mulher a uma maternidade consciente”.

Nessa espécie, imperioso se faz o consentimento da gestante, visto que é ele que caracteriza a licitude da intervenção cirúrgica (para o médico caracteriza-se como exercício regular de um direito – art. 23, III, CP).

Quanto ao tipo: “[...] é norma não-incriminadora excepcional. Dessa forma, não é possível sua aplicação por analogia para abranger casos em que a gravidez seja decorrente de outro delito sexual (v.g., art. 214, CP – atentado violento ao pudor), mesmo que em benefício do réu.” (PRADO, 2007, p. 125).

Uma vez verificadas as hipóteses legais de aborto, a seguinte análise foca o direito da mulher para interromper ou não sua gravidez quando diagnosticado que, em seu ventre, carrega um embrião portador de uma malformação congênita irreversível, denominada de anomalia.

Antecipação do parto em caso de anencefalia fetal e o direito atual brasileiro

Do item precedente infere-se que o ordenamento jurídico brasileiro, especificadamente a lei penal, legaliza dois tipos de aborto: o necessário e o sentimental.

Entretanto, é omissa quanto ao aborto de feto com grave anomalia que impossibilite a vida extra-uterina. Ressalta-se que o feto anencefálico, ou seja, quando sofre de uma má-formação incompatível com a vida (defeito patológico), não existe a possibilidade de, mesmo com o decurso do tempo, haver recuperação. O feto anencéfalo, uma vez neste estado, não o deixa de ser.

O tema é de suma importância, porque atinge à sociedade como um todo e não apenas às mulheres que sofrem com a angústia de gerar um feto anencefálico.

Foi em razão da agonia que passam as gestantes e da dúvida que recai sobre os médicos em proceder ou não a retirada do feto do ventre materno, que a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº. 54), que está para ser julgada na Suprema Corte do país.

Há discussão na doutrina e na jurisprudência acerca da morte cerebral do embrião. Alguns doutrinadores,

dentre eles Luiz Regis Prado, acentuam que por não existir, em virtude da anomalia, parte importante do cérebro fetal, não haveria que se falar em morte cerebral¹⁷.

Por outro lado, há quem entenda que o fato de não existir a função cerebral é determinante para a caracterização da morte cerebral, fundamento este utilizado, inclusive, para a doação de órgãos do anencefálico.

Não obstante, essas duas correntes entendem que para a existência do crime de aborto é necessário um feto saudável, com potencialidade plena de nascer e transformar-se em uma pessoa. Portanto, o feto portador por má-formação incompatível com a vida não causa suporte fático do crime de aborto.

Destarte, explica Luiz Regis Prado (2007, p. 127-128),

[...] a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia não tipifica, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um desvalor de situação ou de estado que ingressa no âmbito do risco permitido, atuando como excludente do desvalor da ação.

Nessa linha, o grande penalista Nelson Hungria, apoiava a não tipificação do crime de aborto no caso.

O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta com um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há como falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto (HUNGRIA, 1980, p. 207-208).

¹⁶ Neste sentido decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal: EMENTA. Apelação criminal. Conhecimento. Pedido de autorização judicial para realização de aborto ético, humanitário ou sentimental. Não se conhece do pedido em vez que é desnecessária autorização judicial para que o médico o pratique. Cabe aos médicos decidirem, de acordo com as condições reguladas pelo Conselho de Medicina, tendo em vista o art. 128 do Código Penal. (Apelação Criminal nº APR-661083/DF, acórdão nº 31494, j. 20/02/1984, DJU 20/09/1984 Pág. 1, Relator Des. Lúcio Arantes).

¹⁷ Assim explicita o jurista: “Portanto, não é de aplicação do critério morte cerebral (whole brain criterion) ao feto anencéfalo, que não tem cérebro. Nos casos de anencefalia, o critério mais adequado – da morte neocortical (high brain criterion) – confere ênfase aos aspectos relacionados à existência da consciência, afetividade e comunicação, em detrimento do aspecto biológico da vida.” (PRADO, 2007, p. 127).

