

Os direitos do nascituro frente a legalização do aborto

Évellen Karoline Ramos de Lana^{1*}, Larissa Rocha Raposo¹, Maria de Fatima Boff¹, Geruza Moraes de Meideiros¹, Teófilo Lourenço de Lima²

¹Acadêmicas do Curso de Direito, Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná - UniSL, Ji-Paraná, RO, Brasil. E-mail: evellenkaroline234@gmail.com.

²Docente, pós-graduado em Administração e Planejamento para Docentes pela ULBRA, 1996; pós-graduado em Inovação, Gestão e Práticas Docentes no Ensino Superior pela Faculdade Santo Agostino, 2021; Licenciado em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia, 1996; bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná e pós-graduando em Psicologia Jurídica e Forense pela Faculdade Unyleya. Email: teofiloulourencodelima@gmail.com.

***Autora Correspondente:** Évellen Karoline Ramos de Lana, Graduanda do 10º período do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná (UniSL), Ji-Paraná/RO -Brasil. Avenida Carlos Martins Vilela, número 1410, Bairro Colina Park I, Ji-Paraná/RO-Brasil -Tel: + 55 (69) 99297-1582.E-mail: evellenkaroline234@gmail.com.

Recebido: 10/11/2023 **Aceito:** 17/12/2023.

Resumo

A presente revisão bibliográfica tem o intuito de enfatizar a extrema importância de preservar a vida do nascituro e reforçar que ninguém deve ser privado do direito à existência. O propósito é demonstrar que a vida tem início no momento da fecundação, que o ser humano mantém a sua identidade em todas as etapas do desenvolvimento e que possui dignidade igual desde o momento da concepção. Além disso se sabe que o direito à vida é reconhecido e resguardado pela Constituição Federal, em que esclarece que há proteção à vida desde o momento de sua concepção, sendo este direito o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui pré-requisito à existência e o exercício dos demais direitos. Como ponto de partida, procura-se estabelecer uma definição do nascituro, com o intuito de delinear o assunto em estudo e compreender quais são os direitos que derivam das teorias relacionadas à vida dentro do sistema jurídico brasileiro, desenvolvendo a discussão sobre o início da personalidade jurídica, a doutrina se fragmenta em duas teorias: Teoria Natalista e Teoria Conceptionista. A pesquisa bibliográfica permitirá a análise, apresentando diversos pontos de vista sobre o tema em questão, visando provir a relevância de estudos aprofundados prevendo o início da personalidade jurídica e abordar sobre o feto anencefálico apontando posicionamentos referente ao seu abortamento.

Palavras-chave: Aborto. Nascituro. Mulher. Crime. Ética. Filosofia. Anencefalia.

Abstract

This bibliographic review aims to emphasize the extreme importance of preserving the life of the unborn child and reinforce that no one should be deprived of the right to existence. The purpose is to demonstrate that life begins at the moment of fertilization, that human beings maintain their identity at all stages of development and that they have equal dignity from the moment of conception. Furthermore, it is known that the right to life is recognized and protected by the Federal Constitution, which clarifies that life is protected from the moment of its conception, this right being the most fundamental of all rights, as it constitutes a prerequisite to existence and exercise of other rights. As a starting point, we seek to establish a definition of the unborn child, with the aim of outlining the subject under study and understanding what rights derive from theories related to life within the Brazilian legal system, developing the discussion about the beginning of personality In legal terms, the doctrine is fragmented into two theories: Natalist Theory and Conceptionist Theory. Bibliographical research will allow analysis, presenting different points of view on the topic in question, aiming to prove the relevance of in-depth studies predicting the beginning of legal personality and addressing the anencephalic fetus, pointing out positions regarding its abortion.

Keywords: Abortion. unborn child. Woman. Crime. Ethics. Philosophy. Anencephaly.

