

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
CURSO DE DIREITO**

DANIELE KIVEL

DIREITO À VIDA E O ABORTO DE ANENCÉFALOS

**CURITIBA
2005**

DANIELE KIVEL

DIREITO À VIDA E O ABORTO DE ANENCÉFALOS

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de bacharel em Direito,
Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof. Maria da Glória Colucci.

**CURITIBA
2005**

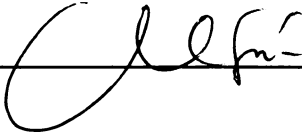
TERMO DE APROVAÇÃO

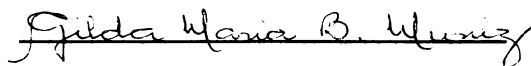
DANIELE KIVEL

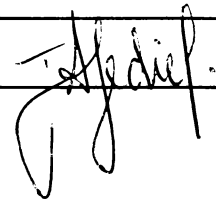
DIREITO À VIDA E O ABORTO DE ANENCÉFALOS

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: Professora Maria da Glória Colucci







Curitiba, 26 de setembro de 2005

DEDICATÓRIA

A todas as mães, especialmente à
minha.

AGRADECIMENTOS

À Professora Maria da Glória Colucci, por todos os grandiosos ensinamentos, que foram muito além da orientação neste trabalho.

Aos meus familiares e amigos, pela compreensão e apoio.

À todos que, de alguma forma, colaboraram para a conclusão desta monografia.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| RESUMO | ix |
| 1 INTRODUÇÃO | 1 |
| 2. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 4 |
| 2.1 NOÇÃO | 4 |
| 2.2 CONCEITO | 5 |
| 2.3 DENOMINAÇÕES | 6 |
| 2.4 CARACTERÍSTICAS | 8 |
| 2.5 EVOLUÇÃO HISTÓRICA | 9 |
| 2.5.1 As gerações de direitos fundamentais | 9 |
| 2.5.2 Origens mais remotas | 10 |
| 2.5.3 Idade Moderna | 12 |
| 2.5.4 Visão atual | 14 |
| 2.6 DIREITO BRASILEIRO | 17 |
| 2.6.1 As Constituições brasileiras | 17 |
| 2.6.2 A Constituição Federal de 1988 | 18 |
| 3. DIREITO À VIDA | 21 |
| 3.1 NOÇÃO | 21 |
| 3.2 CONCEITO | 22 |
| 3.2.1 Vida biológica | 24 |
| 3.2.2 Vida filosófica | 26 |
| 3.2.3 Vida sociológica | 27 |
| 3.2.4 Vida ética | 29 |
| 3.2.5 Vida e meio-ambiente | 31 |
| 3.3 VIDA E SOBREVIDA | 33 |
| 3.4 CONDIÇÕES | 36 |
| 3.5 VALOR DA VIDA HUMANA | 38 |
| 3.6 VIDA HUMANA E SUA RELAÇÃO COM A BIOÉTICA E O BIODIREITO: A QUESTÃO DO INÍCIO DA VIDA | 42 |
| 3.7 NATUREZA JURÍDICA DA VIDA | 46 |
| 4. ABORTO DE ANENCÉFALOS | 51 |
| 4.1 ABORTO: ASPECTOS GERAIS | 51 |
| 4.1.1 Noção | 51 |
| 4.1.2 Conceito | 54 |
| 4.1.3 Espécies | 55 |
| 4.1.4 O direito positivo brasileiro | 56 |
| 4.1.5 O Código Penal | 57 |
| 4.1.6 Liberação ou não? | 63 |
| 4.2 ABORTO DE ANENCÉFALOS | 67 |
| 4.2.1 Aborto e interrupção da gravidez | 67 |
| 4.2.2 Anencelafia: noção | 68 |
| 4.2.3 Risco para a vida da mãe | 71 |
| 4.2.4 Tipificação | 72 |

| | |
|---|-----------|
| 4.2.5 Argumentos favoráveis e contrários..... | 74 |
| 4.2.6 Interpretação dos Tribunais..... | 81 |
| 5. CONCLUSÃO | 85 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 88 |

RESUMO

Este estudo abrange o direito à vida e o aborto de anencéfalos, enfocando os aspectos jurídicos e sociais indissoluvelmente ligados ao tema, também envolvendo a análise do direito à vida, em toda a sua multiplicidade de aspectos, bem como o estudo do aborto, sua evolução histórica e regulamentação pela legislação. Trata-se de discussão que tem gerado polêmica nas mais variadas áreas do conhecimento, e cuja importância é inegável, uma vez que, atualmente, a gestante que traz em seu útero um feto anencéfalo não pode sequer optar pela continuação ou não dessa gestação. Envolve a apreciação dos direitos fundamentais, cujo reconhecimento, como é sabido, dependeu de muita luta e sofrimento. Demonstra-se a necessidade de se entender a luta dos que defendem a possibilidade de interrupção da gestação de anencéfalos como uma luta pela liberdade de escolha da gestante, bem como se pretende demonstrar que o Direito, enquanto ciência social, estará sempre exigindo dos seus intérpretes um raciocínio que acompanhe a evolução da sociedade.

Direitos Fundamentais. Direito à Vida. Aborto. Anencefalia.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa o estudo da possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo à luz dos direitos fundamentais, especialmente no que se refere ao direito fundamental à vida e seus desdobramentos, além de englobar a análise do aborto e seus aspectos históricos e legais.

Consiste a anencefalia na malformação congênita do sistema nervoso central em que o encéfalo não se desenvolve e a calota craniana está ausente, ficando exposta a mal desenvolvida massa cerebral. Estão presentes na hipótese, portanto, apenas fragmentos cerebrais, verificando-se a inviabilidade do feto, que só tem condições de manter algumas das suas funções vitais, como batimentos cardíacos, enquanto ligado à mãe.

A interrupção da gravidez de feto em tais condições, até o momento da conclusão deste trabalho, não é permitida no Brasil.

A temática aqui tratada envolve diversos aspectos, dentre os quais se destaca a questão social, as desigualdades e a discriminação observada relativamente ao tema.

Já era esta a opinião do médico Thomaz Rafael GOLLOP no ano de 1994, quando afirmou que “o aborto no Brasil é uma questão de saúde pública e basta analisá-lo do prisma da medicina fetal para verificar que a legislação atual, ignorando a evolução do conhecimento científico e dos costumes sociais, pune injustamente as camadas mais pobres da população”.¹

O debate sobre o aborto, em qualquer hipótese, além de antigo e polêmico, está longe de chegar a um ponto final. Não há consenso, pois as opiniões sobre o assunto refletem valores éticos, religiosos, sociais, enfim, individuais.

Porém, a discussão evidencia uma guerra de forças em que a maior prejudicada, sempre, é a mulher que opta pela realização do aborto e não possui recursos financeiros para se dirigir a uma clínica especializada.

¹ GOLLOP, T. R. Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 134, p. 07, jan. 2004.

Não há como fechar os olhos e ignorar que no Brasil, anualmente, milhares de mulheres, carentes de recursos financeiros, se submetem à realização de abortos clandestinos em clínicas de fundo de quintal que não contam com as menores condições de higiene e profissionalismo, colocando em risco suas próprias vidas.

Enquanto isso, gestantes de maior poder aquisitivo podem tomar um avião e se dirigir a um país em que o aborto seja permitido, a fim de realizá-lo legalmente, bem como podem, simplesmente, praticá-lo em uma clínica particular, com toda a segurança e com um nível bem reduzido de riscos.

No entanto, não se pretende neste trabalho defender a legalização do aborto em qualquer hipótese. A finalidade do estudo feito é apenas a de chamar a atenção para o fato de que a sua realização, na prática, embora proibida criminalmente (salvo as hipóteses de permissão legal, que são gravidezes decorrentes de estupro ou quando a gestação causa risco à vida da mãe), acontece corriqueiramente, quer entre mulheres ricas, quer entre mulheres pobres, observando-se que, relativamente às últimas, os riscos a que se expõem são bem maiores.

Muito se tem discutido atualmente acerca da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Diariamente são vistas manchetes de jornais anunciando as mais variadas opiniões sobre o assunto, amparadas nos mais diversos fundamentos médicos, jurídicos, religiosos e infindáveis outros, ora se defendendo fervorosamente a sua possibilidade, ora se combatendo ferrenhamente tal hipótese.

Há quem defenda a interrupção da gestação acreditando tratar-se de conflito de bens jurídicos em que deve prevalecer o direito à dignidade da mulher em face do direito à vida do feto.

Outros defendem que não há que se falar em vida do feto, uma vez que este configura um natimorto cerebral, ou seja, a vida extra-uterina é inviável. Nesses casos, afirma-se que a interrupção da gestação nem sequer configura hipótese de aborto (cuja realização pressupõe a existência do bem jurídico vida do feto) tratando-se, simplesmente, de uma conduta atípica e, portanto, não passível de incriminação.

Por outro lado, os que se posicionam contrariamente à sua realização afirmam que o feto anencéfalo é um ser vivo e, portanto, encontra-se totalmente protegido pela

norma do artigo 5º da Constituição Federal, que enuncia a inviolabilidade do direito à vida, configurando crime a interrupção da sua gestação.

Há, ainda, opiniões no sentido de que, havendo conflito de direitos, deve prevalecer o direito à vida do feto sobre o direito à dignidade da mãe.

As experiências vividas por casais que tiveram filhos anencéfalos também não trazem opiniões coincidentes. O que se vê, na verdade, são posições radicalmente conflitantes.

Há casais que optaram por levar a gestação até o final e alegam que tal atitude não lhes causou dor em momento algum, já que sempre amaram o filho que, sabiam, nasceria morto.

Outros, em contrapartida, relatam ter passado por meses de sofrimento, tentando impedir que surgisse a afeição pelo feto que sairia do útero da mãe com destino certo ao cemitério.

O texto encontra-se estruturado em três capítulos, nos quais serão analisadas a questão dos direitos fundamentais, especialmente no que concerne ao direito à vida, nas suas mais variadas abordagens, a temática do aborto e, finalmente a questão da interrupção da gestação de anencéfalos.

No primeiro capítulo tratar-se-á dos direitos fundamentais, observando-se suas características e evolução histórica, culminando em sua atual configuração na Constituição Federal.

O segundo capítulo, por sua vez, traz a temática do direito à vida. Serão analisados os seus múltiplos aspectos, suas condições, termo inicial e natureza jurídica.

Finalmente, no terceiro capítulo, abordar-se-á a questão do aborto, seus aspectos histórico e legal, os inúmeros argumentos favoráveis e contrários à sua realização, bem como será estudada a possibilidade de interrupção da gestação quando se estiver diante de um feto anencéfalo.

Pretende-se aqui expor ambas as vertentes, favorável e contrária à interrupção da gravidez de anencéfalos, após o exame dos mais variados aspectos que se encontram indissolúvelmente ligados ao assunto, para que cada qual possa, pautado em suas próprias convicções, efetuar a sua tomada de posição.

Pois bem, a compreensão da dignidade suprema da pessoa humana e de seus direitos, no curso da História, tem sido, em grande parte, o fruto da dor física e do sofrimento moral. A cada grande surto de violência, os homens recuam, horrorizados, à vista da ignomínia que afinal se abre claramente diante de seus olhos; e o remorso pelas torturas, as mutilações em massa, os massacres coletivos e as explorações aviltantes faz nascer nas consciências, agora purificadas, a exigência de novas regras de uma vida mais digna para todos.²

2. Os direitos fundamentais

2.1 Noção

Fábio Konder COMPARATO justifica a criação e extensão a todos os povos dos chamados direitos humanos a partir da revelação de que todos os homens, ainda que consideradas as diversas desigualdades biológicas e culturais que os distinguem, merecem igual respeito, “como únicos entes no mundo capazes de amar, descobrir a verdade e criar a beleza”.³

Na lição de Alexandre de MORAES, os direitos humanos fundamentais cumprem a função de defesa, já que configuram limitações ao cidadão, quer relativamente aos demais cidadãos, quer em relação ao próprio Estado.⁴ Esclarece citado autor que a atual concepção de direitos humanos surgiu da fusão das mais variadas fontes, dentre as quais tradições arraigadas nas diversas civilizações e até mesmo a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural, sendo que tais idéias possuíam sua origem comum na necessidade de controle dos abusos de poder por parte do Estado, bem como na consagração, como princípios regentes do Estado Moderno, dos princípios da igualdade e da legalidade.⁵

² COMPARATO, F. K. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37.

³ *Ibid.*, p. 1.

⁴ MORAES, A. **Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 56.

⁵ MORAES, A. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 19-20.

José Joaquim Gomes CANOTILHO esclarece que esses direitos desempenham a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva:

... (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).⁶

Já Ingo Wolfgang SARLET frisa ser indissociável a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, acrescentando que em cada direito fundamental faz-se presente, ao menos em princípio, um conteúdo ou projecção da dignidade da pessoa, donde se conclui que o não reconhecimento, à pessoa humana, dos direitos fundamentais que lhe são inerentes corresponde à negativa da sua própria dignidade.⁷

No mesmo sentido, afirma Paulo Roberto SCHIER que os direitos fundamentais, fundados de certa maneira na noção de dignidade da pessoa humana, justificam a existência do Estado e de suas diversas formas de atuação, ou seja, defende não haver Estado Democrático de Direito desvinculado de uma justificação ética, identificada justamente nos direitos fundamentais.⁸

2.2 Conceito

José Afonso da SILVA, embora reconhecendo a dificuldade em definir um conceito sintético e preciso de direitos fundamentais, especialmente considerando as diversas nomenclaturas empregadas, identifica-os como direitos fundamentais do homem e justifica a sua fundamentalidade por se tratarem de “situações jurídicas sem

⁶ CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional**. 4 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989. p. 448-449.

⁷ SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001. p. 86-87.

⁸ SCHIER, P. R. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil**, Curitiba, v.2, n.2, p. 56, jan./jun. 2003.

as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”.⁹

Esclarece, também, serem direitos fundamentais do homem à medida que devem ser a todos os indivíduos concreta e materialmente efetivados.

Segundo Alexandre de MORAES, constituem os direitos fundamentais um “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.”¹⁰

Já Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior esclarecem que

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as dimensões.¹¹ Os direitos e garantias fundamentais constituem um amplo catálogo de dispositivos, onde estão reunidos os direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, os direitos políticos, os relativos à nacionalidade e os direitos sociais, dentre outros.¹²

2.3 Denominações

Observa-se que há uma grande variedade de nomenclaturas utilizadas pelos autores para fazer referência aos direitos em exame.

José Afonso da SILVA identifica as seguintes denominações: **direitos naturais**, utilizada em decorrência do entendimento de que se trata de direitos inerentes à natureza do homem, sendo que, todavia, atualmente se aceita a posição que defende configurarem, na verdade, direitos positivos, cujo fundamento e conteúdo se encontra nas relações materiais e sociais de cada momento histórico; **direitos humanos**, recusada em decorrência da constatação de não haver direito que não seja humano ou do homem; **direitos individuais**, trata-se de terminologia cada vez mais

⁹ SILVA, J. A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 175.

¹⁰ MORAES. **Direitos Humanos ...** p. 39.

¹¹ ARAÚJO, L. A. D.; NUNES JUNIOR, V. S. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 81.

¹² Ibid. p. 79.

refutada, justamente por relacionar-se ao individualismo, embora tal denominação seja utilizada para nomear um dos grupos de direitos fundamentais; **direitos públicos subjetivos**, também se trata de conceito proveniente do Estado Liberal, a indicar uma concepção individualista do homem, situação incompatível com a noção de direitos fundamentais; **liberdades fundamentais e liberdades públicas**, considerados, igualmente, conceitos insuficientes e limitativos, sendo a primeira expressão ainda mais restrita que a segunda, referindo-se apenas a algumas liberdades.¹³

Optou o autor pela expressão **direitos fundamentais do homem**, sendo que o adjetivo fundamental indica que se tratam de situações jurídicas imprescindíveis à sobrevivência do homem enquanto ser humano.

Alexandre de MORAES, por sua vez, adota a expressão **direitos humanos fundamentais** na obra que leva justamente esse nome.¹⁴

Já Luiz Alberto David ARAÚJO e Vidal Serrano NUNES JÚNIOR mencionam a existência das expressões **liberdades públicas, direitos humanos, direitos subjetivos públicos e direitos fundamentais**, tendo optado por esta última nomenclatura sob o argumento de que, pelo vocábulo **direito**, indica-se tanto a situação em que se pretende a defesa do cidadão perante o Estado, quanto os interesses jurídicos de caráter social, político ou difuso protegidos pela norma constitucional. Ainda, explicam que o adjetivo **fundamental** indica a imprescindibilidade de tais direitos à condição humana.¹⁵

Fábio Konder COMPARATO, no entanto, prefere a expressão **direitos humanos**, a significar o conjunto das instituições jurídicas de defesa da dignidade humana historicamente utilizadas contra a violência, o aviltamento, a exploração e a miséria.¹⁶

Há ainda autores que, como Marcelo Guimarães da ROCHA E SILVA, distinguem as expressões **direitos humanos** e **direitos fundamentais**, atribuindo

¹³ SILVA, op. cit., p. 176-179.

¹⁴ MORAES. **Direitos Humanos ...**

¹⁵ ARAÚJO; NUNES JUNIOR, op. cit., p. 79-80.

¹⁶ COMPARATO, op. cit., p. 01.

distinto significado a cada uma delas. Afirma o autor que por **direitos humanos** compreendem-se todos os direitos inerentes ao homem, como a dignidade humana.

Seriam os direitos “universais, indivisíveis, interdependentes, iguais, inalienáveis, imprescritíveis”.¹⁷

Já os **direitos fundamentais** configuram os direitos humanos positivados nas ordens jurídicas nacionais, ou seja, “a partir do momento em que direitos humanos ingressam no ordenamento jurídico de uma nação qualquer, eles passam a se chamar direitos fundamentais, estes sim dotados de aplicabilidade nos países individualmente considerados”.¹⁸

Enfim, dentre as várias denominações empregadas com a finalidade de indicar esse conjunto de mecanismos de defesa do cidadão, quer relativamente aos demais cidadãos, quer relativamente ao Estado, de maneira a proteger sempre a dignidade da pessoa humana, opta-se pela expressão **direitos fundamentais**, já que se trata inegavelmente de direitos, direitos estes conquistados historicamente pelo homem e cuja importância e imprescindibilidade devem ser colocadas fora de qualquer forma de discussão, motivo pelo qual se acredita, neste trabalho, ser mais conveniente qualificá-los com o adjetivo **fundamentais**.

2.4 Características

No que se refere às características dos direitos fundamentais, não há muita variação entre os autores pesquisados, podendo-se elencar, como principais, as seguintes:

a) imprescritibilidade, já que o decurso de prazo não impede o gozo desses direitos, podendo-se acrescentar que o exercício de boa parte deles ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica;

b) inalienabilidade, uma vez que não se admite a sua transferência, quer a título gratuito ou oneroso, pois não possuem conteúdo econômico-patrimonial;

¹⁷ ROCHA E SILVA, M. G. **Direitos Humanos no Brasil e no Mundo**. São Paulo: Editora Método, 2002. p. 36.

¹⁸ *Ibid.*, p. 37.

c) irrenunciabilidade, pois não podem ser objeto de renúncia, ainda que alguns deles possam até não ser exercidos;

d) inviolabilidade, ou seja, impossibilidade de desrespeito por determinações infraconstitucionais ou por atos das autoridades públicas, sob pena de responsabilização dos agentes;

e) universalidade, já que abrangem a todos os indivíduos, sem distinções;

f) efetividade, à medida que a atuação do Poder Público deve garantir a efetivação dos direitos e garantias previstos na norma constitucional;

g) interdependência em relação às várias previsões constitucionais que, apesar de autônomas, possuem as mais variadas interligações para que se possibilite o alcance das suas finalidades;

h) complementaridade, pois devem ser interpretados de forma conjunta, com a finalidade de alcance dos objetivos previstos pelo legislador constituinte e

i) historicidade, já que, como qualquer direito, nascem, modificam-se e desaparecem.

2.5 Evolução histórica

2.5.1 As gerações de direitos fundamentais

A doutrina tradicionalmente reconhece três fases pelas quais passou a evolução dos direitos fundamentais.

Na chamada primeira geração dos direitos fundamentais, identifica-se aquelas garantias que surgiram com a idéia de Estado de Direito, submisso a uma Constituição, ou seja, um Estado em que as funções do poder passam a ser atribuídas a órgãos distintos, de modo a evitar a concentração de poderes e o arbítrio de uma pessoa ou de um grupo de pessoas. Trata-se dos direitos de defesa do indivíduo perante o Estado, em regra integrados pelos direitos civis e políticos, dos quais são exemplos o direito à vida, à intimidade, à inviolabilidade do domicílio, etc. São também chamados de

liberdades públicas negativas ou **direitos negativos**, já que exigem do Estado um comportamento de omissão.

Já os direitos fundamentais da segunda geração representam uma evolução no sentido da proteção da dignidade humana, ou seja, busca da satisfação de necessidades mínimas, a fim de que tenha sentido a existência do homem. Dessa vez, o Estado, em vez de se abster, deve fazer-se presente de maneira a realizar tais prestações, materializadas através dos direitos sociais, econômicos e culturais, quer em sua perspectiva individual, quer em sua perspectiva coletiva. São, por isso, chamados de **direitos positivos**.

Os direitos fundamentais da terceira geração, finalmente, tem sua essência em sentimentos como a solidariedade e a fraternidade, enfocando um ser humano relacional, em conjunção com o próximo. São exemplos o direito à paz no mundo, ao desenvolvimento econômico dos países, à preservação do ambiente, do patrimônio comum da humanidade e o direito à comunicação.

