

# Aborto Eugênico

Glauco Cidrack do Vale Menezes

Advogado, professor de Direito Civil I, da Faculdade 7 de Setembro – FA7, em Fortaleza, Ceará. Pós-graduado, lato sensu, em Direito Processual Civil pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR e pós-graduando, stricto sensu, em Ciências Jurídico-Processuais pela Universidade de Coimbra, Portugal.



# Aborto Eugênico

## ABORTO EUGÊNICO: ALGUNS ASPECTOS JURÍDICOS (PARALELO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA VIDA, DA LIBERDADE E DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA E COM OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO)

### ■ ■ APROXIMAÇÃO DO TEMA

Muito se tem discutido sobre o teor das ações e recursos que se avolumam em portfólios no Supremo Tribunal Federal, em sua grande maioria desconexos e aventureiros, quando não repetitivos, que estorvam o desenvolvimento normal da atividade judiciária, ao lume de matérias dissociadas da essência funcional daquela egrégia Corte, de há muito esculpida no artigo 102 da atual Carta Política, razão pela qual arvoram-se os argumentos pela aprovação da malsinada “súmula vinculante”<sup>1</sup>.

Entretanto, de quando em quando, ganham relevo questões de repercussão social como o anti-semitismo, a exemplo da famosa lide travada em sede de *Habeas Corpus*<sup>2</sup> oriunda do estado do Rio Grande do Sul, que versou sobre apologia à prática de “racismo” contra judeus, no qual o vetor da polêmica foi decidir se judeu é raça. Ou, por outro lado, questões políticas, como na recente celeuma da inconstitucionalidade

<sup>1</sup> “A proposta da súmula vinculante, em uma visão esclarecida, teria como escopo resolver dois problemas mais emergentes, germinados da ausência de força obrigatória quanto ao cumprimento das decisões uniformizadas pelo STF e pelo STJ: 1º - o inchaço do Judiciário, que deveria ter o seu tempo preservado para apreciar os verdadeiros conflitos, assuntos sobre os quais ainda reina divergência na jurisprudência; 2º - a demora no reconhecimento do direito do cidadão, o que fomenta o exsurgir de uma imagem fantasmagórica do judiciário.” Walter Nunes da Silva Junior, em artigo publicado na Revista Eletrônica da Justiça Federal do Rio Grande do Norte. [www.jfrn.gov.br/docs/doutrina120.doc](http://www.jfrn.gov.br/docs/doutrina120.doc)

<sup>2</sup> HC nº 82424 / TJ – Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves DJU -19-03-2004 PP-00017 Ement Vol - 02144-03 PP-00524.

da contribuição previdenciária sobre os inativos<sup>3</sup>. Quando o debate é desta natureza, as teses jurídicas sustentadas pelos eminentes magistrados ganham em qualidade e revertem-se em proveito da sociedade e da ciência jurídica em geral.

O mais recente caso a desafiar a inteligência do STF e que é o nosso objeto de estudo neste ensaio acadêmico, versa sobre “**a constitucionalidade ou não do aborto para fins terapêuticos**”. O tema é de suma importância, porque revigora o debate nacional sobre o aborto, dantes adormecido, e perpassa a fronteira do direito atingindo matizes científicos, filosóficos, religiosos, ou mesmo sociológicos, ensejando divergências interpretativas no meio.

A discussão ganhou vulto com a decisão monocrática do Excelentíssimo Senhor Ministro **Marco Aurélio de Melo**, em sede de medida cautelar, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, nº 54 - 8 do Distrito Federal, que autorizou o aborto de feto anencefálico<sup>4</sup>. A decisão, que analisaremos amiúde, de eficácia imediata e efeito vinculante, gerou uma esperada multiplicidade de opiniões, sendo de perplexidade para os setores mais conservadores da sociedade<sup>5</sup>, de regozijos para classe médica e os movimentos “pró-aborto”, e de indignação para alguns representantes do meio jurídico.

Não obstante as várias vertentes jurídicas que o tema possa suscitar, este trabalho primará por uma abordagem predominantemente constitucional e civilística do fato, traçando um paralelo com os princípios fundamentais do direito, previstos na Constituição Federal (mais precisamente no artigo 5º) e com direitos da personalidade e a autonomia da vontade privada (capítulo inserido no novo Código Civil, artigos 11 e seguintes).

<sup>3</sup> Em tramitação no STF pelas ADIN's nº 3105 e 3128, com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º da EC nº 41/03.

<sup>4</sup> Anencefalia é uma má formação do feto, ocorrida entre o 23º e o 26º dia de gestação, que resulta na ausência de abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio. Revista de Saúde Materno-infantil, nº 12, pg.2.

<sup>5</sup> A presidência da CNBB divulgou nota oficial, assinada pelo Cardeal Geraldo Majella Agnelo, datada do mesmo dia da concessão da medida, 01/07/2004, de teor crítico contra a decisão prolatada e defendendo a preservação da vida do ser em gestação, independente do estágio ou da condição em que se encontrar.

Ressalte-se, outrossim, que não é nosso propósito esgotar o tema, de sorte que a abordagem que aqui se encerra é delimitada à análise da decisão judicial mencionada.

## ■ VEXATA QUESTIO

Não é contemporânea, nem territorial, a polêmica sobre a legalização do aborto. Há tempos que movimentos sociais, prós e contras, debatem acirradamente os seus argumentos quanto à possibilidade jurídica ou não da interrupção da gestação. Basta analisar que, no Brasil, embora haja vedação expressa, quer pela Carta Magna de 1988, artigo 5º, *caput*, quer pelo Código Penal, artigos 124 ao 127, quer pela simetria que guarda a legislação pátria com as regras internacionais de prevalência da vida e controle de natalidade<sup>6</sup>, o número de abortos provocados cresce assustadoramente e, o que é pior, em grande parte, autorizados pelo próprio judiciário. Segundo dados extra-oficiais levantados por pesquisadores do assunto<sup>7</sup>, somente na década de 90 foram concedidos mais de 350 (trezentos e cinquenta) alvarás autorizando a prática da chamada *Interrupção Seletiva de Gravidez*, representada pela sigla *ISG*, também chamada de aborto eugênico. A estimativa atual é a de que mais de 2.000 (dois mil) processos estejam tramitando nos tribunais nacionais visando o mesmo objetivo. No Congresso Nacional há vários projetos legislativos com o propósito legalista do aborto, sendo o PL nº 20/91 de autoria dos ex-deputados Eduardo Jorge (PT/SP) e Sandra Starling (PT/MG), o mais questionado.

Assim, volta e meia, o assunto vem à tona trazendo sempre uma carga ostensiva de debates. O último caso, que passamos a analisar, causou maior repercussão por ter sido o primeiro a ser erigido em sede de Corte Constitucional.

---

<sup>6</sup> Organização das Nações Unidas, ONU, à luz do parágrafo 8.25 do Programa de Ação da Conferência Internacional de População e Desenvolvimento e também, no Preâmbulo e no artigo 1º da Declaração dos Direitos da Criança, de 20/11/1959.

<sup>7</sup> Gollop T. *in*: O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995 nº 24 pgs.54-59

## 2.1. O CASO EM ESTUDO: A LIMINAR CONCEDIDA À CTNS EM SEDE DE ADPF

Em 17 de Junho de 2004, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS formalizou ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental junto ao Egrégio Supremo Tribunal Federal (escudada na Lei nº 9.882/99, segundo a qual confere-se legitimidade para a arguição àqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República), visando à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal – Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

O cerne da questão, exposta na exordial, orbitou em torno dos crescentes casos clínicos de gestação com seres anencefálicos, com os quais os médicos se deparam dia a dia e se vêem impedidos de realizar a antecipação do parto, em razão da mencionada vedação legal e constitucional.

Como argumento persuasivo, a CNTS utilizou-se de dados científicos para comprovar que a permanência de feto anômalo no útero da gestante seria potencialmente perigosa, podendo gerar danos à sua saúde e à sua vida, e lembrou que a mora judiciária, hoje indisfarçável, comprometeria sobremaneira qualquer possibilidade de espera, uma vez que o tempo de gestação humana é, em média, de 40 (quarenta) semanas, tempo bem menor do que a marcha processual.

O eminente Ministro **Marco Aurélio de Mello**, ao analisar o caso, firmou entendimento de que:

*“(...) 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”.*

Citou ainda os dados técnicos levantados pela argüente de que, nos casos de anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza da inviabilidade de vida do nascituro igual a 100% (cem por cento). Disse o magistrado:

*“A literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana – a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde – o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.*

Com espeque nisso, concedeu a medida liminar determinando que toda gestante que se encontrar nesta situação de feto anencefálico tem o direito de interromper a gravidez.