1. Introdução

Segundo a Organização Mundial da Saúde, aborto, do Latim ‘ab-ortus’ (privação do nascimento), refere-se à interrupção da gestação com a extração ou expulsão do embrião, ou do feto de até 500 gramas antes

do período perinatal (que data entre 22ª semana completa e os 7 dias completos após o nascimento).

No Brasil, as estimativas mais recentes indicam 728.100 a 1.039.000 abortamentos, a cada ano. Embora se verifique decréscimo

destes números na última década, a taxa atual de 3,7 abortamentos por 100 mulheres em idade reprodutiva ainda é, muitas vezes, superior aos valores observados nos países da Europa Ocidental, onde o abortamento é legal, seguro e acessível. O esvaziamento uterino por abortamento é o segundo procedimento obstétrico mais frequente na rede pública de saúde. No país são realizadas cerca de 240 mil internações anuais no Sistema Único de Saúde, para tratamento de complicações decorrentes de abortamento, gerando gastos anuais da ordem de 45 milhões de reais (Brasil, 2005 d)

A reflexão sobre a preservação da vida no feto transcende a ideia de controle por parte da mulher sobre seu próprio corpo. Por disposições constitucionais, é reconhecido o direito à vida do embrião desde a concepção e, por isto, proibido o aborto. O direito à vida é um direito irrenunciável que, de acordo com parte da doutrina à qual este estudo está associado, se manifesta desde o momento da concepção.

Quando o Estado opta por assegurar a proteção da vida, torna-se imperativo compreender e estabelecer o momento em que ela tem início, assim como definir o ponto em que ela recebe amparo legal. Na visão da bioética, Christian de Paul Barchifontaine, citado por Adriana Maluf, aduz que: “Biologicamente, é inegável que a formação de um novo ser, com um novo código genético, começa no momento da união do óvulo com o espermatozóide”. Desse modo, constata-se que a visão bioética vem ao encontro da visão científica, na qual se considera o início da vida a partir do momento da concepção. A inviolabilidade do direito à vida, assegurado em nossa Constituição, existe desde o momento da concepção.

A partir do exposto, pretende-se neste artigo apresentar a importância da vida do ser

humano desde a concepção, destacando que o embrião humano é, desde o primeiro instante, uma “pessoa humana”, inteira, exatamente igual a qualquer outro indivíduo da coletividade.

2. Metodologia

Este artigo se utilizou da pesquisa bibliográfica, mensurando resultados obtidos de diversas fontes no intuito de discutir sobre os direitos do nascituro frente a legalização do aborto.

Desde a elaboração do projeto, pautou-se pela conceptualização do tema “ a importância de se preservar a vida desde a concepção”, os aspectos históricos sobre o direito do nascituro, é um processo evolutivo passando por muitas transformações, observando outros estudos realizados é notável que as transformações ocorridas tiveram impactos significativos tendo como objetivo encontrar soluções para que a vida seja preservada desde o início.

As fontes pesquisadas foram extraídas da nossa legislação, obras de doutrinadores clássicos sobre a temática e pesquisas no banco de dados Google Acadêmico sobre artigos relacionados e notícias veiculadas sobre o tema.

Para realização da pesquisa, priorizou-se os trabalhos acadêmicos e artigos científicos sobre o tema na língua portuguesa, excluindo-se matérias sem credibilidade ou de fontes incertas, sempre primando pela diversidade de autores.

3. Desenvolvimento

3.1 O direito à vida

A dignidade da pessoa humana é a raiz do sistema jurídico do qual irradiam os demais valores fundamentais. Encontram-se consubstanciados nas garantias fundamentais do caput do artigo 5º da Constituição Federal

de 1988. Neste sentido os “Direitos de Personalidade” que se encontram no Novo Código Civil Brasileiro são fundamentados nas garantias individuais, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, assim como os direitos do valor econômico representado pela propriedade privada (KÜMPEL; FERRARI, 2017).

