



## O ABORTO DE ANENCÉFALOS E O DIREITO À VIDA

**André Guerreiro**

Pós-Graduando em Direito, Estado e Constituição  
Universidade de Brasília

### 1 – Introdução

O tema do aborto vem sendo discutido em diversas fases da história da humanidade. Com os avanços da medicina, especialmente no século XX, muitas questões vão sendo elucidadas, sobretudo, no tocante ao desenvolvimento e fases da vida intra-uterina.

Em face desse desenvolvimento surgem questões importantes: como o direito deve se posicionar nos casos de malformação de um feto, mais especificamente, um anencéfalo? Ou, quando começaria a vida humana? Ou ainda, existe uma solução ética a ser aplicada nestes casos?

Assim sendo, o presente trabalho tem o propósito de analisar conceitos elementares para a melhor solução destes questionamentos, bem como, fazer uma reflexão sobre a legalidade e viabilidade de se autorizar ou não o aborto de fetos anencefálicos.

O tema divide a opinião de muitas pessoas que defendem idéias antagônicas. No entanto, percebe-se que muitas destas manifestações são um tanto quanto superficiais, não se chegando às últimas causas e conseqüências, sendo meras opiniões individuais ou mera justificção de uma conduta, sem o devido estudo ou aprofundamento de cunho científico, acabando por carecer de fundamentos sólidos, ou optando pela solução mais cômoda.

Desta forma, este artigo visa a analisar brevemente até que ponto o principal dos direitos fundamentais, que é o direito à vida – pois sem ele não haveria sequer a possibilidade de outras discussões –, deve ser defendido, e como respeitar os demais direitos fundamentais em conflito com os direitos dos fetos.

## 2 – Considerações iniciais sobre o aborto

Desde a Primeira Guerra Mundial muito se debateu sobre a legitimidade do aborto, principalmente porque nestes períodos ocorreram inúmeras violações sexuais por parte das tropas invasoras, “*não se respeitando sequer os conventos de freiras*”<sup>1</sup>.

Porém, na maior parte de nossa história, o aborto foi considerado como um crime, perpassando nosso tempo, e tendo como primeiros registros de sua tipificação na civilização ocidental, mais de 4 mil anos, no Código de Hamurabi (2235-2242 a.C.)<sup>2</sup>. Os assírios puniam a grávida que praticava o aborto com a empalação e ainda a privavam de sepultura, e o Código Persa considerava igualmente responsáveis pelo aborto tanto o autor (o homem e a mulher), como os cúmplices, incluindo quem fornecia elementos para a realização do mesmo (como venenos ou plantas capazes de fazer abortar).

Os romanos trataram o aborto de forma diversa durante o passar dos anos. Houve tempo em que ele era praticado livremente, pois consideravam o filho intra-uterino como parte integrante da mulher, que podia dessa maneira, dispor absolutamente dele.

---

<sup>1</sup> COSTA NETO, Francisco Accioly Rodrigues da. O Aborto, p. 23.

<sup>2</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Medicina Legal, p. 262.

Depois, Septimus Severo puniu com a pena de morte os casos em que se praticava o aborto... Carlos V, em 1559, ao publicar as Leis Carolinas, instituiu a pena de morte pela espada àqueles que fizessem uma mulher abortar, e a morte por afogamento à mulher que o praticasse, desde que o feto fosse animado <sup>3</sup>.

Com o decorrer do tempo, especialmente após o advento das duas Guerras Mundiais, cresceu, especialmente no âmbito internacional, movimentos para assegurar o valor à vida humana. Fruto dessa preocupação foram instituídas inúmeras declarações internacionais para reforçar a idéia do valor e da dignidade do ser humano, como a Declaração sobre a utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade, feita pela ONU (Organização das Nações Unidas) em 10 de novembro de 1975, trazendo em seu art. 6º o seguinte:

Todos os Estados adotarão medidas tendentes a estender a todos os estratos da população os benefícios da ciência e da tecnologia e a protegê-los, tanto nos aspectos sociais quanto materiais, das possíveis conseqüências negativas do uso indevido do progresso científico e tecnológico, inclusive sua utilização indevida para infringir os direitos do indivíduo ou do grupo, em particular

---

<sup>3</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. *Idem, Ibidem.*

relativamente ao respeito à vida privada e à proteção da pessoa humana e de sua integridade física e intelectual <sup>4</sup>.

Passando-se para o significado semântico do vocábulo “*aborto*”, segundo Antônio Houaiss, tem-se que é a: “*interrupção prematura de um processo mórbido ou natural. Feto prematuramente expelido. Descontinuação dolorosa da prenhez, com ou sem expulsão do feto, da qual resulta a morte do nascituro*” <sup>5</sup>. Assim, o aborto é o processo, voluntário ou acidental, pelo qual é impedido o nascimento ou o progresso da vida do nascituro.

No entanto, apenas com esta simples conceituação de aborto não se pode exaurir a questão e tender para uma posição simplista de ser contrário ou a favor do aborto, que é uma questão muito mais controversa e profunda do que pode parecer.

Antes de considerar como o ordenamento jurídico trata o aborto, faz-se pertinente analisarmos a opinião do Dr. Bernard N. Nathanson, um dos maiores abortistas do século passado, em uma conferência proferida no Colégio Médico de Madri. Nessa ocasião, deu um depoimento muito significativo, que em razão de sua extensão, terá apenas a menção de algumas idéias:

- É importante que vocês se dêem conta que fui um dos fundadores da organização mais importante que ‘vendia’ aborto ao povo norte-americano...
- Em 1968, quando organizamos o movimento calcula-se que menos de 1% era partidário da liberação do aborto, ou seja, de 100 pessoas, 99 estavam

---

<sup>4</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, p. 19.

<sup>5</sup> Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004. p. 24.

contra e nosso orçamento era de US\$ 7.500 anuais enquanto em 1982 já se aproximava de um milhão de dólares.

Vou explicar-lhes como estabelecemos o plano para convencer essas 199 milhões de pessoas em um país de 200 milhões para que o aborto fosse aceito.

As táticas que vou explicar são seguras e, além disso, são as mesmas que se estabeleceram em outros...

Serviram-nos de base duas grandes mentiras: a falsificação de estatísticas e pesquisas que dizíamos haver feito e a escolha de uma vítima que afirmasse que o mal do aborto não se aprovaria na América do Norte. Essa vítima foi a Igreja Católica...

Quando mais tarde os pró-abortistas usavam os mesmos ‘slogans’ e argumentos que eu havia preparado em 1968, ria muito porque eu havia sido um de seus inventores e sabia muito bem que eram mentiras.

É uma tática importante. Dizíamos, em 1968, que na América se praticavam um milhão de abortos clandestinos, quando sabíamos que estes não ultrapassavam de cem mil, mas esse número não nos servia e multiplicamos por dez para chamar a atenção. Também repetíamos constantemente que as mortes maternas por aborto clandestino se aproximavam de dez mil, quando sabíamos que eram apenas duzentas, mas esse número era muito pequeno para a propaganda. Esta tática do engano e da grande mentira se repete constantemente acaba sendo aceita como verdade...

Finalmente vou considerar o caso do feto defeituoso. Esse é um assunto muito delicado porque significa que aspiramos uma sociedade formada por pessoas fisicamente perfeitas, e sem medo de me equivocar posso assegurar que nesta sala não

há uma única pessoa que seja fisicamente perfeita. É perigosíssimo aceitar esse princípio porque desembocaria num holocausto.

Posso assegurar-lhes que inclusive as crianças mongólicas são queridas. Vou contar-lhes uma história. Quando estive na Nova Zelândia com minha esposa, um dia almoçamos com o Sir William Lilley, que é um dos fetologistas mais importante do mundo e nos contou que tivera quatro filhos que já eram maiores, e ao ficar o casal sozinho adotaram uma criança mongólica; disse-me que esse filho adotivo lhes havia proporcionado mais alegria que qualquer um dos outros quatro filhos...<sup>6</sup>

Os argumentos do Dr. Nathanson precisam ser lidos com muita atenção, pois procedem de quem conhece realmente a fundo o assunto, porque participou de modo ativo em milhares de abortos, sentindo diretamente seus efeitos.

No âmbito jurídico o aborto pode ser entendido como “*a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto quer dizer privação do nascimento. Advém de ab, que significa privação, e ortus, nascimento*”<sup>7</sup>.

Já Heleno Cláudio Fragoso entende que o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a gravidez, isto é o estado de

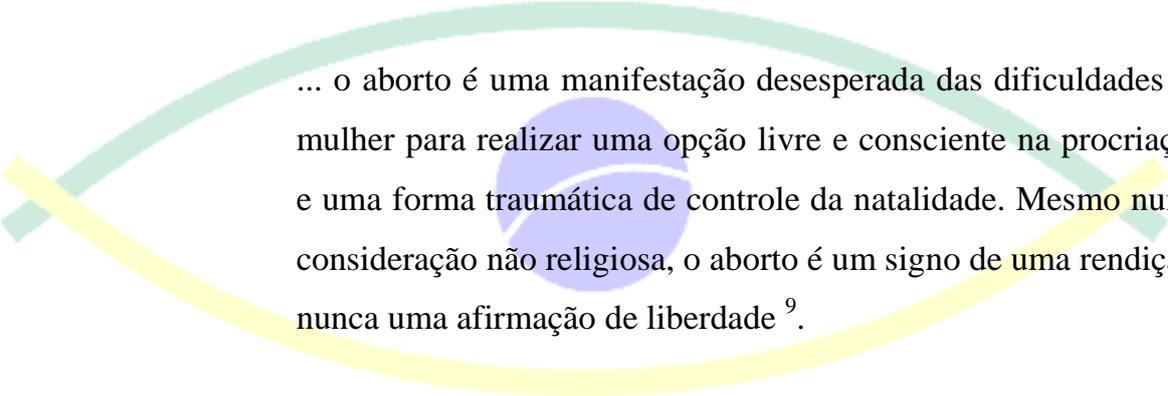
---

<sup>6</sup> Disponível em: [http://www.providafamilia.org/cinco\\_mil\\_abortos.htm](http://www.providafamilia.org/cinco_mil_abortos.htm). Acesso em: 04 jul. 2008.