## 2.2. AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS EM CASOS SIMÉTRICOS

Também foi suscitada pela argüente e utilizada como parâmetro pelo MM relator, a divergência jurisprudencial entre as Cortes brasileiras,

inclusive entre o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal, à luz do debate ocorrido nos autos do *Habeas Corpus* de nº 84.025-6/RJ assim retratada:

*“É emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto. Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos”.*



Este relato de divergência jurisprudencial também ajudou a formar a opinião do ministro, em razão de sua clara preocupação quanto à segurança jurídica nas decisões emanadas do judiciário, *verbis*:

*“Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final – proclamação desta Corte –, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional.”*

O entendimento destoante dos tribunais brasileiros resulta do fato de que, se de um lado há uma angústia, incerteza e frustração por parte da gestante, por saber que está gerindo um ser que não sobreviverá, ou mesmo, poderá nascer

morto, por outro, se impõe o dever de cumprimento da lei, sobretudo porque a legislação constitucional tutela a vida como bem maior a ser preservado, bem como as hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia em desfavor da parte, devendo prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal<sup>8</sup>.

Destarte, a decisão judicial, embora ainda não sufragada pelo colegiado, e sob a alegativa de que não obriga a mulher gestante, que se encontra nessa situação, a provocar o aborto (apenas transmite-lhe o poder de decisão sobre o futuro de seu filho e da disposição de seu corpo), abre grave precedente a outros mecanismos antijurídicos ligados à morte, como a eutanásia, a própria pena de morte e o extermínio de raças consideradas impuras, além de afrontar descaradamente o direito positivo brasileiro, razão pela qual, debruçamo-nos neste pequeno trabalho, na vã expectativa de suscitar um saudável debate e, quiçá, ver revertido o abstraído julgamento.

## ❖ PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO

Fundamentais são todos os direitos tidos como inerentes ao ser humano, por vezes confundidos com os próprios direitos do homem, alguns deles, inclusive, com os direitos da personalidade. Na realidade, os direitos fundamentais são princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides<sup>9</sup> os classifica em quatro gerações (dimensões); Norberto Bobbio<sup>10</sup> os atrela à democracia; J. J. Gomes Canotilho<sup>11</sup>, aos direitos da personalidade; e

<sup>8</sup> Inaplicabilidade da analogia *in malan partem*. A lei penal incriminadora ou desfavorável é vedada pelo princípio da reserva legal, porque deve ser estrita. Entendimento esposado pelo STJ nos autos do HC nº 84.025/RJ

<sup>9</sup> Direito à liberdade, direitos sociais, direitos comuns e solidários e direitos à democracia, informação e ao pluralismo. Conferir Curso de Direito Constitucional, pgs. 516 a 525.

<sup>10</sup> Bobbio atesta que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. *In: A Era dos Direitos*, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

<sup>11</sup> “Muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade. Os **direitos de personalidade** abarcam certamente os direitos de estado (por ex.: direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida), à integridade moral e física, direito à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoal, direito à informática) e muitos dos direitos de liberdade (liberdade de expressão). Tradicionalmente, afastam-se dos direitos de personalidade os direitos fundamentais políticos e os direitos a prestações por não serem atinentes ao ser como pessoa”. *In: Estudos sobre direitos fundamentais*. Ed. Coimbra, pg. 34.

Celso Antônio Bandeira de Melo<sup>12</sup> os chama de mandamento nuclear de um sistema. Neste caso, o que se tem em pauta é o mais estrutural dos direitos fundamentais: **o direito à vida**. Alexandre de Moraes<sup>13</sup>, a propósito, afirma que:

*“O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos”.*

### 3.1. DIREITO À VIDA: SOB O PONTO DE VISTA JURÍDICO-CIENTÍFICO

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na CF/88 logo no *caput* do artigo 5º, que preconiza, *in verbis*:

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

Também na mesma carta, define o artigo 227, *in verbis*:

*“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, **o direito à vida**, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de **colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão**”.*  
*– grifamos –*

<sup>12</sup> Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pp. 747.

<sup>13</sup> Curso de Direito Constitucional, Ed. Atlas, 13ª edição pg. 63.

A garantia constitucional incidente sobre a vida humana é reflexo de um Estado que prima pela ampla liberdade e igualdade de direitos, em contrapartida aos que primam por outros valores sociais menos caros, historicamente atrelados às sociedades descompromissadas com os direitos humanos<sup>14</sup>.

Estando o direito à vida associado aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, não se pode erigir contra ele qualquer ação, porque contrariaria a logicidade do sistema normativo. Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>15</sup>, em lição lapidar, aduz que:

*“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.*

---

<sup>14</sup> Alemanha Nazista, China Comunista, E.U.A e sua claudicante democracia, que inclui a “pena de morte” como direito à segurança social, dentre outros exemplos.

<sup>15</sup> Op.cit. pg. 748.

Paulo Bonavides<sup>16</sup> afirma que os direitos fundamentais, mormente os de primeira geração, têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado numa política de liberalismo e de não intervenção, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa: “*são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”.

As correntes jus-naturalistas já definiam certas categorias de direitos como sendo inerentes à própria existência humana. A vida é consagradamente um direito inato ao homem, um direito natural e universal, independentemente de credo, convicção política ou filosófica. Ives Gandra Martins<sup>17</sup>, ao tratar do tema, leciona:

*“O direito à vida é o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar”.*

E quando aborda o dever do Estado em privilegiar a vida, sobretudo a dos mais indefesos, continua o jurista:

*“O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da ‘teoria do suprimento’. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes”.*

---

<sup>16</sup> Idem, ibidem.

<sup>17</sup> O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 127 - 144. Pg. 128 à 134.

Ora, ao se decidir pela autorização do aborto, ainda que em casos semelhantes ao abordado, afronta-se, além de um direito natural, um princípio fundamental, vez que, se traduz na intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo pela limitação do direito à vida, quando o próprio Estado edita normas de proteção à vida. Sob nenhum aspecto, como iremos verificar, é justificável tal impropério jurídico.

Destaque-se mais, que a carga semântica depositada na expressão “**direito à vida**” infere duas situações: 1º – **o direito de permanecer vivo**, que já pressupõe a existência do indivíduo e; 2º – **o direito de nascer vivo**, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Quando a questão é analisada sob o ponto de vista da primeira situação, abre-se perigoso espaço para o debate da “pena de morte”; quando analisado pelo prisma da segunda situação, trata-se inegavelmente do aborto.

Estas duas vertentes são, precisamente, fortalecedoras do argumento utilizado pelos abortistas. É que a teoria adotada é a de que o “direito à vida”, preconizado na legislação, refere-se somente ao indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, consubstanciaria crime qualquer atentado contra si. No caso do nascituro, como não teria se tornado pessoa (*Partus nondum editus, homo non recte fuisse dicitur*)<sup>18</sup> não constituiria ato ilícito a sua abortagem. **Ledo engano! O nascituro é pessoa!**<sup>19</sup> E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento “coisificado” ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível).

---

<sup>18</sup> “*O parto, ainda não dado à luz, não corretamente se diz que tenha sido homem.*” Papiniano, L.9, § 1º. D. 35.2. ad Legem Falcidiam *apud* Roberto de Ruggiero *in*: Instituições de Direito Civil, vol. 1, nota de roda pé nº 9, pg.438.

<sup>19</sup> Afirmamos nosso posicionamento em simpatia à teoria concepcionista da qual fizeram parte Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e que encontra em Silmara Chinelato e Francisco Amaral os seguintes posicionamentos: “*Não há meia personalidade ou personalidade parcial.*” e “*Pode-se ser mais ou menos capaz, não se pode ser mais ou menos pessoa*”.

Mas, infelizmente, o entendimento da decisão aqui atacada diverge de nossa linha de raciocínio por uma razão não muito óbvia: o eminente julgador não aceita que o feto anencefálico seja possuidor de vida. Disse o ministro, *verbis*:

*“(...) a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, **que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar (...)**”*  
– grifamos –

Assim, em nosso sentir, este discurso teratológico de que o ser intra-uterino não tem vida, ou se a tem, não pode ser considerado como pessoa (e neste caso, não haveria crime de morte se fosse praticado o aborto), é mais aberrante do que o próprio ato.

Por outro lado, do ponto de vista científico, o que parece estar em jogo é a incerteza (pelo menos do excelentíssimo ministro) do que seja “vida”, ou do que seja “vida viável”. Neste aspecto é inarredável esclarecer que a vida não pode ser confundida com condições necessárias, ou viabilidade de existência. É, outrossim, o resultado indissociável da geração biológica do ser, independentemente do seu desenvolvimento ou da forma que assumirá.

Obtém-se a vida com a fertilização do óvulo e a formação do zigoto<sup>20</sup> e não quando o embrião se torna feto. Este momento crucial marca não só o início da vida, mas também assegura os direitos, ou, ao menos, as expectativas de direito do nascituro. Engana-se quem desconsidera este momento inicial como marco científico de relevância para o direito, pois é justamente neste limiar que confluem a vida e o direito, resultando na chamada vida intra-uterina. William A. Liley,<sup>21</sup> considerado o pai da medicina fetal, descreve a importância que tem o ser em formação:

*“O novo indivíduo comanda o seu ambiente e o seu destino com tenacidade de propósito, implanta-se na parede*

<sup>20</sup> “O embrião ou o feto representa um ser individualizado com uma carga genética própria que não se confunde, nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A constituição protege a vida de forma geral inclusive uterina”. Alexandre de Moraes. *Idem, ibidem*.

<sup>21</sup> *Apud* J.C. Willke *in*: O Aborto. Ed. Paulinas, 1980, pg. 13.