Sobre a dignidade da pessoa humana afirma Cleide Fermentão (2006, p. 243):

A referência à dignidade da pessoa humana engloba em si os direitos fundamentais, os individuais clássicos e os de fundo econômico e social. A dignidade tem uma dimensão moral, dessa forma o constituinte estabeleceu que é de responsabilidade do Estado propiciar as condições necessárias para que as pessoas tenham vida digna. Assim, o Estado não pode deixar de proteger o ser humano, preservando a sua identidade, integridade e dignidade. O Artigo 5º da Constituição Federal e seus incisos consagraram os direitos humanos fundamentais, entre eles as garantias e direitos individuais e coletivos. Por meio desse mesmo artigo, a Carta Magna estabelece que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

O direito a vida, na concepção de Paulo Branco (2009), extrapola alguns temas polêmicos como a questão da interrupção voluntária da vida – questão polêmica, diga-se de passagem. O direito a vida engloba a questão da alimentação adequada, integridade física, moradia, se vestir com dignidade, ao descanso, aos serviços sociais indispensáveis. No século XX, o postulado do direito à vida extrapola para o campo da ciência genética da reprodução humana.

Para André Tavares (2016) o problema do início da vida seria o tema de discussão para os direitos do “nascituro”,

[...] é preciso assinalar o momento a partir do qual se considera haver um ser humano vivo, assim como o momento em que, seguramente, cessa a existência humana e nessa linha, o dever estatal, de cunho constitucional, de mantê-la e provê-la.

O primeiro marco inicial da vida humana que se estudará ocorre com a fecundação, ou seja, com a fusão do óvulo pelo espermatozoide, processo que recebe o nome de singamia. Os que assim se posicionam entendem que o processo de desenvolvimento é um continuum cujo marco inicial é a fecundação/singamia. Defendem que o pré-nato não pode ser uma coisa que se transforma em algo, sendo o zigoto “a primeira e mais simples forma de apresentação pública de um corpo humano” (SERRÃO, 2003, p.10). Para Pereira e Silva (2002, p.14), “o conceito não é um ser humano em potência, em potência é apenas o desenvolvimento humano

A palavra nascituro significa o “que está por nascer”. Para Jesualdo (2013, p. 257), apoiado na visão de Rodolfo Filho, o nascituro é o “[...] ente já concebido (onde já ocorreu a fusão dos gametas, a junção do óvulo aos espermatozoides formando o zigoto ou embrião), nidado (implementado nas paredes do útero materno), porém, não nascido”. Para Gonçalves (2021) o nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno.

O dilema ético a respeito do “início da vida” pode ir muito além da própria teologia bíblica. Uma análise mais superficial da Bíblia diria que a teoria da concepção estaria correta. Um texto bíblico antigo testamentário que poderia ser utilizado para aproximar o tema das células-tronco seria o Salmo 139. Porém, o referido salmo não contempla a possibilidade de a vida ser gerada em uma

realidade artificial. Vejamos o que diz o Salmo 139.13-16:

“Sim! Pois tu formaste os meus rins, tu me teceste no seio materno. Eu te celebro por tanto prodígio, e me maravilho com as tuas maravilhas! Conhecias até o fundo do meu ser: meus ossos não te foram escondidos quando eu era modelado, em segredo, tecido na terra mais profunda. Teus olhos viam o meu embrião. No teu livro estão todos inscritos os dias que foram fixados e cada um deles nele figura (Bíblia de Jerusalém).”

Para o biblista alemão Hans Walter Wolf (2007, p. 158), a biologia do salmo 139 é uma “biologia arcaica”: “só o Deus que o criou às ocultas (o salmista) também o conhece totalmente desde o princípio. Seus olhos viram-no desde o embrião, a figura germinal do devoto”. O útero da mulher é comparado à “as profundezas da terra” fazendo referência à criação do ser humano e sua relação com a terra (Gênesis 1.24).

Do ponto de vista científico afirma Silmara J.A. Chinellato Almeida,

Após somar espermatozoide e óvulo formando o zigoto, encerra uma nova combinação cromossômica, que contém uma carga genética própria, com algumas características herdadas dos pais, mas individualizada no todo e que mesmo de ocorrer a nidação já existe uma vida. (ALMEIDA, 2000, p.110).