<sup>7</sup> JESUS, Damásio E. Direito Penal. 2º volume - Parte Especial, p. 119.

gestação, que, para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero. Mais adiante conceitua aborto como “*a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto*”<sup>8</sup>.

Interessante analisar a definição dada por Alessandro Nata, Secretário Geral do Partido Socialista Italiano, ao dizer, in *Rinascita*, (1975), que:



... o aborto é uma manifestação desesperada das dificuldades da mulher para realizar uma opção livre e consciente na procriação e uma forma traumática de controle da natalidade. Mesmo numa consideração não religiosa, o aborto é um signo de uma rendição, nunca uma afirmação de liberdade<sup>9</sup>.

No Direito brasileiro, a partir de 1830 o aborto já estava regulado no Brasil pelo Código Penal do Império, que o tratava no capítulo dos crimes contra a segurança da pessoa e da vida, nos artigos 199 e 200, e desde então vem sendo regulado em nosso ordenamento jurídico.

---

<sup>8</sup> FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal, parte especial, p. 115/116.

<sup>9</sup> Disponível em: [http://www.aborto.com.br/aborto\\_liberdade/index.htm](http://www.aborto.com.br/aborto_liberdade/index.htm). Acesso em: 14 set. 2008.

### 3 – Direito à vida

Preliminarmente, analisando-se o conceito ou significado da palavra “vida”, percebe-se que este vocábulo pode derivar do grego *bios* ou da origem latina *vita*. “Ao que parece a locução foi disseminada na Antiguidade pelos povos da Europa Ocidental, usando-se para identificar aquilo que possuía movimento”<sup>10</sup>. Pode-se também, para se complementar o conceito da vida, valer-se do conceito gramatical, dado pelos dicionários. O Michaelis traz a seguinte definição:

1. Atividade interna substancial, por meio da qual atua o ser onde ela existe; estado de atividade imanente dos seres organizados.
2. Duração desse estado; existência.
3. Tempo decorrido entre o nascimento e a morte.
4. Modo de viver.
5. Existência de além-túmulo.
6. Animação em composições literárias ou artísticas.
7. Animação.
8. Causa, origem.

A Constituição Federal garante a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, no art. 5º e demais incisos, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à privacidade, e a uma série de outros direitos. No

---

<sup>10</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Patrimônio Genético Humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988. p. 23.

entanto, o “*direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois o seu asseguramento impõe-se, já que se constitui em pré-requisito à existência de todos os demais direitos*”<sup>11</sup>, com exceção dos direitos sucessórios e os inerentes ao *de cuius*.

No mesmo sentido entende José Afonso da Silva ao dizer que:

A vida humana, que é objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais)... Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o... direito à integridade moral, e especialmente, o direito à existência.<sup>12</sup>

Para efeitos didáticos deste estudo, não nos iremos ater à aceção do direito à vida que diz respeito a se ter uma vida digna quanto à subsistência, mas somente com o direito de continuar vivo. De qualquer sorte, seria o caso de se perguntar àqueles que serão suprimidos, em nome de uma vida digna, se realmente não quereriam viver, nas condições que sejam.

Em respeito tanto à Constituição quanto aos demais tratados e leis que versam sobre esta matéria, o direito à vida deve prevalecer sobre os demais direitos existentes.

---

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, p. 87.

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 145.

Conseqüentemente, ninguém pode ser privado arbitrariamente de sua vida. Então, o direito à vida é mais que um mero direito dos indivíduos, sendo um princípio basilar da nossa Carta Magna.

Não se pode negar o efeito vinculante deste princípio constitucional. “*Evidente que... não podemos negar a superior força normativa que a Constituição confere aos princípios nela esculpidos. Dessa forma, os mandamentos expressos através dos princípios constitucionais são superiores a todo regramento do sistema jurídico, de forma que nenhuma outra disposição poderá ir de encontro ao conteúdo dos princípios insculpidos na Constituição*”<sup>13</sup>. Por isso, não se cogitará neste trabalho que o poder estatal deveria além de garantir o nascimento de todos os fetos, dar-lhes condições dignas de desenvolvimento.

Assim, vê-se que “a vida vem protegida desde o seu início”<sup>14</sup>, e que, conforme declarado no art. 4º do Pacto de São José da Costa Rica, inicia “a partir da concepção”, já que após este momento não há mais do que mero desenvolvimento da vida que foi formada na fecundação.

Por outro lado, tem-se que, em razão dos direitos da personalidade serem “*absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexpropriáveis*”, toda pessoa tem o direito de “*defender o que lhe é próprio, ou seja, sua integridade física (vida, alimentos, próprio corpo vivo ou morto, corpo alheio vivo ou morto...)*”<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> MARTINS, Alessandra Ferreira; e outros. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, in “Solução de conflito de princípios”, p. 149.

<sup>14</sup> MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. A vida humana embrionária e sua proteção jurídica, p. 164.

<sup>15</sup> DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, p. 83.

Desta forma, é de extrema importância o direito à vida, sendo que há muito se revela como um princípio fundamental dos ordenamentos jurídicos de muitas nações. Seu valor é redescoberto sempre que ocorrem violações inadmissíveis a este bem de relevo fundamental, como durante as grandes guerras mundiais, ou em tempos em que se pretendem permitir a transgressão deste direito.

Mas como ensina Alarcón, citando o artigo de Edson Ferreira da Silva, “Os direitos da personalidade são inatos?”, in RT 694/21-34, de agosto de 1993:

Obviamente que não pode ser a lei, nem nenhum ordenamento jurídico-positivo, que vai conferir ao homem a vida e todas as demais faculdades naturais; entretanto, ao Direito lhe compete sim dar proteção e assegurar o pleno desenvolvimento destas faculdades, em condições de equilíbrio do indivíduo em relação ao grupo e deste em relação ao indivíduo <sup>16</sup>.

Portanto, mesmo que um ordenamento jurídico não venha a proteger o direito fundamental à vida, ou seja, sendo omissos neste ponto, não poderá permitir um desrespeito a estes bens naturais, inerentes a todo ser humano.

---

<sup>16</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Op. cit., p. 58-59.

### 3.1 – Noção. Conceito

Não se tem um consenso sobre quando exatamente surgiu a proteção à vida humana, mas talvez a idéia mais aceita seja que tenha surgido ainda durante a sociedade primitiva, ou na primeira formação sócio-econômica pela qual atravessou o gênero humano.

Nesse período a proteção da vida se gerou sob a forma do costume, um conjunto de procedimentos surgidos gradualmente, sem que nenhuma autoridade constituída o declarasse ou impusesse. A ordem social, erigida sobre a base de controles mútuos, era o modelo de resguardo à vida...

Assim, confirme-se que a primeira forma de Direito guardadora da vida humana não foi a lei, foi o costume, a consciência do grupo social. Isto significa que, em homenagem à verdade, o Direito positivo, como supremo regulador ou protetor da vida do ser humano, diga-se de passagem, objeto de toda a Teoria pura do direito de Kelsen, emanado do Estado, só aparece muito depois, em outro momento da história das sociedades <sup>17</sup>.

O mesmo autor prossegue na análise ao histórico do direito à vida, trazendo a primeira data do tratamento deste direito, como sendo superior a cinco mil anos da nossa época, ao informar o seguinte:

---

<sup>17</sup> Idem, *ibidem*, p. 62/63.

Contudo, nas civilizações do Oriente Médio, por volta do terceiro milênio antes de Cristo, encontramos vários documentos em escritura cuneiforme onde se evidenciam as primeiras manifestações de proteção da vida humana, ainda que, ressalte-se, estejamos falando de sociedades escravistas. Apesar disso, é justo reconhecer a enorme influência que esses documentos produziram nas futuras instituições romanas <sup>18</sup>.

Cabe mencionar ainda um conceito biológico de vida humana. Gowdak, citado por Alarcón que diz o seguinte:

... ao lado das propriedades anatômicas e fisiológicas análogas entre o ser humano e os outros mamíferos superiores, há fatores que o distinguem, sinais que lhe são próprios, por exemplo, a postura vertical, com pés e mãos de funções diferenciadas (postura bípede, maior desenvolvimento da atividade manual, as mãos com o polegar oposto aos outros dedos), o volume do cérebro, o uso da linguagem articulada, o desenvolvimento da inteligência, especialmente das faculdades de generalização e abstração, o comportamento grupal e a comunicação, que ampliam as possibilidades de defesa. Por estes indicadores, o ser humano é considerado, dentre todos os seres da diversidade biológica, a espécie animal que apresenta o maior grau de complexidade na escala da evolução <sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Idem, *ibidem*, p. 64.

<sup>19</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. Op. cit, p. 38.

Por fim, ao comentar o art. 5º da Constituição Federal de 1988, dizendo que foi consagrado como direito fundamental a inviolabilidade da vida humana, destaca a supremacia do homem frente ao ordenamento jurídico, da seguinte forma:

Curiosamente, a vida humana como bem jurídico constitucional e direito fundamental assume a importante função integradora dentro do sistema, pois impregna todo o corpo normativo de uma unidade de sentido, impedindo a progressão de enfoques que priorizam o Estado por cima do indivíduo. Na verdade, o direito à vida permeia todo o desenho constitucional, permanecendo sempre como uma sombra pronta para servir de vetor de interpretação das mais diversas situações jurídicas...<sup>20</sup>

### 3.2 Início da Vida: Breves considerações

Existem muitas teorias que procuram estabelecer o momento exato da aquisição da personalidade pelo novo ser, mas somente as três principais serão tratadas a seguir. Primeiramente, a teoria natalista (a), que restringe o início da personalidade ao nascimento com vida, tendo por fundamento a primeira parte do art. 2º do Código Civil.

Depois, tem-se a teoria da personalidade condicional (b), que reconhece a personalidade desde a concepção, com a condição do nascimento com vida, tendo em conta a segunda parte do mesmo artigo.

---

<sup>20</sup> Idem, *ibidem*, p. 181.