Feita essa breve análise das gerações dos direitos fundamentais, passa-se ao exame mais detalhado da evolução desses direitos desde suas origens mais remotas até à configuração dos direitos fundamentais na atual Constituição Federal.

2.5.2 Origens mais remotas

Ensina José Afonso da SILVA que na sociedade primitiva os bens pertenciam a todos em conjunto, não existindo, portanto, nenhuma espécie de poder dominante. Preocupava-se o homem, apenas, em libertar-se da opressão do meio natural, o que fazia por meio das descobertas e invenções.

Ocorre que com o desenvolvimento do sistema de apropriação privada surge uma forma social de subordinação, caracterizada pela supremacia do titular da propriedade, especialmente a territorial. Assim, surge a escravidão sistemática e o Estado é chamado a desempenhar o papel de aparato necessário à sustentação desse sistema de dominação. Acrescenta o autor que no decorrer da evolução histórica foram sendo confeccionados alguns dos antecedentes formais das declarações de direitos,

tais como o veto do tribuno da plebe contra ações injustas dos patrícios em Roma e a lei de Valério Públicola, a proibir penas corporais contra cidadãos em certas situações, dentre outros.

Defende o autor em exame que apenas no bojo da Idade Média teriam surgido os antecedentes mais diretos das declarações de direitos, os quais contaram com a contribuição da teoria do direito natural, que condicionou o aparecimento do princípio das leis fundamentais do Reino, limitadoras do poder do monarca, assim como o conjunto de princípios que recebeu o nome de **humanismo**.¹⁹

Já Alexandre de Moraes identifica a origem dos direitos fundamentais no Antigo Egito e Mesopotâmia, por volta do terceiro milênio a.C., afirmando que já existia, a época, a previsão de mecanismos para a proteção individual relativamente ao Estado. Acrescenta ter sido talvez o Código de Hammurabi, datado de 1690 a.C., a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os indivíduos.

Afirma, ainda, que por volta de 500 a.C., através da propagação dos ideais de igualdade por Buda, surgiu a influência filosófico-religiosa nos direitos do homem, sendo que também na Grécia, posteriormente, realizaram-se estudos sobre a necessidade de igualdade e liberdade do ser humano.

Prossegue o autor enunciando ter o Direito Romano estabelecido um complexo de normas cuja finalidade era tutelar os direitos individuais em relação aos árbitros estatais, considerando, ainda, a Lei das Doze Tábuas, como a origem dos textos escritos consagradores da liberdade, propriedade e proteção dos direitos do cidadão.

Posteriormente, afirma o autor, teria o cristianismo e o ideal de igualdade entre todos os homens influenciado a consagração dos direitos fundamentais enquanto imprescindíveis à dignidade da pessoa humana, sendo que, mesmo durante a Idade Média, apesar da forte organização feudal e da relação de subordinação existente, vários documentos jurídicos foram editados, com a finalidade de frisar a existência de direitos humanos e de limitar o poder estatal.

Frisa o autor que os mais importantes antecedentes históricos das declarações de direitos fundamentais encontram-se, primeiramente, na Inglaterra, como a *Magna*

¹⁹ SILVA, op. cit., p. 149-151.

Charta Libertatum, que previa, dentre outras garantias, a liberdade da Igreja na Inglaterra, além de restrições tributárias e proporcionalidade entre delito e sanção, a *Petition of Right*, ao estabelecer que “nenhum homem livre ficasse sob prisão ou detido ilegalmente”, o *Habeas Corpus Act*, ao trazer a regulamentação desse instituto –o *habeas corpus*–, o *Bill of Rights*, que significou enorme restrição ao poder estatal, prevendo, dentre outros, a criação do direito de petição, as imunidades parlamentares e a vedação da aplicação de penas cruéis e o *Act of Settlement*, identificado como um ato normativo reafirmador do princípio da legalidade e da responsabilização política dos agentes públicos.²⁰

Posteriormente, com a Revolução dos Estados Unidos da América, surgem também documentos de imensa importância para a evolução dos direitos fundamentais, os quais serão analisados no tópico seguinte.

2.5.3 Idade Moderna

Ensina José Afonso da SILVA que apenas no século XVIII, com as revoluções americana e francesa é que surgiram as declarações de direitos no sentido moderno, sendo que a primeira delas foi a **Declaração de Direitos do Bom Povo de Virgínia**, datada de 12.01.1776, em que se identificam as bases dos direitos do homem, tais como igualdade entre os indivíduos, soberania popular, separação de poderes, direito de defesa, vedação de castigos cruéis, liberdade de imprensa, liberdade de religião e de crença, entre outros.

Também a **Declaração de Independência dos Estados Unidos da América**, produzida basicamente por Thomas Jefferson, teve como tema preponderante a limitação do poder estatal como tal.²¹

Alexandre de MORAES afirma que coube à França a consagração normativa dos direitos fundamentais, por meio da **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**, datada de 26.08.1789, a qual enunciava, dentre outros, o princípio da

²⁰ MORAES. *Direitos Humanos ...* p. 24-25.

²¹ SILVA, op. cit., p. 153-158.

igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, legalidade, reserva legal e anterioridade em matéria penal, presunção de inocência, liberdade religiosa e livre manifestação do pensamento.

As Declarações de direitos dos séculos XVIII e XIX voltaram-se basicamente para a garantia formal das liberdades, como princípio da democracia política ou burguesa, já que a burguesia que desencadeou a revolução liberal encontrava-se oprimida apenas politicamente, e não economicamente.

Uma maior efetivação dos direitos fundamentais só ocorreu durante o constitucionalismo liberal do século XX, podendo-se citar como exemplos a Constituição espanhola de 19.03.1812, a Constituição portuguesa de 23.09.1822, a Constituição belga de 07.02.1831 e a Declaração francesa de 1848, todas a consagrar extenso rol desses direitos.

Ocorre que com o desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operária evidenciou-se a insuficiência de tais garantias formais, de modo que o início do século XX trouxe constituições fortemente marcadas por preocupações sociais, como se percebe, por exemplo, pela Constituição mexicana de 31.01.1917, que garantiu direitos individuais com fortes tendências sociais, como, por exemplo, direitos trabalhistas; Constituição de Weimar de 11.08.1919 que, além de trazer expressamente previsto um amplo leque de direitos, demonstrou forte espírito de defesa dos direitos sociais; Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 17.01.1918, a qual aboliu o direito de propriedade privada, transformando todas as terras em propriedade nacional, para posteriormente serem entregues aos trabalhadores, igualmente; a primeira Constituição Soviética de 10.07.1918 e a Carta do Trabalho, editada pelo Estado fascista italiano em 21.04.1927, a qual trouxe grande avanço em relação aos direitos sociais dos trabalhadores, prevendo, dentre outros, a magistratura do trabalho, remuneração especial para o trabalho noturno, previsão de férias após um ano de trabalho ininterrupto, etc.

Com o propósito de desenvolver a redação de uma Declaração Universal dos Direitos do Homem, criou-se a Organização das Nações Unidas. A maior preocupação, no que concerne à Declaração Universal, foi a de saber como chegar, num mesmo

documento, a defender direitos individuais tradicionais e, ao mesmo tempo, destacar a importância dos novos direitos sociais.

A Declaração contém trinta artigos precedidos de um preâmbulo com sete considerandos, através dos quais se reconhece solenemente a dignidade da pessoa humana, o ideal democrático, a resistência à opressão e a concepção comum desses direitos.²²

Tal documento significou, nas palavras de Paulo BONAVIDES, a “convergência de anseios e esperanças”²³, já que representou uma espécie de “carta de alforria para os povos que a subscreveram, após a guerra de alforria dos anos 30 e 40”.²⁴

Ainda, esclarece Franco Montoro²⁵ que na base da Declaração Universal há um duplo reconhecimento; em primeiro lugar, há a aceitação de que acima das leis emanadas do poder dominante há uma lei maior, de natureza ética e válida universalmente, em segundo lugar, reconhece-se como fundamento dessa lei o respeito à dignidade da pessoa humana.

Todavia, uma vez que tal enunciação universal de direitos não dispõe de um aparato próprio que a faça valer, percebe-se que é freqüente o desrespeito às normas nela contidas.

Assim, tem-se procurado firmar diversos pactos e convenções internacionais, sob a fiscalização da ONU, justamente com a finalidade de assegurar a proteção dos direitos fundamentais em todas as regiões.

2.5.4 Visão atual

Franco MONTORO vê como um dos movimentos mais importantes da história contemporânea a exigência do respeito à dignidade da pessoa humana - em todas as

²² MORAES, **Direitos Humanos ...** p. 28-32.

²³ BONAVIDES, P. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 483.

²⁴ Id.

²⁵ MONTORO, F. Cultura dos Direitos Humanos. **Revista Literária de Direito**. p. 09-11, set./out. 1998.

suas dimensões e em todos os lugares - traduzida na luta universal pelos direitos fundamentais.²⁶

Observa-se que com o advento da 2ª Guerra Mundial, especialmente considerando-se as lastimáveis conseqüências produzidas, surgiu uma infinidade de acordos internacionais protetivos dos direitos da pessoa, os quais têm criado obrigações e responsabilidades para os Estados no tocante às pessoas sujeitas à sua jurisdição. Antes, a proteção ao homem estava mais ou menos restrita a legislação interna dos países.

Daí falar-se em Direito Internacional dos Direitos Humanos, significando o conjunto de regras que impõe aos Estados obrigações para com todas as pessoas humanas, e não apenas para com os estrangeiros ou nacionais.

Acredita-se que todos os indivíduos devem ter direitos, os quais devem ser respeitados e protegidos por todos os Estados, indiscriminadamente.

Valério de Oliveira MAZZUOLI esclarece que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o qual começou a aflorar e a solidificar-se a partir do surgimento da Organização das Nações Unidas, em 1945, e da aprovação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, emerge com princípios próprios, sendo que, além de apresentar hierarquia constitucional, "suas normas passam a ter a característica da expansividade decorrente da abertura tipológica de seus enunciados".²⁷

No mesmo sentido, destaca Marcelo Guimarães da ROCHA E SILVA que "a Declaração Universal dos Direitos do Homem abriu as portas para que surgissem novos instrumentos internacionais que visaram à proteção dos mais diversos direitos, todos inalienáveis, da pessoa humana, e que resultaram dos mais diversos cenários político-históricos".²⁸

A triste constatação a que se chega atualmente, todavia, é a de que tem sido cada vez mais crescente o desrespeito aos direitos fundamentais, fazendo-se

²⁶ MONTORO, art. cit., p. 08-11.

²⁷ MAZZUOLI, V. O. **Direitos Humanos & Relações Internacionais**. Campinas: Agá Júris, 2000, p. 94.

²⁸ ROCHA E SILVA, op. cit., p. 31-32.

necessária a busca, quer no direito nacional, quer no direito internacional, de eficazes soluções para o problema diário da violação desses direitos universalmente garantidos.

Observa-se que modernamente não mais se admite a igualização dos tratados internacionais protetivos dos direitos fundamentais com a legislação interna infraconstitucional do país, mas, sim, busca-se a equiparação dos compromissos internacionais às normas constantes da lei fundamental de cada Estado.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, §2º, prevê que os Tratados Internacionais ratificados pelo país passam automaticamente a incorporar nosso ordenamento, podendo-se concluir, também, que por configurarem normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, passam a ser cláusulas pétreas, não podendo ser suprimidos nem mesmo por emenda à Constituição, conforme se depreende da interpretação dos artigos 5º, §§ 1º e 2º e artigo 60, §4º, IV, da Constituição.

Além disso, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, incluiu o artigo 109 da Constituição Federal, o qual prevê o denominado incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal – a ser suscitado pelo Procurador - Geral da República junto ao Superior Tribunal de Justiça - no caso de descumprimento de obrigação decorrente de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte.

Acrescente-se que, em caso de conflito entre a norma recepcionada e a norma já existente no direito nacional, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, segundo o qual prevalecerá o valor mais benéfico ao homem no caso concreto.

Vive-se, portanto, uma época em que, uma vez consagrados e inquestionavelmente reconhecida a importância dos direitos fundamentais, admite-se o seu caráter universal, a exigir a colaboração internacional para que sejam efetivamente conferidos – e não apenas formalmente previstos- a todos os seres humanos.

2.6 Direito brasileiro

2.6.1 As Constituições brasileiras

Um extenso rol de direitos fundamentais já se encontrava previsto na Constituição Política do Império do Brasil, jurada na data de 25.03.1824, conforme leciona Alexandre de MORAES. Referida Carta já enunciava, nos 35 incisos do seu artigo 179, garantias como os princípios da igualdade e da legalidade, livre manifestação de pensamento, vedação da censura prévia, liberdade religiosa e de locomoção, inviolabilidade de domicílio, possibilidade de prisão apenas em flagrante delito ou mediante ordem da autoridade competente, fiança, reserva legal e anterioridade da lei penal, princípio do juiz natural, abolição dos açoites, da tortura e demais penas cruéis, direito de propriedade, inviolabilidade das correspondências e direito de petição.

A primeira Constituição da República, datada de 24.02.1891, também previu um rol de direitos fundamentais em seu artigo 72, sendo que podem ser citados, como novidades em relação à legislação existente, os direitos de reunião e associação, ampla defesa, abolição da pena de morte, reservadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra, *habeas-corpus* e instituição do Júri, dentre outros.

Em 16.07.1934, nova Constituição veio trazer, nos 38 incisos do seu artigo 113, a previsão de direitos tais quais a consagração do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, escusa de consciência, irretroatividade da lei penal, impossibilidade de concessão de extradição de estrangeiro em virtude de crimes políticos ou de opinião e impossibilidade absoluta de extradição de brasileiro, mandado de segurança, ação popular e assistência jurídica gratuita.

A Constituição de 10.11.1937 inovou ao elencar, nos 17 incisos de seu artigo 122, a impossibilidade de aplicação de penas perpétuas, maior possibilidade de aplicação da pena de morte e a criação de um tribunal especial com competência para o processo e julgamento dos crimes que atentarem contra a existência, a segurança e a integridade do Estado, a guarda e o emprego da economia popular.

Por sua vez, a Carta Constitucional de 18.09.1946 estabeleceu, em seu artigo 157, inúmeros direitos sociais relativos aos trabalhadores e empregados, além de ter previsto títulos específicos para a proteção à família, educação e cultura.

Também a Constituição Federal de 24.01.1967 trouxe um capítulo de direitos e garantias individuais e previu, em seu artigo 158, um rol de direitos sociais aos trabalhadores, visando à melhoria da sua condição social. Como novidades, podem ser citadas, dentre outras, a previsão do sigilo das comunicações telefônicas e telegráficas, a previsão de competência mínima para o Tribunal do Júri e o respeito à integridade física e moral do detento.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, não trouxe, segundo o autor em exame, nenhuma substancial alteração na enumeração dos direitos fundamentais.²⁹

2.6.2 A Constituição Federal de 1988

Ingo Wolfgang SARLET esclarece que a Carta Constitucional de 1988 inovou ao tratar, pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria referente aos direitos fundamentais com a relevância que lhe é devida, o que se evidencia já pela elaboração de um catálogo de direitos fundamentais, que foi resultado de um amplo processo de discussão somente possibilitado pela redemocratização do país após mais de vinte anos de ditadura militar. Além disso, abandonou-se a denominação **direitos e garantias individuais** utilizada pelas legislações anteriores, optando-se pela expressão **direitos e garantias fundamentais**.

Afirma o autor que três características atribuídas à Constituição de 1988 podem ser consideradas como extensivas ao título dos direitos fundamentais, quais sejam, caráter analítico, pluralismo e forte cunho programático e dirigente. Relativamente ao caráter analítico, observa-se que o título que trata dos direitos fundamentais contém, ao todo, sete artigos, seis parágrafos e cento e vinte e nove incisos, além dos dispositivos atinentes à matéria dispersos pelo texto, o que indica que o constituinte agiu com certa desconfiança em relação ao legislador infra-constitucional, além de demonstrar a sua

²⁹ MORAES, *Direitos Humanos ...* p. 32-34.

preocupação em salvaguardar uma série de reivindicações e conquistas contra uma possível supressão dos poderes constituídos. Já o pluralismo, no que concerne aos direitos fundamentais, pode ser identificado pela reunião de dispositivos reconhecendo uma grande quantidade de direitos sociais, porém ao lado dos clássicos e de diversos novos direitos de liberdade, políticos, dentre outros. O caráter programático e dirigente, por sua vez, embora mitigado no que concerne aos direitos fundamentais pelo disposto no artigo 5º, §1º (que prevê a aplicabilidade imediata das normas definidoras desses direitos), subsiste, já que há um grande número de disposições dependentes de regulamentação legislativa.³⁰

Os direitos fundamentais encontram-se positivados no início da Constituição, em seu Título II, que trata **dos direitos e garantias fundamentais**, logo após o Preâmbulo e os princípios fundamentais, o que indica que devem servir de parâmetro hermenêutico para toda a ordem constitucional. Também configura novidade a disposição dos direitos sociais dentre os direitos fundamentais, já que nas Constituições anteriores tais direitos encontravam-se regulados no capítulo referente à ordem econômica e social.

A matéria encontra-se subdividida em cinco capítulos, quais sejam:

I- Dos direitos e deveres individuais e coletivos

Correspondem àqueles diretamente ligados a noção de pessoa humana e sua personalidade, como, por exemplo, vida, dignidade, honra e liberdade, identificados no artigo 5º da Constituição de 1988.

II- Dos direitos sociais

Caracterizam-se como verdadeiras liberdades positivas, a serem obrigatoriamente observadas em um Estado Social de Direito. Visam à melhoria das condições de vida dos hipossuficientes, buscando a igualdade social. Estão consagrados a partir do artigo 6º da Constituição Federal.

III- Da nacionalidade

Deve a nacionalidade ser compreendida como o vínculo jurídico político que liga um indivíduo a determinado Estado, tornando-o um componente do povo deste

³⁰ SARLET, op. cit., p. 67-74.

Estado e capacitando-o a exigir proteção por parte deste Estado, bem como o sujeitando ao cumprimento dos deveres impostos.

IV- Dos partidos políticos

Trata-se do conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conferindo aos indivíduos os atributos da cidadania. Estão regulamentados no artigo 14 da Constituição Federal.

V- Da organização do Estado

Entendem-se os partidos políticos como instrumentos necessários e importantes para a preservação do Estado Democrático de Direito, por isso lhes é assegurada autonomia e plena liberdade de atuação, a fim de concretizar o sistema representativo.

Não se faz necessário o estudo aprofundado de cada um dos direitos previstos no título II da Constituição Federal, cabendo, por ora, uma análise mais aprofundada do direito fundamental à vida, o que se fará no capítulo seguinte.

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria aos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de um para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso?³¹

3. Direito à vida

3.1 Noção

A Constituição Federal assegurou o direito à vida, ou seja, proibiu a adoção de qualquer mecanismo que resulte na solução não espontânea do processo vital. Mas em que consiste, exatamente, esse direito?

Alexandre de MORAES identifica o direito à vida como o mais fundamental dentre todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício dos demais. Nesse sentido, deve-se entender o direito à vida não só enquanto direito de permanecer vivo, mas também como o direito a ter uma vida digna quanto à subsistência.³²

Não é diferente a lição de José Afonso da SILVA, para quem de nada serviria a previsão, pela Constituição Federal, de direitos fundamentais tais quais a igualdade, intimidade, liberdade e bem-estar se não houvesse a previsão, dentre tais direitos, do direito à vida humana, assim explicada pelo autor: “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”.³³

Segundo o autor, o direito à vida compreende o direito à existência, ou seja, direito de estar vivo, de lutar pela vida, de defendê-la, de permanecer vivo, de não ter o processo vital interrompido senão pela morte espontânea e inevitável; engloba,

³¹ CHAVES, A. **Direito à vida e ao próprio corpo**: Intersexualidade, transexualidade, transplantes. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986. p. 09.

³² MORAES, **Direitos Humanos ...** p. 87.

³³ SILVA, op. cit., p. 196.

também, o direito à integridade física, já que toda forma de agressão ao corpo humano significa um modo de agredir a vida que nele se realiza; relacionando-se, também, com o direito à integridade moral, sintetizada na honra da pessoa, em seu bom nome, em sua boa fama e reputação, uma vez que a vida humana não corresponde apenas a um conjunto de elementos materiais, integrando-a, outrossim, uma infinidade de valores imateriais, dentre os quais os morais.

Também Emerson Ike COAN, ao mencionar o princípio da inviolabilidade do direito à vida, considerando os bens integrantes da personalidade (físicos, psíquicos e morais), afirma ser tal princípio titular de uma posição de primazia, já que a vida corresponde ao bem maior ou supremo na esfera natural e jurídica, uma vez que a sua volta -e como consequência da sua existência- todos os demais direitos do ser humano gravitam.³⁴

Trata-se de direito irrenunciável que se manifesta desde a concepção até a morte, intransmissível, uma vez que não há possibilidade de mudança de titularidade, indisponível, já que não se trata de direito sobre a vida, mas sim de direito à vida, de caráter negativo, impondo-se pelo respeito que a todos se exige.

3.2 Conceito

Segundo Francisco AMARAL, “a vida humana é um dever constante que se reveste de especial valor, pelo que se considera um bem jurídico a proteger, nos limites de sua própria existência”.³⁵ E, ainda, nas palavras do mesmo autor, “vida humana é o estado em que se encontra um ser humano animado, normais ou anormais que sejam as suas condições físicas e psíquicas. Mais do que um estado, é o processo pelo qual um indivíduo nasce, cresce e morre. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos”.³⁶

³⁴ COAN, E. I. **Biodireito: Ciência da Vida, os novos desafios**. Organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

³⁵ AMARAL, F. Biodireito. **Jornal Trabalhista**, Brasília, v. 17, n. 798, p.7, fev. 2000.