A posição de Hungria não significa que o feto não fosse merecedor de tutela penal, mas apenas que o deixou de ser, em razão da não existência de expectativa de vida.

Por outro lado, a doutrina especializada entende que o correto não seria empregar o termo aborto de feto anencefálico e sim antecipação terapêutica do parto. Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro (2004, p. 139) optaram por essa denominação ante a atipicidade da antecipação do parto, e também, por apresentar uma garantia à saúde mental da mulher, bem como à saúde física e à vida. No mesmo sentido, o presente estudo entende que a designação correta a ser utilizada é antecipação do parto.

Antecipação do parto de feto anencefálico à luz dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais

A justificativa para antecipar o parto de feto anencefálico encerra muita polêmica nas mais diversas esferas, no entanto, trata-se de uma questão de grande importância que deve ser discutida e analisada no âmbito jurídico.

Atualmente, em países como os Estados Unidos, oito em cada dez mil bebês nascidos padecem de anencefalia. Algumas gestantes ao descobrirem que o filho que carrega em seu ventre poderá não chegar a nascer (morte intra-uterina) ou, caso nasça, não chegará a viver mais do que algumas horas preferem proceder a retirada do feto.

Desse modo, procuram a justiça do Poder Judiciário esperando por uma decisão favorável que possa por fim a sua angústia e sofrimento. Contudo, essas ações são motivo de divergência entre os aplicadores do Direito, visto que não existe uma posição jurídica ampla e plenamente aceita ou que possa ser acatada pelos magistrados em geral. Portanto, é necessário que

o ordenamento pátrio estabeleça uma direção, um caminho a ser adotado nestes casos.

Na procura de uma resposta a esta questão e baseando-se em um caso, Luis Roberto Barroso buscou autorização judicial para o procedimento médico ajuizando perante o Supremo Tribunal Federal - em representação da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - a Arguição de Desconstituição de Preceito Fundamental nº. 54.

O pedido da ADPF visa a garantir que os profissionais de saúde possam socorrer as mulheres que desejem o aborto, ou procurem antecipar o parto sem incorrer em risco de processos penais; por outro lado, que as mulheres possam escolher qual a melhor decisão, após o diagnóstico de anencefalia do feto.

Os preceitos fundamentais suscitados em defesa da gestante foram os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como o direito à saúde.

Ressalta-se que a ADPF, assim como este trabalho, não enfrentou o tema do início da vida. Apenas pautou-se na idéia do que é vida para o Direito, isto é, o conceito de vida juridicamente tutelável. Do mesmo modo, não adentrou em questionamentos religiosos.

Nesse sentido, tem-se que o conceito jurídico-penal de vida deve ser isento de conveniência moral, religiosa e emocional. Vida, para o direito penal, “é um bem jurídico integrante da personalidade, sujeito à tutela penal. Sendo que essa tutela é prestada com base nos mesmos padrões estabelecidos para a proteção de todos os demais bens jurídico-penais.” (DINIZ; RIBEIRO, 2004, p. 96).

Desse modo, o embrião desde a sua concepção até o momento em que se constatou e comprovou clinicamente a anomalia era merecedor da tutela penal pelo pressuposto da existência de vida. Contudo, a partir do instante em que foi comprovada a anencefalia e, portanto, a impossibilidade de vida, deixou de ser amparado pelo artigo 124 do Código Penal.

Este entendimento fundamenta-se na idéia de morte encefálica prevista no artigo 3º da Lei nº. 9.437 de 1997, momento considerado como o fim da vida¹⁸.

Desse modo, não há que se falar em aborto¹⁹, e sim, em antecipação terapêutica do parto, já que a morte do feto anencéfalo não decorre da interrupção de gravidez (não há expectativa de vida para este embrião), mas, sim, da própria impossibilidade de vida extra-uterina do feto proveniente de sua malformação congênita. Resta, destarte, segundo a visão acima exposta, atípica a conduta da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Ademais, deve-se ter em mente os riscos que uma gravidez desse tipo poderá causar à saúde e integridade física e moral da gestante.