Por fim, a teoria concepcionista (c), sustentando que a personalidade começa a partir do momento da concepção ou união dos gametas e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos do nascituro não dependem desse evento final, embora a falta do nascimento com vida atue como condição resolutiva daqueles direitos<sup>21</sup>.

Teorias outras existem procurando afirmar que a personalidade só é adquirida mais tardiamente, ou seja, quando o feto já está praticamente viável. Esta é a teoria aceita pelos movimentos “pró aborto”, onde se procura fundamentar o ato abortivo no “direito à intimidade” e “direito ao próprio corpo”.

Mas afinal, o feto tem vida ou não? É apenas um conglomerado de células, ou já pode ser considerado um ser humano? Afinal, e nós, não somos também um conglomerado de células? O que nos diferencia dos fetos? Estas questões são colocadas e respondidas de modo muito pertinente por França, ao dizer o seguinte:

... o embrião humano é ser humano ou coisa? E, como tal, vem a ser protegido pelo Direito? Em primeiro lugar, não se diga que esse assunto é de pura especulação, pois ele transcende o seu interesse meramente teórico. Se a vida humana se inicia na fecundação, na nidação, na formação do córtex cerebral ou, até, no parto, isso é uma questão de princípios e de interesses – cabendo apenas aos que admitem iniciar-se ela nos últimos estágios (como, por exemplo, na nidação) explicarem que tipo de vida é essa que existe na fase anterior.

---

<sup>21</sup> CHAVES, Benedita Inêz Lopes. A tutela jurídica do nascituro, p. 100/101.

A vida humana tem algo muito forte de ideológico e, portanto, não pode ter seus limites em simples fases de estruturas celulares. Se o embrião humano é ou não pessoa de direito, parece-nos mais uma discussão de ordem jurídico-civil, que não adota os fundamentos da biologia, embora seja difícil entender como podem existir, entre indivíduos da mesma espécie, uns como seres humanos pessoas e outros como seres humanos não-pessoas.

Ao que se quer chegar, pelo menos, é a sua condição de ser humano, pelo que isso significa, neste momento de tanto tumulto e de tanta inquietação – e nesta exata hora em que o sentimento se distancia mais e mais, e quando a indiferença parece ter tomado conta do mundo <sup>22</sup>.

Na mesma linha ensina Croce, de forma análoga, ao explicar sobre a gravidez, entendendo que esta é o:

... período fisiológico da mulher compreendido desde a fecundação do óvulo, ou dos óvulos, até a morte ou expulsão, espontânea ou propositada, do produto da concepção. A gravidez é, portanto, o estágio fisiológico da mulher que concebeu, durante o qual ela traz dentro de si, e alimenta, o produto da concepção. Interrompida, por causas diversas, a evolução normal do concepto nas entranhas maternas, qualquer que seja a fase

---

<sup>22</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Op. Cit., p. 260.

gestatória, cessará a gestação e caracterizar-se-á o aborto. Esta é a concepção de gravidez aceita pela Medicina Legal, pois, **obviamente, a vida do novo ser principia no momento da fecundação, marco vivo do início da gestação** <sup>23</sup> (sem o grifo no original).

Este autor ressalta mais adiante em sua obra que a vida humana está amparada pelo Direito desde o momento de sua fecundação, com as seguintes palavras:

Embora a personalidade se inicie com o nascimento com vida, houve por bem a lei preservar os direitos do nascituro (*spes personae*, de acordo com a doutrina natalista, para efeitos penais, considerado pessoa), conferindo-lhe *personalis ficta*, **colocando intrinsecamente o aborto entre os ‘crimes contra a pessoa’ no Título ‘Dos crimes contra a pessoa’ e no capítulo ‘Dos crimes contra a vida’** <sup>24</sup> (sem o grifo no original).

Impulsionado por estes questionamentos, o professor Moisés Tractemberg, ao estudar o sistema nervoso central (SNC) do feto e do embrião iniciou a formulação de sua teoria. Verificou que um embrião com 12 semanas responde com taquicardia (aceleração dos batimentos cardíacos) ao som de uma buzina acionada em contato com

---

<sup>23</sup> CROCE, Delton e Delton Croce Júnior. Op. cit., p. 490/491.

<sup>24</sup> Idem. ibidem., p. 526.

o ventre materno. Este teste é hoje utilizado como fator preditivo de comprometimento fetal e é realizado nos exames ambulatoriais de consultas pré-natais <sup>25</sup>.

Claro, portanto, que o início da vida se dá dentro do organismo materno, em condições naturais, confirmando que os direitos da pessoa que está sendo gerada já lhes são inerentes intra-útero sendo apenas formalmente efetivados ao nascer com vida. Portanto, o início da vida humana acontece exatamente no momento da fecundação ou união dos gametas.

Analisando-se o Código Civil vemos que o art. 1º oferece os elementos básicos para uma definição de pessoa, sendo qualquer ser humano, dotado de personalidade e possuidora de direitos e obrigações na ordem civil. *“Sua existência começa desde o nascimento com vida, embora seja reconhecida uma expectativa de direitos daquele que ainda se encontra no leito uterino”* <sup>26</sup>. Assim expressa o art. 2º, da Lei 10.406/2002, ao tratar “Das Pessoas Naturais”: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Entende-se por nascituro aquele que foi concebido e ainda não nasceu. *“É o ser humano que está por nascer, já concebido no ventre materno. A lei não lhe confere o título de pessoa, mas resguarda-lhe, desde logo, seus direitos futuros, através de medidas que salvaguardem seus inalienáveis interesses. Desse modo, não é apenas o recém-nascido que merece a proteção legal”* <sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> TRACTEMBERG, Moisés. Revista DIÁLOGO MÉDICO, ano 14, n. 8, Novembro de 1999.

<sup>26</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Op. cit. p. 250.

<sup>27</sup> \_\_\_\_\_, ibidem.

Assim, o nascituro tem o direito de ser protegido tanto na esfera civil, quanto no aspecto público, como muito bem leciona Genival Veloso de França:

Aquele que é apenas uma esperança de nascimento tem a proteção de seus eventuais direitos. Isto, sob o aspecto dos direitos civis. No que se refere à ótica do direito público, o Estado coloca o nascituro sob a proteção incondicional, quando sanciona o aborto provocado, fora das situações de antijuridicidade, entre os crimes contra a vida, desde o momento da fecundação até instantes antes do parto.

Por sua vez, personalidade civil é a disposição genérica de exercer direitos e obrigações, como pessoa juridicamente capaz, adquiridos após o nascimento com vida, independentemente das condições de viabilidade e da qualidade de vida.

Mesmo estabelecendo nossa legislação a personalidade civil do homem após seu nascimento com vida, os direitos do nascituro estão protegidos desde a fecundação, existindo como uma instituição própria e independente, objeto de relação jurídica, fundamentada no respeito à vida humana e numa expectativa de quem vem a ser uma pessoa<sup>28</sup>.

Toda essa política protecionista em favor do feto humano não tem outro sentido senão a imperiosa necessidade de se preservar a mais indeclinável e irrecusável das normas da convivência humana: o respeito pela vida.

---

<sup>28</sup> \_\_\_\_\_, *ibidem*, p. 250/251.

E, para não deixarmos de trazer uma posição feminina, vejamos a posição da jurista gaúcha, Cláudia Löw, que publicou um artigo intitulado “A defesa do nascituro não é uma questão religiosa, mas sim de direitos humanos”, onde destaca que:

... o nascituro, que já possui capacidade jurídica, é também revestido da dignidade humana, com a proteção do sistema jurídico constitucional e legal que lhe assegura os mesmos direitos fundamentais da mãe. Dentro de uma linguagem jurídica se pode dizer que a concepção é o suporte fático para o fato jurídico que se seguirá, qual seja, a aquisição da personalidade jurídica através do nascimento com vida...

A defesa do nascituro não é uma questão religiosa, mas sim de direitos humanos. A afirmação de que a vida começa na concepção não é dogma religioso, é algo que a esmagadora maioria dos manuais de embriologia e genética dão como questão indiscutível...

Existem os que sustentam que somente passaria a existir vida no ventre materno no momento em que o cérebro do feto começasse a emitir ondas cerebrais; esta linha de argumentação parte do pressuposto de que a vida termina quando se encerra a atividade elétrica cerebral. Tal raciocínio não se sustenta, pois o embrião possui capacidade e auto-suficiência para fazer iniciar, em dado momento, a atividade cerebral, o que é impossível em um organismo sem vida, posto que não pode tornar a viver por suas próprias forças.

Vale ressaltar que a Moral, ao contrário do que muitos pensam, não foi inventada pelo cristianismo. Existe uma percepção comum sobre os princípios fundamentais, que coincide mesmo nas culturas mais distantes... é uma idéia quase instintiva do que é o bem para o ser humano... o que varia no tempo são o contexto onde se aplicam os princípios e a sensibilidade coletiva frente a alguns valores, os quais nunca desaparecem no todo...

Outra questão importante a ser considerada é o fato de que a maioria das mulheres aborta porque estão sendo forçadas a isso pelos homens. **Legalizar o aborto é legitimar uma das piores formas de opressão da mulher.** Não é por acaso que as primeiras feministas eram contra o aborto! Ainda, **está comprovado que o aborto provocado, mesmo feito em clínicas especializadas, faz crescer a taxa de infertilidade e outras complicações na mulher,** como por exemplo, a “síndrome pós-aborto” que onera o sistema de saúde com a necessidade de tratamentos psicológicos <sup>29</sup> (sem os grifos no original).

Desta forma, parece que a autorização do aborto violaria claramente o ordenamento jurídico brasileiro, por não respeitar o direito à vida do nascituro,

---

<sup>29</sup> LÖW, Cláudia. A defesa do nascituro não é uma questão religiosa, mas sim de direitos humanos. Disponível em: <http://www.zenit.org/article-8433?l=portuguese> Acesso em 14 set. 2008.

assegurado pelo art. 2º do Código Civil, e art. 5º da Constituição Federal, entre outros dispositivos que protegem este direito fundamental inerente a todo ser humano.