³⁶ AMARAL, F. **Direito Civil: Introdução**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 260.

Assim se fixa a importância, inclusive, da demarcação de seus termos inicial e final, os quais marcam o início e o fim da personalidade, com repercussões nos direitos patrimoniais e extra-patrimoniais.

Nas palavras de Reinaldo Pereira e SILVA:

“Em termos jurídicos, direito da vida é o compromisso efetivo com a vida humana enquanto valor fundamental, tanto no plano hermenêutico quanto no plano político-legislativo. Se é verdade que a vida física, pela qual tem início a caminhada humana no mundo, não representa um bem supremo, ela é, sem dúvida alguma, um valor fundamental porque, dado seu caráter indisponível, garante o desenvolvimento dos demais valores que conferem dignidade à pessoa humana”.³⁷

Maria da Glória COLUCCI afirma que a vida resulta de uma inter-relação de todos os seres vivos, já que cada um cumpre seu papel na escala natural. Nesse sentido, a compreensão da vida humana pressupõe a visão do homem como parte integrante e ao mesmo tempo co-responsável pela preservação do ecossistema, pois “é a dialética da vida que determina o seu equilíbrio”.³⁸

Ainda, Maria de Fátima Freire de SÁ conceitua a vida como “um dos valores inerentes à pessoa humana. Sua origem permanece misteriosa: é da natureza. O máximo que se pode dizer é que há uma associação de elementos que a produzem, ou entender determinadas condições em que ela se produz. Certo é que, sem a vida, a pessoa humana não existe como tal”.³⁹

Pietro de Jesús Lora ALARCON esboça esse direito fundamental a partir das suas principais características, quais sejam, **historicidade**, uma vez que a Constituição Federal herda toda uma tradição protetora da vida humana, originada a partir de uma evolução histórica que considera a vida como bem anterior à construção positiva do direito; **originalidade**, já que tal direito revela seu conteúdo como valor supremo para o ser humano e, ao mesmo tempo, o constituinte, consagrando-o com esta posição na escala normativa, optou por considerá-lo como pedra angular, axiológica e lógica para a

³⁷ SILVA, R. P. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003. p. 103.

³⁸ COLUCCI, M. G. Dialética e equilíbrio da vida. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 24 out. 2004. *Direito e Justiça*.

³⁹ SÁ, M. F. F. de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 51.

compreensão de todo o sistema jurídico e, finalmente, **universalidade**, assim reconhecida pela Declaração universal dos direitos humanos, sendo que tal característica, todavia, que poderia ser considerada como a qualidade do viver a todos os seres humanos atribuída pela sua mera condição de existir, não pode ser encarada como de validade universal e absoluta, o que se denota, exemplificativamente, nos casos de aborto legal ou permitido.⁴⁰

Na procura de um sentido à expressão vida, é possível deparar-se com inúmeras formulações teóricas, provenientes dos mais variados ramos do conhecimento, já que todas as ciências referem-se, de alguma forma, à vida.

Serão destacados, a seguir, alguns desses conceitos.

3.2.1 Vida biológica

Conforme leciona Pietro de Jesús Lora ALARCON, a vida humana é a vida do corpo humano, sua existência como processo de atividade orgânica e de transformação permanente por que passa a pessoa, desde a concepção até a morte, nascendo, crescendo, reproduzindo-se, definhando e morrendo.

Colocam-se muitas questões a esse respeito, como, por exemplo, onde termina o que é vivo e onde começa o que é não vivo. Sabe-se que não há uma nítida linha de demarcação entre os seres animados e os seres inanimados e é por isso que os biólogos modernos têm trabalhado para uma caracterização cada vez mais precisa dos seres vivos, ou seja, tem tentado demonstrar, de maneira bem clara, quais elementos os identificam.

Assim, chegou-se a uma enumeração de constantes e verdadeiros elementos definidores e identificadores dos organismos vivos, os quais, todavia, não esgotam os conhecimentos da Biologia, quais sejam: elevado grau de organização química e estrutural específica, em formas e tamanhos herdados dos pais; realização de atividades metabólicas, ou seja, utilização de matérias do meio-ambiente para obtenção

⁴⁰ ALARCÓN, P. J. L. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 181-186.

e processamento de energia; realização de movimento, uma vez que todo indivíduo é dinâmico e reage às alterações do meio-ambiente; capacidade de crescimento, quer em volume, quer em extensão; função reprodutiva, entendida enquanto a capacidade de gerar descendentes; diferenciação, ou seja, o conjunto de alterações que ocorrem durante o crescimento de um organismo após a fertilização e, finalmente, a capacidade de adaptação, capacidade de explorar o meio-ambiente.

Prossegue o autor afirmando que a taxonomia é o ramo da biologia que se ocupa da análise classificatória dos seres vivos.

O atual sistema, desenvolvido por Karl Von Linnée, é o sistema binominal, pelo qual se classificam os seres segundo o gênero, o qual, por sua vez, representa um conjunto de espécies similares.

Assim, o conjunto dos gêneros institui uma família; já o conjunto das famílias compõe uma ordem; um conjunto de ordens, por sua vez, forma uma classe; o conjunto de classes constitui o filo e, finalmente, o conjunto de filos compõe o reino. Hoje são conhecidos quatro grandes reinos nos quais se agrupam todos os seres vivos.

Uma noção biológica da vida ou uma tentativa de demarcação do sentido biológico da vida humana, portanto, deve partir do estudo taxonômico ilustrado pelo sistema binominal de Linnée, a considerar o ser humano como cada um dos indivíduos da espécie *homo sapiens*, do gênero *homo*, única existente hoje em dia da família dos *hominidae*, da ordem dos *primatas*, da classe dos *mammália*, do filo dos *chordata* e do reino *metazoa*.

Como traços que distinguem o ser humano dos demais mamíferos superiores, citem-se, dentre outros, a postura vertical, com pés e mãos de funções diferenciadas, o volume do cérebro, o uso da linguagem articulada, o uso da inteligência e o comportamento grupal. Por tais diferenciadores é que o ser humano é considerado, dentre os demais seres da diversidade biológica, a espécie animal que apresenta maior complexidade na escala de evolução.⁴¹

⁴¹ ALARCON, op. cit., p. 29-35.

3.2.2 Vida filosófica

Pressupõe uma abordagem da vida como valor supremo, objeto da concepção do mundo.

Segundo Maria da Glória COLUCCI, foram os gregos, por volta do século VI a.C., que iniciaram as primeiras indagações acerca da origem da vida, procurando identificar o elemento primordial (*arché*) que teria gerado o Cosmos, a *physis* e os seres e coisas que o constituem.

Pietro de Jesus Lora ALARCON ensina que, sob o ponto de vista filosófico, deve-se fixar, como característica do ser vivo, a sua capacidade de realizar uma atividade que parte de si mesmo e tende ao seu próprio aperfeiçoamento. A vida é entendida como a capacidade de ação imanente.

O salto qualitativo e quantitativo do fenômeno vida está, portanto, na capacidade real de um ser de ser causa e fim da própria ação.

Na vida vegetativa, essa ação imanente tem uma tríplice capacidade; nutrição, crescimento e reprodução.

O organismo vivo pode ser visto como um laboratório químico em miniatura, no qual acontecem inúmeras reações, até bem complexas, porém tendentes a um mesmo fim, qual seja, a manutenção do indivíduo. Esse princípio unificador é a alma do ser vivo.

A distinção, sob o ponto de vista filosófico, entre a vida vegetativa, sensitiva e intelectual se dá com base nos critérios da autonomia e da superioridade do ser vivo em relação ao ser não vivo.

A vida oscila entre o interior e o exterior, entre a alma e o corpo, ou seja, há que se considerar duas dimensões, uma material e uma imaterial, sendo ambas fortemente ligadas.

Observa-se que a influência filosófica na noção de vida é perfeitamente compreensível, especialmente considerando-se que até o século XIX tudo o que se referia ao ser humano era estudado pela filosofia. O homem passou a ser considerado objeto científico naquele século.

Entre os séculos XV e XX, a investigação sobre o ser humano realizou-se, principalmente, pela influência do humanismo, partindo da idéia renascentista de dignidade humana, a encarar o homem como agente moral, desencadeando a discussão, no plano da ética, de idéias como liberdade, responsabilidade e igualdade, do positivismo, que propôs uma separação ainda maior entre a Biologia e a Filosofia, diferenciando ainda mais o homem dos demais seres vivos e posicionando-o sobre os demais e, finalmente, do historicismo, que contribuiu para a distinção entre o homem e natureza.⁴²

Recaséns SICHES, citado por Pietro de Jesus Lora ALARCON (2004, p. 42), afirma que “vida é tudo o que fazemos; mas isso não seria vida se não nos déssemos conta do que fazemos. É a vida uma realidade de peculiaríssima condição, que tem o privilégio de dar-se conta de si mesma, de saber-se. Mas esse saber-se não é um conhecimento intelectual, senão esse caráter de presença imediata da vida para cada qual. Sentir-se, dar-se conta, ver-se, é o primeiro atributo da vida”.⁴³

A vida, portanto, pressupõe uma intimidade do indivíduo com ele próprio, uma tomada de posse do indivíduo consigo mesmo. Segundo o autor, aí reside o sentido filosófico da vida.

3.2.3 Vida sociológica

Corresponde ao resultado da interação dos seres vivos reunidos em coletividade.

Afirma Maria de Fátima Freire de SÁ que o caráter associativo das pessoas, fazendo com que dependam mutuamente por várias necessidades, tais quais os aspectos material, espiritual, afetivo, bem como necessidades intelectuais, faz da vida um valor.⁴⁴

Ainda segundo a lição de Pietro de Jesús Lora ALARCON, tem-se que um conceito de homem social parte da noção de homem voltado para o mundo, interagindo

⁴² ALARCON, op. cit., p. 39-44.

⁴³ SICHES, L. R. *Vida humana, sociedad y derecho*. 3. ed. México: Porrúa, 1952. p. 60.

⁴⁴ SÁ, op. cit., p. 51.

diuturnamente com o outro. Trata-se de um homem que aparece como ser tridimensional, ou seja, que subsiste, existe e coexiste.

Embora se possa identificar biológica e filosoficamente uma essência universal do ser humano, a realidade é que os seres humanos são temporais, culturais e históricos. A vida humana é rica em facetas e a expressão concentrada dessa riqueza é claramente perceptível quando analisado o inter-relacionamento humano.

O ser humano estabelece com o tempo e o espaço e com os outros seres humanos e a natureza relações que se transformam e variam, o que se chama de cultura e civilização. O homem é um sujeito que se relaciona, um sujeito social, que transforma a realidade que o circunda, através do convívio e da evolução.

Assim, a sociedade se mostra como o resultado de todo um conjunto de relações entre os indivíduos. Nesse sentido, o homem deve ser visto como um ser social que procura por si, com sujeição às normas, um estágio de desenvolvimento cada vez maior, a fim de criar condições especialmente materiais para a preservação da sua existência.⁴⁵

Na lição de Hannah ARENDT, “a condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem (...) Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na Terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais”.⁴⁶

Quando se fala do indivíduo humano, pode-se, portanto, passar de uma acepção biológica ou filosófica para uma acepção econômico-social, ou seja, a entender o ser humano como sujeito que produz no social e para o social, uma vez que é um indivíduo diferenciado, capaz de mudar a sua realidade em função de ideais, algo que se manifesta em relação ao mundo que cria, a partir da junção de seus esforços.

Deve-se reconhecer que o homem dedica seus esforços a um ideal, suas faculdades espirituais a idéias valorizadas, desejadas, modelo de convivência. Por isso o desenvolvimento social está sobre a base da união de todos os homens e não é

⁴⁵ ALARCON, op. cit., p. 44-47.

⁴⁶ ARENDT, H. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. p. 17.

possível falar em homem concebendo-o como um ser isolado. Deve-se sempre mencionar o homem enquanto ser social.

Afirma Pietro de Jesús Lora ALARCON que

A vida humana é a vida do ser, taxonomicamente superior, que manifesta uma condição que lhe é inerente, e que se projeta aos outros, reafirmando a sua natureza de ser social, que procura com sua ação atingir fases cada vez mais avançadas de desenvolvimento. O homem é dimensão de corpo, espírito e sociedade e caminha à procura do progresso, cada vez mais consciente de suas virtudes, fraquezas e limitações decorrentes de sua condição de ser vivo, de ser humano.⁴⁷

A vida humana, portanto, é também o produto de uma relação entre o sujeito e o mundo, já que são, ambos, elementos inseparáveis e imprescindíveis para que se entenda o que é a vida.

A história da humanidade confunde-se com a história do indivíduo vivo e o fazer humano justifica-se numa finalidade determinada; o sentido das realizações humanas está no seu porquê e no seu para quê.

3.2.4 Vida ética

Aqui se observa a vida como existência moral.

Ainda de acordo com os ensinamentos de Pietro de Jesús Lora ALARCON, primeiramente, caberia esclarecer que a Ética é um dos campos nos quais se desenvolve a reflexão filosófica e que fornece elementos de juízo para qualificar a conduta humana. Parte-se do estudo dos valores morais, da relação entre vontade e paixão, vontade e razão; finalidades e valores da ação moral.

Partindo-se, portanto, da noção daquilo que o homem deve ser em função daquilo que ele é, tem-se que para conhecer o sentido da vida humana é necessário o exame do conteúdo do ser, o qual não poderá ser realizado a partir do homem visto de maneira estática, mas, sim, de maneira dinâmica, tendo em vista espaço e tempo concretos.

⁴⁷ ALARCON, op. cit., p. 47.

Para a Ética, todo ser descobre seu sentido de valor partindo dos elementos que o compõe. A junção desses elementos é que determina a sua ação, sua vida e sua natureza. Logo, a natureza humana caracteriza-se pelo conjunto de leis, forças e energia que brotam do ser humano e pedem seu aperfeiçoamento e desenvolvimento.

A Ética ocupa-se de várias esferas de comportamento, preocupando-se em apresentar soluções aos problemas ou dilemas éticos.

Assim, para a Ética, o homem, enquanto ser vivo, se obriga a respeitar e conservar tudo o que é vida no ser humano. O homem, ainda, é visto enquanto ser racional, dotado de razão e liberdade para coordenar a sua própria vida, donde é inadmissível que se trate o ser humano como uma coisa. Também o homem é membro de uma espécie e é, sem dúvidas, um ser social sujeito a normas institucionais. Finalmente, a Ética vê o homem como um ser espiritual, o que origina apreensões acerca do seu relacionamento com a divindade.

O conjunto de situações a que o homem se vê impulsionado acarreta que os sentimentos e as ações humanas exprimam um senso moral, já que as decisões tomadas exigem uma justificação para si mesmo e para os outros.

O homem opta, sendo que o seu senso distingue entre o bem e o mal. Tais direções, todavia, referem-se a algo mais profundo e subentendido; a busca da sua felicidade. Além disso, a opção humana em um dos dois sentidos reflete um juízo de valor.

Os problemas éticos são resolvidos a partir da noção de fazer o bem e evitar o mal, o que nem sempre é fácil, especialmente nos dias atuais, fazendo-se necessário, na maioria dos casos, que essas premissas – bem ou mal - sejam decompostas em níveis que permitam a real compreensão da situação.

A possibilidade de optar, portanto, caracteriza o ser humano e manifesta a sua dimensão ética, somente passível de compreensão quando considerada a sua essência de indivíduo de natureza racional, ou seja, de pessoa.

Afastando-se a árdua discussão sobre a idéia de pessoa, tenha-se em mente, tão somente, que a noção atual de pessoa afastou-se muito daquela aspiração de perfeição que vigorava na antiguidade, quando as crianças imperfeitas eram

sacrificadas. Hoje se defende que a pessoa é o indivíduo consciente, possuidor de corpo, razão, vontade e capacidade de autodeterminação. Não há pessoa sem dignidade, sendo que esta emana de um conjunto de condições externas, fruto das ações humanas.⁴⁸

3.2.5 Vida e meio-ambiente

Sobre o mundo vivo, esclarece Danielle Tetü RODRIGUES que há geralmente três explicações para a sua diversidade de formas.

De acordo com uma primeira idéia, as espécies teriam surgido no passado como resultado de um ato sobrenatural, sendo que possuem, hoje, as mesmas características que possuíam quando de sua criação.

Já uma segunda corrente defende que muitas espécies surgiram a partir de matéria não viva, como os girinos, que teriam se originado da lama.

Finalmente, para a terceira corrente, uma espécie teria originado a outra no decorrer da escala evolutiva.

Defende a autora que a vida é algo muito especial, a ser considerada desde o funcionamento do corpo vivo até a manifestação de sentidos e razão. A vida desenvolveu-se de forma progressiva no planeta, alterando-se lentamente e transformando os seres vivos como resposta às inúmeras modificações ambientais sofridas. Daí se percebe a estreita ligação entre vida e meio-ambiente.

Belíssima é a lição da autora ao relacionar o homem e o meio-ambiente:

Ora, o homem nasce e morre em forma de pó! O ser humano falece e seu organismo é aproveitado pelos vermes, estes pela terra, a qual serve para semear os alimentos que serão ingeridos também pelos homens. Os ossos humanos transformam-se em água, essa água evapora e, da atmosfera retorna em forma de chuva, a abastecer os rios, lagos, oceanos, copos e corpos de outros seres vivos. Assim, as relações são as essências do mundo vivo, já que cada ser é um pouquinho do outro ser, em outras palavras, cada qual é um pouco de cada um, de cada organismo vivo. Deste modo, o homem é um pouco do mar, um pouco da floresta,

⁴⁸ ALARCON, op. cit., p. 47-56.

um pouco do Animal, um pouco de outro homem. Essa é a beleza da vida, tristemente esquecida e desvalorizada pelo ser humano.⁴⁹

Ainda segundo a autora, mesmo que aceita a tese da superioridade do ser humano, ora justificada em razão da linguagem, ora justificada pela capacidade de raciocínio e consciência de si mesmo, não se pode, todavia, justificar a exploração dos animais pelo simples fato de não serem seres humanos. A autora enuncia os direitos dos animais e esclarece que o princípio da igualdade significa, em determinado aspecto, que a preocupação do homem para com os outros não deve se basear apenas nas características inerentes ao ser, sob pena de serem cometidos preconceitos infundados.⁵⁰

Ora, tal raciocínio pode também ser estendido no que concerne ao meio-ambiente, sem o qual a vida não seria possível, não podendo, portanto, o homem esquecer-se do meio em que vive, do meio que lhe possibilitou a existência.

Sobre o assunto, esclarece Maria da Glória COLUCCI que a vida é uma herança viva de pai para filho, não devendo ser compreendida tão somente como o legado de um patrimônio genético, mas sim de todo um conjunto de valores.

Nesse sentido, a Constituição Federal vigente consagra o direito a um meio-ambiente ecologicamente equilibrado, erigindo a “sadia qualidade de vida” como preceito fundamental, garantidor do direito à vida.

Ora, a inexistência de um ambiente sadio compromete todos os níveis de vida, induzindo à doença e à morte. Por esse motivo é que se deve defender e preservar o meio-ambiente para as gerações presentes e futuras, podendo-se afirmar, na mesma linha de raciocínio, que a tutela do patrimônio genético do país se apresenta como

⁴⁹ RODRIGUES, D. T. **O Direito & os animais: Uma abordagem Ética, Filosófica e Normativa.** Curitiba: Juruá, 2003. p. 35.

⁵⁰ *Ibid.* p. 30 *et. seq.*

necessidade maior, no que respeita a sua diversidade e integridade.⁵¹ Neste sentido dispõe o artigo 225 da Constituição Federal.⁵²

O conteúdo da tutela jurídica da vida, portanto, não repousa apenas em seu aspecto biológico, mas também na dignidade da pessoa que a possui, dignidade esta que restará sensivelmente atingida em caso de um ambiente desequilibrado.

Assim, enquanto derivações do direito à vida, surgem os direitos à saúde e à alimentação, dentre outros, que garantirão a integridade física, intelectual e moral do indivíduo.

3.3 Vida e sobrevida

Foi apenas a partir do momento em que se concebeu a vida como valor, que se passou costumeiramente a respeitá-la, observadas as variações a ela atribuídas por cada sociedade e ao longo dos anos.

O artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, consagra a inviolabilidade do direito à vida, sendo que a vida humana, como bem jurídico constitucional, assume importante função integradora dentro do sistema, já que vai impregnar todo o corpo normativo de uma unidade de sentido, impedindo a progressão de enfoques que priorizem o Estado em detrimento do indivíduo.

A Constituição trata da inviolabilidade da vida não só como direito, mas também como garantia fundamental, uma vez que garantia de usufruto de outros direitos.

O direito subjetivo que tem a vida humana como bem jurídico pressupõem três titulares do dever jurídico de respeitá-lo: a) o próprio indivíduo, que tem para consigo o direito-dever de legítima-defesa; b) as demais pessoas, já que os terceiros têm o dever de não matar e de não contribuir ou ajudar na morte voluntária de alguém; c) o Estado,

⁵¹ COLUCCI, M. G. Sadia qualidade de vida. **O Estado do Paraná**. Curitiba, 01 ago. 2004. *Direito e Justiça*.

⁵² Art. 225: Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

o qual possui o dever negativo de proteger a vida do cidadão, com a utilização dos meios jurídicos necessários, assim como o dever de punir os autores de qualquer atentado contra a vida humana.

Modernamente, há forte corrente que deixou de pensar a vida apenas como simples respirar, como garantia de sobrevivência, como o simples bater do coração.