*esponjosa do útero e numa demonstração de vigor fisiológico interrompe a menstruação da mãe. Tal é, pois, o feto que nós conhecemos e que nós próprios fomos um dia. É o feto de que cuidamos na Obstetrícia moderna, que vem a ser o mesmo bebê do qual cuidamos antes e depois do nascimento, o qual pode ficar doente antes e depois de nascer, exigindo diagnóstico e tratamento como qualquer outro paciente.”*

Esta importância que a ciência dá ao feto é a prova clara de que o homem já se convenceu que a vida criada é totalmente distinta da criadora, embora interligadas. Aliás, em frase secular, Jérôme Lejeune<sup>22</sup>, descobridor da Síndrome de Down, proferiu o seguinte raciocínio:

*“Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental”.*

Neste sentido, por reconhecê-lo possuidor de vida independente, é que a moderna medicina fetal trata o ser intra-uterino como paciente, chegando a submetê-lo, quando necessário, ao tratamento médico, inclusive cirúrgico. Assim, qualquer manipulação do nascituro no útero materno, com o fim de levá-lo à expulsão forçada é, sem dúvida, um eufemismo para “pena de morte”.

---

<sup>22</sup> News Exchange of “The World Federation of Doctors who respect the Human Life”. Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dornival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração *in*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.



Este mesmo reconhecimento científico da dissociabilidade dos seres, genitor e gerido, é que forçou o Direito a reconhecer que o nascituro, embora não se tenha constituído de personalidade<sup>23</sup>, possa ser ao menos merecedor de proteção jurídica.

### 3.2. DIREITOS DO NASCITURO

O Direito confere proteção jurídica ao nascituro por uma inflexão às normas gerais, constitucionais ou mesmo internacionais, que garantem ao ser humano a devida proteção, mesmo antes de nascer.

Orlando Gomes<sup>24</sup> já ensinava que a ordem jurídica admite a existência de uma personalidade fictícia, ao lado da real e verdadeira, em hipóteses nas quais não haveria coincidência entre a existência fática do sujeito e o próprio direito, apenas presunção, elencando 03 (três) situações: 1º - a do nascituro; 2º a do ausente; 3º a da pessoa cuja possibilidade de vir a existir é admitida para aquisição de direitos. Ainda segundo o civilista, a lei assegura direitos ao nascituro por um dever do Estado de não duvidar das leis da natureza e de conferir expectativa de direitos ao ser futuro.

Os Romanos já tratavam da questão, ainda que esparsamente, e estendiam os direitos do nascido ao concebido, pela mera expectativa do nascimento<sup>25</sup>. Carlo Fadda<sup>26</sup> colecionou passagens em que os romanos tutelavam alguns direitos do feto:

*“No segundo século do Império, a mulher divorciada, que procurava desfazer-se dos frutos da ligação com o marido, de que se separára, (sic) passou a ser punida pelas manobras para evitar o nascimento, as medidas eram tomadas no interesse do pai*

---

<sup>23</sup> *Qui mortui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur: qui numquam liberi appellari potuerunt* “Aqueles que nascem mortos não parecem nem nascidos, nem procriados, porquanto nunca puderam ser chamados filhos”. Paulo, L.129. D. 50.16de Verborum significatione.

<sup>24</sup> *In*: Introdução ao Direito Civil. Ed. Forense, pg. 143.

<sup>25</sup> O direito romano consagrou o adágio divulgado no direito moderno: ‘o nascituro é tido como já nascido, quando se trata do seu interesse’.

<sup>26</sup> *In*: Diritto delle persone e della famiglia, *apud* Eduardo Espínola *in*: Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. 10, Do Sujeito dos Direitos Subjetivos, e em particular, das Pessoas Naturais. Ed. Freitas Bastos, 1941, pgs. 407 - 409.

*do nascituro(...) tal mulher era condenada ao exílio, por ter agido contra a spes proli do marido. (...) Os jurisconsultos da época clássica assentaram princípios mais tarde consubstanciados no Digesto (...) a sentença de PAULO afirmava que: ‘aquêle, (sic) que se encontra no útero deve conservar-se assim, como se estivesse entre os sêres (sic) vivos, sempre que se trate dos seus próprios interesses’ (...) e a afirmação de JULIANO: ‘Aquêles (sic) que estão no útero entendem-se estar em quase todo o direito civil, que existem na natureza; porque as heranças legítimas lhes são restituídas(sic); e, se a mulher grávida é feita prisioneira pelos inimigos, goza do benefício do post-limínio o filho, que dela nasce; segue igualmente, a condição do pai ou da mãe.’”*

No direito moderno não há dissonância deste raciocínio, guardando perfeito entendimento sobre a proteção jurídica do nascituro, principalmente nas legislações internacionais. O Preâmbulo e o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos da Criança, por exemplo, determinam que, *in verbis*:

*“Toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento”.*  
 – grifamos –

Também a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), da qual o Brasil é signatário, através da promulgação do Decreto nº 678/92, estabelece, *in verbis*:

*“Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela*

*lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”*  
– grifamos –

Acompanha estes comandos a íntegra da Lei Federal brasileira nº 8.069/90, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente, que, pela redação do seu artigo 7º, assim assegura, *in verbis*:

*“Art. 7º - A criança e o adolescente têm direito a **proteção à vida** e à saúde, mediante a efetivação de políticas sociais públicas que **permitam o nascimento** e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência”*  
– grifamos –

Por seu turno, o novo Código Civil brasileiro, a exemplo do anterior, preconiza de forma mais objetiva:

*“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; **mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.**”*  
– grifamos –

Ricardo Fiúza<sup>27</sup>, relator do Projeto de Lei que resultou no novo Código Civil descreve os direitos vigorados no *novel* diploma legal que recaem sobre o nascituro:

*“Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1609, 1779, parágrafo único e 1798) como o direito à vida (CF, art. 5º, CP, arts. 124 a 128, I e II), à filiação (CC, arts. 1596 e 1597), à integridade física, a alimentos (RT, 650/*

---

<sup>27</sup> *In*: Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, Ed. Saraiva, pg.05.

220;RJTJSP, 150/906), a uma adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança (CC, arts. 1798 e 1800 §3º), de ser contemplado por doação (CC, art. 542), de ser reconhecido como filho, etc.”

O parlamentar, em comentário ao artigo 2º do NCC<sup>28</sup>, reserva ainda uma passagem sobre o discurso de comprometimento que o Senador *Josaphat Marinho* (autor da Emenda nº 368 ao texto original do projeto) fez em plenário:

*“A emenda restaura, basicamente, o texto do artigo 4º do atual Código Civil (leia-se Código anterior). Ressalvar os direitos do nascituro, ‘desde a concepção’, como hoje assegurado, é fórmula ampla que deve ser preservada acima das divergências doutrinárias. Num fim de século em que se realça a amplitude dos direitos humanos, bem como a necessidade de defendê-los com energia, suprimir a cláusula ‘desde a concepção’ suscitaria estranheza.”*

Outro não é o entendimento dos tribunais pátrios quanto aos direitos do nascituro, com relevo inclusive nas ações sobre o estado de capacidade ou da legitimidade conferida ao nascituro:

*“Ao nascituro assiste capacidade para ser parte. O nascimento com vida investe o infante na titularidade da pretensão de direito material, até então apenas uma expectativa resguardada. (TJSP - Ap.Cív. 193.648-1 DJ. 14/9/93. Rel. Renan Lotufo)”*

*“Ao nascituro assiste, no plano do Direito Processual, capacidade para ser parte, como autor ou como réu. Representando o nascituro, pode a mãe propor Ação de Investigação de Paternidade. (RJTJRS 104/418)”*

---

<sup>28</sup> Idem, ibidem.

Com tudo isso, não haveria mais motivos para prosperar o infeliz entendimento judicial, nem razões para continuarmos debatendo o tema. Entretanto, a larga e autorizada doutrina civil brasileira, ainda encontra espaço para abordar novos ângulos da questão. Veja-se, por exemplo, o que pensa a respeito o jurista Sílvio de Salvo Venosa<sup>29</sup>:

*“O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual; (...) Por isso entendemos que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito”.*

Esta linha argumentativa reforça a idéia de que o nascituro, como feto já concebido, não está no mesmo patamar do esperma e do óvulo que aguardam para fecundar *in vitro* no lastro de uma reprodução assistida, por exemplo, pois estes carecem ainda de qualquer proteção jurídica própria, posto que ainda não são sujeitos de direito. O ordenamento jurídico nacional não admite a existência plena de direito sem sujeitos, em que pesem as correntes doutrinárias inspiradas em Brinz<sup>30</sup> e sua ótica *Zweckvermögen* ou Windscheid<sup>31</sup> com seu posicionamento sobre “um direito destinado a um fim e não a um sujeito”.<sup>32</sup>

<sup>29</sup> In: Direito Civil, Vol. I – Parte Geral, Ed. Atlas, pg. 161.

<sup>30</sup> In: Lehrbuch der Pandekten, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 58 - 78.

<sup>31</sup> In: Kritische Ueberschau der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 50 - 58.