### 3.3 O direito constitucional brasileiro

Fazendo-se uma breve retrospectiva do direito constitucional pátrio percebe-se que na Constituição do Império (1824) não havia uma proteção expressa do direito à vida, sendo que podia ser extraído de modo análogo, pela interpretação do art. 179, que garantia a liberdade de religião (inciso V); liberdade de locomoção (inciso VI); e proibia todas as penas cruéis como “os açoites, a tortura, a marca de ferro quente...” (inciso XIX).

Da mesma forma na Constituição da República (1891), não se assegurou de forma expressa o direito à vida, mas o art. 72 conferiu uma série de direitos “*aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade...*”, e estendeu estes direitos nos parágrafos deste dispositivo, conferindo também proteção ao direito à vida. A título exemplificativo, destacam-se os seguintes parágrafos: § 3º (trata da liberdade de cultos); §10 (liberdade de locomoção); § 12 (liberdade de manifestação do pensamento); § 21 (abolio a pena de morte).

Já na terceira Constituição brasileira (1934), deu-se um passo importante no caminho para proteção do direito à vida, ao conferir, no art. 113, o direito à “subsistência”. No entanto, como ensina José Afonso da Silva, esta Constituição foi iluminada por elementos sócio-ideológicos, influenciada pela constituição alemã de

Weimar. Porém, a realidade social era diversa da atual, visto que somente neste diploma foi admitido o voto feminino (arts. 108 e ss.)<sup>30</sup>.

Com a Constituição polaca (1937), pode-se dizer que houve um retrocesso nos direitos e garantias dos indivíduos. A justificativa é simples, bastando contextualizar o período político-social do país – implantação do “Estado Novo” –, e também pelo fato de estabelecer no art. 122, XIII, a possibilidade da pena de morte como sanção de alguns crimes previstos.

Então, somente com a Constituição de 1946 é que se consagra pela primeira vez em uma Constituição Federal, o direito à vida, no art. 141, especialmente nos parágrafos 1º, 5º e 7º.

Deixa-se de analisar a Constituição de 1967, em razão de que esta se encontra situada num período Militar, dominado pelo regime dos “Atos Institucionais – AI’s” (onde inúmeros direitos fundamentais foram suprimidos de forma autoritária), para estudar de modo mais detido a Constituição Cidadã de 1988, advinda de um movimento democrático com plena legitimidade e apoio popular. Abaixo, transcreve-se o entendimento de Lora Alarcón, que sustenta o seguinte:

Dentro de um sistema jurídico individualmente focalizado, coletor de valores realizados através de normas, o resguardo da vida humana, como bem tutelado, começa na sua Lei Fundamental – as Constituições. São as normas constitucionais, supremas dentro do sistema, as primeiras a atingir a vida no intuito da sua maior e mais ampla proteção.

---

<sup>30</sup> SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 81-82.

No Brasil, a aproximação entre Genética e Direito foi percebida pelo constituinte de 1988, refletindo-se no singular significado que a Carta Magna outorgou à vida humana.

Com efeito, o constituinte primário renovou o conceito tradicional de vida humana mantido até esse momento pela história jurídica brasileira, utilizando vários recursos, trazendo, por exemplo, a idéia de dignidade da pessoa humana, no Título I, art. 1º, inciso III, da CF, erigindo este conceito em Princípio Fundamental e pressuposto de existência do Estado democrático de Direito, consignando a inviolabilidade do direito à vida, no caput do art. 5º, e estipulando em nada menos que em setenta e seis incisos e dois parágrafos do mesmo artigo que inaugura o Título II, denominado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, um leque fecundo de orientações de abrigo e salvaguarda da vida humana...<sup>31</sup>

E um pouco mais adiante o mesmo autor conclui que o Direito Constitucional deve acompanhar os avanços da Biologia e a Genética com o objetivo central de continuar a proteger a vida humana... “A lente do Direito Constitucional deve debruçar-se por cima desse novo rumo, captar a riqueza dele, e criar as formas devidas de proteção”.

É importante observar que o caput do artigo 5º da Constituição determina a garantia da vida, arrola o direito da gestante à intimidade e à privacidade ao próprio

---

<sup>31</sup> LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. op cit, p. 17.

corpo. Deste modo, parece estabelecer-se um conflito de interesses, tendo por um lado um ser que está sendo gerado através de um ato humano no ventre materno e, por outro lado, o desinteresse da gestante em levar a termo aquela gravidez por motivos que, para ela, são relevantes. Este é, talvez, na atualidade, o termo crucial da discussão, uma vez que pontos de vista religiosos, legislativos e filosóficos confrontam-se isolada ou associadamente.

Então, como abranger o direito à vida de todos os indivíduos? Haverá quem queira ler nele uma interdição firme de qualquer aborto, sublinhando o termo vida; outros, acentuando o termo indivíduo, negarão que o feto com alguns dias ou semanas possa ser considerado um indivíduo propriamente dito. Pergunta-se então: A partir de que momento se torna mais importante proteger o coletivo, violando os direitos de certos indivíduos ou de certos grupos de indivíduos?

Os princípios constitucionais têm como característica fundamental o poder de serem critérios objetivos do processo de interpretação-aplicação do direito que podem ser invocados para preencher as lacunas porventura existentes na lei. Portanto, os princípios constitucionais constituem um segmento das normas jurídicas que compõem o ordenamento jurídico.

Referindo-se aos princípios frente ao tema abordado neste trabalho, observa-se um suposto confronto entre dois deles, quando o assunto é o início da vida gestativa. Colidem o princípio do direito à manutenção da vida, do viver intra-uterino, do existir que é reconhecido ao nascituro pela Constituição e o direito à autonomia, à liberdade da mãe, ao determinar e gerir o próprio corpo reivindicado pela gestante.

A colisão de direitos garantidos por princípios ou regras constitucionais determina ao julgador uma decisão onde deverá ele mesmo fazer a interpretação e

valoração de cada qual de per si. Tarefa árdua onde valores éticos, sociais, morais, religiosos e legais confluem para o caso concreto e devem ser decantados e separados, fornecendo como produto final a justiça para o mesmo.

Para solucionar este conflito de princípios pode-se valer do ensinamento de Ávila, que estabelece a seguinte regra: “*Quando ocorre uma colisão de princípios é preciso verificar qual deles possui maior peso diante das circunstâncias concretas*”<sup>32</sup>.

A preterição de um princípio em relação a outro tem como suporte a “regra da ponderação” onde o preterimento de um princípio em relação a outro só se justifica quando o grau de importância de satisfação do princípio oposto é maior.

Desta forma, quando se verifica a existência de colisão entre os direitos do nascituro de manter a sua existência, e os direitos da gestante relacionados à sua autonomia, deve-se ter em conta a teoria dos princípios, pois ambos os direitos aqui pleiteados estão amparados na Constituição Federal.

Verifica-se que, isolados, os direitos acima citados não são conflitantes, mas ao contrário, dependentes, uma vez que se torna impossível falar-se em direito à autonomia, ou direito ao próprio corpo, quando o postulante a tais direitos não está provido de vida. Deste modo, o direito à vida é anterior a quaisquer outros direitos fundamentais que, por sua vez, são decorrentes daquele. Não parece que o direito à vida, pela sua primogenitude, deveria prevalecer sobre qualquer outro direito?

Ao se interpretar a norma (regra ou princípio) deve ser respeitada a dignidade existente e determinada pelo artigo 1º, III, da Constituição Federal, tanto para a gestante, quanto para o nascituro, visto que ambos têm esse direito, pois são

---

<sup>32</sup> ÁVILA, Humberto Bergmann. Teoria dos Princípios, p.51.

igualmente seres humanos e vivos, constituídos por células diferenciadas em cujos núcleos encontramos 46 (quarenta e seis) cromossomos.

O que não parece justo é valorizar de forma tão distinta dois sujeitos com as mesmas características. Pois senão, dar-se-ia azo à seguinte pergunta: Por que o Direito deveria dar à vida da mãe um valor tão superior à do feto?

Cabe ao Direito, por meio da Constituição, garantir e assegurar o exercício do direito à vida de forma igualitária, ou em outras palavras: “*O que a Constituição pode garantir é o exercício de certos direitos da vida, porque esta ninguém garante, só Deus*”<sup>33</sup>.

#### 4 – O aborto de anencéfalo e o direito à vida

“*Desde a Antigüidade Clássica Grega, Hipócrates e Aristóteles preocuparam-se com a embriologia, ciência que informa a perinatologia, ramo da medicina dedicada primariamente ao feto e ao recém nascido*”<sup>34</sup>. Muitos séculos se passaram desde então, e o que se viu foi uma grande evolução das técnicas médicas, em especial no século XX.

Paradoxalmente, agora que já é possível conhecer, entender e até se visualizar muito mais sobre o surgimento da vida humana e sua proteção, é que surgem defensores do cabimento do aborto, sob argumentos de que a vida não começaria na fecundação, de que o feto anencéfalo não seria um ser humano, ou ainda, que o feto faz parte do corpo da mãe, e esta “tem o direito” de agir livremente sobre seu corpo.

---

<sup>33</sup> TJDF, Apelação Cível nº 1999.01.1.005736-4, Rel. Des. Lécio Resende, j. 01.04.2002.

<sup>34</sup> CHAVES, Benedita Inêz Lopes. Op. cit., p. 71.

Felizmente, com o desenvolvimento de novas técnicas médicas “*como a amniocentese, a ultra-sonografia e a transfusão de sangue, na eritroblastose fetal, ou seja, incompatibilidade sangüínea entre a mãe e o feto*”<sup>35</sup> é possível evitar a morte de muitos fetos que não teriam a mesma chance em séculos passados.

No Brasil já são realizados tratamentos de ponta na correção de doenças surgidas na gestação<sup>36</sup>. Outro exemplo que foi noticiado mundialmente e ficou registrado na história foi o caso de uma intervenção cirúrgica, realizada dentro do útero materno num feto de apenas 21 semanas de gestação, pela Universidade de Vanderbilt em Nashville – EUA.