Hoje, especialmente, a garantia do direito à vida engloba a questão relativa a sua qualidade e dignidade.

A proteção constitucional da vida, portanto, pretende cuidar tanto dos seus elementos materiais (físicos e psíquicos) quanto dos seus elementos imateriais (espirituais), ambos a integrar o todo chamado ser humano.

Pode-se esperar, portanto, do legislador infraconstitucional uma tutela da vida humana em seus vários aspectos, ou seja, de um lado o resguardo à vida, entendida como sinônimo de integridade física; de outro lado, a proteção da vida a partir do amparo do que se poderia chamar de manifestações vitais do ser humano e, ainda, o resguardo das condições que, em conjunto, garantiriam a chamada vida digna.

Questiona-se, então, se pacientes terminais tem o direito de morrer em paz e com dignidade ou se, ao contrário, devem sobreviver, mesmo que vegetativamente, até a parada respiratória ou a morte cerebral.

Tal argumentação refere-se não aquelas pessoas que, por exemplo, estão em uma UTI aguardando a sua recuperação, mas sim àquelas que estão na iminência da morte, ou àquelas que vivem apenas porque ligadas a aparelhos, deixando de ser um ser humano autônomo.

Considerem-se as pessoas que não tem condições financeiras de arcar com o pagamento de acompanhantes ou enfermeiros, ou nem sequer condições para adquirir a alimentação industrial, oxigenação e remédios, ou mesmo, pense-se naqueles que não possuem família para lhes amparar.

Traçado esse esboço, pode-se falar em vida digna em casos tais?

Afirma Maria de Fátima Freire de SA que na Lei das XII Tábuas são encontradas as disposições mais antigas acerca do tratamento dispensado ao ser humano. Àquela época, por volta do ano 462 a.C., o valor do indivíduo era reconhecido

tão somente pelos créditos que possuía, além do poder de que dispunha. Apenas com a *Lex Poetelia Papiria*, no ano de 326 a.C. é que se deu o marco da transição da responsabilidade pessoal para a responsabilidade patrimonial, através da proibição das cadeias e dos grilhões, bem como da morte ou venda do vendedor como escravo.

Ainda, após a Lei das XII Tábuas, identificam-se vários fatos ocorridos que levam à conclusão de que se dava, em diversos ordenamentos jurídicos, preeminência ao “bem comum” sobre os bens individuais. Na Índia Antiga, por exemplo, os incuráveis de doenças contagiosas eram conduzidos por seus parentes às margens do Ganges, asfixiados com barro na boca e nariz e arrojados ao rio sagrado.

Com a Revolução Francesa superou-se essa fase e passou-se a conferir prevalência ao indivíduo, sendo que atualmente as questões que emergem são as seguintes: independentemente de sua qualidade, a vida humana deve ser sempre preservada? Devem ser empregados todos os recursos possíveis para prolongar um pouco mais a vida de um paciente terminal? Há que ser utilizados todos os processos terapêuticos cujos efeitos são, por vezes, mais nocivos do que os efeitos do mal a curar? E relativamente aos nascituros portadores de doenças congênitas do sistema nervoso central, cujas vidas, se mantidas a qualquer custo, poderão significar a condenação ao sofrimento permanente ou a estado vegetativo de vida?

Nesse sentido é que se origina a discussão sobre a questão da vida e sobrevida.

Ora, não se pode privilegiar apenas a dimensão biológica da vida humana e negligenciar-se a sua qualidade e dignidade.

O prolongamento da vida só pode ser justificado se oferecer às pessoas algum benefício e, ainda, se tal benefício não for de encontro à dignidade do viver e do morrer, pois a liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida, de modo que esta última deve ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de que esse amor incondicional pela vida transforme-se em idolatria.⁵³

Conclui a autora supra mencionada advertindo o médico no seguinte sentido: “o profissional da medicina não pode olvidar que muito mais e maior que todos os

⁵³ SÁ, op. cit., p. 59-60.

avanços biotecnológicos é o ser humano, que ri, chora, sofre, tem depressão, medo, esperanças. Precisa de carinho, cuidado e atenção.”⁵⁴

Parece que não só o profissional da Medicina deve ter em mente tal advertência, mas sim, todos que, direta ou indiretamente tem na vida humana o seu objeto de trabalho.

3.4 Condições

Ao enunciar que o direito à vida deve ser compreendido como o direito a um nível de vida adequado com a condição humana, Alexandre de MORAES atribui ao Estado uma dupla obrigação; num primeiro momento, caberia ao Estado o dever de cuidado para com toda pessoa humana que não disponha de recursos suficientes e que seja incapaz de obtê-los por meios próprios, havendo, num segundo momento, a obrigação de efetivar, através de órgãos competentes, públicos ou privados, a prestação de serviços adequados destinados a prevenir, diminuir ou extinguir as deficiências existentes para um nível mínimo de vida digna.⁵⁵

Quando se fala em condições de vida, deve-se ter em mente as condições necessárias, portanto, para uma vida digna.

Mas, o que vem a ser uma vida digna? Talvez mais fácil do que tentar definir o que representa um viver de acordo com as mínimas condições de subsistência seja demonstrar situações em que se evidencia a carência das mínimas condições de vida digna.

Pense-se, exemplificativamente, nas pessoas que vivem em condições tais de pobreza que sequer tem a possibilidade de se alimentar, que vagam pelas ruas à procura das migalhas que lhes assegurarão a sobrevivência por ainda mais algum tempo, talvez por apenas mais alguns dias, totalmente à margem da sociedade e desprovidas de futuro.

⁵⁴ SÁ, op. cit., p. 65.

⁵⁵ MORAES, **Direitos Humanos ...** p. 87.

Considere-se a situação da esmagadora maioria da população carcerária desse país, que sobrevive nas mais vergonhosas (sub) condições, carentes até, muitas vezes, de um mínimo de espaço para se movimentar, privados da luz do sol, do lazer, de uma alimentação adequada, do convívio com a sua família, privados até mesmo da sua própria dignidade.

Ainda, imagine-se a larga fatia da população que se encontra sujeita à saúde pública no país; quantos e mais quantos nesse exato momento estão a espera da morte em corredores intermináveis de hospitais desprovidos de recursos físicos e materiais, sem profissionais suficientes, com carência absoluta de leitos, simplesmente largados a sua própria sorte.

Quantas crianças agora vagam pelas estreitas ruas de favelas e bolsões de pobreza espalhados pelo vasto território deste País, confundindo-se com os detritos espalhados pelo meio do caminho, sem a menor perspectiva de um dia galgar o seu espaço na sociedade, privadas de estudo, de uma ocupação, de um ambiente adequado para viver, brincar e sonhar, acabando por encontrar na criminalidade ou na prostituição o seu único e possível meio de subsistência.

Também se pode considerar, em nível mundial, a situação de milhões de indivíduos que se encontram sujeitos a regimes de governo totalitários ou mesmo escravizados, impossibilitados de praticar a sua cultura, de mostrar as suas origens, de falar a sua língua, de viver a sua própria vida, pessoas que foram arrancadas dos seus lares, do seio das suas famílias e simplesmente foram despejadas em um local estranho, sob o domínio do desconhecido.

Finalmente, mas sem a finalidade de esgotar o tema, tenha-se em mente a situação de milhões de pessoas, especialmente mulheres e crianças, que ao redor de todo o mundo estão sujeitas a todo tipo de violência e humilhação dentro de seus próprios lares, tratadas como animais, sem ter a quem pedir socorro, sem ter um local para se refugiar, sem a menor perspectiva de um dia recuperarem sua condição de seres humanos.

Talvez esse assombroso quadro tenha alcançado o seu intuito de fazer emergir a reflexão sobre o que significa uma vida digna, sobre qual a noção do que seja viver em condições adequadas.

Não basta apenas respirar, dormir e acordar, não basta a simples garantia de vida e da sua preservação, o ser humano merece mais do que, simplesmente, sobreviver!

3.5 Valor da vida humana

Uma vez reconhecido o inigualável valor da vida, questiona-se se deve ser conferido valor especial à vida humana em detrimento da vida dos demais seres. Observa-se que comumente se atribui um especial significado à vida humana, mas como explicar tal diferenciação?

Segundo Peter SINGER, “a doutrina da sacralidade da vida humana é apenas um modo de afirmar que a vida humana tem algum valor especial e bastante distinto do valor da vida dos outros seres vivos”.⁵⁶

E por que é atribuído um valor diferenciado à vida humana?

Frisa mencionado autor, primeiramente, que o fato de a doutrina reconhecer tal distinção não significa, todavia, que se pretenda considerar sempre errado o ato de tirar a vida humana, o que configuraria um radicalismo absurdo.

No entanto, a concepção de que a vida humana possui valor singular está profundamente enraizada na sociedade e consagrada nas leis.

E como justificar tal diferença? Bem, em todas as sociedades de que se tem notícia há alguma proibição ao ato de se tirar a vida, variando, contudo, de uma sociedade para outra, o fato de quem deve, especificamente, ser objeto de tal proteção.

Nas nações-estado, mais sofisticadas, a proteção geralmente estende-se a todos. Atualmente, a maioria das sociedades, ao menos em teoria, concorda em que, excetuando casos especiais como a auto-defesa, a guerra e, em alguns casos, a pena

⁵⁶ SINGER, P. **Vida Ética**: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 161.

de morte, e uma ou duas outras áreas pouco definidas, é errado matar seres humanos, independentemente de religião, raça, classe ou nacionalidade.

Coloca o autor, nesse sentido, que cabe fazer a diferenciação entre a noção de “vida humana” e a noção de “ser humano”, cuja importância reside, exemplificativamente, na questão de delimitar se configura o feto um “ser humano”, indagação de suma importância em sede de aborto.

No afã de se realizar tal diferenciação, esclarece o autor que se pode determinar cientificamente se um indivíduo é ou não membro de determinada espécie pelo exame da natureza dos cromossomos presentes em suas células.

Assim, não restará dúvidas de que se trata de um ser humano, desde os primeiros momentos da sua existência, um embrião concebido do esperma e do óvulo de seres humanos; sendo que o mesmo se aplicará para o ser humano portador das mais profundas deficiências mentais, até mesmo um bebê anencéfalo.

Prossegue o autor mencionando o emprego dado à expressão “humano” pelo teólogo protestante Joseph Fletcher, o qual enunciou uma lista dos chamados “indicadores de humanidade”, quais sejam; autoconsciência, autocontrole, senso de futuro, senso de passado, capacidade de relacionamento, preocupação com os outros, comunicação e curiosidade. De acordo com essa segunda concepção, observa-se que o embrião, o feto, a criança com grave deficiência mental e até mesmo o recém nascido –embora indiscutivelmente membros da espécie *homo sapiens*- não possuem, todavia, consciência de si, nem sentido de futuro, nem capacidade de relacionar-se com os demais.

A opção por uma dessas duas correntes é de suma importância para responder à questão “o feto é um ser humano?”, sendo que tal tomada de posição será imprescindível em debates sobre o aborto, máxime nos casos de anencefalia, que serão analisados oportunamente.

Ainda em relação ao especial valor conferido à vida humana, cabe esclarecer que o fato de se dar preferência à vida de um ser simplesmente porque tal ser é membro da espécie humana colocaria o defensor desta idéia em pé de igualdade com os racistas.

Observa-se que nas origens da civilização ocidental, o fato de ser membro da espécie *homo sapiens* não era suficiente para assegurar proteção à vida das pessoas. Não havia, por exemplo, o menor respeito pela vida dos escravos ou bárbaros. Os povos grego e romano, exemplificativamente, matavam os bebês deformados ou debilitados expondo-os à ação das intempéries no alto de um morro.

As atitudes que se evidenciam atualmente datam apenas do advento do cristianismo, quando se passou a conferir importância à condição de membro de uma espécie, pois se acreditava que todos os nascidos de pais humanos são imortais e se destinam a uma eternidade de venturas ou de perenes tormentos.

Também advinda do cristianismo é a crença de que, uma vez que os seres humanos foram criados por Deus, são propriedade divina e, logo, matar um ser humano configura usurpar o direito divino de decidir quando se deve viver e quando se deve morrer.

Pois bem, o autor dividiu a doutrina da santidade da vida humana em duas propostas distintas; segundo a primeira, há valor especial na vida de um membro da espécie humana, já de acordo com a segunda, há valor especial na vida de uma pessoa. A primeira proposta foi considerada impraticável, prosseguindo o autor na análise da segunda.

A questão que surge é a seguinte: há valor especial na vida de um ser racional e autoconsciente em comparação com a vida de um ser meramente senciente? Imagine-se o ser autoconsciente como aquele que é capaz de ter desejos ligados ao seu próprio futuro. Nesse caso, tirar a vida desse ser significa frustrar seus desejos. Observa-se que animais não possuem tais desejos.

O autor em exame enuncia quatro possíveis razões para que se possa sustentar a superioridade da vida de um ser humano em comparação com a vida de um ser meramente senciente, quais sejam:

a) Para o utilitarismo clássico, que julga as ações segundo a sua tendência a maximizar o prazer e a felicidade e a minimizar a dor ou a infelicidade, a proibição de matar pessoas tem como razão indireta a felicidade das pessoas que, assim, em virtude

da existência de tal proibição, não precisam preocupar-se com a possibilidade de serem mortas;⁵⁷

b) Já de acordo com o utilitarismo preferencial, que julga as ações pelo grau com que referidas ações atendem às preferências de quaisquer seres atingidos por ela ou pelas conseqüências dela originadas, considera-se errada uma ação contrária à preferência de qualquer ser.

Assim, o ato de se tirar a vida de uma pessoa que prefere continuar vivendo é errado.

Nesse sentido, tirar a vida de um ser humano pode ser considerado um ato pior do que o ato de tirar a vida de outro ser justamente porque seres não humanos não possuem preferências quanto a suas futuras existências;

c) Uma terceira razão é aquela segundo a qual uma vez que o direito à vida é o direito de continuar existindo enquanto entidade distinta, tal direito pressupõe que se tenha esse desejo –o de continuar existindo como entidade distinta- desejo que só poderá ser manifestado por uma pessoa.

Sintetizando-se, o argumento de que a capacidade de conceber a si mesmo como existindo no tempo é condição necessária para que se garanta o direito à vida e

d) Também se pode, finalmente, justificar a superioridade em tese da vida humana considerando-se a questão da autonomia.

Seres racionais e autoconscientes supostamente possuem a habilidade de escolher, de avaliar as alternativas que lhes são ofertadas, enquanto os seres não autônomos não conseguem fazer opções.

Assim, somente o indivíduo capacitado a entender a diferença entre morrer e prosseguir vivendo pode, de forma autônoma, optar por viver.

De acordo com o autor, assim se justifica o especial valor conferido à vida humana, sendo que as questões que envolvem o ato de matar sempre se utilizarão dessas quatro correntes, sem a exclusão de qualquer uma delas.⁵⁷

⁵⁷ SINGER, op. cit., p. 161 *et seq.*

3.6 Vida humana e sua relação com a Bioética e o Biodireito: a questão do início da vida

A vida humana é tema fundamental da Bioética, pelos problemas que eventualmente podem decorrer das intervenções surgidas em seu início, decurso e fim.

A Ética, nesse sentido, surge como fundamento e limite indispensável à ciência, bem como garantia de controle da liberdade, já que uma civilização que adquiere poderes sobre a vida carece, necessariamente, de uma nova reflexão sobre os direitos do homem, máxime os direitos de sua personalidade.

Objeto da Bioética são as intervenções médicas e biológicas na vida humana, quer relativamente ao seu surgimento, quer relativamente a sua extinção. Assim, cabe à Bioética estabelecer os limites morais do agir científico no campo da vida.

Nas palavras de Maria Celeste Cordeiro dos SANTOS, “o progresso técnico, em geral, e o das ciências médico-biológicas, em particular, fazem com que o *poder do homem* sobre a vida seja uma realidade esperançosa e perigosa. É importante que o homem seja capaz de assumir decisões éticas que possibilitem a configuração de um futuro plenamente humano”.⁵⁸

Já ao Biodireito compete fixar os limites jurídicos da prática social no campo das inovações tecnológicas, uma vez que o jurista contemporâneo vê-se chamado a responder aos desafios causados pelo avanços científicos das últimas décadas, quer em sentido epistemológico, quer os de natureza normativa.

Observa-se que os principais problemas apresentados atualmente em relação à vida humana referem-se à definição e tratamento jurídico do começo da vida, bem como de seu final.

Há que se mencionar a dificuldade que se tem em atribuir ao nascituro personalidade jurídica, já que grande número de códigos civis ocidentais consideram que a personalidade, com subjetividade jurídica, ou seja, pessoa como sujeito de direito, só existe a partir do nascimento ou da sua comprovada viabilidade.

⁵⁸ SANTOS, M. C. C. **Equilíbrio de um pêndulo**: bioética e a lei: implicações médico-legais. São Paulo: Ícone, 1998. p. 37.

Leciona Jussara Maria Leal de MEIRELLES que os ensinamentos da embriologia tradicionalmente distinguem, durante o desenvolvimento humano que se processa desde a fertilização até o estabelecimento do corpo embrionário, duas fases distintas, quais sejam, o período pré-embrionário, que compreende as fases iniciais, a partir da fertilização até o final da terceira semana e o período embrionário, em que se estabelece a forma do embrião, desenrolando-se da quarta a oitava semana. Já após essa etapa desenvolve-se o chamado período fetal, que se estende da nona semana até o nascimento, quando ocorre o crescimento e elaboração das estruturas.

Segundo a autora, embora os estudos científicos tenham tornado possível a afirmação da existência das distintas fases do desenvolvimento humano, não se pode determinar com exatidão, no entanto, a passagem da animalidade à humanidade, limite que, uma vez transposto, determina natureza humana à nova realidade biológica que lentamente amadurece.

Assim, segundo a doutrina chamada **genético-desenvolvimentista**, o ser humano, no início do seu desenvolvimento, passa por três fases: pré-embrião, embrião e feto, sendo que na fase inicial o novo ente é considerado um mero aglomerado celular, demonstrando-se claro distanciamento biológico entre um ser embrionário em fase inicial de desenvolvimento e os seres humanos nascidos. Dessa forma, o reconhecimento da sua dignidade e necessidade de amparo, para tal doutrina, somente se dá num segundo momento, quando já é possível identificá-lo como único, individualizado, e não no instante da concepção, sendo que o exato momento de tal reconhecimento varia de acordo com a posição adotada sobre a cronologia do desenvolvimento embrionário.

Atualmente, ainda de acordo com a autora, é muito difícil determinar de maneira uniforme um critério para se estabelecer o momento exato em que se caracteriza a pessoa humana e, conseqüentemente, que imponha proteção a sua vida. As discussões atuais sobre o aborto giram em torno da contraposição do conceito de vida humana ao de pessoa, se o que se pretende é entender o embrião como ser humano desde que é concebido, mas como pessoa somente após um dado momento sucessivo.

Logo, há os que afirmam que a partir do implante –aos seis dias- é possível admitir-se a caracterização de pessoa, já que só então as células podem gerar um indivíduo distinto, sendo que à implantação do embrião no útero dá-se o nome de nidação.

Tal teoria, todavia, mostra-se de difícil sustentação após a comprovação de que é possível não somente gerar a vida humana na proveta, mas também mantê-la.

Há também quem sustente que só é possível tal identificação a partir do 14º dia, com a formação do plano construtivo do embrião e a rudimentar organização do sistema nervoso central (formação da linha primitiva). Além disso, é até o 14º dia que há a possibilidade de o zigoto desdobrar-se em partes idênticas, originando os gêmeos monozigóticos.

Também relacionada com a questão da caracterização da pessoa humana é o tema relativo às chamadas quimeras, ou seja, os seres constituídos pela fusão de dois zigotos ou embriões distintos. São caracterizados como anomalias, assim como a ocorrência de gêmeos siameses e, nesse caso, não servem para estabelecer uma teoria geral a respeito do início da vida humana.

Pelo *Relatório Warnock*⁵⁹ passou-se a determinar a distinção entre pré-embriões (até o 14º dia após a fecundação) e embriões humanos (após aquele período). O pré-embrião resume-se em um aglomerado de células sem forma humana, não traduzindo, portanto, a vida humana.

Segundo a autora, no entanto, o pensamento que informa a maioria dos profissionais da área da reprodução humana é o de que esse intervalo de quatorze dias – que muitos afirmam ter sido escolhido arbitrariamente - revela uma lamentável definição de valores humanos, criando a ilusão de que não se está a matar seres humanos.

Assim, denomina-se pré-embrião aquele que se desenvolve desde o momento da fecundação até aproximadamente quatorze dias depois, quando se instalará no útero, ou, alternativamente, o produto resultante da união do óvulo com o

⁵⁹ Relatório da Comissão de Pesquisa sobre Fertilização Humana e Embriologia, reunida em julho de 1984 na Inglaterra. *In*: MEIRELLES, J. M. L. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 124.

espermatozóide em fertilização *in vitro*, até o momento em que se opera a fusão dos dois pró-núcleos.

Já o termo embrião indica a fase que marca o início e o incremento da organogênese, com duração de dois meses e meio.

Finalmente, por feto se compreende o embrião que já apresenta aparência humana e órgãos formados, fase de desenvolvimento que se dá, aproximadamente, às doze semanas.

Frise-se que tal diferenciação, embora útil do ponto de vista terminológico, não deve, contudo, conduzir ao erro de se considerar que se tratam de estruturas diferentes. Pelo contrário, deve-se ter em mente que do zigoto a linha primitiva e desta em diante se trata absolutamente do mesmo ser.