<sup>32</sup> Sobre o tema, Barassi, *in*: Istituzioni di diritto civile, *apud* Eduardo Espínola, op.cit. pgs. 243 expõe seu clássico posicionamento jurídico: “O sujeito não pode, normalmente, faltar ao direito subjetivo(...) há situações que admitem a possibilidade de um comparecimento do sujeito, mais ou menos próximo; o sujeito não existe, mas é esperado; achamo-nos numa situação precária, em que se espera, com fundamento, que aquele complexo de direitos subjetivos não ficará muito tempo privado de sujeito. Nesse caso, a lei, utilitatis causa, isto é, pela utilidade econômica da conservação dos patrimônios, e interinamente (interimisticamente), desvia do princípio fundamental do direito comum, e apresenta tranquilo o direito subjetivo sem sujeito. Aqui a lógica jurídica peca, certamente; mas, trata-se de fenômenos ideológicos, compreendendo-se tal desvio, porquanto o direito não é uma matemática.”

O nascituro, portanto, já tem tutela jurídica e não uma mera expectativa, o que infere proteção total, e não fracionada de seus direitos. Pode não ter personalidade, pois, como veremos, personalidade é uma ficção jurídica, criada pelo direito positivo, mas certamente já é um ser com vida e em formação.

### 3.3. LIMITES AO DIREITO DE LIBERDADE: SUPRESSÃO DA AUTONOMIA DA VONTADE PRIVADA

No viés da questão está um direito não menos fundamental: o da liberdade, também garantida constitucionalmente. A decisão monocrática do ministro Marco Aurélio de Mello traz, em seu bojo, sua preocupação quanto ao exercício deste direito, bem como o da autonomia da vontade privada, *in verbis*:

*“Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante (...) cerceio à liberdade e autonomia da vontade”*  
 – grifamos–

Não se discute ser a liberdade um sagrado direito, consagrado que está em nossa Carta Política. Também é plenamente reconhecível a autonomia da vontade privada de um indivíduo, porque, aliás, intrinsecamente ligados; se há direito de liberdade, há o de autonomia da vontade. O que se pergunta é: pode a mulher, alegando tais direitos, dispor de seu corpo como bem lhe aprouver, nem que isto signifique por fim a vida de um ser intra-uterino? Pode o tribunal constitucional interpretar distinções na dimensão de princípios fundamentais desta magnitude?

Ora, como dantes demonstrado, cientificamente, a gestação de uma vida faz dela totalmente individualizada da outra, embora dependentes biologicamente entre si. Ao gerar o filho, a mulher perde completamente o domínio desta parte de seu corpo, que cresce involuntariamente, dependendo, é claro, dos inevitáveis suprimentos que aquela fornecerá. Noutros termos, o feto gerado não é mais considerado como mera víscera da mulher, como propagava Ulpiano<sup>33</sup>. É, outrossim, um ser com vida própria.

<sup>33</sup> *In*: fr.1, § 1 D. 25. 4: “*Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*”.

O aborto não pode ser justificado sob o pretexto do direito de liberdade que a mulher teria de usar o corpo, que é seu por natureza, pois, fecundado o óvulo e iniciada a gestação, a mulher passa a ser hospedeira natural e indissociável da cria. Física e biologicamente falando, a mulher tem a função de criar um ambiente interno para o desenvolvimento do novo ser que se avizinha e disso cuida a natureza com toda sua “tecnologia de ponta”, que não conta com uma interrupção abrupta para atender egos e vontades psíquicas manifestadas, quando mais acobertadas pelo manto da justiça.

O corpo humano não é um contrato e o aborto não pode ser objeto de negócio jurídico para que se albergue a pretensa argumentação da autonomia da vontade privada. Quando a ciência pandectista elaborou a “*teoria do negócio jurídico*” (com o máximo apuro, delineou-a para institucionalizar juridicamente a liberdade individual na área dos interesses particulares)<sup>34</sup> não previu a autonomia de vontade como subterfúgio para o cometimento de crimes, muito menos da natureza do aborto. O crime não é contratável!

A liberdade deve ser tangível sob certos limites, de tal modo que as pessoas possam dela desfrutar com a livre consciência de que não poderão invadir a esfera jurídica de terceiros, sob pena de afrontar princípios básicos inseridos no próprio propósito de liberdade. Aliás, Montesquieu<sup>35</sup>, fazendo alusão à liberdade nas democracias, certa vez disse:

*“É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder.”*

---

<sup>34</sup> Orlando Gomes, op.cit. notas introdutórias, pg. XXIV.

<sup>35</sup> In: De l’Espirit des Loix, 1748, livro primeiro, capítulos I e III. Tradução Martins Fontes, 1996.

E no Brasil não há, via de regra, permissão para o aborto. Desta forma, não faz sentido invocar o princípio fundamental da liberdade, em defesa da mãe e em favor do ato, pois a nova camada de direitos gerada com a vida que se inicia está tutelada juridicamente (ao passo que o outro não) e desautoriza qualquer eventual direito de liberdade da mãe sobre o seu corpo, por não ser mais seu em plenitude.

De forma professoral Ives Gandra Martins<sup>36</sup> comenta a teoria exposta:

*“Os argumentos, que têm sido trazidos à discussão, de que o aborto não é atentado ao direito à vida, mas o exercício de um direito ao corpo que a mulher possui, não prevalecem, visto que a própria natureza feminina a faz hospedeira do direito à vida de outrem. No momento que a concepção se dá, já não é mais titular solitária de seu corpo, que pertence também a seu filho. (...) Desde a concepção, o corpo feminino pertence a duas vidas, é dirigido por dois seres, mãe e filho, e a mãe não pode praticar homicídio para retirar ao filho direito que possui para sua sobrevivência, ao corpo materno, qualquer que seja a conveniência ou o motivo.”*

Como se vê, o esteio jurídico utilizado na decisão não foi dos mais propícios e, em linhas gerais, fere princípios basilares do direito. Não pode haver desnivelamento de princípios jurídicos quando estes estão em patamares iguais, como no caso em questão (vide item 4.2). Os direitos à liberdade e o de autonomia da vontade privada podem ser interpretados, tão somente, quando do livre arbítrio da gestante em querer ou não conceber um filho; uma vez concebido estanca-lhe qualquer direito de interrupção do fluxo natural da vida. É desalentador que a decisão não tenha levado tais robustos elementos em consideração.

---

<sup>36</sup>Idem, pg. 135.



## 4 O “ABORTO TERAPÊUTICO” E O “ABORTO EUGÊNICO”: DIFERENÇAS CRUCIAIS

Normalmente, o aborto é tratado de forma genérica, sem diferenciar as diversas finalidades clínicas envolvidas em cada caso. Basta dizer que, em algumas circunstâncias abortivas não há crime algum, quando se tratar, por exemplo, dos tipificados no Código Penal, artigo 128, incisos I e II (para proteger a vida da mãe, em extremo caso, ou em decorrência de estupro, tendo sido previamente consentido o ato cirúrgico); ou do aborto espontâneo por causas naturais; ou, ainda, aqueles em que foi incompatível a gestação com tratamento médico para doença pré-existente. Em nenhum destes procedimentos há discordância jurídica sobre a validade do ato. Mas o aborto criminoso é tratado da mesma forma que o não criminoso, o que torna confuso para quem claudica ser contra ou a favor. Por esta razão é que os abortos por motivações diversas das citadas não podem ser admitidos como legais sem um amplo debate e esclarecimento da população. Cumpre-nos, portanto, nesta etapa do trabalho, diferenciar os efeitos jurídicos que provocam dois dos mais importantes procedimentos utilizados e que estão inseridos no presente debate: o aborto terapêutico e o eugênico.

A CNTS, beneficiária da decisão em referência, tentou e conseguiu passar uma imagem ao judiciário: de que o feto anencefálico pode provocar grande risco de vida à gestante; tentou e conseguiu provar que a não preservação do feto no corpo da mãe tinha finalidade terapêutica, em face do sofrimento psicológico que a situação enseja; tentou provar mais, e convenceu que, estatisticamente, 100% (cem por cento) dos casos de anencefalia levam ao óbito do bebê e em 50% (cinquenta por cento) ao óbito da mãe; por fim, tentou e conseguiu convencer a egrégia Corte Constitucional de que o caso já se tornara um problema de saúde pública, com mais de 1000 (mil) registros por ano, devendo-se estirpar tal mal. Portanto, a tônica abordada na ADPF foi de **aborto terapêutico**.

Ora, malgrado não aparentar diferenças, o aborto tido como “terapêutico” tem aplicação técnica totalmente distinta do “eugênico”, residindo aí a falseta jurídica ocultada para justificar o ato.

Diz-se terapêutico qualquer ato relacionado à recuperação ou preservação da **vida** de alguém, mas vem sendo tratado como se tivesse relação pura e simples com a **saúde**. Explica-se: com o novo conceito de “saúde” definido pela OMS<sup>37</sup>, tida como “*o mais completo bem estar físico, psíquico e social*”, tudo se torna motivo para justificar o tratamento terapêutico e, nos casos de aborto, ainda mais. A mãe que resolva alegar qualquer tipo de perturbação em seu estado anímico provocado pela gravidez (aparentemente) indesejada, pode ensejar um pedido judicial formal, o que é muito grave.