Isto porque, normalmente a anencefalia causa transtornos ao feto, os quais se refletem na mãe. Além da probabilidade de morte intra-uterina ser elevada. Fato que, também, é prejudicial tanto à saúde da mãe como a sua integridade física. Direitos estes que devem ser respeitados e resguardados, visto que tutelados na seara dos direitos da personalidade. Vale ressaltar ainda que quando da morte do embrião, eleva-se o risco de morte da mulher.

Afirma Luis Roberto Barroso (2004) na ADPF que “[...] a antecipação do parto em hipótese

de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde.”

Aplica-se aqui o mesmo entendimento dado ao aborto sentimental decorrente de estupro. “Neste caso, o legislador, ao isentar de pena este tipo de aborto, selou um compromisso com a saúde física e com a incolumidade psíquica da mulher, que, tendo sido vítima de violência sexual, estaria sujeita a todas as possibilidades de distúrbios mentais, variando da neurastenia à depressão e ao estado puerperal.” (DINIZ; RIBEIRO, 2004, p. 111).

Para alguns, dentre eles Débora Diniz, equiparar-se à tortura o fato da gestante ser obrigada a carregar em seu ventre embrião anencéfalo.

Tortura é considerado todo ato pelo qual são infligidos a uma pessoa sofrimentos físicos ou mentais com qualquer fim. Nenhuma mulher deseja a morte precoce de seu futuro filho. A experiência da tortura foi descrita pelas mulheres que, impedidas de antecipar o parto após o diagnóstico, se viam forçadas a manter a gestação até o final, arriscando suas próprias vidas (PARANHOS; DINIZ, 2004, p. 84).

Desse modo, não se pode forçar uma mulher a carregar em seu ventre um feto que não tem possibilidade de vida fora do útero e que, poderá causar graves problemas a sua saúde física. Cabe considerar também, como desrespeito causado à integridade moral, pois fere a liberdade, ou seja, a autonomia de escolha da gestante de levar a gravidez ao fim.

É importante ressaltar que, agasalhada no direito de liberdade e a autonomia de vontade, bem como pelo poder inerente que cada um tem de dispor do

¹⁸O Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, em consulta respondida pelo Conselheiro Pedro Pablo de Magalhães Chacel, equiparou a situação do feto anencéfalo a uma situação de não-vida: “A morte é perda da função. Neste caso, não ouve porque esta função nunca existiu. Se não podemos falar em morte cerebral, podemos falar em não-vida-cerebral”. (BRASIL, Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, Consulta nº 0055/97, relator Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel, Brasília, 28 de julho de 1997)

¹⁹Contudo, foi necessário abordar o tema no presente estudo a fim de poder traçar diferenças entre o aborto e a antecipação do parto.

próprio corpo, nenhuma mulher pode ser obrigada a antecipar o parto após o diagnóstico da anencefalia no feto, de maneira que, em sendo legalizada, essa prática não poderá mais ser forçada a manter a gestação de risco.

A realização do procedimento trata-se, portanto, de uma faculdade da gestante e não é obrigatório que a ele se submeta. Esse é o posicionamento, preconizado pela ADPF - incumbe a cada indivíduo determinar o que é melhor para si (livre-arbítrio). Não se trata de uma obrigação imposta pela lei, mas sim, de uma faculdade que o Estado concederia às gestantes com diagnóstico de feto anencefálico. Assim, só poderia ser realizada a antecipação do parto se a genitora assim aquiescesse e, se esta grave anomalia fosse detectada indubitavelmente por perícia médica²⁰.

Há quem entenda que a grávida possa levar a gestação até o fim, visando à doação de órgãos do bebê. Não obstante, esta deve ser uma decisão da mãe, e apenas dela, visto tratar-se de sua saúde, liberdade e autonomia. Da mesma forma, cabe a ela sopesar o destino do seu filho, pois não se pode obrigar a gestante a continuar gerando um filho com a única e exclusiva finalidade de doação de seus órgãos.