Ainda, há a tese de que apenas a partir do 18º dia, com o aparecimento da placa neural, é que se caracteriza a pessoa humana, bem como se pode citar a teoria segundo a qual se caracteriza a pessoa apenas quando os órgãos do concebido já se encontram plenamente constituídos ou, ainda, quando já é possível a diferenciação sexual.

Também, exemplifica a autora, pode a vida humana ser entendida a partir da aplicação do critério científico de morte em sentido inverso, ou seja, uma vez que se entende caracterizada a morte no momento em que o cérebro deixa de funcionar, pode-se defender que se encontrará caracterizada a vida humana com o aparecimento das primeiras manifestações de um cérebro, ainda que rudimentar. Embora essa teoria receba inúmeras críticas, observa-se a sua larga utilização pelos defensores da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, conforme se analisará no capítulo seguinte.

Pela teoria da viabilidade, também muito criticada, seria a natureza humana conferida ao concebido que alcançasse maturidade suficiente para viver fora do útero. Todavia, trata-se de critério de difícil previsão e muito variável de acordo com características individuais e pessoais.

Já de acordo com a teoria **concepcionista**, a fecundação do óvulo humano assinala o começo da vida de cada indivíduo diverso daqueles que contribuíram

biologicamente para a sua formação e dotado de código genético peculiar, o qual conduzirá toda a sua evolução. Por tal teoria admite-se que o embrião, desde a fecundação, consiste em algo distinto de sua mãe e reúne condições que o caracterizam como pessoa.

Por sua vez uma terceira teoria, **eclética**, confere ao embrião, desde o momento da sua concepção, uma autonomia que não é nem humana, como pretende a corrente concepcionista, nem biológica, tal qual defendem os desenvolvimentistas, mas sim uma autonomia embrionária.

O ovo humano, assim, contém potencialmente o ser completo que virá a ser mais tarde. Dessa maneira, não pode ser visto como um ser humano, já que este é dotado de personalidade, porém, também não configura um mero aglomerado de células, à medida que seu desenvolvimento se destina à formação de uma pessoa humana. Reconhece-se, portanto, no embrião, as propriedades características da pessoa humana em estado de latência, e se confere a ambos os genitores o papel e a responsabilidade na gênese desse ser que se forma, o que não se limita à mera concepção, como também não se esgota no mero desenvolvimento biológico, aparecendo, aqui, real agigantamento da responsabilidade parental.⁶⁰

3.7 Natureza jurídica da vida

Após todo esse estudo sobre a vida, especialmente a vida humana, após o exame de seu conceito, aspectos, condições, proteção constitucional, enfim, após a análise de toda a sua multiplicidade de aspectos, procede-se agora, a fim de se concluir o tema –sem, todavia, pretender-se esgotá-lo- à determinação da sua natureza jurídica.

Pois bem, conforme já mencionado, foi a partir do momento em que se concebeu a vida como valor que se passou a respeitá-la, observadas as nuances a ela conferidas por cada sociedade, de acordo com a cultura de cada povo. Foi somente

⁶⁰ MEIRELLES, J. M. L. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 114 *et seq.*

através dos séculos que tal direito passou a ser reconhecido e protegido como valor jurídico.

A Lei das Doze Tábuas traz, em sua tábua quarta, a seguinte disposição sobre o pátrio poder: "1) É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos; 2) O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los".⁶¹

Com o surgimento do cristianismo e as novas concepções daí advindas, as quais já foram objeto de análise, passa-se a defender a igualdade entre os indivíduos, bem como passa-se a criar mecanismos com a finalidade de proteger a vida desses indivíduos iguais.

José Antônio Peres GEDIEL afirma que a atribuição ao direito à vida da condição de direito fundamental da personalidade ocasionou a modificação qualitativa do seu conteúdo. Operou, também, uma alteração quantitativa, materializada na ampliação do rol dos obrigados passivos, passando a proteger a vida, inclusive, contra os ataques do próprio titular e da coletividade politicamente organizada, bem como uma alteração taxionômica, uma vez que o direito à vida deixou de receber apenas proteção penal para se instalar nos textos constitucionais, sendo que hoje se afigura fundante do próprio Estado Democrático de Direito, e como essencial à pessoa, no âmbito das relações privadas e públicas.⁶²

Logo, caracteriza-se a vida como direito fundamental da personalidade.

Há agora que se traçar breves linhas, portanto, sobre os direitos da personalidade.

Compreendem-se os direitos da personalidade como aqueles direitos subjetivos que tem por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, quer em seu aspecto físico, moral ou intelectual. Sua tutela é de natureza constitucional, civil e penal, tendo como suporte básico, conforme ensina Francisco AMARAL, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, III, da Constituição

⁶¹ SÁ, op. cit., p. 57.

⁶² GEDIEL, J. A. P. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do verbo, 2000. p. 62.

Federal, o qual está a indicar que o fim da sociedade, do Estado e do Direito é justamente a pessoa humana.

Tais direitos conferem ao seu titular o poder de agir na defesa dos bens ou valores essenciais da personalidade, os quais compreendem, em seu aspecto físico, o direito à vida e ao próprio corpo. Englobam, ainda, no aspecto intelectual, o direito à liberdade de pensamento, direito de autor e de inventor, bem como, no aspecto moral, o direito à liberdade, à honra, ao recato, ao segredo, à imagem e à identidade. Também abarcam o direito de exigir de terceiros o respeito a essas garantias.

Sua razão de ser - enquanto direitos que tem por objeto o bem jurídico da personalidade, entendida como a titularidade de direitos e deveres considerados inerentes a todos os seres humanos, tornando-os sujeitos de relações jurídicas e dotando-os, logo, de capacidade de direito - justifica-se na necessidade de construção de um complexo de normas que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que vem sendo direcionada à pessoa, quer no campo do Direito, quer no campo da Política, principalmente nos tempos atuais - pense-se no progresso científico e tecnológico, bem como no desenvolvimento dos instrumentos de comunicação e na difusão de informações, os quais suscitam sempre novos e diversos problemas para os aspectos essenciais da personalidade jurídica.⁶³

Conforme ensina José Antônio Peres GEDIEL, o desenvolvimento da Medicina e a abundante utilização de instrumentos científicos, especialmente no início do século XX, repercutiram sobre a vida, a saúde e o corpo humano e contribuíram, desde então, não só para o definitivo reconhecimento da necessidade de tutela jurídica integral da personalidade humana, mas, sobretudo, para a afirmação da proteção do corpo dos indivíduos. Observa-se, ainda, que no final desse mesmo século, o crescimento e a aplicação de novas técnicas das ciências biomédicas e seus imprevisíveis impactos sobre o homem têm originado os mais variados desdobramentos, a exigir constante renovação do conteúdo e das formas de tutela do corpo humano.⁶⁴

⁶³ AMARAL, *Direito ...* p. 252.

⁶⁴ GEDIEL, *op. cit.*, p. 53 *et seq.*

Os direitos da personalidade caracterizam-se por serem essenciais, inatos e permanentes, já que, sem eles, não se configura a personalidade. Nasceram com a pessoa e a acompanham por toda a sua existência. Ainda, são inerentes à pessoa, intransmissíveis, inseparáveis do seu titular, extinguindo-se, apenas, com a sua morte. Via de regra são absolutos, porque eficazes contra todos, indisponíveis, já que são insuscetíveis de alienação, salvo nos casos previstos em lei, imprescritíveis, pois não há prazo para o seu exercício, não se extinguem pelo não uso, além de extra-patrimoniais, ou seja, não avaliáveis em dinheiro, salvo raras exceções.

Tais direitos tem como razão de ser o bem jurídico da personalidade, compreendida como o “conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”.⁶⁵ Tais valores compreendem a vida humana, o corpo humano na sua integralidade e nas suas partes, quando individualizadas e separadas, a honra, a liberdade, o recato, a imagem, o nome, a liberdade de pensamento, o direito de autor e de inventor.

São sujeitos titulares desses direitos, portanto, todos os seres humanos no ciclo vital da sua existência, ou seja, desde a concepção até a morte, o que não exclui, todavia, o reconhecimento de manifestações da personalidade após a morte, como ocorre com o direito ao corpo.

O Código Civil trata do assunto em seus artigos 11 e seguintes, observando-se que são protegidos, pelo ordenamento pátrio, tanto os direitos da personalidade dos brasileiros como dos estrangeiros residentes no Brasil e, ainda, das pessoas jurídicas, conforme enuncia o artigo 52 do Código Civil.

A ampla proteção aos direitos da personalidade vem sendo contemplada na maioria das legislações civis que atendem às mais variadas orientações teóricas, ou seja, podem ser garantidos por ordenamentos jurídicos que prevêm um catálogo básico e enumeram tais direitos, bem como podem estar previstos em cláusulas gerais de proteção a esses direitos.

A vida, esse bem supremo aqui analisado em sua multiplicidade de aspectos, pode, no entanto, sofrer infinitas formas de ataque.

⁶⁵ AMARAL, *Direito ...* p. 252.

Em algumas situações peculiares admite-se o sacrifício desse bem tão valioso que é a vida, são hipóteses em que a sua manutenção a qualquer custo configura ofensa a bens tão ou mais preciosos quanto ela própria.

Uma das formas de atentado contra a vida é o aborto, o qual será analisado no capítulo seguinte.

A liberdade feminina é, direta ou indiretamente, uma liberdade do corpo, e precisamente de um corpo sexuado, de um corpo feminino: quer se trate de liberdade sexual, isto é, da imunidade do corpo feminino frente às violações, abusos sexuais, assédios, mutilações genitais ou servidões conjugais; quer se trate de autodeterminação da maternidade e de suas formas e, em qualquer caso, da não constrição a gravidezes forçadas; quer se trate de imunidade frente à prostituição forçada, ou de exploração da prostituição ou do tráfico de pessoas ou também de proteção paternalista imposta às prostitutas; quer se trate, em geral, da liberdade como autodeterminação do próprio futuro de vida e de trabalho.⁶⁶

4. Aborto de anencéfalos

4.1 Aborto: aspectos gerais

4.1.1 Noção

A discussão acerca do aborto sempre foi polêmica e complexa, pois envolve aspectos religiosos, sociais, políticos, demográficos, pessoais e infindáveis outros.

Dados recentes indicam que são realizadas no Brasil, anualmente, cerca de 1,4 milhão de intervenções clandestinas, sendo esta a quarta causa de mortalidade materna no país. Em 2004 foram realizados 1.600 abortos legais, ao custo de R\$ 232 mil, sendo que neste mesmo ano foram registradas 244 mil internações decorrentes de complicações por abortos espontâneos e inseguros, ao custo de R\$ 35 milhões.⁶⁷

Helena Cláudio FRAGOSO afirma que no antigo direito romano, embora o aborto fosse considerado um ato imoral, uma torpitude, não era, todavia, incriminado, já que o feto era considerado parte da mulher ou das suas vísceras. O aborto praticado contra a mulher era apenas considerado crime contra a pessoa da mulher, posteriormente vindo a considerar-se ofensa ao direito do marido à prole.⁶⁸

⁶⁶ ESPINOZA, O. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004. p. 16.

⁶⁷ BRUM, E. Legalização em debate. *Época*, São Paulo, nº 376, p. 87, 01 ago. 2005.

⁶⁸ FRAGOSO, H. C. **Lições de Direito Penal**. Parte Especial 1. 5. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978. p. 123 *et. seq.*

Já na antiguidade, conforme enuncia Paulo Lucio NOGUEIRA, o aborto era comumente praticado e difundido em todas as classes sociais. Na Grécia, verifica-se que a sua prática era muito freqüente, especialmente dentre as prostitutas.

Acrescenta ainda o autor citado que Aristóteles chegou a considerar admissível a prática do aborto na hipótese em que o número de nascimentos excedesse o limite determinado para o índice demográfico das cidades, para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, contanto que o feto ainda não tivesse adquirido alma.

Tal questão, relativa ao feto animado, ganhou importância sob a influência do direito canônico. A partir de então, as controvérsias sobre a admissibilidade do aborto passaram a restringir-se à existência do feto animado ou inanimado.

Havia discussões acerca do momento exato em que se dava a infusão da alma no corpo; se com a primeira inspiração ou se após 40 dias da concepção, no macho, e após 80 dias, na fêmea.

O direito canônico, ainda de acordo com Paulo Lucio NOGUEIRA, punia o aborto do feto inanimado com a pena extraordinária e o aborto do feto animado com extremo suplício, pois só se tinha em vista a perda da alma do nascituro, que nascia em batismo.⁶⁹

Percebe-se que se deve ao cristianismo o entendimento segundo o qual o aborto “significa a morte de um ser humano e, pois, virtualmente, um homicídio”.⁷⁰

Com o iluminismo, todavia, extinguiu-se a equiparação do aborto ao homicídio, embora se tenha mantido, em geral, a severidade das penas para o aborto.

Atualmente, embora haja divergências, entende-se que já existe um ser humano a partir do momento da concepção, ou seja, da fusão do óvulo com o espermatozóide, sendo que a discussão atinente ao tema do aborto refere-se à questão da sua admissibilidade.

Dentre as diversas crenças religiosas observa-se, conforme destaca Anelise TESSARO, uma tomada de decisão contrária ao aborto praticamente unânime.

⁶⁹ NOGUEIRA, P. L. **Em defesa da Vida: Aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento.** São Paulo: Saraiva, 1995. p. 01 *et seq.*

⁷⁰ FRAGOSO, *op. cit.*, p. 123.

Afirma a autora que a postura mais radical é a adotada pela Igreja Católica, que por muito tempo não aceitou nem sequer a interrupção da gravidez para salvar a vida da gestante, sob o argumento de que a morte do nascituro sem o sacramento significaria a perda daquele ser. Tanto é que o Papa João Paulo II proferiu diversos pronunciamentos nos mais variados países sempre reprovando o aborto e a permissividade sexual, práticas que, segundo a opinião da Igreja, promovem uma conduta irresponsável e de sérias conseqüências, especialmente para a educação dos jovens e para a dignidade das mulheres. Hoje se aceita tão somente a prática do aborto necessário.

Também a doutrina espírita, nas palavras da autora, admite apenas o aborto necessário, uma vez que a fusão da alma com o corpo acontece já no momento da concepção, e se o corpo escolhido morrer antes do nascimento, poderá haver a escolha de outro corpo. Relativamente ao aborto em casos de malformação do feto, a doutrina não o admite sob o argumento de que tais debilidades encontram-se relacionadas a débitos pregressos da entidade que ora reencarna, sendo que a prática do aborto, nesses casos, inviabilizaria aos espíritos endividados o acerto de contas com a lei divina.

O judaísmo, no mesmo sentido, admite unicamente a prática do aborto necessário.

Já dentre os credos protestantes verifica-se maior apoio à interrupção da gestação motivada pela anomalia fetal grave, podendo-se verificar que prevalece o entendimento de que existem casos em que o princípio da inviolabilidade da vida humana deve ser ponderado em face de outros valores.⁷¹

Conforme seja permitida, com maior ou menor amplitude, a realização do aborto, observa-se que as legislações atuais apresentam três tendências.

Primeiramente, há um grupo de leis bastante restritivas, do qual faz parte o Código Penal pátrio, cujos dispositivos serão analisados oportunamente. Esse grupo de leis altamente restritivas, entretanto, mostra-se a pior opção, pois conduzem à

⁷¹ TESSARO, A. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002. p. 28-32.

realização de abortos ilegais e perigosos, além de reforçarem as desigualdades sociais, ao criar discriminações contra os menos favorecidos.

Há também um segundo grupo, das leis moderadas, mais permissivas, que admitem o aborto em um maior número de casos, tais quais prole numerosa, idade da mulher, morte ou incapacidade do pai, o fato de não ser a mulher casada, possível deformação do feto, incapacidade física ou psíquica da mulher, dentre outros, submetendo o aborto, nesses casos, a um processo formal de autorização, subsistindo, todavia, a incriminação do aborto não autorizado.

Finalmente, apresenta-se também uma terceira posição, bastante liberal, que confia a opção à mulher e atribui ao médico a decisão sobre o aborto.

Nos Estados Unidos, exemplificativamente, a Suprema Corte decidiu, no início de 1973, não ser admissível constitucionalmente a proibição do aborto nos três primeiros meses de gravidez. Já do terceiro ao sexto mês só seria admissível se houvesse risco a vida ou a saúde da gestante. Trata-se de expressão da tendência liberal, a qual se acelerou a partir da década de sessenta e vem prevalecendo em diversos países.⁷²

Não se trata, todavia, da tendência seguida no Brasil.

4.1.2 Conceito

A palavra aborto, segundo o dicionário Aurélio, corresponde à “ação ou efeito de abortar” e, ainda, à “interrupção dolosa da gravidez, com a expulsão do feto ou sem ela”. Já pelo verbo abortar se entende o ato de “expulsar prematuramente do útero o produto da concepção – embrião ou feto viável ou não”.⁷³

Para Heleno Cláudio FRAGOSO, “o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”.⁷⁴ O objeto da tutela jurídica seria, portanto, a vida do ser em formação. Ensina que o produto da concepção (o feto ou embrião) não é pessoa, mas

⁷² FRAGOSO, op. cit., p. 126.

⁷³ ABORTO. In: DICIONÁRIO básico da língua portuguesa Folha/Aurélio. Rio de Janeiro: Nova Fronteira S/A, 1995. p. 04.

⁷⁴ FRAGOSO, op. cit., p. 129.

também não deve ser visto como mera esperança de vida ou simples parte do organismo materno, já que é considerado autonomamente pelo direito para efeitos diversos.

Esclarece Damásio E. de JESUS que, no sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento, uma vez que advém de *ab*, privação e *ortus*, nascimento. Acrescenta que a palavra abortamento tem maior significado técnico, uma vez que indica a conduta de abortar, enquanto a palavra aborto representa tão somente o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida.⁷⁵

Fernando de Almeida PEDROSO, por sua vez, define aborto como “a interrupção dolosa (pois a culpa não é punível) de uma gravidez, com a conseqüente morte do produto da concepção”.⁷⁶ Esclarece que o direito penal protege tanto a vida extra-uterina quanto a vida intra-uterina, tutelando a primeira com a incriminação do homicídio, infanticídio e participação em suicídio e, a última, com a inflição de pena ao aborto criminoso.

Assim, o aborto, enquanto entidade criminosa, pressupõe a existência de um processo de gestação em curso, interrompido pela conduta humana com a eliminação da vida do produto dessa concepção.

4.1.3 Espécies

O aborto pode ser espontâneo (também chamado natural), acidental, provocado (conhecido também como criminoso) e legal.

No aborto natural há a interrupção espontânea da gravidez.

Já o aborto acidental geralmente decorre da interrupção da gravidez originada por traumatismo, como, por exemplo, uma queda.

Interessa ao presente trabalho o estudo mais detalhado das modalidades de aborto criminoso e legal, tais quais se encontram regulados no Código Penal, o que se fará no tópico pertinente.

⁷⁵ JESUS, D. E. **Direito Penal**: parte especial 2. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 119.

⁷⁶ PEDROSO, F. A. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 255.

Relativamente ao aborto legal, denota-se que a doutrina e a jurisprudência reconhecem várias das suas espécies, tais quais o aborto terapêutico, empregado para salvar a vida da gestante ou para afastá-la de mal sério e iminente decorrente de gravidez anormal; o aborto eugenésico ou eugênico, que visa a impedir a continuação da gravidez quando houver possibilidade de que a criança nasça com imperfeições hereditárias ou anomalias graves; havendo, ainda, o aborto social ou econômico, verificado em casos de família numerosa, para não lhe agravar ainda mais a situação social.

A legislação pátria permite tão somente duas hipóteses de aborto; o aborto terapêutico ou necessário e o aborto sentimental ou humanitário, em caso de gravidez resultante de estupro, o qual deverá ser precedido de consentimento da gestante ou de quem tenha legitimidade para representá-la.

No primeiro caso, caberá ao médico decidir sobre a necessidade do aborto. Todavia, tais hipóteses serão analisadas detidamente no item correspondente.

Quanto ao aborto criminoso, suas causas podem ser de natureza econômica (mulher que trabalha, falta de condições para criar a criança), moral (gravidez extramatrimonial) ou individual (vaidade, egoísmo). Observa-se, ainda, que em face do Código Penal, o aborto criminoso apresenta três modalidades; o auto-aborto, isto é, o aborto provocado em si mesma, de punição menos severa, o aborto consentido pela gestante e o aborto sem o seu consentimento.

4.1.4 O direito positivo brasileiro

Afirma Heleno Cláudio FRAGOSO que o Código Criminal de 1830 não punia o aborto provocado pela própria mulher, seguindo o exemplo do Código Francês de 1791. Incriminava-se o aborto tão somente se praticado com o consentimento da gestante, com a pena de prisão com trabalho, pelo período de um a cinco anos, a qual era dobrada se o aborto fosse praticado sem o consentimento.

Já o fornecimento de meios abortivos com conhecimento de causa era punível, ainda que o aborto não se verificasse, com a pena de prisão com trabalho, por dois a

seis anos, sendo que a pena era dobrada se o agente fosse médico, boticário, cirurgião ou praticante.

No Código Penal de 1890, ainda segundo o autor citado, punia-se o aborto praticado com ou sem o consentimento da gestante, prevendo a hipótese de seguir-se a morte da mulher.

Punia-se também o crime praticado pela própria gestante, atenuando a pena se o crime fosse cometido para ocultar desonra própria.

Em 1969, prossegue, foi reintroduzido no ordenamento brasileiro o aborto por motivo de honra, como forma privilegiada do crime, o que é desconhecido pela legislação atual. Previu-se, por outro lado, o chamado aborto preterdoloso, que pressupõe antecedente ação violenta dolosa.⁷⁷

O Código Penal vigente, por sua vez, manteve o rígido caráter repressivo da legislação, o que é evidentemente inadequado, já que hoje a tendência é no sentido de que se ampliem os casos de permissão de interrupção da gravidez.