O fotógrafo Paul Harris registrou esta intervenção, que foi publicada por vários jornais, e a pequena mão comoveu o mundo. A vida do bebê estava literalmente por um fio, mas os especialistas sabiam que não conseguiriam mantê-lo vivo fora do útero materno e que deveriam, portanto, tratá-lo lá dentro, corrigindo a anomalia fatal e fechá-lo, permitindo que o feto continuasse seu crescimento normalmente.

A história de Samuel Alexander Armas, que nasceu no dia 2 de dezembro de 1999, é impressionante, pois reflete a luta passada por um casal que decidiu esgotar todas as possibilidades, até o último recurso, para salvar a vida do seu primeiro filho.

O cérebro de Samuel estava mal-formado e a espinha dorsal também mostrou anomalias. O diagnóstico, como já era esperado, foi de que o bebê sofria de espinha

---

<sup>35</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>36</sup> O Hospital das Clínicas da Universidade de São Paulo, a Escola Paulista de Medicina, e a Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto, detectam doenças nos fetos através de uma técnica de cateteres, que consiste na punção do cordão umbilical, aplicada à encefalocentese, drenagem do cérebro, utilizada em caso de hidrocefalia e à cordocentese ou coleta de sangue do feto.

bífida e eles poderiam decidir entre um aborto ou um filho com sérias incapacidades<sup>37</sup>.

Uma espinha dorsal bífida pode acarretar danos cerebrais, gerar paralisias diversas, mas quando pode ser corrigido antes de do nascimento, muitas são as chances de cura. Os médicos puderam tratar o bebê (cujo tamanho não era maior do que o de um porquinho da índia), sem o tirar do útero, fechar a abertura originada pela deformação e proteger a coluna vertebral de modo a que os sinais vitais nervosos pudessem ir agora para o cérebro.

Samuel tornou-se o paciente mais jovem que foi submetido a esse tipo de intervenção e parece que tanto a luta dos pais quanto a do pequeno Samuel valeu a pena. Bastaria perguntar a um dos personagens desta história, especialmente ao último, se valeu o esforço e a luta percorrida, ou se teria sido melhor aceitar a primeira opinião médica de que simplesmente a gestação não teria viabilidade.

A anencefalia é uma enfermidade pela qual o feto não desenvolve partes do encéfalo. Este é composto pelo cérebro, cerebelo e tronco encefálico. Na gestação de um anencéfalo estão presentes o tronco e partes variáveis do cérebro e do cerebelo. Existem graus variáveis de anencefalia e, de acordo com o documento da Comissão de Bioética do Governo Italiano “*a anencefalia não é uma enfermidade do tipo todo ou nada, mas se trata de uma malformação que passa desde quadros menos graves até quadros de indubitável anencefalia, onde faltam as funções que dependem do córtex cerebral, mas permanecem nas que dependem do tronco encefálico*”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Disponível em: <http://www.portaldafamilia.com.br/artigos/artigo189.shtml> Acesso em 14 set. 2008.

<sup>38</sup> Disponível em: <http://forum.catholic.org/viewtopic.php?t=23729&view=previous&sid=862a08c0f5f655076dc617341ccaa561> Acesso em 14 set. 2008.

A anencefalia é proveniente de um defeito de fechamento da parte anterior do tubo neural, que ocorre entre a terceira e quarta semanas de gravidez. As suas principais características são a falta de desenvolvimento da calota craniana, couro cabeludo e, principalmente, o comprometimento da parte anterior do encéfalo que origina os hemisférios cerebrais. As porções, média e posterior do encéfalo podem ter grau variado de desenvolvimento, chegando a permitir que essas crianças respirem espontaneamente, chorem, deglutam, façam expressões faciais, movimentem os membros e respondam a estímulos nocivos. Mesmo sem embasamento, algumas pessoas tentam definir a criança com anencefalia como sinônimo de morte encefálica. Mas o simples fato dela respirar espontaneamente comprova a presença de um tronco encefálico que funciona, descartando completamente esta possibilidade.

Assim, parece lógico que após a fecundação, ao permitir-se o desenvolvimento do feto (gravidez), o conceito, apesar de ainda não ter autonomia completa, não faz mais parte do corpo da mãe, mesmo estando dentro do ventre desta. O feto não é um “adendo” da mãe, mas sim outro ser humano que se não for abortado, poderá vir a ser um indivíduo como qualquer outro, mesmo portando alguma necessidade especial, com os mesmos direitos e obrigações. Nesta mesma linha, entende a professora Benedita Inêz Lopes Chaves, destacando que:

**Se o direito à integridade física é do nascituro e não da mãe,** como ressaltou sem vacilações Silmara Chinelato e Almeida, não será lícito a ela opor-se, não cabendo à mesma dispor do direito à saúde, que não é seu, mas, sim, do filho nascituro. Logo, **não há**

**que se falar em manifestação de vontade da mãe**, ou do casal<sup>39</sup> (sem os grifos no original).

O Dr. Dernival da Silva Brandão, especialista em ginecologia e membro emérito da Academia Fluminense de Medicina, ao ser indagado sobre qual seria a situação dos fetos anencéfalos, destaca o seguinte:

O termo anencéfalo é impróprio e equívoco porquanto, como pode parecer, não há ausência do encéfalo, mas só de parte dele. O cérebro, parte do encéfalo, geralmente está ausente, mas não se pode dizer que está morto, já que não existe um critério técnico científico para dar suporte a essa afirmação. O critério de morte encefálica que se refere à morte do tronco encefálico não pode ser aplicado, por razões técnico-científicas, ao bebê anencefálico. **O neologismo natimorto cerebral é um equívoco.** O fato é que a maioria nasce viva, com funções cardio-respiratórias presentes. Não há suporte científico para criar uma nova entidade nosológica.

**Nós perguntaríamos: essa criatura vive ou não vive? Se vive, é um ser humano que não pode ser trucidado pelo aborto.** Seríamos capazes de matar um pobre ancião, um acidentado que perdeu a capacidade de falar, de olhar, de comer, só porque aparentemente tenha uma vida vegetativa? Poderíamos matar uma criança débil mental, excepcional, sem cometer um

---

<sup>39</sup> CHAVES, Benedita Inêz Lopes. Op. cit., p. 69.

homicídio? Por que essa pressa em suprimir uma vida, sem saber quanto tempo ela vai continuar existindo? Não é verdade que a sociedade é ainda tão zelosa em proteger a vida humana, que para extirpar um órgão com destino a um transplante não considera suficiente a probabilidade de que o doador tenha falecido, mas exige rigorosos critérios científicos para demonstrar a sua morte? <sup>40</sup> (sem os grifos no original).

Na mesma linha, o Dr. Herbert Praxedes, médico e professor Titular do Departamento de Medicina Clínica da Faculdade de Medicina da Universidade Federal Fluminense – UFF, ensina que:

Os anencéfalos não possuem o cérebro e os hemisférios cerebrais, mas possuem outros órgãos do encéfalo, especialmente o tronco cerebral. Em razão disso eles expressam várias atividades vitais como os batimentos cardíacos, a respiração, a capacidade de se movimentar ativamente, deglutir o líquido amniótico, responder a alguns estímulos. Para que haja declaração de morte cerebral o Conselho Federal de Medicina, na Resolução 1480/97, exige que sejam cumpridas pelos médicos várias exigências como coma aperceptivo, ausência de atividade motora supra-espinhal e apnéia. Em última análise exige que haja morte clínica e também do tronco cerebral. Como

---

<sup>40</sup> FERREIRA, Alice Teixeira e outros. Vida: o primeiro direito da cidadania, p. 18/19.

vimos acima o anencefálico não se enquadra nesses critérios. Ele tem vida humana embora não tenha cérebro <sup>41</sup>.

E para escusar-se de uma eventual tendência “machista”, utilizam-se as idéias da Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira, médica, psicóloga e Perita em Sexualidade Humana, que ensina:

Para ser declarada a morte cerebral em uma pessoa, mesmo quando está sendo mantida por aparelhos, é preciso que haja a paralisação de todas as funções cerebrais inclusive do tronco encefálico. Na criança anencefala, enquanto estiver respirando e o seu coração bater sem a ajuda de aparelhos, ela está viva, com o tronco cerebral funcionando. Não se recomenda tentar mantê-la viva artificialmente, mas **ninguém nega que abortá-la ou retirar seus órgãos para transplante após o parto, antes que pare espontaneamente de respirar, quer dizer matá-la. Com certeza, é um ser humano portador de um grave defeito neurológico e com previsão de pouco tempo de vida** <sup>42</sup>. (sem o grifo no original)

Mais adiante, Cerqueira explica que o risco da gravidez do feto anencefalo “*é o mesmo de toda gestante... a gestante de um feto anencefálico não sofre risco de vida maior do que outra gestante, mesmo que o bebê venha a morrer dentro do útero*” <sup>43</sup>.

#### 4.1 – Argumentos favoráveis e contrários à manutenção do feto anencefalo

---

<sup>41</sup> \_\_\_\_\_. Op. cit., p. 20.

<sup>42</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>43</sup> \_\_\_\_\_. Op. cit., p. 21/22.

O professor Volnei Garrafa, favorável à permissão do aborto em caso de feto anencéfalo, sob o argumento de que a chance do feto viver, diz que:

... é absolutamente inviável, a chance dele é zero. A maioria sucumbe antes dos 9 meses e os que chegam a nascer morrem nos primeiros minutos de vida. Uma mulher ser obrigada a carregar um feto absolutamente inviável no útero até os 9 meses, se ela não comparte daquela visão religiosa ou moral, é realmente assombroso<sup>44</sup>.

Outro argumento favorável ao aborto é que em razão do Estado de Direito não ser mais clerical (regido pela Igreja), deve-se contrariar as imposições religiosas, que não evoluíram com o passar do tempo. Não faltam as críticas anticlericais, de que “*a doutrina católica é contra o prazer, que ensina que o sexo é uma espécie de mal ‘tolerado’, que em si seria coisa baixa e suja*”<sup>45</sup>. No entanto, o próprio São Tomás de Aquino (que é recomendado pela Igreja como guia para reflexão teológica), defende que o sexo em si não é mau, “*desde que se guarde a ‘ordem devida’, ou seja, desde que o sexo seja usado dentro do matrimônio*”<sup>46</sup>.