Do mesmo modo, associa-se aqui o princípio da legalidade (artigo 5º, II, CF) que contém em si as idéias de liberdade e autonomia. Segundo Luis Roberto Barroso (na peça inicial da ADPF), “se a lei não proíbe determinado comportamento ou se a lei não o impõe, têm as pessoas a auto-determinação de adotá-lo ou não”.

Por fim, vale destacar que caso não seja legalizada a antecipação do parto o Estado desrespeitaria um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, CF).

Como fundamento do Estado democrático de

direito a dignidade da pessoa humana é um intrincado de valores, direitos e princípios, como os acima citados. Desse modo, enquanto a autorização da antecipação do parto não se concretiza, as diretrizes do princípio da dignidade da pessoa humana estão sendo feridas.

Cabe ainda mencionar o pensamento preconizado por Kant que o homem deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio. Desta maneira, não se pode condenar a mãe a um sofrimento excessivo que não levará à cura ou nem mesmo a melhora do feto com anomalia cerebral.

Ademais, por afetar um dos fundamentos do Estado brasileiro, essa discussão, segundo Débora Diniz (2004, p. 16), “cabe a todos os cidadãos, sendo que a legislação deve refletir a diversidade moral existente no país e não apenas estar fundada no entendimento e crenças de alguns poucos”.

Estudos da acima mencionada autora dão conta que das nações com cadeira na Organização das Nações Unidas, 94 permitem o aborto de fetos com ausência parcial ou total do cérebro. É o caso de países como Austrália, Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Canadá, África do Sul, França e de mais 87 países, inclusive aqueles majoritariamente católicos, como México, Portugal e Itália.

No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso cita, na ADPF, seis países²¹ que preconizam a legalização do aborto nos casos de anencefalia, explicando seu procedimento em cada um deles.

Nessa senda, é preciso citar a decisão da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) quanto à matéria em pauta. O Conselho Federal da OAB, composto por 81 advogados, decidiu considerar por maioria de votos que a interrupção da gravidez de feto anencefálico não é considerada prática abortiva (OAB, 2009).

²⁰ Há quem defenda que para a realização da antecipação do parto é necessário que a anencefalia fetal seja comprovada e registrada por no mínimo dois laudos médicos, a fim de se evitar erro médico e, também, o desvirtuamento da própria idéia de antecipação do parto nestes casos (PACHECO, 2009).

²¹ Estados Unidos, Canadá, Portugal, França e Alemanha.

Por derradeiro, salienta-se que a posição aqui defendida não é em favor de qualquer tipo de aborto, defende-se apenas o caso de antecipação terapêutica do parto de fetos inviáveis, ou seja, aqueles diagnosticados com anencefalia e cuja anomalia é irreversível, sem cura.

Por mais relevante que seja a proteção da vida do feto, a partir do momento em que se sabe que essa vida não será viável, não se pode eliminar todos os direitos fundamentais da gestante, permitindo que passe por sofrimentos excessivos, os quais não condizem com a proteção da vida, da dignidade, da integridade física e da saúde.

Conclusão

É inegável a discussão que o tema em análise suscita, isso porque não envolve apenas razões jurídicas, como também, abarca questões de ordem moral, ética, religiosa dentre outras.

Entretanto, como restou demonstrado, no caso concreto de um feto com anencefalia comprovada deve-se priorizar a vida da mãe. Isso não significa que a gestante não possa fazer sua escolha, pelo contrário, cabe a ela decidir antecipar o parto ou não – e caso queira levar a gestação até o fim, não poderá ser impedida.

Desse modo, o que se busca é que os direitos e princípios resguardados pelo Direito venham a proteger a gestante, e conseqüentemente, a decisão de antecipar o parto. Direitos e princípios estes que dizem respeito à dignidade, à saúde, à liberdade, à faculdade de dispor do próprio corpo, à autonomia da vontade, implícitos no bem supremo que é a vida.

Em face do exposto, entende-se estar correto e imbuído de fortes fundamentos o pedido protocolizado junto ao Supremo Tribunal Federal, pelo advogado Luis Roberto Barroso, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54, requerendo a legalização da antecipação do parto nos casos de anencefalia fetal.