A Constituição Federal protege a vida de forma geral (conforme foi analisado no capítulo anterior), inclusive a uterina, pois a gestação gera uma existência distinta da mãe, apesar do alojamento em seu ventre. A Constituição, portanto, ao prever como direito fundamental a proteção à vida, abrange não só a vida extra-uterina, mas também a vida intra-uterina, qualificada como verdadeira expectativa de vida exterior. Denota-se daí que a ausência desse resguardo legal da vida intra-uterina impossibilitaria a plenitude da garantia, já que a vida poderia ser obstaculizada em seu momento inicial, logo após a concepção.

O tema da descriminalização do aborto, portanto, sob essa perspectiva, abarcaria a árdua discussão sobre qual o momento inicial da vida.

4.1.5 O Código Penal

A legislação nacional figura dentre o grupo das legislações altamente restritivas, que só permitem o aborto em situações excepcionais.

⁷⁷ FRAGOSO, op. cit., p. 124 et seq.

A matéria está disciplinada no Código Penal, Título I da Parte Especial, que trata “Dos Crimes contra a Pessoa”, em seu Capítulo I, o qual regula “Dos Crimes contra a Vida”.

Não se trata, entretanto, de opinião pacificada na doutrina. O Código Penal italiano, exemplificativamente, enquadra o aborto dentre os crimes contra a integridade e a saúde da estirpe, enquanto o Código Penal espanhol o disciplina no título dos “*Delitos contra las Personas*”.

No Brasil, portanto, como anteriormente mencionado, o objeto da tutela penal é a vida do feto.

Classifica-se o aborto como crime material, uma vez que deve ser observado o resultado morte para que o crime se consuma; configura delito instantâneo, pois sua consumação ocorre em um só momento e aí se esgota; é crime de dano e não de perigo, já que se consuma com a efetiva lesão ao bem jurídico; ainda, é de forma livre, podendo ser executado por qualquer meio, ação ou omissão, físico, químico, mecânico, material ou moral.

Os processos físicos podem ser mecânicos, térmicos e elétricos. Os mecânicos podem ser diretos, que agem por meio de pressão sobre o útero através das paredes abdominais, por traumatismos vaginais –irrigações e tamponamento-, por traumatismo do colo do útero –dilatação pelo dedo, por exemplo- e por traumatismo do ovo –punção ou deslocamento, por exemplo- ou indiretos, aqueles que atuam à distância do aparelho genital, como as sangrias, banhos, escalda-pés, quedas e exercícios exagerados. Dentre os térmicos, pode-se citar o emprego de bolsa de água quente e bolsa de gelo na parede do abdômen. O meio elétrico atua através de corrente farádica ou galvânica, banhos elétricos, etc.

Finalmente, dentre os processos psíquicos há os sustos, sugestão e choque moral.

O aborto só é punível a título de dolo, não se admitindo na modalidade culposa. Poderá, entretanto, tratar-se de dolo direto, hipótese em que há vontade firme de interromper a gravidez e produzir a morte do feto, ou dolo eventual, quando se assume o risco de produzir o resultado.

Admite-se, ainda, uma forma de aborto preterdoloso, ou seja, quando há dolo no antecedente e culpa no conseqüente, o que se verifica na hipótese do artigo 127 do CP.⁷⁸

É possível, também, a ocorrência do aborto em sua forma tentada, uma vez que, provocada a interrupção da gravidez, o feto não morre por circunstâncias alheias à vontade do agente.

A Ação Penal é pública incondicionada e o julgamento se dá perante o Tribunal do Júri.

Podem ser apontadas três figuras.

Primeiramente, há o aborto provocado pela própria gestante ou o auto-aborto, disciplinado na primeira parte do artigo 124 do CP.⁷⁹

Consiste em provocar o aborto em si mesma. O agente, no caso, é a própria mulher grávida, sendo o produto da concepção o sujeito passivo do crime. Configura, portanto, delito próprio, pois se exige da autora a condição de gestante. É a própria mulher quem pratica todos os atos de execução, configurando crime de mão própria.

Mas o terceiro que participa do fato, instigando, auxiliando ou, de qualquer forma, contribuindo para o delito, incidirá nas mesmas penas (do artigo 124 do CP), pois estará a praticar o mesmo crime, sendo admissível, portanto, a participação.

Já no caso de o terceiro praticar os atos materiais do aborto, este incorrerá nas penas do artigo 126 do CP, enquanto a gestante enquadrar-se-á na conduta descrita na segunda parte do artigo 124 do CP.

Para alguns autores, não se trata de tipo autônomo, mas sim uma forma atenuada do tipo básico, que seria o aborto praticado sem o consentimento da gestante.

⁷⁸ Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores serão aumentadas de um terço se, em conseqüência 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.

⁷⁹ Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
Pena – detenção, de um a três anos.

Em segundo lugar, aponta-se o aborto praticado sem o consentimento da gestante, enunciado no artigo 125 do CP.⁸⁰

Nos casos de aborto provocado por terceiro há uma dupla subjetividade passiva: o feto e a gestante, sendo que o autor pode ser qualquer pessoa.

Aqui se observa a modalidade mais grave do crime, com a maior das penas cominadas. Não se exige o dissenso expresso da gestante, podendo ele ser presumido no caso em que esta não tenha o conhecimento do ato.

Comporta duas formas; a não-concordância real –violência, grave ameaça ou fraude- e a não-concordância presumida –menor de 14 anos, alienada ou débil mental.

O aborto praticado com o consentimento da gestante, por sua vez, configura duplo crime; o daquele que praticou o aborto e o da gestante, ao consentir com tal prática. Encontra-se regulado no artigo 126 do CP.⁸¹

Todavia, embora haja concurso na mesma ação delituosa, os agentes praticam condutas autônomas. Relativamente à mulher, há apenas participação, elevada a categoria de fato principal. A mulher que consente incidirá nas mesmas penas do auto-aborto (artigo 124 do CP). Também quem concorrer na ação, instigando a mulher grávida, indicando quem praticará o aborto, pagando a este, conduzindo a gestante, etc, praticará sob a forma de participação o crime do artigo 124 do CP, ou seja, estará concorrendo no crime da mulher que pratica o aborto.

Finalmente, quem efetivamente pratica o aborto com o consentimento da gestante incorre nas sanções do artigo 126 do CP.

Exige-se que o consentimento seja válido, ou seja, livremente obtido e que a mulher tenha capacidade de compreensão e maturidade para validamente consentir.

⁸⁰ Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Penal: reclusão, de três a dez anos.

⁸¹ Art. 126. Provocar aborto, com o consentimento da gestante:

Penal: reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

O parágrafo único determina que, em caso de menor de quatorze anos, hipótese em que se presume a incapacidade de consentimento dada a imaturidade da mulher, bem como no caso de debilidade mental ou, ainda, quando o consentimento for obtido por meios ilícitos, as penas serão as mesmas do aborto praticado sem o consentimento da gestante.

O consentimento pode ser expresso ou tácito e aproveitará ao agente que o desconhece. Se for revogado antes da consumação do delito, retira-se toda a sua eficácia.

O chamado aborto qualificado encontra-se previsto no artigo 127 do CP⁸², que prevê as hipóteses de, em consequência do aborto, produzir-se lesões graves na mãe ou até mesmo a sua morte.

Tais causas de aumento de pena serão aplicadas ao agente que pratica o aborto na mulher, com ou sem o seu consentimento. Ainda, se ocorrer dolo em relação à morte ou às lesões graves, haverá concurso de crimes: o de aborto e o de homicídio ou lesões corporais, conforme o caso.

Não é indispensável, nesses casos, que o aborto se consuma, bastando que a morte ou as lesões tenham resultado dos meios empregados para a sua provocação, qualquer que tenha sido o tempo decorrido, desde que seja certo o nexo de causalidade.

Finalmente, as causas de exclusão de antijuridicidade estão previstas no artigo 128 do CP⁸³.

Primeiramente, há a previsão da hipótese de aborto necessário ou terapêutico, que, segundo a opinião majoritária, configuraria um caso especial de estado de necessidade.

⁸² Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores serão aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofrer lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevier a morte.

⁸³ Art. 128. 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 de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Só terá cabimento a exclusão do crime se houver situação de grave risco de morte com o desenvolvimento da gravidez e do parto, devendo o aborto ser praticado com todas as precauções. Deverá ser realizado para evitar a morte da mulher desde que haja prognóstico seguro.

Os casos mais conhecidos são, dentre outros, os de graves vômitos incoercíveis, estado epilético e insuficiência cardíaca.

Já em relação à gravidez resultante de estupro, tem-se o chamado aborto sentimental ou por indicação ética, o qual ainda rende árduos debates entre os seus defensores e seus opositores. Nessa hipótese considera-se a violência e a estupidez com que a gestação foi concebida.

Equipara-se também à hipótese a gravidez decorrente de estupro cometido mediante violência presumida, bem como a gravidez decorrente de atentado violento ao pudor.

Aqui, a exclusão do crime depende do prévio consentimento da ofendida ou de seu representante legal.

Recentemente, houve muita polêmica acerca da necessidade ou não da elaboração do Boletim de Ocorrência pela mulher que requer a realização do aborto sob o argumento de que a gravidez decorreu de violência sexual.

Argumentou-se, por um lado, que a não exigibilidade de elaboração do BO equivaleria a uma permissão do aborto em qualquer hipótese. Todavia, por outro lado, considerou-se que a confecção do BO, por si só, não representa garantia de veracidade das informações nele contidas. Além disso, também se mencionou que seria desumano obrigar a mulher vítima de estupro a se dirigir a uma delegacia de polícia para relatar toda a violência que sofreu, rememorando cada detalhe de um pesadelo que a grande maioria prefere simplesmente esquecer, fingir que não existiu, quer por vergonha ou por outros motivos que não cabe julgar.

Por certo que é mais racional a dispensa de tal exigência, cabendo a cada mulher, individualmente, a possibilidade de responsabilização na hipótese de uma declaração falsa ao médico.

Modernamente, fala-se ainda na inclusão da hipótese de aborto eugenésico ou eugênico, também chamado de aborto piedoso, que teria cabimento nos casos de probabilidade de a criança nascer com graves anomalias ou deformidades.

Tal modalidade de aborto tem gerado muita controvérsia. Alguns se colocam contra, afirmando haver ainda falta de conhecimento ou condições de detectar dados seguros sobre anomalias fetais. Já os que se posicionam favoravelmente alegam já existir meios aptos a permitir o fornecimento desses dados.

Os casos de aborto piedoso podem multiplicar-se, parecendo que o mais correto seria a sua previsão dentre os casos de aborto permitido, deixando-se a critério do médico a verificação da sua necessidade, exigindo-se também autorização do Judiciário para a sua execução. Assim se evitaria a enumeração perigosa e reprovável.

Cabe acrescentar que o Código Penal de 1969 previa, ainda, as figuras do aborto praticado por motivo de honra, relativamente aos bons costumes em matéria sexual, carecendo que a ação fosse praticada para ocultar desonra própria, bem como a hipótese de aborto preterdoloso.

Hoje, se alguém pratica lesões corporais em mulher grávida e lhe causa não dolosamente o aborto, haverá praticado o crime de lesão corporal gravíssima.

4.1.6 Liberação ou não?

Haja vista a existência, modernamente, de forte campanha em prol da legalização do aborto e, ainda, uma vez constatada a pertinência de referida discussão com este trabalho, considera-se interessante a enunciação de argumentos favoráveis e contrários à permissão da sua realização.

Dentre os argumentos favoráveis estão o fato de que a mulher deve poder dispor de parte do seu corpo, considerando-se, assim, como parte do corpo da mulher, o ovo ou o embrião. O nascimento de uma criança rejeitada e indesejada causaria prejuízo maior do que a interrupção da sua gestação.

Também se pretenderia, por meio do aborto, evitar que ainda mais crianças nasçam fadadas a viver em condições de pobreza e marginalidade, além de ser

possível a limitação da natalidade, já que o excesso populacional é problema hoje mundialmente reconhecido.

Defende-se ainda que, uma vez que se puna o aborto, também deveriam ser punidos os demais meios anticoncepcionais, como a esterilização.

A liberação do aborto acabaria com os abortos clandestinos, os quais causam um sem número de doenças e mortes, dadas as condições em que são realizados.

Além disso, a ameaça penal é ineficaz, uma vez que pouquíssimas são as punições verificadas.

Já contrariamente ao aborto alega-se que o ovo, embrião ou feto não se trata de simples apêndice ou parte da mãe, mas sim de um ser humano em formação no ventre materno.

Relativamente ao argumento da marginalização, observa-se que se está tentando remediar um mal que deveria, na verdade, ser prevenido. Ora, o Brasil é um país riquíssimo em reservas naturais, alimentos e território, carecendo, sim, de pessoas sérias e aptas a administrar tudo isso.

No que toca ao argumento do controle populacional, vale o mesmo raciocínio. Há inúmeros outros métodos aptos a controlar a natalidade que não o aborto.

Ainda, sendo o aborto um crime contra a vida, este se diferencia drasticamente dos meios contraceptivos, os quais visam a evitar a formação de uma nova vida e, portanto, devem ser incentivados.

Afirma-se, também, que a prática dos abortos clandestinos prevalece mesmo naqueles países que o permitem, por vários motivos, dentre os quais o fato de a mulher não querer se expor.

Quanto à questão da ameaça penal, seria absurdo aceitar que o fator impunidade influenciasse na descriminalização, máxime em um país como o Brasil, em que a impunidade mais se aproxima da regra que da exceção!

Ainda contrariamente ao aborto, argumenta-se que não se pode deixar de considerar a dor que é experimentada pelo feto, qualquer que seja o método abortivo adotado. Há países, inclusive, em que se discute a possibilidade de anestesiá-lo antes da execução.

Na opinião de Ives Gandra da Silva MARTINS, não há como se falar em aborto de uma forma neutra, sem levar-se em conta a dor infligida ao feto. Seria como ignorar que o aborto, na realidade “é uma forma de pena de morte, com a utilização de métodos sangrentos e desumanos”.⁸⁴

O Jornal Gazeta do Povo exibiu o seguinte quadro enunciando os prós e contras nas hipóteses mais delicadas que envolvem o aborto.⁸⁵

| Argumentos a favor | Propostas em discussão | Argumentos contra |
|---|--|---|
| Hoje a mulher deve passar por exames e comitês médicos para provar a violência sexual. Caso contrário, se ficar grávida, não poderá fazer o aborto. Com a mudança, a mulher que sofreu o abuso sexual e está fragilizada não precisa ser submetida a exames médicos para fazer o aborto | Facilitar o aborto no Brasil em casos de estupro | Na prática legaliza o aborto em todas as circunstâncias. Qualquer gestante, com gravidez indesejada, pode alegar ter sido estuprada mesmo que não o tenha sido para gozar do procedimento cirúrgico sem ser penalizada por isso |
| A mulher não precisa sofrer o ônus de cuidar de uma pessoa sem condições saudáveis de vida | Legalização do aborto em caso de qualquer tipo de má formação genética | Uma criança, mesmo portadora de uma síndrome genética, tem o direito à vida pelo simples fato de ser um ser humano. Seria como aplicar os mesmos métodos de segregação utilizados no nazismo, por exemplo |
| Está comprovado que a criança vai morrer durante a gestação ou nos primeiros momentos de vida. Seria desumano prorrogar o sofrimento da mãe | Legalização do aborto quando está identificada a anencefalia | Todo ser humano tem o direito à vida, ainda que breve. Por outro lado, o acompanhamento até o fim da vida do filho garantirá a saúde mental da mulher, que deve ser devidamente acompanhada nesses casos |
| Fim dos perigos da mãe com o aborto clandestino: hemorragias, infecções, infertilidade. A legalização do aborto evitaria a procura | Aprovação plena do aborto no Brasil para evitar os perigos da prática clandestina e dar à mulher completo direito sobre o | Desde a concepção existe um novo ser humano com o direito de nascer independentemente da vontade da mãe. Não é mais |

⁸⁴ MARTINS, I. G. S. Como se faz um aborto. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 19 de agosto de 2004.

⁸⁵ DRECHSEL, D. Comissão tripartite definirá alterações na lei do aborto: Principal polêmica está em ampliar ou não as possibilidades de interrupção da gravidez. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 08 de março de 2005.

| | | |
|--|------------------|--|
| de métodos duvidosos sem acompanhamento médico. Estimativas apontam que 31% das gravidezes no Brasil terminam em abortamento espontâneo ou provocado; de modo que ocorre, por ano, cerca de 1,4 milhão de abortamentos, assim como uma taxa de 3,7 abortos para 100 mulheres de 15 a 49 anos | seu corpo | um órgão no corpo da mulher, mas um ser único. O aborto, por outro lado, mesmo que não se admita, traz graves seqüelas psicológicas para a mãe, ainda que tecnicamente perfeito. Tirar a vida de uma pessoa, mesmo que seja da "melhor forma possível", continua a ser crime |
|--|------------------|--|

Carlos Aurélio Mota de SOUZA opina radicalmente contra o aborto. O autor compara a prática do aborto à imposição da pena de morte, provocando aqueles que criticam esta última e defendem o primeiro. Questiona o autor se há diferença entre matar um cidadão adulto que cometeu um crime grave e matar um cidadão de cinco meses de vida intra-uterina que não cometeu crime algum. Defende, ainda, a elevação do aborto ao patamar de crime hediondo.⁸⁶

Também Sueli Caramello ULIANO argumenta que a defesa dos direitos da mulher caminha na direção oposta à defesa do aborto. A autora ataca a possibilidade de aborto nos casos de gravidez decorrente de estupro defendendo que ignorar um estuprador e eliminar o seu filho significa promover a injustiça e a violência, além de desacreditar as pessoas que batalharam para conscientizar o povo de que se trata de um crime (hediondo) e que, portanto, deve ser denunciado e não deve ficar impune.⁸⁷

Já Mariângela Gama de Magalhães GOMES, em posição totalmente oposta, defende o aborto e chama a atenção para os males que a sua proibição vem causando a toda sociedade.

Defende a autora que para as mulheres que tomam a difícil decisão de abortar, não haverá ameaça criminal apta a impedi-las, uma vez que decisão dessa magnitude é sinal de que fatores econômicos e sociais se impuseram e preponderaram em relação ao instinto natural da maternidade. Acrescenta, ainda, que discutir a descriminalização

⁸⁶ SOUZA, C. A. M. **Direitos Humanos Urgente!** São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 67.

⁸⁷ ULIANO, S. C. A mulher internacional e o aborto à moda da casa. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 09 mar. 2005. p. 11.

do aborto unicamente no plano ideológico, questionando-se o que vale mais, se a vida do nascituro ou a liberdade da mulher sobre o seu corpo, é tão inútil quanto discutir futebol, religião ou política. Na opinião da autora, ignorar a realidade significa ignorar que a mesma norma penal que visa a proteger a vida do feto acaba por colocar em risco a vida da mãe. Nas palavras da autora: “no entanto, dúvida também não há de que a criminalização dessa conduta, ao invés de proporcionar a proteção da vida do nascituro, tem resultado na morte de inúmeras mulheres que não buscam no aborto a satisfação de um capricho pessoal ou o passaporte para a irresponsabilidade, mas a última luz no fim do túnel”.⁸⁸

4.2 Aborto de anencéfalos

4.2.1 Aborto e interrupção da gravidez

Uma vez analisada em toda a sua complexidade de aspectos a conduta típica chamada aborto, cabe aqui questionar se há diferença entre esta conduta e a conduta correspondente à interrupção da gravidez.

Paulo LEÃO ensina que a expressão interrupção da gravidez significa exatamente a interrupção de um processo gestacional, não se mencionando, portanto, o que ocorre com o feto. Coloca-se o foco, portanto, na gravidez, ou seja, no estado da mulher durante a gestação.⁸⁹

Ives GANDRA, por sua vez, afirma que “do ponto de vista jurídico interromper a gravidez é, rigorosamente, igual ao aborto”.⁹⁰

Também para Elizabeth Kipman CERQUEIRA tratam-se de expressões sinônimas. Afirma a médica citada que “Abortar significa interromper a gravidez, com ou

⁸⁸ GOMES, M. G. M. Descriminalizar é salvar vidas. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 151, p. 19, jun. 2005.

⁸⁹ FERREIRA, A. T. *et al.* **Vida: o primeiro direito da cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 16.

⁹⁰ FERREIRA, , op. cit., p. 17.

sem expulsão do embrião ou do feto, antes que ele tenha condições de vitalidade, ou seja, interrompe-se a vida de um ser humano”.⁹¹

4.2.2 Anencefalia: noção

Esclarece Darnival da Silva BRANDÃO que o termo anencéfalo é impróprio e equivocado, já que não há ausência do encéfalo, mas somente de uma parte dele, o cérebro.⁹²

Também neste sentido, afirma Herbert PRAXEDES que os anencéfalos não possuem o cérebro e os hemisférios cerebrais, todavia, possuem outros órgãos do encéfalo, especialmente o tronco cerebral.⁹³

Anelise TESSARO define a anencefalia como “ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio. Podendo ou não ser acompanhada por espinha bífida e polidrâmnio. Não se formam as partes anterior e central do cérebro”.⁹⁴

Consiste a anencefalia em um defeito congênito que começa a se desenvolver no início da vida intra-uterina. Pertence à família dos defeitos de soldadura do tubo neural, ocorrendo entre o 20º e o 28º dia após a concepção. Num feto normal, as células da placa neural, que constituem o sistema nervoso do embrião, dobram sobre si mesmas a fim de criar o chamado tubo neural, que se tornará a coluna vertebral, alojando, em seu interior, a medula espinhal. Depois de muitas transformações, o pólo superior do tubo neural tornar-se-á, finalmente, o cérebro. Nos defeitos de soldadura do tubo neural, este é incapaz de se fechar completamente.