O fator “terapêutico” leva a pensar que o ato criminoso pretendido (aborto) é coisa benéfica e necessária, pois deflui de uma necessidade de tratar medicamentosamente a pessoa atingida (no caso, a mãe) para trazer-lhe o bem estar e a plena saúde física, psíquica ou mental. Mas, na realidade, esta não é a essência do tratamento terapêutico em caso de gestantes. Ao contrário, o objeto central, e que também é o de excludência de ilicitude, é o **iminente perigo de vida da mãe**, e não o **seu estado de saúde**, como bem assevera o criminalista Cezar Roberto Bitencourt<sup>38</sup>:

*“O aborto necessário, também conhecido como terapêutico (...) exige dois requisitos simultâneos: a) perigo de vida da gestante; b) inexistência de outro meio para salvá-la. O requisito básico e fundamental é o iminente perigo à vida da gestante, sendo insuficiente o perigo à saúde, ainda que muito grave. O aborto, ademais, deve ser o único meio capaz de salvar a vida da gestante, caso contrário o médico responderá pelo crime. Logo, a necessidade não se faz presente quando o fato é praticado para preservar a saúde da gestante ou para evitar a desonra pessoal ou familiar.”*

<sup>37</sup> Organização Mundial de Saúde *in*: Declaration of the Third Ministerial Conference on Environment and Health, Londres 16 - 18/06/1999

<sup>38</sup> *In*: Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 2, pg. 169.

Mas foi justamente o estado de saúde mental da gestante o princípio erroneamente invocado pelo MM ministro do STF, como justificativa de sua decisão, *verbis*:

*“Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social.”*

Ademais, como decanta **Dernival da Silva Brandão**<sup>39</sup> :

*“Criança doente necessita de cuidados médicos e não de ser eliminada. O diagnóstico pré-natal deve ser realizado enquanto possa servir ao bem da pessoa, e ser adequado à prevenção, ao diagnóstico e ao tratamento de enfermidades; e não para discriminar os portadores de genes patogênicos e defeitos congênitos. Senão aplicar-se-iam conhecimentos médicos não para tratar o doente, mas para eliminá-lo (...) Sempre há meios de tratar a gestante e, para isso, devem ser empregados todos os recursos atualmente disponíveis na proteção da vida de ambos: mãe e filho. Uma conduta médica atualizada, aliada à experiência*

---

<sup>39</sup> Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 30.

*clínica e ao progresso técnico científico levará, por certo, ao bom êxito a gravidez; e o insucesso, se houver, ficará restrito ao seu casualismo e à sua imprevisibilidade. Quando necessário, a gestante doente deve ser encaminhada para centro especializado em gestação de alto risco. O abortamento não é isento de riscos, e a experiência tem demonstrado que muitas vezes ele próprio é causa da morte para a gestante doent”.*

Assim, ao contrário do que aparenta, o que se operou na liminar concedida foi a autorização para o aborto eugênico, que é puro eufemismo para o racismo, o neo-nazismo e a pregação de uma técnica abominável de seleção artificial do ser humano. Para os desconhecedores, “eugenia”, segundo Antônio Houaiss<sup>40</sup>, é a “*Ciência que se ocupa do aperfeiçoamento físico e mental da raça humana*”. Noutras palavras, é a **busca pela raça pura**, a mesma propagada pela Alemanha de Hitler:

Em nome da qualidade de vida, busca-se o pretexto da eutanásia, da alteração da carga genética (daqueles que querem escolher a cor dos olhos e do cabelo do filho) e do aborto de seres tidos como de menos relevância para sociedade. Mais uma vez trazemos à baila os esclarecimentos quase proféticos de Dornival da Silva Brandão<sup>41</sup> que em seus escritos de 1999 já alertava:

*“É importante esclarecer que o aborto provocado para matar um nascituro doente não tem a conotação do denominado aborto terapêutico, e sim de aborto eugênico: como no caso da gestante que tenha contraído rubéola, mata-se a criança não nascida diante da possibilidade de que venha a nascer doente. No entanto estão a autorizar e a fazer abortos eugênicos, em casos de malformações, como por exemplo os anencefálicos,*

<sup>40</sup> In: Enciclopédia e Dicionário ilustrado. Ed. Delta. Pg. 642.

<sup>41</sup> Idem, ibidem.

*rotulando-os de 'terapêuticos'. Caso esta prática nefanda venha a se tornar rotineira com os anencéfalos e estendida a outras malformações, não é difícil concluir que servirá de argumento para legalização do aborto eugênico”*

Em jogo está um trocadilho de palavras (terapêutico - eugênico) que faz com que a incauta população se sensibilize com o fato de a mãe de um anencéfalo concebido estar sofrendo psicologicamente (situação da qual não duvidamos, ao contrário) e, em razão disso, apóie a decisão de se estirpar o ser gerado.

Ora, a decisão do eminente ministro “constitucionalista” envereda por aprovar que toda e qualquer mãe que carregue em seu ventre tal criança mal formada possa fazer a opção do aborto, abrindo-se graves e irreversíveis precedentes, por exemplo: para as mães recém saídas da adolescência e que não têm o conhecimento necessário do peso desta decisão; também, para os casos de diagnóstico errôneo; bem como, para as situações de puro capricho daquelas infames mães que não queriam ter engravidado, enveredando por tentar o aborto medicamentoso sem sucesso, gerando assim a deficiência na formação, pois, desta forma, o primeiro ato criminoso ficaria acobertado pelo segundo, já que autorizado.

O fato é que a eugenia, essência maior contida no entendimento judicial proferido, é a porta de entrada para relativização da vida humana, doravante abordada.

#### 4.1. RELATIVIZAÇÃO DA VIDA HUMANA

A malfadada apreciação do ministro **Marco Aurélio de Mello** esconde dos olhos mais ingênuos da população outra questão, não menos grave e importante: **a relativização da vida humana**, com reflexo direto no artigo 5º da CF/88, no Direito Civil, quando tratada sob a ótica dos artigos 1º e 2º do NCC e no Direito Penal, pela afronta ao artigo 24 do CP.

No entendimento do magistrado (que de forma alguma deve refletir o entendimento do judiciário brasileiro), o que valerá mais? A vida do bebê ou a saúde da mãe? A vida do bebê ou a vida da mãe? A vida de um ser normal ou a de um anencefálico? Sob estes três prismas discorre-se, um a um, a malfadada pretensão de aquilatar os valores estabelecidos nestas afirmações.

A sentença lingüística de sua excelência não deixa dúvidas: “(...) **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**”. Noutras palavras, **entre um feto mal formado e um sentimento de repulsa humana, mate-se o feto, tranquilize-se a pessoa!** Têm-se aí a mais pura expressão da eugenia, da qual falávamos anteriormente. Se não for um ser socialmente aceito, porque deformado, nem útil para sociedade, por que permitir que nasça?

Jaques de Camargo Penteado<sup>42</sup> relata que, em 1920, o psiquiatra *Alfred Hoche* e o jurista *Karl Binding* publicaram o livro “*A destruição da vida carente de valor*” no qual se referiam à prática de destruição de pessoas nascidas ou em fase de gestação consideradas deficientes ou menos úteis para a sociedade. Esta obra constituiu-se no marco inicial de uma mentalidade humana abominável que se espalhou pela época, inaugurando a doutrina alemã que pregava o *estado de necessidade suprallegal*, com fundamento na ponderação de bens. Mais tarde serviu de mote influenciador de *Hitler* para idealizar o movimento de supremacia ariana, provocando o desfecho que todos nós conhecemos. É inadmissível a equiparação de um sofrimento mental com o valor que possa ter uma vida humana, por mais deficiente que seja. Via de regra, se estamos falando de colisão de direitos, o valor a ser subordinado aqui é do primeiro em relação ao segundo e, não, o contrário. Ressalte-se ademais, que o Direito Penal brasileiro consagra apenas o **estado de necessidade justificante** por influência da *teoria unitária*, em detrimento do **estado de necessidade exculpante**, como bem assevera **Cezar Roberto Bitencourt**<sup>43</sup>:

*“O Código Penal brasileiro não estabelece expressamente a ponderação de bens, como também não define a natureza dos bens em conflito (...) adota, em outros termos, a chamada teoria unitária (...) no*

<sup>42</sup> *In*: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, pg. 39

<sup>43</sup> *Op.*,cit., vol. 2, pgs 256 e 257.

*estado de necessidade justificante, quando o bem ou interesse sacrificado for de menor valor (...) a ação será considerada lícita, afastando sua criminalidade, desde que tenha sido indispensável para a conservação do bem mais valioso (...) no estado de necessidade exculpante, quando o bem sacrificado for de valor igual ou superior ao que se salva (...) o Direito não aprova a conduta (...)*”.