O principal argumento a favor da manutenção do feto anencéfalo é que está de acordo com a verdadeira ética, já que o objetivo desta “*é a procura do Bem e o afastamento do Mal*”<sup>47</sup>. Porque não se pode desejar o aborto (supressão da vida do

---

<sup>44</sup> Jornal GAZETA DO POVO, Curitiba – PR. Jornal do dia 31 de outubro de 2004.

<sup>45</sup> FAUS, Francisco. Autodomínio. Elogia da temperança. São Paulo: Quadrante, 2004, p. 25.

<sup>46</sup> Idem, *ibidem*.

<sup>47</sup> BARBOZA, Heloísa Helena, e BARRETO, Vicente de Paulo. Novos temas de biodireito e bioética, p. 133.

feto), alegando que seja algo bom somente porque irá satisfazer a vontade da mãe, ou de quem quer que seja. É preciso analisar os valores em conflito: vida do feto x bem estar da mãe.

Para aprofundar um pouco no sentido ético, vale a pena transcrever a continuação do raciocínio da autora que, ao distinguir ética de moral, diz: *“a primeira é um conjunto de princípios, normas e regras que orientam o comportamento humano; e seriam morais os comportamentos e ações em consonância com estes códigos ditados pela ética”*.

*“A palavra ética está ligada a valores (bem, mal, felicidade, justiça, honestidade, etc.) e a moral, a comportamentos (bondoso, justo, verdadeiro, honesto, mau, etc.)”*. Então, a moral pressupõe a ética, e, portanto, não se pode ser moral utilizando uma lei que não seja ética. Assim sendo, não é questão de ser conservador, mas apenas ético.

Ovídio Rocha Barros Sandoval, Juiz de Direito aposentado, entende, nos casos do aborto definido no art. 128, II, do Código Penal, que *“por mais respeitáveis que sejam os sentimentos em favor da gestante vítima da violência, tomar a situação como justificativa da morte do ser que se gerou é uma conclusão de fundo demasiadamente individualista, que contrasta com a idéia do Direito e a decidida proteção que ele concede à vida do homem e aos interesses humanos e sociais que se relacionam com ela e demasiadamente importantes para serem sacrificados a razões de ordem pessoal, que por mais legítimas que possam parecer, não têm mérito bastante para se contrapor ao motivo de preservação da vida de um ser humano...”*<sup>48</sup>.

---

<sup>48</sup> RT n°. 739 – maio de 1997, p. 497-501.

Nesta mesma linha segue o Desembargador Walter Moraes, que defende a “*inexistência no Direito brasileiro de qualquer hipótese de aborto legítima...*”, recordando que “*a norma constitucional, de hierarquia suprema, garante a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida. Logo, não poderia a lei ordinária dispor de modo diverso...*”<sup>49</sup>.

No entanto, com o passar do tempo os valores primordiais da sociedade modificam-se. “*O valor social predominante já foi a cultura física; em algumas comunidades, a cultura intelectual, moral, científica, religiosa, e atualmente há um deslocamento para a economia, que é a suprema aspiração social de maior número de coletividades*”<sup>50</sup>. E poder-se-ia acrescentar que além do aspecto econômico, atualmente está na moda o bem estar, que esconde uma civilização hedonista.

Destaca-se ainda o comentário de Ives Gandra da Silva Martins ao Ministro Marco Aurélio, por ocasião do deferimento do pedido liminar para concessão dos abortos no caso de anencéfalos:

Estou convencido - apesar de ser eu um modesto advogado de província e ele, brilhante guardião da Constituição - de que **a decisão é manifestamente inconstitucional. Macula o artigo 5º da lei suprema, que considera inviolável o direito à vida.** Fere o § 2º do mesmo artigo, que oferta aos tratados internacionais que cuidam de direitos humanos a condição de cláusula imodificável da Constituição.

---

<sup>49</sup> MORAES, Walter. O problema da autorização judicial para o aborto, p. 19-30.

<sup>50</sup> BARBOZA, Heloísa Helena, e BARRETO, Vicente de Paulo. Op. cit., p. 135.

**Viola o artigo 4º do Pacto de São José**, tratado internacional sobre direitos fundamentais a que o Brasil aderiu, e **que declara que a vida começa na concepção.**

**Juridicamente, a antecipação, pelo aborto, da morte do anencéfalo é vedada pelo texto maior brasileiro.**

O argumento de que o anencéfalo pode ser abortado porque está condenado à morte escancara o caminho para a eutanásia de todos os doentes terminais ou afetados por doenças incuráveis.

Possibilita a cultura do eugenismo, no melhor estilo do nacional-socialismo, que propugnava uma raça pura, eliminando os imperfeitos ou socialmente inconvenientes. Fortalece a hipocrisia dos que defendem o aborto de seres humanos, embora considerem crime hediondo provocar o aborto em uma urso panda ou eliminar baleias. Os animais merecem, de alguns - e tenho a certeza de que meu prezado amigo ministro Marco Aurélio não está entre eles -, mais proteção do que o ser humano, no ventre materno. Enfim, a decisão do antigo presidente da suprema corte abre uma enorme avenida para os cultores da morte, os homicidas uterinos, os que pretendem transformar o ser humano em lixo hospitalar.

**Nos Estados Unidos, a Suprema Corte, no caso Dred Scott, em 1857, defendeu a escravidão e o direito de matar o escravo negro, à luz dos seguintes argumentos:**

1) o negro não é uma pessoa humana e pertence a seu dono;

- 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano;
- 3) só adquire personalidade perante a lei ao nascer, não havendo qualquer preocupação com sua vida;
- 4) quem julgar a escravidão um mal, que não tenha escravos, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros, pois a escravidão é legal;
- 5) o homem tem o direito de fazer o que quiser com o que lhe pertence, inclusive com seu escravo;
- 6) a escravidão é melhor do que deixar o negro enfrentar o mundo.

**Em 1973, no caso Roe y Wae, os argumentos utilizados, naquele país, para hospedar o aborto foram os seguintes:**

- 1) o nascituro não é pessoa e pertence à sua mãe;
- 2) não é pessoa perante a lei, mesmo que seja tido por ser humano;
- 3) só adquire personalidade ao nascer;
- 4) quem julgar o aborto mau, não o faça, mas não deve impor essa maneira de pensar aos outros;
- 5) toda mulher tem o direito de fazer o que quiser com o seu corpo;
- 6) é melhor o aborto, do que deixar uma criança malformada enfrentar a vida (Roberto Martins, Aborto no Direito Comparado, in A Vida dos Direitos Humanos, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1999).

**Como se percebe, a corte americana usou os mesmos argumentos para justificar a escravidão e o aborto.**

Meu caro amigo ministro Marco Aurélio - de quem divergir no episódio causa-me profundo desconforto -, ao justificar o aborto, que é a pena de morte, no caso do nascituro anencéfalo, por ser ele um condenado à morte, está, também, justificando a pena de morte a todos os doentes terminais, pela eutanásia, e abrindo a porta para o culto à raça pura, inclusive às manipulações genéticas para que sejam produzidos somente seres humanos perfeitos e saudáveis, e - o que é pior - valorizando a cultura da morte e não a defesa da vida. Uma vez aberto o caminho, por ele passarão todas as teses antivida.

Espero - pois a Constituição garante a todos os seres humanos, bem ou malformados, sadios ou doentes, o direito à vida desde a concepção, sendo a morte apenas a decorrência natural de sua condição e não a decorrência antecipada de convicções ideológicas - que venha a rever seu voto, quando a questão for levada ao plenário.

Espero, também, que seus pares homenageiem a vida, proscrevendo a morte antecipada <sup>51</sup> (sem os grifos no original).

Outro aspecto a ser analisado é o de que a anencefalia, por ser uma doença gravíssima, inviabilizaria a vida do feto. No entanto, esta afirmação ignora a possibilidade de prevenção deste tipo de má-formação. Uma pesquisa realizada nos

---

<sup>51</sup> Disponível em:  
<http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/opiniaio/2004/07/14/joropi20040714001.html>  
Acesso em 14 set. 2008.

EUA demonstra que médicos subutilizam o ácido fólico, o que contribui para a ocorrência da anencefalia.

Mais de 75% das mulheres norte-americanas em idade fértil responderam em uma pesquisa nacional que seus médicos nunca discutiram com elas os benefícios do ácido fólico, segundo relatou a instituição March of Dimes hoje. O ácido ajuda na prevenção de má-formação do feto.

O ácido fólico é uma vitamina B que reduz o risco de defeitos do tubo neural, que afetam a espinha ou o cérebro do feto.

Folhas verdes, laranja, amendoim, feijão e grãos fortificados, assim como cápsulas multivitamínicas, contêm ácido fólico. Para prevenir deficiências no bebê, as mulheres devem ingerir o ácido fólico antes de engravidarem.

Menos de um terço das norte-americanas em idade fértil e que não estão grávidas tomam um multivitamínico contendo o ácido todos os dias, disse o March of Dimes, organização dedicada à prevenção de má-formação de fetos e mortalidade infantil.

A pesquisa estudou 2.001 mulheres com idades entre 18 e 45 anos. Ao menos 65% delas informaram que os médicos não comentaram a importância da substância. Vinte por cento das mulheres que ainda não ingerem o ácido declararam que o fariam caso um médico ou outro agente de saúde recomendasse seu uso.

O estudo ainda detectou que 29% das entrevistadas tomam um suplemento com ácido fólico diariamente. No ano passado, a mesma pesquisa constatou que esse parcela era 34%.

“Mulheres vão ao médico para serem aconselhadas sobre tudo o que fazer para ter um bebê saudável”, disse Jennifer Howse, médica e presidente da organização. O médico não gasta muito tempo para dizer “você precisa tomar um suplemento contendo ácido fólico todos os dias antes de engravidar”. Nossa pesquisa descobriu que muitas mulheres tomariam a vitamina se ouvissem essas simples palavras.