Assim, a anencefalia ocorre quando o final da extremidade superior do tubo neural deixa de se fechar.

Anencefalia significa sem encéfalo, sendo este o conjunto de órgãos do sistema nervoso central que se encontram na caixa craniana. Todavia, a verificação da

⁹¹ FERREIRA, op. cit., p. 17.

⁹² Ibid. p. 18.

⁹³ Ibid. p. 20.

⁹⁴ TESSARO, op. cit., p. 27.

anencefalia corresponde à ausência apenas do cérebro com os seus hemisférios e do cerebelo.

As crianças com tal defeito nascem sem o couro cabeludo, calota craniana e meninges, além de serem cegas, surdas e possuírem poucos ou nenhum reflexo. O tronco cerebral, porém, geralmente é preservado. O tecido cerebral restante é protegido apenas por uma fina membrana. O tronco cerebral, juntamente com a medula espinhal, controla muitas das funções inconscientes do corpo, tais como os batimentos cardíacos e a maior parte dos movimentos involuntários. Cerca de 40% dessas crianças morrem intra-útero e 25% morrem durante o parto, sendo que a expectativa de vida, para as que sobrevivem, é de apenas poucas horas ou dias ou, ainda, raramente, poucos meses.

A anencefalia afeta mais as meninas do que os meninos e não existe nenhum tratamento a ser feito quando da sua verificação. Além disso, ainda não se identificou a sua causa, acreditando-se que se trate de uma combinação de fatores genéticos e ambientais. Trata-se de uma má-formação muito fácil de ser vista em exame de ultrassom, sendo que a probabilidade de erro, após a 16ª semana, é mínima. O corpo de uma criança anencéfala é inteiramente inafetado. Entretanto, falta a calota craniana a partir das sobrancelhas. Um tecido neural de cor vívida vermelho-escura coberto apenas por uma fina membrana pode ser visto através de uma abertura na cabeça. O tamanho dessa abertura varia consideravelmente de uma criança para outra. Os globos oculares podem projetar-se por causa de uma má-formação das órbitas, motivo pelo qual as crianças anencéfalas são às vezes descritas pejorativamente como parecendo rãs.

Os médicos podem eventualmente afirmar que uma criança anencéfala não pode ver ou ouvir nem sentir dor, sendo comparável a um vegetal. Contudo, isso não condiz com a experiência de muitas famílias que têm tido um filho anencéfalo. O cérebro é afetado em graus variados, de acordo com a criança; o tecido cerebral pode alcançar diferentes estágios de desenvolvimento. Algumas crianças são capazes de engolir, comer, chorar, ouvir, sentir vibrações (sons altos), reagir a toques e mesmo à luz.

Quanto ao transplante de órgãos da criança anencéfala, teoricamente não há entraves. Na prática, porém, há certos problemas. A ciência do enxerto de órgãos em bebês recém-nascidos é incipiente, seus resultados de meio-termo não são bem conhecidos, ao passo que os resultados de longo termo são totalmente desconhecidos. Os órgãos de uma criança anencéfala somente podem ser removidos se a criança estiver seguramente morta. Entretanto, os critérios que definem a morte cerebral não podem normalmente ser aplicados para crianças abaixo de sete dias de nascidas. Antes de a morte cerebral ser confirmada, os órgãos de tais crianças podem-se tornar de tal modo danificados que não sejam aptos para doação.

Crianças anencéfalas não têm a parte posterior do cérebro, mas têm a parte anterior, que em geral funciona normalmente no nascimento. A parte anterior do cérebro morre lentamente e outros órgãos podem morrer no período intermediário de tempo. Observou-se que a morte cerebral clínica (completa ausência de reações e reflexos e ausência de respiração espontânea) quase sempre ocorre depois que o coração começou a falhar.

Conseqüentemente, as crianças anencéfalas raramente poderiam ser capazes de doar órgãos.⁹⁵

Todavia, o Conselho Federal de Medicina, pela Resolução nº 1752, de 08 de setembro de 2004⁹⁶, autorizou o uso de órgãos e tecidos de anencéfalos para transplante mediante autorização prévia dos pais.⁹⁷

Foi considerado que os anencéfalos são natimortos cerebrais que tem parada respiratória já durante as primeiras horas após o parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter já se tornado inviáveis para transplantes. Assim, decidiu-se que, uma vez autorizado formalmente pelos pais, poderá o médico realizar o transplante de órgãos ou tecidos de anencéfalos logo após o seu nascimento.

⁹⁵ **Anencefalia-perguntas.** Disponível em: www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm. Acesso em 15 de agosto de 2005.

⁹⁶ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1752 de 08 de setembro de 2004. Dispõe sobre o transplante de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de setembro de 2004, seção 01, p. 140.

⁹⁷ Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Corresponde a anencefalia, portanto, ao resultado da falha de fechamento do tubo neural, originada pela interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. A prática demonstra que a diminuição do ácido fólico materno está intimamente ligada ao aumento da sua incidência, o que explica a maior ocorrência dentre as camadas socioeconômicas menos favorecidas.⁹⁸

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto colocado no ranking de nascimentos de fetos com anencefalia, perdendo apenas para o México, Chile e Paraguai. Em cada 10 mil crianças brasileiras nascidas vivas, há o registro de 8,6 fetos anencéfalos, sendo que a média brasileira de mortes em decorrência dessa doença é de 615.⁹⁹

Cabe acrescentar, conforme afirma Elida SÁ, que no caso da anencefalia não existe relato na literatura médica de sobrevivida neonatal.¹⁰⁰

4.2.3 Risco para a vida da mãe

Também a questão dos riscos que a gravidez de feto anencéfalo traz para a vida da gestante não apresenta opinião unânime.

O médico Herbert PRAXEDES afirma que a gestação de feto anencéfalo não é de risco e que, ocasionalmente, como efeito colateral, pode haver excesso de líquido amniótico, que pode ser tratado sem que haja riscos maiores.¹⁰¹

Já a médica e psicóloga Elizabeth Kipman CERQUEIRA afirma que o risco durante o momento do parto é o mesmo de toda gestante. Todavia, acrescenta que, embora o risco físico não seja de grande preocupação, o risco psicológico, afetivo e emocional é muito grande, já que a decepção, o susto, a preocupação e o sentimento de culpa causam grande dor e a mãe pode ser levada a seguir impulsos para abreviar a

⁹⁸ PINOTTI, J. A. **Anencefalia: opinião**. Disponível em www.febrasgo.org.br?anencefalia2.htm. Acesso em 01 de setembro de 2005.

⁹⁹ BRASIL é o 4º país em anencefalia. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 ago. 2004.

¹⁰⁰ SÁ, E. **Biodireito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 1999. p. 186.

¹⁰¹ FERREIRA, op. cit., p. 21.

situação, esperando que isso anule a sua tristeza, dependendo de como lhe é apresentada a realidade de seu bebê.¹⁰²

Também Dernival da Silva BRANDÃO e Dalton Paula RAMOS afirmam que a gravidez de anencéfalo, por si só, não traz maiores riscos do que qualquer outra gravidez.¹⁰³

Todavia, nas palavras do Deputado Federal e Titular de Ginecologia da USP José Aristodemo PINOTTI, a gestação de anencéfalo causa, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio –excesso de líquido amniótico-, configurando gravidez com risco elevado, embora reconheça o valor ético de se levar a gestação até o fim com o objetivo de doação de órgãos, o que deve configurar, no entanto, em sua opinião, uma opção para a gestante.¹⁰⁴

4.2.4 Tipificação

Após a análise dos aspectos legais que envolvem o aborto, fica a indagação acerca da possibilidade de interrupção da gestação no caso de feto anencéfalo corresponder ou não à prática do crime de aborto.

Domingos Barroso da COSTA esclarece que o objeto material do crime de aborto é o embrião ou feto humano vivo e apto a desenvolver-se, que se encontre no útero da gestante.

Logo, uma vez que a anencefalia consiste na má-formação congênita do sistema nervoso central, na qual o encéfalo não se desenvolve e a calota craniana está ausente, ficando exposta a mal desenvolvida massa cerebral –presentes, portanto, apenas fragmentos cerebrais- verifica-se a inviabilidade do feto, que só tem condições de manter algumas das suas funções, como batimentos cardíacos enquanto ligado à mãe.

Assim, considerando-se que o feto não possui as mínimas condições de sobrevivência, acredita o autor não ser cabível punição à gestante ou a quem, com a

¹⁰² FERREIRA, op. cit., p. 21.

¹⁰³ Ibid. p. 22.

¹⁰⁴ PINOTTI, art. cit.

sua autorização, interromper tal gestação, por se tratar de conduta absolutamente atípica.¹⁰⁵

No mesmo sentido, afirma a promotora de justiça Soraya Taveira GAYA que não há como se falar em aborto nesses casos, uma vez que não existe possibilidade de continuação da vida do feto e, sim, a certeza de sua morte.

Prossegue enunciando que, na gravidez, o interesse da sociedade a ser preservado não é a gravidez em si, como fato fisiológico, mas sim a expectativa de que o feto, decorrida a gestação, origine um ser humano vivo.

Logo, não existe bem jurídico a ser protegido pelo Direito Penal, devendo-se preservar, por outro lado, a pessoa da gestante, “não fazendo nenhum sentido obrigar uma mãe a aguardar 09 meses para finalmente levar o filho para o cemitério, é cruel”, afirma.¹⁰⁶

Também o 1º secretário do Conselho Federal de Medicina, Marco Antônio BECKER, afirmou tratar-se o feto sem cérebro de um ente não vivo, embora possua tecidos vivos, como coração e pulmão. Observou, ainda, “que não há como se falar em morte do feto, porque ele nunca viveu encefalicamente”.¹⁰⁷

Portanto, para que se enquadre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo no tipo penal aborto, é necessário que se considere esse feto como um ser vivo.

A partir do momento em que se reconheça a existência de vida no interior do útero da mãe, presente estará o bem jurídico que legitima a existência do crime de aborto.

¹⁰⁵ COSTA, D. **Sobre a tipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo**. Disponível em <www.ibccrim.org.br> Acesso em 01 de julho de 2005.

¹⁰⁶ GAYA, S. T. Aborto de feto inviável: Há crime? **Justiça e Cidadania**, ed. 45, p. 42, abril 2004.

¹⁰⁷ CONSELHO apóia aborto em casos de feto sem cérebro. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 ago. 2004.

4.2.5 Argumentos favoráveis e contrários

Inúmeras são as teses que embasam tanto as opiniões favoráveis quanto contrárias à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, todas impregnadas de muita emoção e convicção.

Sem a finalidade de esgotar o tema, pretende-se aqui tão somente relacionar alguns dos motivos pelos quais a interrupção da gravidez, nesses casos, é defendida ou repudiada.

Observa-se que as opiniões contrárias, em sua maioria, emanam de movimentos de caráter religioso, ou mesmo de pais que optaram pela não interrupção da gravidez e dão seu testemunho a fim de tentar convencer os demais de que o feto anencéfalo é um filho como outro qualquer.

Rebatendo os argumentos daqueles que propagam ser de risco a gestação de feto anencéfalo, o jornalista Carlos Alberto DI FRANCO afirmou tratar-se de gestação absolutamente normal, trazendo muito mais riscos à gestante a prática do aborto. Alegou, ainda, que a aceitação do aborto descendente (eliminação do feto) desencadearia manifestações no sentido da implantação, também, do aborto ascendente (supressão da vida dos doentes).¹⁰⁸

A Igreja brasileira, segundo Dom Odilo Pedro SCHERER, secretário geral da Confederação Nacional dos Bispos do Brasil, tem uma posição firme e contrária à possibilidade da prática do aborto de fetos sem cérebro sob o argumento de que, mesmo desprovidos de cérebro, reconhece-se nesses fetos, no entanto, a dignidade humana.

Questionou, ainda, “Como se pode dizer que não há vida apenas pelo fato da ausência de um dos órgãos se há gestações que se desenvolvem até nove meses, culminando, inclusive, com o nascimento da criança?”¹⁰⁹

¹⁰⁸ DI FRANCO, Carlos Alberto. Aborto e democracia. **Gazeta do povo**, Curitiba, 02 ago. 2004. p. 10.

¹⁰⁹ CNBB defende dignidade do feto e se opõe à decisão. **Gazeta do povo**, Curitiba, 28 jun. 2004.

Também Dom Ladislau BIENARSKI, bispo auxiliar de Curitiba, manifesta-se contrariamente à interrupção da gravidez nos casos de anencefalia alegando que sua permissão abriria caminho para que o STF liberasse outros tipos de aborto.¹¹⁰

Paulo TOMINAGA, que juntamente com sua mulher decidiu levar até o final a gestação de um filho anencéfalo, afirma que uma pessoa não pode ser eliminada unicamente por não ser como se gostaria que ela fosse.

Alega que, dessa maneira, são criadas inúmeras teorias para se encobrir que se está, na realidade, matando uma pessoa simplesmente para eliminar o sofrimento que sua existência causa a seus pais, além de se defender, também, que tal criança já estava predestinada à morte, de qualquer forma.

Prossegue afirmando que a criança já terá uma vida breve e, assim, que se saiba, ao menos, respeitá-la.¹¹¹

Já favoravelmente à interrupção da gestação manifestam-se profissionais das mais diversas áreas, sob os mais variados fundamentos, bem como pais que passaram por esta experiência e gostariam de ter tido a opção de não levar a gestação até o final.

Sobre o aborto, Alexandre de MORAES entende que, além das hipóteses de permissão legal já expressas na legislação penal, deveria acrescentar-se “a impossibilidade do feto nascer com vida, por exemplo, em casos de acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total inviabilidade da vida extra-uterina, por rigorosa perícia médica”.¹¹²

Nessas hipóteses, segundo o autor, não estaria o direito penal a serviço da finalidade constitucional de proteção à vida, mas sim estaria a ferir direitos fundamentais da mulher igualmente protegidos, tais quais a liberdade e dignidade humanas, configurando flagrante inconstitucionalidade.

No mesmo sentido, Mohamad Ale Hasan MAHMOUD afirmou que negar à gestante o direito de interromper a gravidez significa suprimir vigência ao inciso III do

¹¹⁰ CAMPOS, M. A. Para dom Ladislau, liminar pode levar à legalização total: Bispo auxiliar de Curitiba diz que políticos católicos devem defender a vida. **Gazeta do povo**, Curitiba, 18 jul. 2004. Entrevista, p. 18.

¹¹¹ TOMINAGA, P. **Anencefalia X Liberdade**. Disponível em <www.providaanapolis.org.br/anenliber.htm> Acesso em 10 de julho de 2005.

¹¹² MORAES, op. cit., **Direitos Humanos ...** p. 91.

artigo 1º da Constituição Federal, uma vez que se estará privando essa pessoa da dignidade que é fundamento da República Federativa do Brasil.

Ora, a gestante, nesses casos, terá de se submeter a todas as alterações em seu corpo, aos encargos e riscos decorrentes da gravidez, sendo que, ao final, gerará um ser sem a menor possibilidade de vida.

Ainda, o autor chama a atenção para a questão social envolvida, ao destacar que uma mulher rica, em tal situação, pode simplesmente deslocar-se para um país em que não se incrimine o aborto.¹¹³

Gleuton Brito FREIRE, por sua vez, comenta o assunto afirmando haver, de um lado, defensores da não possibilidade de o Estado interferir no parto da mãe de anencéfalo em razão da não existência de crime de aborto nesse caso. Ora, não se pode recorrer ao Estado-juiz criminal antes da ocorrência de crime. Já noutra banda estariam os que não entendem cabível a concessão à mãe do direito de decidir por não ser aplicável a analogia entre o aborto de anencéfalo e a retirada do feto oriundo de estupro, recusando, portanto, a norma do art. 128, II, do Código Penal. E, dentre esses últimos, há ainda quem negue à mãe tal direito baseado em preceito religioso particular.

O autor citado defende existir, em casos tais, um pedido constitucional de âmbito criminal. Ainda que ausente o crime, por cautela da mãe e do médico, será necessária a concessão do alvará judicial como uma antecipação da concessão da justificativa legal, ou seja, da excludente de culpa.

Afirma, ainda, que em face da omissão legal permissiva do aborto de fetos anencéfalos, deve o julgador dirigir-se à Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 4º, resolvendo a questão por intermédio da analogia com o artigo 128, II, do Código Penal.¹¹⁴

Questiona o autor “é permitida, portanto, a opção da mãe – ressalte-se – pela interrupção da gestação de feto que sobreviverá ao parto, tão-somente pela prática do estupro, e não se permite a escolha do aborto do feto quase natimorto? Qual a

¹¹³ MAHMOUD, M. A. H. Ampliação das Liberdades Públicas? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 137, p. 11, abril 2004.

¹¹⁴ FREIRE, Gleuton Brito. Aborto de anencéfalo: Decisão jurídica ou cristã? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 149, p. 10-11, abril 2005.

segurança jurídica do Estado normativo que permite o menos grave e denega o mais?”¹¹⁵

Também o secretário do Conselho Federal de Medicina, Marco Antônio BECKER, defende que:

O Estado, quando autoriza o médico a praticar o aborto em gravidez resultante de estupro, de acordo com o art. 128, inciso II, do Código Penal, explicita que o feto pode ser sacrificado para garantir os direitos constitucionais e, em especial, a honra da mãe. Daí, conclui-se que nem sempre a vida está acima dos princípios constitucionais do respeito à existência numa concepção história e não meramente biológica.¹¹⁶

Sobre os desdobramentos que decorrem da concessão de um alvará judicial para a interrupção da gravidez, afirmou Thomaz Rafael GOLLOP que, em primeiro lugar, no caso de portar tal documento, a paciente grávida deixará de ter o sentimento de que está cometendo um crime. Além disso, poderá usufruir tanto do atendimento em hospital público quanto em hospital privado e, ainda, para as que possuem, do plano de saúde. Estimou o autor que, à época (agosto de 2004) já haviam sido concedidos cerca de 3000 alvarás em todo o país.¹¹⁷

Antonio PRADO chama a atenção para o fato de que a permissão da interrupção da gravidez nesses casos configurará, sempre, mera opção para a gestante, jamais correspondendo a uma obrigação geral.

Nas palavras do autor, “uma possível decisão no Plenário do STF não será uma imposição da prática de interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, mas sim uma autorização para que o procedimento médico, desde que autorizado pela mãe ou pela família, seja realizado sem a criminalização do ato”.¹¹⁸

Ainda, acrescenta que, embora o argumento da sacralidade da vida seja significativo, uma vez que matar sempre trará sofrimento, quer se trate de seres sencientes da nossa espécie ou não, todavia, tal argumento deverá ser defendido

¹¹⁵ FREIRE, art. cit.

¹¹⁶ BECKER, M. A. Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, nº 155, p. 10, maio/jun./jul. 2005.

¹¹⁷ GOLLOP, A liminar ...

¹¹⁸ PRADO, A. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 145, p. 02, dez. 2004.

apenas quando seu exercício não prejudicar terceiros, já que “não se pode admitir que dogmas religiosos sejam impostos através do Estado laico, a cidadãos com outras convicções”.¹¹⁹

Na opinião do professor aposentado Dílio Procópio Drummond de ALVARENGA, deve-se negar punibilidade, ante a ausência de tipicidade, ao aborto do feto anencéfalo.

A teoria utilizada é a segundo a qual, uma vez que o ordenamento vigente adota o conceito de morte encefálica ou cerebral para autorizar a retirada *post mortem* de tecidos, partes e órgãos do corpo, deve-se considerar que o anencéfalo (privado de cérebro) é, à luz da legislação brasileira, um morto cerebral à espera do nascimento para que ocorra a morte clínica.¹²⁰

Dispõe a Lei 9.434/97 em seu art. 3º que “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”.

A opinião da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), também é no sentido de que configura o anencéfalo um morto cerebral.

Nas palavras do Deputado Federal e Titular de Ginecologia da USP José Aristodemo PINOTTI, a legislação atual obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevivência ao nascer.¹²¹

Sobre a questão da determinação do momento da morte, esclarece José Antônio Peres GEDIEL que o Direito lhe tem atribuído significado jurídico quer para

¹¹⁹ PRADO, art. cit.

¹²⁰ ALVARENGA, D. P. D. **Anencefalia e aborto.** Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5167> Acesso em 30 de junho de 2005.

¹²¹ PINOTTI, art. cit.

proteger a vida, quer para fixar o marco à transmissão dos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais.

Assim, distinguem-se os critérios de morte clínica, em que há paralisação das funções cardíaca e respiratória, morte biológica, na qual ocorre a destruição celular e, finalmente, a morte cerebral, hoje caracterizada como encefálica, quando restam paralisadas as funções cerebrais.

Esclarece o autor que se tornou consenso entre os países ocidentais a adoção do critério de morte encefálica, já que o aprimoramento da Medicina demonstrou que é possível a reanimação e continuação da vida desde que permaneçam algumas funções cerebrais.¹²²

Assim, a Lei 9.434/97, em seu artigo 3º, conforme já mencionado, dispõe que a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano com a finalidade de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica.

Porém, frisa o autor que

... qualquer que seja o critério legal adotado, deve ser visto como transitório, pois a Medicina poderá alterar tais critérios e tornar possível a continuação da vida de pacientes que, para o atual estágio de desenvolvimento da ciência, são considerados mortos, tais como os anencéfalos, ou ainda trabalhar com questões complexas suscitadas por estados clínicos, a exemplo dos estados comatosos prolongados.¹²³

Em artigo recente extraído do *jusnavigandi*, afirma-se que a polêmica sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos ficará mais próxima de uma solução aceitável quando se unificarem os critérios médico e jurídico de morte.