Pela mesma razão, inadmite-se, *permissa vênia*, qualquer suposta equiparação entre a vida de um bebê normal com a de um anencefálico. Mas, da exposição do augusto ministro não se deduz outra lição, senão a de que o mal formado deve ser ceifado para que se alivie os traumas de uma gestação desta natureza, **coisa que o bem formado não produziria?** A Constituição Federal é latente: “**TODOS SÃO IGUAIS PERANTE A LEI, SEM DISTINÇÃO DE QUALQUER NATUREZA (...)**” Como é possível então a Corte constitucional brasileira (leia-se, o ministro) tentar convencer que, por ser defeituoso e ter menos chances de sobrevivência extra-uterina, não seja merecedor de vir ao mundo? Seria a maior expressão de contra-senso já registrada nos anais do STF.

Por fim, de igual forma, não se pode aceitar a idéia do aborto pela alegativa de que a mãe correria risco de vida se mantivesse o ciclo gestacional, vez que o risco não é necessariamente fato consumado, nem em consumação e, sim, de suposta eventualidade. Lembremos sempre que a excludência capitulada no artigo 128 do Código Penal pátrio é o de **iminente** perigo de vida e não de uma estatística possível de acontecer. Fosse assim, matar-se-iam todos os pacientes internados em estado grave na UTI de um hospital. O apelo sentimental de que a vida da mãe corre risco é mais uma tentativa dos abortistas de sensibilizar a opinião pública, mas por trás de tudo está uma disfarçada equiparação de vidas humanas (a do bebê e a da mãe), inadmissível como pré-falado.

Uma última vez, **Dernival da Silva Brandão**<sup>44</sup>, analisa:

*“O valor da vida humana é imponderável. Não há vidas humanas ‘carentes de valor’, como foi preconizado tempos atrás no ‘nacional-socialismo alemão’. Não é a vida do mendigo de menor valor que a do rico, do súdito que a do rei, do cidadão comum que a do presidente, do nascituro que a da mãe. A mãe tem direito à sua vida e o nascituro à sua também. Ambas devem ser respeitadas e merecem o empenho para salvá-las.”*

#### 4.2. INSUBORDINAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS:

##### EFICÁCIA HORIZONTAL IMEDIATA

Outra questão é saber se existe qualquer relação de subordinação entre os direitos aqui elencados: vida, liberdade e autonomia de vontade. À guisa do que comentamos no item 3.3, a liberdade é direito fundamental, assim como a vida, mas que no cenário jurídico montado, não se afrontam. A liberdade concedida à gestante será sempre prévia ao ato da concepção, ou seja, decidir ou não pela gravidez, pois o momento posterior é reservado a outro direito fundamental: o da vida, e, este último, como visto, é idêntico para mãe e filho.

Os constitucionalistas costumam discutir sobre a relação de aplicabilidade de direitos fundamentais quando há uma aparente colisão entre si. Abre-se aqui um parêntese (pequeno, para não se tornar enfadonha a discussão, mas suficiente para clarear nossa posição), para abordarmos a verticalidade e a horizontalidade, mediatidade e imediatidade de tais direitos perante os indivíduos sociais.

Sustentam alguns, em detrimento de respeitáveis posicionamentos contrários<sup>45</sup>, que os direitos fundamentais têm aplicabilidade e eficácia

<sup>44</sup> Idem, ibidem.

<sup>45</sup> Para J. J. Gomes Canotilho, a teoria da eficácia mediata pressupõe que: “os direitos, liberdades e garantias teriam uma eficácia indireta nas relações privadas, pois a sua vinculatividade exerce-se-ia *prima facie* sobre o legislador, que seria obrigado a conformar as referidas relações obedecendo aos princípios materiais positivados nas normas de direito, liberdades e garantias” In: Direito Constitucional, cit., pg. 593.



imediate, porquanto não dependem da ordem jurídica privada para se verem realizados, com o que concordamos, justificando-se assim a indiferença de nossa postura à autonomia da vontade privada, tão reluzida pelo eminente ministro Marco Aurélio de Melo em seu voto. As relações entre os particulares (entendidas como de eficácia horizontal), quando feridas, são postas perante o Estado-Juiz para que este emoldure a relação desavençada à lei estabelecida, porque este é um dever seu, inarredável. Neste *mister*, outra não pode ser a atitude do magistrado senão a de afastar qualquer hipótese de contrariedade aos princípios modulares do direito, quando mais, se tratar, como no caso debatido, de direitos fundamentais insubordináveis. Assim, *data vênia*, aos entendimentos contrários, entendemos que, em causa, estão direitos de mesmo patamar que não se sobrepõem, que são fundamentais e, portanto, de eficácia imediata. Não poderia, pois, o arguto STF ter proferido decisão contrária privilegiando direito da mãe em detrimento do nascituro.

Luiz Guilherme Marinoni<sup>46</sup>, em profundo estudo do tema, assim abordou:

*“O problema que se coloca diante da eficácia horizontal é o de que nas relações entre particulares há dois (ou mais) titulares de direitos fundamentais, e por isso nelas é impossível afirmar uma vinculação (eficácia) semelhante àquela que incide sobre o Poder Público. (...) Assim, além da incidência das normas, como valores objetivos, sobre as relações entre particulares, um particular pode afirmar o seu direito em relação a outro, consideradas as particularidades da situação concreta e eventual colisão de direitos (...) Há grande discussão sobre a questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Há quem sustente que os direitos fundamentais possuem eficácia*

<sup>46</sup>In: O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004

*mediata sobre as relações entre os particulares, e outros apenas mediata (...) Como já foi dito, o direito de proteção tem como destinatário o Estado, que fica obrigado a editar normas para proteger o direito do particular em relação a outros particulares. Quando uma dessas normas de proteção não é cumprida, surge ao particular o direito de se voltar contra o particular que não a observou (...) Nessa hipótese, embora a eficácia do direito fundamental suponha a participação da lei infraconstitucional, o verdadeiro problema é o da harmonização entre o direito fundamental protegido pela norma e a autonomia privada.”*

De tudo se conclui que o Estado-Juiz, representado na decisão proferida pelo ministro Marco Aurélio, afastou-se do entendimento consagrado e inflexível de direitos fundamentais para se aventurar, *concessa vênia*, em uma vereda sem volta, pois por mais que não seja sufragada, a decisão proferida já está incutida no seio social abortista e gerou esperanças em corações maternos pouco compromissados com a vida.

## **5** IMPEDIMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Sendo o último tópico relacionado neste trabalho, é inevitável a abordagem aos Direitos da Personalidade, dantes tocados, *en passant*, e que fazem referência direta ao ser humano que nasce com vida, o que já constitui, *de per si*, outro grave cerceamento de direito conseqüente da decisão vergastada. O impedimento de nascer que o Estado opôs ao nascituro, exterminando qualquer possibilidade de adquirir sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, os direitos aos quais se referem, é mais uma ininteligência inquietante.

O Estado não pode ser opositor da convivência humana nem predador do bem-estar social. Ao Estado cumpre, sobretudo, a defesa dos interesses sociais, transindividuais, coletivos, difusos e individuais homogêneos, além de seus interesses em manter a pacificação social. Decisões nefastas, como

as que aqui se estuda, causam comoção social, provocam distúrbios e discórdia entre os seres governados, porque mexem com sentimentos internos de tônica filosófica, sociológica, religiosa, propiciando uma perigosa quimera em relação a um Estado desidioso e sem compromissos com as bases sólidas do direito positivado.

Se há garantias pétreas de direitos como à vida, à personalidade, por que desrespeitá-las? Por que o Estado se lança em busca de uma involução jurídica, quando séculos foram trespassados em busca da evolução, do progresso? Os direitos de personalidade são inatos ao ser humano, têm relação direta com a existência humana e somente a ela se referem. O que pretende o Estado tornando inacessíveis tais direitos a certas pessoas?

Pode até surgir a pergunta: *mas por que tratar dos direitos da personalidade, quando o direito em pauta é o da vida, uma vez que, sem esta, tudo mais perde o sentido?* A resposta é que a conjuntura é propícia, pois o intuito é provar o efeito em cadeia que a decisão do ministro Marco Aurélio de Mello provocará em breve, se já não o está provocando neste exato momento.

Deflagrada a ordem do “aborto vinculante”<sup>47</sup>, certamente os demais direitos perdem a veia de discussão, mas não inibem o alerta que fazemos quanto ao montante de direitos que foram atingidos, dentre eles os da personalidade. Mas, para que se tenha uma mínima idéia de quão devastadora a alteração provocada na cadeia de direitos com o ato decisório, peguemos o exemplo citado por Carlos Roberto Gonçalves<sup>48</sup> que se encaixa perfeitamente ao caso do aborto anencefálico:

*“Se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, ex vi legis, nos poucos segundos de vida, todo o*

<sup>47</sup> Interessante expressão utilizada pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento *Pró-vida de Anápolis*, em seu vociferante artigo, sob o mesmo título, publicado na Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

<sup>48</sup> *In: Direito Civil Brasileiro*, vol. I, pg. 78.

*patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era sua genitora. Se no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber, nem transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos.”*

É inevitável não lembrar, pelo exemplo exposto, das frases ditas sobre quando o homem resolve brincar de Deus: o futuro é totalmente deletado, mesmo não sendo passado, nem tendo evoluído ainda do presente.