Cerca de 79% das mulheres estudadas tinham ouvido falar do ácido fólico, mas não sabiam que a substância deveria ser consumida antes da gravidez.

Todos os anos, 2.500 bebês nascem nos Estados Unidos com defeitos do tubo neural e muitas gestações acabam em abortos ou partos de natimortos devido a esses problemas. A forma mais comum é o disrafismo espinhal, que causa paralisia infantil. Outra é a anencefalia, uma condição fatal na qual o bebê nasce com cérebro e cabeça subdesenvolvidos.

A pesquisa foi conduzida para o March of Dimes pela Organização Gallup, com auxílio dos Centros Norte-Americanos de Controle e Prevenção de Doenças. A margem de erro é aproximadamente três pontos percentuais <sup>52</sup>.

Desta forma, parece que o que está acontecendo é um eufemismo de valores, fruto de uma desorientação, com a anteposição do sossego – já que filhos deficientes dão trabalho e muitas vezes requerem tratamentos caros – às realidades éticas (não adotar a solução mais cômoda como matar o feto, e sim dar uma solução correta e com base na reflexão). Busca-se empregar termos como “antecipação do parto” ou “aborto terapêutico” para atenuar uma verdade tida como penosa, desagradável ou chocante que é o aborto.

---

<sup>52</sup> Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/reuters/ult112u5457.shl> Acesso em 14 set. 2008. Publicado pela Reuters em 05/09/2001.

## 4.2 – Sequelas Psíquicas do aborto

Que não há consenso sobre o cabimento ou não do aborto não é difícil de perceber. No entanto, o que costumeiramente não é analisado é o que acontece com as mães após a realização ou não do aborto. A violência aplicada à mulher que aborta tem conseqüências fisiológicas e psicológicas que serão mencionadas capítulo.

O jornal francês L’Homme Nouveau, de 28/02/2005, publicou um artigo intitulado “La syndrome post-avortement”, que foi traduzido para o português e publicado, conforme segue abaixo:

A existência da síndrome pós-aborto como traumatismo consecutivo à interrupção voluntária da gravidez começa a ser mais conhecida pelos ginecologistas-obstetras assim como pelos psicólogos... Comportando um conjunto de sintomas variáveis de uma pessoa para outra, a síndrome pós-aborto aparece dentro de um prazo ora mais, ora menos longo, muitas vezes de maneira sorrateira, mesmo quando a mulher tem a impressão de já ter esquecido. **Após o aborto a mulher experimenta um sentimento de alívio, pois o seu problema parece resolvido, mas aos poucos esse alívio cede à inquietação; registram-se culpabilidade, perda da auto-estima, pesadelos, estado de depressão persistente. Surgem problemas com o cônjuge, com os filhos e o ambiente. É de notar que 50% dos casais que viveram o quadro de um aborto são tentados a se separar dentro de um prazo assaz breve.**

Tais sintomas se tornam mais sensíveis todas as vezes que a mulher enfrenta um acontecimento que lhe lembra o aborto: nova gravidez, gravidez de amiga e

principalmente o dia do aniversário da gravidez ou da data em que deveria nascer a criança.

**“... praticamente todas as mães que passaram por aborto sofrem angústia em graus diversos em todos os países do mundo e em todas as culturas,** independentemente de crenças religiosas...

No tocante ao risco de câncer, seja dito: **as mulheres que abortaram correm um risco 2,3% mais elevado de contrair câncer do colo do útero, dos ovários e do fígado.** Quanto ao câncer do seio, o risco é 2,4 vezes mais elevado para as mulheres jovens que abortaram por ocasião da sua primeira gravidez”<sup>53</sup> (sem os grifos no original).

Conveniente ressaltar que na França, onde o aborto é permitido, ocorreram, segundo a Organização Mundial de Saúde - OMS, nos anos de 1979 a 1989, de 10 a 13 casos por ano de morte decorrentes de abortamentos, segundo o mesmo estudo.

Com relação ao comprometimento da saúde da gestante, o estudo trás ainda os seguintes dados:

Entre 2 a 3% das mulheres que sofreram um abortamento, podem estar com o útero perfurado ou com lacerações do colo do útero. Essas mulheres correm 1,89 vez mais risco de ter um parto prematuro ou também retardado; o aborto aumenta o perigo de complicações ao nascer uma criança posteriormente; com efeito, o desenvolvimento

---

<sup>53</sup> PERGUNTE E RESPONDEREMOS nº 519, em Setembro de 2005, p. 409/410.

anormal da placenta pode produzir uma deformação; pode ter a consequência de uma futura gravidez extra-uterina que porá em perigo a vida da gestante.

Cerca da metade dos casos de esterilidade é consecutiva a um abortamento: há então infecção das trompas, aderência uterinas, excessiva dilatação do colo do útero.

As complicações de menor porte que freqüentemente ocorrem, são as seguintes: infecções, sangramento, dores abdominais crônicas, vômitos, perturbações do ciclo menstrual. Verifica-se que a interrupção da gravidez acarreta a baixa do nível de saúde geral; durante o primeiro ano que se segue a um aborto, as mulheres consultam o médico da família; 80% mais por motivos de ordem psicológica<sup>54</sup> (sem o destaque no original).

Outros números ainda mais significativos são em relação à tentativa de suicídio ocorrida nas mulheres que realizaram aborto:

De acordo com uma pesquisa realizada entre mães de família, verifica-se que oito semanas após o aborto:

44% se queixam de desordens de fundo nervoso;

45% se queixam de sono agitado;

11% tomam uma medicação psicotrópica prescrita por um médico.

Um estudo retrospectivo sobre o período de cinco anos mostra que 25% das mulheres que abortaram consultaram um psiquiatra, ao passo que as que o evitaram eram 3%.

Cerca de 60% das mulheres que sofreram as seqüelas do aborto, experimentaram a tentação do suicídio, apenas 28% procuraram executá-lo...

---

<sup>54</sup> *Idem, ibidem.*

A desarticulação pós-aborto está, não raro, associada a comportamento desregrado; abusos de fumo, de álcool, drogas e desordens na alimentação. Isso tudo redundava ainda em maus tratos sobre as outras crianças, discórdias entre os cônjuges, das quais resulta freqüentemente o divórcio... Todavia não se dá atenção ao sofrimento da criança abortada, que morre envenenada ou dilacerada<sup>55</sup> (sem o grifo no original).

Desta forma, os números trazidos de um país onde é permitido o aborto podem servir de alerta para uma possível liberação desta prática no Brasil. Por outro lado, entre as pessoas que não optaram pelo aborto, além de estarem livres dessas doenças e prejuízos pessoais, parece que ficam em paz com suas consciências. Isto, porque não foi encontrada nenhuma declaração onde mulheres tivessem se arrependido de não ter abortado.

## 5 – Conclusão

Frente a estes questionamentos parece que o que está ocorrendo é uma subversão de valores. Há uma tendência de abrandamento dos conceitos como “aborto”, que por conter uma forte carga negativa, é substituído por outros semelhantes como “interrupção da gravidez”. Isto, visando uma autorização para a realização de aborto com o aval do Estado.

---

<sup>55</sup> Idem, *ibidem*, p. 411.

No entanto, não se percebe que o que está por trás deste ato, é nada menos que uma vida humana. Como muito bem assinalou o jurista luso Canotilho:

Perante as experiências históricas da aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana como base da República significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República. Neste sentido, a República é uma organização política que serve o homem, não é o homem que serve os aparelhos políticos-organizatórios<sup>56</sup>.

Assim, o ordenamento jurídico deve servir o homem, moldando e regulando suas relações, mas em hipótese alguma, voltar-se contra as garantias basilares fundamentais do próprio sujeito ser humano.

Ao voltar-se contra o direito à vida em benefício da “liberdade” ocorre uma subversão de valores, que como aponta o mestre pela universidade de Londres, Dennis Lloyd:

A relação entre lei e liberdade é, obviamente, muito estreita, uma vez que a lei pode ou ser usada como instrumento de tirania, como ocorreu com frequência em muitas épocas e sociedades, ou ser empregada como um meio de pôr em vigor aquelas

---

<sup>56</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, p. 219.

liberdades básicas que, numa sociedade democrática, são consideradas parte essencial de uma vida adequada<sup>57</sup>.

Há na sociedade um mau uso da liberdade, o que poderia dar azo a uma série de situações onde um bem menor (solução de uma gravidez imperfeita), suprimiria um bem maior (uma vida humana). Estabelece-se um conflito de interesses tendo por um lado um ser que está sendo gerado através de um ato humano no ventre materno e, por outro lado, o desinteresse da gestante em levar a termo aquela gravidez por motivos que, para ela, são relevantes. Talvez este seja o termo crucial da discussão uma vez que pontos de vista religiosos, legislativos e filosóficos conflitam-se isolada ou associadamente.

O eixo central sobre o qual gira todo discurso abortista é a libertação da mulher da escravidão reprodutiva. A liberação do aborto seria, em última instância, o preço a pagar para se conseguir a verdadeira emancipação feminina. Analisando o slogan: “O útero é meu e dele faço o que quero” na verdade exprime um conceito de propriedade privada capitalista. O critério básico de opção sobre a vida do filho é somente o interesse pessoal. Esse modo de opção caracteriza um individualismo radical. É como se o empresário dissesse: “a fábrica é minha e faço dela o que me aprouver”; o banqueiro afirmasse “o dinheiro é meu e o aplico onde quiser” ou o agricultor aclamasse “a terra é minha e nela faço o que bem entender”. **“O útero é meu e com o embrião faço o que quiser”** significa a mais completa vitória do consumismo sobre o valor da vida. Nesse sentido a relação mãe-filho não é mais dimensionada em termos

---

<sup>57</sup> RT n°. 757 – novembro de 1998 – 87º ano, p. 506.

do amor entre seres humanos, mas em função da propriedade privada, egoísta, hedonista e predatória. A mulher passa a ser possuidora de um filho-objeto, como possui um automóvel, um vestido, uma conta bancária. E o filho ou feto-objeto também passará a ser a premissa da criança-objeto que de acordo com o contexto político-social e pessoal poderá, como um objeto qualquer, vir a ser eliminado.