Afirma-se que para a Medicina existem dois processos que evidenciam o momento da morte. O primeiro é o da morte encefálica, que se dá com a parada total e irreversível das funções encefálicas em consequência de processo irreversível e de causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja temporariamente funcionando.

¹²² GEDIEL, op. cit., p. 163 *et seq.*

¹²³ *Ibid.*, p. 168.

Já o segundo é o critério da morte clínica, que significa a parada irreversível das funções cardio-respiratórias, com a parada cardíaca e conseqüente morte cerebral por ausência de irrigação sanguínea.

Conclui o artigo citado pela atipicidade da conduta de interromper a gestação de feto anencéfalo uma vez que, sendo este o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevivência, é considerado desde o útero um morto cerebral. Ainda, afirmou-se que o feto, desde a concepção até o momento em que se constatou clinicamente a anencefalia, era merecedor de tutela penal pelo pressuposto de existência da vida, não mais sendo amparado pelo artigo 124 do Código Penal desde então.

Mencionou-se também que o Direito Civil utiliza o critério do reconhecimento da vida para que se adquira a personalidade. O nascituro, como é sabido, possui expectativa de direitos. Todavia, uma vez constatada a morte cerebral do feto, não haveria que se falar em bem jurídico a ser tutelado.¹²⁴

Entretanto, há opiniões contrárias a afirmação de que a anencefalia configura hipótese de morte cerebral.

O especialista em ginecologia Dr. Darnival da Silva BRANDÃO afirma que não se pode afirmar que o anencéfalo esteja morto, uma vez que não existe um critério técnico científico apto a dar suporte a tal afirmação. O fato, na opinião do especialista, é que a maioria nasce viva, com funções cardio-respiratórias presentes.¹²⁵

Também o professor de Bioética Dalton Paula RAMOS enuncia que, mesmo nos quadros mais graves de anencefalia, restam preservadas estruturas importantes do tecido nervoso, não havendo como se falar em morte cerebral, já que existem tecidos vivos e em atividade.¹²⁶

O médico Herbert PRAXEDES, no mesmo sentido, afirma que os anencéfalos, embora não possuam o cérebro e os hemisférios cerebrais, possuem outros órgãos do encéfalo, especialmente o tronco cerebral, expressando várias atividades vitais como

¹²⁴ LARA, A. M. *et al.* **Existe aborto de anencéfalos?** Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467> Acesso em 19 de julho de 2005.

¹²⁵ FERREIRA, op. cit., p. 18-19.

¹²⁶ *Ibid.* p. 19.

batimentos cardíacos, respiração, capacidade de movimentação, dentre outras. Assim, não estão presentes os requisitos para que haja a declaração de morte cerebral.¹²⁷

Observa-se, portanto, que em sede de interrupção da gestação de anencéfalos nem os operadores do direito nem sequer os profissionais da medicina chegaram a um consenso.

A questão ora tratada, como visto, é polêmica e suscita uma reflexão que vai muito além da enunciação de conceitos Médicos ou Jurídicos.

4.2.6 Interpretação dos Tribunais

Thomaz Rafael GOLLOP, ao discorrer sobre a liminar do STF (Supremo Tribunal Federal) acerca do aborto nos casos de anencefalia, afirmou haver notícias de que no ano de 1989 foi concedido um alvará judicial para interrupção da gravidez de feto anencéfalo em Ariquemes, Rondônia, sendo que no ano de 1992 foi concedido alvará judicial com a mesma finalidade pelo juiz Miguel Kfoury Neto, no Paraná.¹²⁸

Em 17 de fevereiro de 2004, pela primeira vez, o STJ (Superior Tribunal de Justiça) julgou o mérito de *habeas corpus* cujo paciente era um feto ainda no útero da mãe. O pedido de interrupção da gravidez foi indeferido pelo Juiz de Direito da Comarca de Teresópolis/RJ, sendo que esta decisão foi reformada pelo Tribunal de Justiça.

Impetrado o *habeas corpus*, a 5ª turma do STJ, além de conhecer do *writ*, à unanimidade de votos concedeu ordem para que a gravidez fosse interrompida.¹²⁹

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo está sob a análise do Supremo Tribunal Federal desde julho de 2004, ocasião em que foi proposta Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental pela CNTS (Confederação Nacional dos

¹²⁷ FERREIRA, op. cit., p. 20.

¹²⁸ GOLLOP, T. R. A Liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: Onde estamos e para onde deveríamos ir? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 141, p. 09, ago. 2004.

¹²⁹ MAHMOUD, art. cit.

Trabalhadores da Saúde), sob o fundamento de que configura uma violação da dignidade obrigar a mulher a levar até o fim uma gravidez inviável.¹³⁰

Referida ação deu origem, em 1º de julho de 2004, à concessão de liminar pelo ministro do STF Marco Aurélio de MELLO autorizando a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo.

Entendeu o Ministro que a situação em exame não configura hipótese de aborto e que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. Nas palavras do Ministro:

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 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 de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%.¹³¹

Assim, a mãe encontrava-se autorizada a interromper a gravidez se descobrisse que o feto era anencéfalo.

Ocorre que tal liminar foi suspensa três meses depois, em outubro de 2004.

No dia 09 de março de 2005 foi aprovada pelo CNS (Conselho Nacional de Saúde), por 27 votos favoráveis e 3 votos contrários, a interrupção da gravidez nos casos de comprovada anencefalia. Tal medida, no entanto, não autoriza o aborto nos casos de feto sem cérebro, configurando, apenas, “um argumento que reflete a posição da sociedade sobre o assunto”, nas palavras de Sílvia Marques DANTES, integrante do Conselho.¹³²

¹³⁰ STF autoriza aborto para feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 02 jul. 2004, p. 15.

¹³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar arguição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 54. Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde. Relator: Min. Marco Aurélio. 02 de agosto de 2004. **Diário da Justiça** nº 147.

¹³² CONSELHO de Saúde aprova aborto de anencéfalos: Resolução não tem poder para autorizar interrupção de gravidez. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 10 mar. 2005, p. 16.

Já haviam se manifestado favoravelmente à interrupção da gestação de anencéfalos a OAB (Ordem dos Advogados do Brasil) e o CDDPH (Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana), por sete votos a favor e um voto contra, proferido pelo procurador-geral da República Cláudio FONTELES.

Em seu parecer nos autos de ADPF nº 54, o procurador-geral afirma que, uma vez que na hipótese de anencefalia há um normal processo de gestação, existe vida intra-uterina. Esclarece que há o normal desenvolvimento físico do feto, formando-se seus olhos, nariz, ouvidos, boca, mãos e demais órgãos, sangue, coração.¹³³

Ressalta, ainda, que tanto os diplomas legais internos quanto externos estabelecem haver vida desde a concepção e, nesse sentido, questiona se o curto espaço de tempo da existência humana, por si só, legitima a morte. A vida, em sua opinião, é atemporal, não podendo ser avaliada pelo tempo de duração da existência humana.

Ainda, chama a atenção para o conteúdo do artigo 3º, I, da Constituição Federal, que expressa como objetivo da República Federativa do Brasil “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, sendo que tal solidariedade restaria configurada com a doação de órgãos do bebê anencéfalo, uma vez que sua gestação seja levada até o final.

No entanto, embora pendente de julgamento a questão da liberação do aborto nos casos de anencefalia, observa-se que em todo o território do país estão sendo proferidas decisões judiciais neste sentido.

A título de exemplo, cite-se que em agosto deste ano a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais autorizou a interrupção da gravidez anômala de uma gestante residente em Uberlândia, uma vez que no processo havia constatação médica precisa de que o quadro fetal era “extremamente grave” e “incompatível com a vida”. Nas palavras do Desembargador Francisco KUPIDLOWSKI:

O fato de não haver previsão legal para a concessão do aborto em casos de anencefalia não impede que o Judiciário autorize a interrupção da gravidez, porque aí deve ser levada em

¹³³ FONTELES, C. Parecer nº 3358/CF de 18 de agosto de 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=603>> Acesso em: 20 de agosto de 2005.

consideração, também, a dignidade da pessoa humana, no caso a mãe, porque o feto anencefálico pode trazer complicações à mesma, não se podendo exigir que ela carregue, por nove meses, um feto que não sobreviverá.¹³⁴

Ainda segundo o desembargador, “A sensibilidade do julgador deve alcançar um universo bem maior do que um raciocínio limitado por preceitos e preconceitos arraigados através dos tempos”.¹³⁵

Também a juíza da 2ª Vara Criminal de Goiânia concedeu autorização para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo afirmando que casos como estes devem ser decididos “com imparcialidade, sem se deixar levar pelas mais íntimas convicções como ser humano, quer sejam de ordem ética, moral ou religiosa”. A juíza fez uma analogia entre a gravidez de anencéfalo e o instituto do aborto necessário, que visa a preservar a integridade da gestante.¹³⁶

¹³⁴ TRIBUNAL Mineiro autoriza a realização de aborto de feto anencefálico. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 ago. 2005. p. 18.

¹³⁵ TRIBUNAL Mineiro autoriza a realização de aborto de feto anencefálico. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 de agosto de 2005. p. 18.

¹³⁶ JUÍZA de Goiás autoriza aborto de feto anencéfalo. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 29 ago. 2005. p. 17.

5. CONCLUSÃO

A previsão a todos os homens dos chamados direitos fundamentais, como foi exposto no decorrer deste trabalho, configura uma conquista histórica marcada por muita luta e sofrimento.

É inegável que se trata de direitos indispensáveis e que devem ser reconhecidos e efetivados a todos, indistintamente, independentemente de cor, raça, credo ou classe social.

Todavia, deve-se ter em mente que, embora reconhecida a imprescindibilidade desses direitos, a luta pela sua observação não pode se transformar em uma jornada irracional visando sempre e a qualquer custo a sua efetivação.

Ora, há casos em que simplesmente não se pode sacrificar diversos direitos em detrimento de um único, por mais fundamental que este seja.

O objeto jurídico tutelado pela norma penal incriminadora do aborto é, conforme foi analisado, a vida do ser em formação.

A vida humana, por sua vez, também foi observada em toda a sua complexidade de aspectos e pode-se afirmar, com toda a convicção, que o direito à vida não deve ser entendido apenas e tão somente como o direito de permanecer vivo ou de se prolongar a todo custo, ainda que por instantes, esse processo conhecido como processo vital.

Toda a enunciação feita até este momento leva à segura conclusão de que o direito à vida significa, sem dúvidas, o direito a uma vida digna.

Nesse sentido, denota-se que a liberdade e a dignidade são valores intrínsecos à vida e por isso foram elevadas à categoria de princípios, de modo que não deve a vida ser considerada bem supremo e absoluto, acima dos dois primeiros valores, sob pena de o amor natural pela vida transformar-se em idolatria.

Pois bem, a discussão sobre a possibilidade da interrupção da gestação de anencéfalos envolve uma infinidade de direitos em conflito, bem como uma grande diversidade de opiniões fervorosas defendendo as mais variadas teses.

O fato é que os paradigmas jurídicos, representados por suas normas, tem se mostrado cada vez mais insuficientes para a resolução dos novos conflitos que vem surgindo no decorrer da história.

Os operadores do Direito têm freqüentemente se deparado com situações conflitivas novas e polêmicas, mas que exigem imediata composição, tal como a hipótese ora tratada.

Por um lado é sabido e indiscutível que não se atingirá jamais a neutralidade total. No entanto, deve-se esperar dos magistrados e dos demais operadores do direito que, embora ajam com aquela fatia de parcialidade que é inevitável, tenham sempre em mente que o Direito é uma ciência social, jamais passível de ser restrita a parâmetros exatos e imutáveis.

A realidade muda, a sociedade muda e novas situações sempre virão à tona.

Em sede de aborto de anencéfalos, observa-se um sem número de movimentos de cunho religioso opondo-se ferrenhamente a sua liberação.

Sabe-se que a Constituição Federal prevê a liberdade de consciência e de crença, não existindo uma religião oficial apta a ditar regramentos gerais aos cidadãos. Logo, a intromissão de lideranças religiosas em questões tão delicadas como a ora tratada corresponde a flagrante desrespeito ao direito constitucional à liberdade, uma vez que a liberdade de cada um encontra o seu limite justamente na liberdade do outro.

Neste trabalho pretendeu-se chamar a atenção para a complexidade da questão referente ao aborto de anencéfalos, bem como para as variadas temáticas nela envolvidas.

Como cidadãos, penso que devemos buscar o que é melhor para a sociedade como um todo e não o que seria melhor para cada um, individualmente.

A eventual permissão da interrupção da gestação de anencéfalos jamais significará, frise-se, uma imposição geral nesse sentido.

Não há dúvidas de que a gestação de anencéfalo corresponde à gestação de um ser inviável, sem perspectiva de vida extra-uterina. Nesse sentido, "A interrupção da

gestação nunca será a causa da morte do feto anencéfalo, mas a mera ocasião para que a morte ocorra”.¹³⁷

Pois bem, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 ainda se encontra pendente de julgamento no STF, mas no futuro culminará em uma decisão que reconhecerá ou não a liberdade de escolha da gestante.

A discussão sobre a possibilidade de interrupção da gestação de anencéfalos, no entanto, é apenas uma das dúvidas que emergem atualmente.

Inúmeros são os questionamentos que estão surgindo e que surgirão no futuro, uma vez que a sociedade evolui a passos largos, de maneira que cada um estará sempre diante de situações inéditas que exigirão uma tomada de posição.

Ora, a luta dos que defendem a interrupção da gestação de anencéfalos é a luta pela liberdade de escolha, enquanto a luta dos que defendem a impossibilidade da interrupção é uma luta contra a liberdade de escolha.

Percebe-se, portanto, que a batalha pelo reconhecimento e efetivação dos direitos fundamentais apenas começou. Trata-se de uma luta que requer questionamentos e reflexões por parte de cada um, todos os dias.

¹³⁷ UM desabafo e uma esperança. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 145, p. 01, dezembro de 2004.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. **Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Editora Método, 2004.

ALVARENGA, Dílio Procópio Drummond de. **Anencefalia e aborto**. Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5167> Acesso em 30 de junho de 2005.

AMARAL, Francisco. **Biodireito**. *Jornal Trabalhista*, Brasília, v. 17, n. 798, p.7, fev. 2000.

_____. **Direito Civil: Introdução**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ANENCEFALIA - perguntas. Disponível em: www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm Acesso em 15 de agosto de 2005.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BECKER, M. A. Anencefalia e possibilidade de interrupção da gravidez. **Revista do Conselho Federal de Medicina**, nº 155, p. 10, maio/jun./jul. 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Liminar argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF nº 54. CNTS. Relator: Min. Marco Aurelio. 02 de agosto de 2004. DJ n.147.

BRASIL é o 4º país em anencefalia. **Gazeta do povo**, Curitiba, 20 de agosto de 2004.

BRUM, Eliane. Legalização em debate. **Época**, São Paulo, nº 376, p. 87, 01 de agosto de 2005.

CAMPOS, Marco Antonio. Para dom Ladislau, liminar pode levar à legalização total: Bispo auxiliar de Curitiba diz que políticos católicos devem defender a vida. **Gazeta do povo**, Curitiba, 18 de julho de 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 4. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1989.

CHAVES, Antonio. **Direito à vida e ao próprio corpo: Intersexualidade, transexualidade, transplantes**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 1986.

CNBB defende dignidade do feto e se opõe à decisão. **Gazeta do povo**, Curitiba, 28 de junho de 2004.

COAN, Emerson Ike. **Biodireito: Ciência da Vida, os novos desafios**. Organizadora Maria Celeste Cordeiro Leite Santos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COLUCCI, Maria da Glória. Dialética e equilíbrio da vida. **O Estado do Paraná**, Curitiba, 24 de outubro de 2004. Direito e Justiça.

_____. Sadia qualidade de vida. **O Estado do Paraná**. Curitiba, 01 de agosto de 2004. Direito e Justiça.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSELHO aprova aborto em casos de feto sem cérebro. **Gazeta do povo**. 20 de agosto de 2004.

CONSELHO de Saúde aprova aborto de anencéfalos: Resolução não tem poder para autorizar interrupção de gravidez. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 10 de março de 2005.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução nº 1752 de 08 de setembro de 2004. Dispõe sobre o transplante de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 de setembro de 2004, seção 01, p. 140.

COSTA, Domingos. **Sobre a tipicidade da interrupção da gestação de feto anencéfalo**. Disponível em <www.ibccrim.org.br> Acesso em 01 de julho de 2005.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; JUNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. **Código Penal Comentado: Legislação Complementar**. 6 ed. São Paulo: Renovar, 2002.

DI FRANCO, Carlos Alberto. Aborto e democracia. **Gazeta do povo**, Curitiba, 02 de agosto de 2004.

DRECHSEL, Denise. Comissão tripartite definirá alterações na lei do aborto: Principal polêmica está em ampliar ou não as possibilidades de interrupção da gravidez. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 08 de março de 2005.

ESPINOZA, Olga. **A mulher encarcerada em face do poder punitivo**. São Paulo: IBCCRIM, 2004.

FERREIRA, Alice Teixeira; SOARES, André Marcelo Machado; BATISTA, Claudia Maria de Castro; RAMOS, Dalton Luiz de Paula; BRANDÃO, Dernival da Silva; CERQUEIRA, Elizabeth Kipman, PRAXEDES, Herbert; MARTINS, Ives Gandra da Silva; LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira Martins. **Vida: o primeiro direito da cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

FONTELES, Cláudio. Parecer nº 3358/CF de 18 de agosto de 2004. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=603>> Acesso em 30 de junho de 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: parte especial 1**. 5. ed. São Paulo: Bushatsky, 1978.

FREIRE, Gleuton Brito. Aborto de anenfélalo: Decisão jurídica ou cristã? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 149, p. 10-11, abril 2005.

GAYA, Soraya Taveira. Aborto de feto inviável: Há crime? **Justiça e Cidadania**, ed. 45, p. 42, abril 2004.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os transplantes de órgãos e a invenção moderna do corpo**. Curitiba: Moinho do verbo, 2000.

GOLLOP, Thomaz Rafael. A Liminar do STF sobre aborto em casos de anencefalia: Onde estamos e para onde deveríamos ir? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 141, p. 09, ago. 2004.

GOLLOP, Thomaz Rafael. Ainda o aborto (legítimo) em razão da anomalia fetal. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 134, p. 07, jan. 2004.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. Descriminalizar é salvar vidas. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 151, p. 19, junho/2005.

JESUS, Damásio E. de. **Direito Penal**: parte especial 2. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

JUÍZA de Goiás autoriza aborto de feto anencéfalo. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 29 de agosto de 2005.

LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello; FREITAS, Ana Clelia de; FAYET, Fabio Agne. **Existe aborto de anencéfalos?** Disponível em: <www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467> Acesso em 19 de julho de 2005.

MAHMOUD, Mohamad Ale Hasan. Ampliação das Liberdades Públicas? **IBCCRIM**, São Paulo, nº 137, p. 11, abril 2004.

MARTINS, Ives Gandra de Silva. Como se faz um aborto. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 19 de agosto de 2004.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direitos Humanos & Relações Internacionais**. Campinas: Agá Júris, 2000.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MONTORO, Franco. Cultura dos Direitos Humanos. **Revista Literária de Direito**. Set./out. 1998

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

NOGUEIRA, P. L. **Em defesa da Vida: Aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento.** São Paulo: Saraiva, 1995.

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

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Homicídio, participação em suicídio, infanticídio e aborto.** Rio de Janeiro: Aide, 1995.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia: opinião.** Disponível em: www.febrasgo.org.br?anencefalia2.htm Acesso em 01 de setembro de 2005.

PRADO, Antonio. Sobre a interrupção da gestação de fetos anencefálicos. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 145, p. 02, dezembro de 2004.

ROCHA E SILVA, Marcelo Guimarães. **Direitos Humanos no Brasil e no Mundo.** São Paulo: Editora Método, 2002.

RODRIGUES, Danielle Tetü. **O Direito & os animais: Uma abordagem Ética, Filosófica e Normativa.** Curitiba: Juruá, 2003.

SÁ, Elida. **Biodireito.** 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris Ltda, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido.** Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **Equilíbrio de um pêndulo: bioética e a lei: implicações médico-legais.** São Paulo: Ícone, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. **Caderno da Escola de Direito e Relações Internacionais da Faculdades do Brasil**. v. 2, n. 2, jan/jun, 2003.

SICHES, Luis Recasens. **Vida humana, sociedad y derecho**. 3. ed. México: Porrúa, 1952.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 175.

SILVA, Reinaldo Pereira. **Biodireito: A nova fronteira dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2003.

SINGER, Peter. **Vida Ética: os melhores ensaios do mais polêmico filósofo da atualidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. **Direitos Humanos Urgente!** São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

STF autoriza aborto para feto sem cérebro. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 02 de julho de 2004.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2002.

TOMINAGA, Paulo. **Anencefalia X Liberdade**. Disponível em <www.providaanapolis.org.br/anenliber.htm> Acesso em 10 de julho de 2005.

TRIBUNAL Mineiro autoriza a realização de aborto de feto anencefálico. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 08 de agosto de 2005.

ULIANO, Sueli Caramello. A mulher internacional e o aborto à moda da casa. **Gazeta do Povo**. Curitiba, 09 de março de 2005.

UM desabafo e uma esperança. **IBCCRIM**, São Paulo, nº 145, p. 01, dezembro de 2004.