### 5.1. Início da personalidade jurídica: nascimento com vida

Desde os primórdios (embora nem sempre de forma clara)<sup>49</sup>, o direito construiu a existência de atributos personalíssimos do indivíduo, carregados a outros de natureza imaterial, que acompanham o ser desde o seu nascimento até sua morte e, em alguns casos, com projeção *pos mortem*. São os chamados *Direitos da Personalidade*, em contra ponto aos *Direitos Patrimoniais*. Ainda que admitindo a curta sobrevivência do bebê anencefálico, tal como afirmado na decisão, o direito que este teria em relação à personalidade jurídica, que adquiriria em ato contínuo ao nascimento, é inexpurgável. Para relacionar alguns deles, à guisa de reflexão, citamos: direito ao nome, à vida privada, à honra, à imagem, à moral, ao corpo<sup>50</sup>, direitos de sucessão e herança, paternidade,

<sup>49</sup> “A integridade da pessoa humana, pode se afirmar, sempre foi objeto de preocupação do Direito, embora nem sempre sob a mesma perspectiva. (...) O Direito Romano não cuidou do tema nos mesmos moldes de hoje. Havia certa proteção à pessoa, por meio da *actio iniuriarum*, que abrangia qualquer atentado à pessoa do cidadão, fosse físico ou moral. O mesmo se diga do Direito Grego, cuja proteção à personalidade partia da noção de *hybris*, o que legitimava a imposição das penas. A categoria dos direitos da personalidade é recente, fruto da doutrina francesa e tedesca de meados do século XIX. São direitos atinentes à tutela da pessoa humana, essenciais à sua dignidade. Seu destaque e o desenvolvimento das teorias que visavam proteger o ser humano se devem especialmente, ao cristianismo (dignidade do homem), ao jusnaturalismo (direitos inatos) e ao iluminismo (valorização do indivíduo perante o Estado).” César Fiuza *in*: Direito Civil, curso completo, pg. 133.

<sup>50</sup> Interessante a observação de que, o que não se presta do ser anencefálico, é somente o cérebro, pela sua total inexistência; quanto aos demais órgãos vitais, como coração, pulmões e não vitais, como as córneas, têm plena condições de doação, na forma do artigo 14 do NCC, da Lei Federal nº 9.434/97 e do Decreto nº 2.268/97.

maternidade, convivência familiar, alimentos, credo, incluindo o batismo (para os filhos nascidos em família cristã), dentre outros tantos atributos tidos como intransmissíveis, irrenunciáveis, absolutos, imprescritíveis, vitalícios e incondicionais. Tudo isto foi conspurcado do anencéfalo, por uma simples assinatura, unilateral, em papel timbrado, da casa tida como guardiã dos direitos constitucionais.

Diz o Novo Código Civil brasileiro, *verbis*:

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

Caio Mário da Silva Pereira<sup>51</sup> esclarece que o início da personalidade jurídica do indivíduo, para o atual direito brasileiro, tem um momento certo, um marco zero que é quando a criança é separada biologicamente do ventre materno, desfazendo a unidade biológica, constituindo, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria. Carlos Roberto Gonçalves<sup>52</sup>, completando o raciocínio, lembra que é indiferente que o cordão umbilical tenha sido rompido, contrariando o entendimento de *Washington de Barros Monteiro e Pacchioni*<sup>53</sup>. É assim o momento do nascimento com vida coincidente ao do início da personalidade, não sendo coincidentes quando se tratar de expulsão provocada por meios abortivos, pelo que não se tem mais a figura do nascituro, e, sim, a do natimorto, do qual não cuida o direito.<sup>54</sup>

A imposição do nascimento com vida reflete uma obviedade: a de que só aos vivos interessa a tutela jurídica do Estado. A vida aqui será comprovada pela respiração do bebê, medida de qualquer forma, hoje

<sup>51</sup> *In*: Instituições de direito civil, vol. I, pg. 146, nº 43.

<sup>52</sup> *Idem*, pg. 77.

<sup>53</sup> *In*: Curso de Direito Civil, vol. 1, pg. 79.

<sup>54</sup> Orlando Gomes observa que: “São de grande importância as regras atinentes à determinação do começo da personalidade, especialmente para fins de sucessão ‘mortis causa’ e de qualificação da nacionalidade. (...) Não basta o nascimento é preciso que o concebido nasça vivo, O natimorto não adquire personalidade.” *Op. Cit.* Pg. 144.

mais modernamente, através de aparelhos ou da experiência clínica dos médicos, pois nem sempre foi assim<sup>55</sup>. O choro da criança normal, que antigamente era o resultado natural do nascimento com vida, não será ouvido com o ser anencefálico. Neste aspecto, foi inteligente o legislador, que pela experiência humana contemplou formas menos provincianas, talvez inspirado em relatos outros de casos semelhantes aos dos anencéfalos.

Questão importante para o caso em estudo é a observância de que, para o direito nacional (diferentemente de alguns alienígenos, como veremos), não interessa quanto tempo sobreviveu a criança, pois basta a primeira respiração para que se componha o surgimento do ser e da personalidade jurídica. Novamente recorreremos às lições de Carlos Roberto Gonçalves<sup>56</sup>:

*“Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que por alguns segundos (...) Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia de Galeno. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto, tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.”*

<sup>55</sup> Roberto de Ruggiero, lecionava sobre o tema, expondo: “ Não há presunções legais de vida, nem vigoram já hoje os antigos critérios dos Romanos que, exigindo o vagido ou tornando como suficiente qualquer outra manifestação exterior da vida, fundavam esta sobre indícios: na dúvida, o requisito comprova-se com os meios da ciência médico-legal e a prova da vida, havendo tais dúvidas, deve ser feita por quem tenha interesse.” Op. Cit. Pg. 440.

<sup>56</sup> Idem, ibidem

Desta forma, cai por terra qualquer afirmação, como a feita no *r.decisum* de que não adiantaria nascer o anencefálico pois não duraria mais do que algumas horas. Lembremos o que disse o ministro: ***“a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto”***. Alguém tem que alertar ao STF de que estas pequenas horas de vida são suficientes para conceber os direitos da personalidade ao anencefálico!

## 5.2. A NÃO EXIGÊNCIA DA FORMA HUMANA E DA VIABILIDADE DO NASCIDO

Outra justificativa utilizada na decisão que conflita com o direito moderno, ainda remonta aos idos tempos do direito medieval. Diz a temerária decisão: ***“(...) 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”***. Mas qual é o prejuízo que pode causar ao direito um ser deformado? Nenhum! É carecedor dos mesmos benefícios jurídicos dos seres normais! Alguém precisa avisar ao STF que o direito brasileiro não discerne seres perfeitos e imperfeitos! Recorra-se agora à lição de Washington de Barros Monteiro<sup>57</sup>:

*“Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente, como o monstrum vel prodigium do direito romano.”*

Se fora buscar no antigo direito a tese que pretendia usar como fundamento da decisão abortiva, o MM julgador constitucional encontrou, pois lá trás, bem longe das vistas do direito moderno é que estão as razões coincidentes que justificam o aborto.

O NCC preconiza o termo: *“Toda pessoa”* para aludir quem são sujeitos de direitos e obrigações, sem, entretanto, fazer qualquer exigência quanto à forma que possuem. Neste sentido, como assevera

<sup>57</sup> Op.Cit. Pg. 60.

a corrente doutrinária dominante<sup>58</sup>, o Brasil seguiu os passos de países como Portugal, Suíça, Alemanha, Itália, Argentina, Japão, dentre outros contemporâneos direitos (à exceção da Espanha, Bélgica e França, que exigem a forma ou a viabilidade do feto conforme seguiremos demonstrando). O nascido vivo é “pessoa natural” suplantada que está a antiga terminologia discriminatória de “pessoa física” que causava a falsa impressão de que a pessoa nascida tinha que apresentar a forma física de um ser humano e também por desprezar as qualidades morais e espirituais do homem<sup>59</sup>. Assim, não importa o fato de o anencefálico ser fisicamente deformado. As garantias jurídicas da personalidade lhe serão atribuídas normalmente.

Entretanto, se o magno juiz se inspirou no direito francês, belga ou espanhol para suplantar o direito nacional, também não faz o menor sentido em nosso mundo jurídico, porque pregamos diferentemente o direito e, o comparado, só se aplicaria, em última instância, quando lacunoso o nosso ordenamento jurídico a despeito do tema, o que não é.

Louis Josserand<sup>60</sup>, comentando a atribuição da personalidade no direito francês, preconiza:

*“A personalidade humana tem como ponto de partida o nascimento; é este um princípio tradicional que se justifica por si mesmo (...), Porém, o nascimento não basta sempre para conferir a personalidade ao novo ser – é também necessário que nasça vivo e, ademais, que nasça viável (...) A criança deve nascer viável, ou seja, com aptidão para vida; deve ser vitae habilis. Se não for assim, não será levado em conta o fato de que haja vivido durante certo tempo, algumas horas ou*

<sup>58</sup> Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros.

<sup>59</sup> “A nomenclatura ‘pessoa natural’ revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade”. Maria Helena Diniz in: Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, pg. 137.

<sup>60</sup> In: Droit Civil, tomo I, vol. 1, pg.172.