Nesse contexto, tendo em vista as recentes decisões daquela Corte com cunho um pouco mais liberal, em especial a que decidiu favoravelmente acerca da aplicação da terapia gênica em células germinativas humanas, espera-se que o mesmo aconteça com relação à antecipação do feto anencefálico.

Tentou-se demonstrar neste estudo que o ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos do embrião desde a sua concepção, tanto no âmbito do direito civil como no direito penal. Todavia, a partir do momento em que se diagnostica uma anomalia que não faz gerar expectativa de vida do bebê fora do útero materno - como é o caso da anencefalia fetal - o Direito deixa de proteger os valores atribuídos ao feto e passa a estimar os valores fundamentais da mãe. Assim sendo, os direitos inerentes à gestante se sobressaltam e sua vida passa a ser considerada como de maior estima do que a do embrião, visto que inserida no meio social, e ante a inviabilidade de sobrevivência fetal.

Por fim, vale ressaltar, que não se defende neste trabalho o aborto em qualquer situação, mas sim, a *antecipação do parto* nos casos específicos de gestação de feto anencefálico, e, ainda assim, com o consentimento materno.

Referências

- ALBANO, Lilian Maria José. *Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos*. São Paulo: Atheneu, 2004.
- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- BECCARI, Daniela Cristina Dias. *Bioética e biodireito: respeitando o direito à vida e à dignidade da pessoa humana*. Revista da ABESO, v. 5, n. 24, dez. 2005. Disponível em: <http://www.abeso.org.br/revista/revista24/direito_vida.htm>. Acesso em: 13 mar. 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- BRASIL. *Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal*. Consulta nº 0055/97, relator Conselheiro Pedro Pablo Magalhães Chacel, Brasília, 28 de julho de 1997.

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 mar. 2009.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 1.
- CROCE, Delton; CROCE JUNIOR, Delton. *Manual de medicina legal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DINIZ, Débora. *Admirável nova genética: bioética e sociedade*. Brasília: UNB, 2005.
- _____. *Anencefalia e o supremo tribunal federal*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: continua a insegurança jurídica*. 2009. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2009.
- GOMES, Luiz Flávio. *Aborto anencefálico: direito não é religião*. Jus Navigandi, Teresina, v. 13, n. 1908, set. 2008. Disponível em: <<http://www.lfg.com.br>>. Acesso em: 18 abr. 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.
- HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. v. 5.
- INSTITUTO DE BIOÉTICA, DIREITO HUMANOS E GÊNERO – ANIS. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília, out. 2004. Disponível em: <www.anis.org.br/Arquivos/Textos/pluralidade_final.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2010.
- JUNQUEIRA, Luiz Carlos; ZAGO, Douglas. *Fundamentos da embriologia humana*. São Paulo: Guanabara Koogan, 1972.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Rio de Janeiro: Ed. 70, 1992.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 19 mar. 2009.
- NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.
- OAB: *interrupção de gestação de anencefálico não é aborto*. Disponível em: <http://ghente.org/doc_juridicos/parecerer_oab_anencefalo.htm>. Acesso em: 19 mar. 2009.
- PACHECO, Eliana Descovi. *O aborto anencefálico à luz do ordenamento jurídico atual*. Disponível em: <<http://aborto-anencefalico-ordenamento-juridico/aborto-anencefalico-ordenamento-juridico.shtml>>. Acesso em: 23 mar. 2009.
- PARANHOS, Fabiana; DINIZ, Débora. *Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade*. Brasília, ANIS, 2004.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições de direito civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte especial*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. Art. 121-183.
- PRADO, Martha Asuncion Enriquez. *Aspectos jurídicos da inseminação artificial*. 1992. Tese (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.
- SAIBA mais sobre a anencefalia. Folha Online, São Paulo, 1 jul. 2004. Cotidiano. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u96383.shtml>>. Acesso em: 19 mar. 2009.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- VERARDO, Maria Tereza. *Aborto: um direito ou um crime?* São Paulo: Moderna, 1987.