Tal tipo de raciocínio reflete não somente uma maneira de se entender as relações mãe-filho, mas de modo mais amplo, todo um estilo de viver a sexualidade. Com a liberação total da prática do abortamento, o “consumo do sexo” ficará associado a todas as demais formas de consumo porque então tudo se reduzirá à busca egoísta do prazer. A banalização do aborto tem como premissa e consequência a banalização do ato sexual<sup>58</sup>.

Parece que o termo correto para a autorização do aborto seria em benefício de uma libertinagem, e não da verdadeira liberdade, já que esta necessita do elemento implícito que seria a ética. Eticamente falando, não poderia utilizar-se de uma solução incorreta (o aborto), para justificar outro “bem” (a liberdade da vontade). Senão, estar-se-ia aplicando uma espécie de solução maquiavélica, onde “*o fim justifica os meios*”.

Há um primeiro dever negativo e, de certa forma, preliminar, que consiste em respeitar os direitos fundamentais de seus membros: direito à vida, à honra, à liberdade, à propriedade, à

---

<sup>58</sup> CUNHA, Franklin. O aborto e a liberdade. Disponível em: [http://www.aborto.com.br/aborto\\_liberdade/](http://www.aborto.com.br/aborto_liberdade/) Acesso em 14 set. 2008.

nacionalidade, à cidadania, à intimidade, à igualdade; seria absurdo que a sociedade, formada para a defesa e desenvolvimento das pessoas, começasse a despojá-las de seus direitos elementares<sup>59</sup>.

Como a Constituição Federal arrola como princípios fundamentais tanto o direito à vida, quanto a liberdade de ação (pela qual ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei), dá-se a impressão de que ocorre um conflito de princípios. Enfrentando este tipo de conflito o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro assim decidiu:

Em ocorrendo a suposta contradição de direitos fundamentais, o caminho da solução aponta inexoravelmente para o chamado processo de **ponderação de bens com sacrifício mínimo dos direitos questionados**, já que devemos prestigiar, também como premissa, a chamada unidade da constituição, pela qual a interpretação do texto constitucional deve ter em conta a existência de um texto uniforme e sistemático para a proteção equidistante de todos os direitos ali tutelados. Havemos de perseguir para tanto a harmonização das regras colidentes pelo princípio da concordância prática, buscando a proporcionalidade dos bens protegidos... ainda que considerássemos a colisão de direitos fundamentais, através de interceptação de um direito sobre o outro, não se resolve o confronto simplesmente

---

<sup>59</sup> MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito, p. 186.

suprimindo um em favor do outro, vez que se tratam de princípios, devendo a colisão ser solucionada em consideração ao peso ou importância relativa de cada qual <sup>60</sup>.

Maria Helena Diniz, citando Gebler, diz que “o direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade. O direito, como a biologia, parte da observação dos fatos. Devem ignorar das ciências tudo o que estiver em detrimento do homem” <sup>61</sup>. Em outras palavras, o aborto é um mal não apenas ao feto, que é punido com a “pena de morte” em 100% dos casos, mas também a mulher.

O simples fato de a mãe abortar um feto anencéfalo, para não precisar “carregar um filho que sabe que irá morrer” não irá solucionar a questão, além de acarretar males para a própria mulher, com todas as consequências da síndrome pós-aborto. A decisão da mãe de matar seu feto, até mesmo pelo fato de contrariar a natureza, fará mal a mulher, tanto psicológica, quando biologicamente.

Por fim, as palavras de França, apesar de serem um pouco extensas, caem como uma luva para encerrar o presente trabalho:

Contra aquele raciocínio abortista, o ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela ‘plenitude de vida e independência sócio-econômica’, nem muito menos pelo fulgor de sua inteligência ou pela sua integridade física, porque ele não foi proposto para torneios e disputas. Mas para realizar o destino

---

<sup>60</sup> Apelação Cível nº 2004.001.21990, 2ª Câmara Civil do TJRJ, julgado em 20.10.2004, Des. Rel. Antonio Saldanha Palheiro.

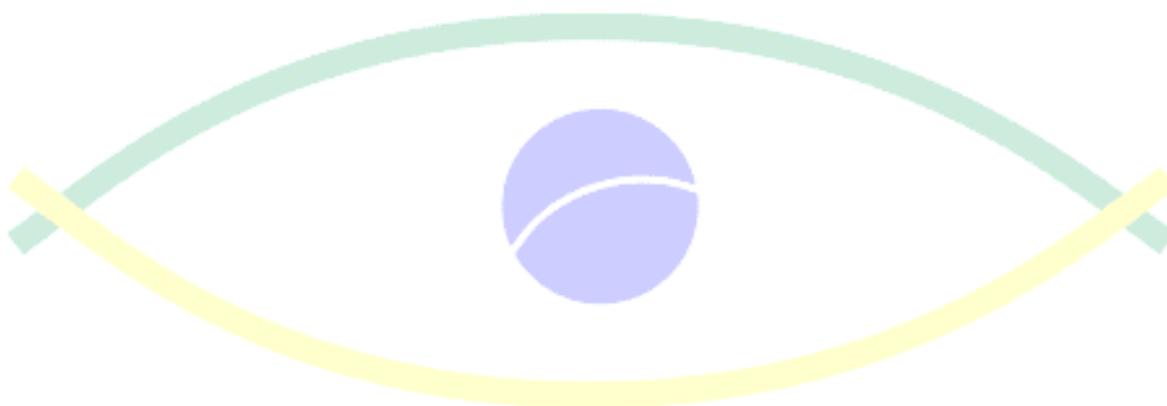
<sup>61</sup> DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito, p. 18.

da criatura humana, e como tal não pode ser avaliado por quem quer que seja, pois isso não é o resultado de uma convenção, senão um imperativo da própria natureza humana.

Qualquer forma de violência contra um ser humano é uma violência contra todos os outros homens... Qualquer forma de violência contra um ser incapaz e desprotegido não é próprio da consciência médica nem compatível com o destino da medicina, pois seria uma quebra da tradição que a cristalizou como um projeto em favor do homem e da humanidade, sem discriminação ou preconceito de qualquer espécie. Se alguém tem pensamento contrário e admite que vai contribuir com o bem-estar da sociedade, agindo opostamente, está enganado. Vai, no mínimo, incutir o egoísmo, saciar a insensibilidade e promover a discriminação. Não é pelo fato da existência de uma má-formação fetal que o aborto deixaria de constituir uma ofensa à vida e à dignidade humana. De qualquer forma que tenha nascido o ser humano, é homem, é sujeito de direito, tem lugar garantido como personalidade jurídica...

Desse modo, não existe nenhum homem, nem ciência alguma capazes de dispor incondicionalmente da vida de um ser, propondo sua destruição, baseando-se em justificativas pessoais ou doutrinárias e em fundamentos conjecturais, pois essa vida é intangível e inalienável. E, por fim, que fique bem claro: essa proposta não deve parecer insensibilidade e indiferença ao

sofrimento dos pais e familiares de uma criança que será sempre limitada física ou mentalmente. Nem muito menos manifestar indiferença às dificuldades que somente eles sabem o quanto lhes custa e dói. Mas será assim que a humanidade vai caminhar, amando e sofrendo, tentando a cada dia salvar o mundo que começa a se perder nas mãos dos fortes, capazes e aparentemente perfeitos <sup>62</sup>.



---

<sup>62</sup> FRANÇA, Genival Veloso de. Op. Cit., p. 265.

## 6 – REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos Princípios**: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BARBOZA, Heloísa Helena, e BARRETO, Vicente de Paulo. **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 2. ed. – Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.

COSTA NETO, Francisco Accioly Rodrigues da. **O Aborto**. Curitiba: Executive, 1982.

CROCE, Delton e Delton Croce Júnior. **Manual de Medicina Legal**. 5ª ed., revista e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA, Flanklin. **O aborto e a liberdade**. Disponível em: [www.aborto.com.br/aborto\\_liberdade](http://www.aborto.com.br/aborto_liberdade) Acesso em 14 set. 2008.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil**, v. 1, 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FAUS, Francisco. **Autodomínio**: Elogia da temperança. São Paulo: Quadrante, 2004.

FERREIRA, Alice Teixeira, e outros. **Vida**: o primeiro direito da cidadania. Goiânia: Bandeirante, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**: parte especial: arts. 121 a 160 do CP. 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2004.

GOMES, Júlio César Meirelles, e FRANÇA, Genival Veloso de. **Erro Médico**. Montes Claros: Unimontes, 1999.

HOUAISS, **Dicionário da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**. 2º Volume - Parte Especial. 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2004.

LLOYD, Dennis. **A idéia da lei**. São Paulo: RT n°. 757 – novembro de 1998.

LORA ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.

LÖW, Cláudia. **A defesa do nascituro não é uma questão religiosa, mas sim de direitos humanos**. Disponível em: [www.zenit.org](http://www.zenit.org) Acesso em 14 set. 2008.

MARTINS, Alessandra Ferreira e outros. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, in “Solução de conflito de princípios”. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 1, 2001.

MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. **A Vida Humana Embrionária e sua Proteção Jurídica**. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 21. ed. São Paulo. Ed. RT, 1993.

MORAES, Alexandre de. **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.

MORAES, Walter. **O problema da autorização judicial para o aborto**, In Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol. 99, ano 20, março-abril. Lex, 1986, pp. 19/30.

PERGUNTE E RESPONDEREMOS Nº. 518. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Christi. Setembro de 2005.

REVISTA ACADÊMICA DA ACADEMIA BRASILEIRA DE DIREITO CONSTITUCIONAL. Curitiba, PR: Academia Brasileira de Direito Constitucional, v. 1, n. 1, 2001.

SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **Autorização Judicial para a prática de aborto**. São Paulo: RT nº 739, maio de 1997.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

TRACTEMBERG, Moisés. **Revista DIÁLOGO MÉDICO**, ano 14, n. 8, Novembro de 1999. Indústrias Farmacêuticas ROCHE.