*alguns dias. Seu falecimento teria, de certo modo, um efeito retroativo, de sorte que nenhum direito recaíra sobre si durante o tempo em que viveu.”*

Igualmente, o direito belga versa a matéria, assim traduzidas nas palavras de **Henri de Page**<sup>61</sup>:

*“Para as pessoa físicas, a personalidade começa com o nascimento. Mas o fato material do nascimento não é suficiente para tal. Duas condições são requisitos para dar abertura à personalidade jurídica: que o infante nasça vivo e viável.”*

As palavras de **Josserand** e **Henri de Page** refletem um direito europeu fragmentário e conservador, a exemplo do espanhol, que exige a forma física humana do novo ser. Este entendimento, como vimos, não é encampado pelo nosso direito, aliás, tão repudiável que a própria conjuntura civilística européia tratou de repudiar, já que são critérios abomináveis também no direito italiano, alemão, português, húngaro, inglês, suíço, dentre outros. Desta forma, em que pese o esforço argumentativo contido na decisão que deferiu o aborto do anencefálico, não vemos nenhuma base sustentável para tal, tendo ferido profundamente uma gama insubstituível de direitos, dentre eles, os da personalidade.

## **6** UMA ÚLTIMA ANÁLISE DA DECISÃO JUDICIAL

Por tudo que expusemos neste pequeno ensaio jurídico (no qual, de forma alguma, embora aparente, pretendemos desafiar o comando normativo judicial), restou claro que o aspecto material da decisão não foi dos mais bem elaborados, sendo mesmo para ser esquecido, pois perfila o leque de impropriedades jurídicas das quais fizemos referência no início deste trabalho. De sorte que a decisão é apenas monocrática e que a esperança reside no parecer contrário da Procuradoria Geral da República e da não confirmação por parte do colegiado.

<sup>61</sup> *In*: *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, 10ª edição, Tomo I, pg. 294, nota 236.

### 6.1. ASPECTOS DE ILEGALIDADE: VIA PROCESSUAL INCORRETA

Como visto, a medida permeia a zona cinzenta da ilegalidade e a permissividade dada pelo artigo 128 do Código Penal Brasileiro, mas nem de longe comparável. O aborto nos casos de estupro ou de extrema necessidade pelo eventual risco de vida, só se justifica, conforme abordado, pela autorização prévia da mãe e por ser o único meio possível para evitar o mal maior, caso contrário, veda-se qualquer hipótese, pela exegese dos artigos 125 ao 127 do Código Penal.

Os médicos, por sua vez, também se encontram impedidos de laborarem tal ato, quer por terem prestado juramento perante seu conselho de classe e assumido um compromisso ético<sup>62</sup>; quer por um dever legal, pelo convênio firmado pelo Brasil junto à Organização Mundial da Saúde, que na Declaração de Genebra de 1948, adotou o princípio: **“Manterei o máximo respeito à vida humana, desde o momento da concepção e, ainda que sob ameaça, não usarei dos meus conhecimentos médicos contrariamente às leis da humanidade”**.

Por seu turno, ponto duvidoso da ilegalidade reside também, na via processual eleita para pleitear a concessão da ordem em tela. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, como o próprio nome sugere, é instituto jurídico utilizado quando não há cumprimento de algum preceito fundamental. A alegativa feita pela autora da ação foi a de que a proibição de aborto nos casos de bebês anencefálicos laborava contra preceitos fundamentais como a dignidade humana, liberdade e autonomia, como já vistos. Um absurdo sem precedentes! Preceito fundamental está descumprindo é a medida concedida que viola o direito à vida garantido na Constituição Federal.

De mais a mais, cumpre observar que a Lei nº 9.882/99 que instituiu a ADPF regulamenta que somente a maioria dos ministros poderá conceder liminar, *in verbis*:

*“Art. 5º O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida liminar na arguição de descumprimento de preceito fundamental”*.

<sup>62</sup> Artigo 6º do Código de Ética Médica, define no Capítulo 1 – “Dos Princípios Fundamentais” que: **“O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.”**

No caso em comento, a decisão **foi monocrática**. As únicas exceções previstas para a concessão da medida pela verve de um só ministro estão contidas no parágrafo 1º do aludido artigo:

*“§ 1º Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou ainda, em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, ad referendum do Tribunal Pleno”.*

Nenhuma das exceções contempla-se neste caso, pois: 1) não é situação de extrema urgência, ao contrário, o debate sobre o direito à vida deve ser questão laborada e muito bem costurada; 2) não é caso de perigo ou lesão grave, salvo o viés da própria concessão que irá levar à gravidade ao perigo, por autorizar o aborto; e 3) também não é o caso de recesso, pois o STF entrou de férias somente no dia 02 de Julho e a decisão foi proferida em 1º de Julho. Portanto, a decisão proferida liminarmente, de soslaio, por juiz monocrático, ultrapassa os limites da legalidade, chegando mesmo à arbitrariedade.

## 6.2. Aspectos de inconstitucionalidade

Finalmente, há flagrante desrespeito da Constituição na concessão ora estudada. Sem pretender remoer o que já dissemos no item 3, faltou ao ente ministerial o controle de constitucionalidade que sobra em situações outras, quase desnecessárias. A ação perpetrada sequer era para ser admitida por planejar contra princípio fundamental já garantido na Constituição Federal. O direito brasileiro é uníssono e tem como primazia a própria Constituição, coluna de sustentação de todo o ordenamento jurídico. Se desrespeitada, cai por terra todo o resto do direito positivado, pela abertura propiciada. André Ramos Tavares<sup>63</sup>, a propósito do tema, admoesta:

*“O conjunto de normas constitucionais forma um sistema, que no caso é, necessariamente, harmônico, ordenado, coeso, por força da supremacia constitucional, que impede o intérprete de admitir qualquer contradição interna”.*

<sup>63</sup> In: Curso de Direito Constitucional. Pg. 942.

E completa José Afonso da Silva<sup>64</sup>:

*“A rigidez constitucional decorre da maior dificuldade para sua modificação do que para a alteração das demais normas jurídicas da ordenação estatal. Da rigidez emana, como primordial consequência, o princípio da supremacia da constituição. Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade (...)”*

A concessão da ordem abortiva é a medida certa para abrirem-se os precedentes de desrespeito às normas infra-constitucionais, já que não se respeita a própria Constituição. Este aspecto de inconstitucionalidade da medida, se confirmada pelo Pleno, fatalmente abalará a visão jurídica do Estado Democrático de Direito ostentada pelo Brasil.

## ■ ■ CONCLUSÃO

Mercê de uma rápida conclusão, transcrevemos o entendimento de Dornival Silva Brandão<sup>65</sup>, médico ginecologista, a quem recorremos por diversas vezes no feito deste trabalho para fundamentar nossa tese e, com o qual, mais uma vez concordamos:

*“Não se pode desconhecer a situação angustiante de uma gestante portadora de uma intercorrência grave, e a de um médico que tenha em suas mãos um problema de tal magnitude. Não se pode ser insensível e indiferente diante deste tipo de sofrimento, mas a morte direta de um ser humano como meio para este fim não é lícito; não se justifica matar deliberadamente um ser humano inocente, mesmo que a finalidade seja boa”.*

Assim, sem mais acrescer, fica uma última sentença: **os fins não justificam os meios.**

<sup>64</sup> *In*: Curso de Direito Constitucional Positivo, 15.<sup>a</sup> edição, Pg. 876.

<sup>65</sup> *Idem*, pg. 29.

# Bibliografia

BANDEIRADE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição. Ed. Malheiros. 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte especial, vol. 2. Ed. Saraiva. 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. 10ª edição. Ed. Campus. 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. Ed. Malheiros, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Estudos sobre direitos fundamentais*. 5ª edição. Ed. Coimbra. 2001.

ESPÍNOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Vol. 10. Ed. Freitas Bastos. 1941.

FIÚZA, César. *Direito Civil curso completo*. 6ª edição. Ed. Del Rey. 2003.

FIÚZA, Ricardo. *Novo Código Civil Comentado*. 1ª edição, 2ª tiragem. Ed. Saraiva. 2002.

GOLLOP, Thomaz Rafael. *O descompasso entre o avanço da ciência e a lei*. Revista USP, nº 24. 1995.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18ª edição. Ed. Forense. 2001.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. Vol. I. Ed. Saraiva. 2003.

HOUAISS, Antônio. *Enciclopédia e Dicionário ilustrado*. Ed. Delta. 2000.

JOSERRAND, Louis. *Direito Civil*. Tomo I, vol. I. Ed. Bosch. 1950.

LILEY, William A. *O Aborto*. Ed. Paulinas. 1980.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais*. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5281>>. Acesso em: 20 jul. 2004.

MARTINS, Ives Gandra. O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: *A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica*. Ed. Fabris. 1999.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13ª edição. Ed. Atlas, 2003.

PAGE, Henri de. *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*. Bruxelas. 1948.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. Vol I. Saraiva. 2003.

RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte geral, 34ª edição. Ed. Saraiva, 2003.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de Direito Civil*. Vol. 1, 1ª edição. Ed. Bookseller. 1999.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15.ª edição Ed. Malheiros, 1998.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Ed. Saraiva. 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil*. Vol. 1, 4ª edição. Ed. Atlas, 2004.