A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento. Contudo ninguém pode ser privado de sua vida, por isso, o Código Penal de 1940 pune a prática do aborto.

O Direito à Vida, Estende-se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico”. Basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida

natural ou artificialmente in vitro, ou por inseminação, não importando, portanto: fecundação artificial, por qualquer processo; eventuais anomalias físicas ou psíquicas, de qualquer grau; estados anormais: coma, letargia ou de vida vegetativa; manutenção do estado vital com o auxílio de processos mecânicos, ou outro daí por que questões de morte aparente e da ressurreição posterior devem ser resolvidas, à luz do Direito, sob a égide da extinção ou não, da chama vital, remanescendo a personalidade enquanto presente e, portanto, intacto o direito correspondente. [...]. (BITTAR, 1999, p.67)

O fato de que o zigoto, a primeira célula formada a partir da fecundação, já contém toda a carga genética do ser que começou a ser formado, nesta fase, o corpo é composto por uma única célula, que sofrerá diversas divisões até alcançar o ser humano adulto. Nas palavras do professor Paulo Thompson Flores:

“Inexiste dúvida de que, a partir da concepção e dos primeiros desdobramentos celulares já existe vida. E esta vida carrega, naquele, ainda informe, conglomerado de células, o código genético individual que fará daquele ser um integrante único do gênero humano, diferenciado, em maior ou menos grau, de todos os seus demais congêneres.”

Entende-se que no momento da fecundação, mesmo fora do corpo da mulher, os cromossomos femininos e masculinos definem o novo ser humano e qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida (ANTÔNIO CHAVES, 1994). Nessa linha de pensamento ORGAZ, 1947, faz menção de que antes de nascer, o embrião humano já tem proteção pública e privada.

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, é um pré-requisito à existência de todos demais direitos que são

resguardados ao nascituro. Tal direito é o primeiro dos direitos fundamentais que prevê a atual Constituição Federal de 1988. Conforme dispõe o artigo 5º, “caput”. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade.”

A vida em si pode ser equiparada ao “bem” máximo de ser humano, tal afirmação corrobora com os pensamentos do filósofo Jhon Locke, do qual deriva grande parte do pensamento ocidental do direito à vida e à propriedade privada, Para Locke, o direito à vida significa em última instância a proibição de um indivíduo agredir o outro, principalmente por hierarquização dos homens. Dentro desta temática, o direito à vida do nascituro, entendido este como o ser já concebido e que está pronto para nascer, mas que ainda está no ventre materno; de acordo com o Código Civil Brasileiro em seu 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.

3.2 As teorias acerca da personalidade jurídica do nascituro

O início da personalidade jurídica do nascituro confronta-se historicamente duas teorias, a natalista que, aparentemente, é a do Código Civil brasileiro, segundo a qual a personalidade começa do nascimento com vida, e a teoria concepcionista, que defende começar a personalidade da concepção. Ambas tentam evidenciar o momento exato em que o nascituro passa a ser titular de direitos, incluindo aí os chamados direitos humanos.

Conforme leciona Flávio Tartuce (2019), A teoria natalista prevalecia entre os autores modernos/clássicos do Direito Brasileiro. De acordo com esta corrente, o nascituro não pode ser considerado pessoa, já que o Código Civil determina que para adquirir a personalidade civil é necessário o nascimento com vida.

A referida teoria encara que o nascituro possa ser considerado um ser humano em formação, contudo ainda não é pessoa para o direito. Assim, seguindo essa visão, não pode ser titular de direitos naturais. Silmara Chinellato (2009) assevera que o tema envolvendo o nascituro é pouco tratado no Brasil, mas enorme é sua importância, por relacionar-se diretamente com o direito à vida, e permear inúmeros questionamentos bioéticos.

O grande questionamento existente dentro desta teoria é: se o nascituro não pode ser considerado uma pessoa, ele seria então um objeto, uma coisa? Depreende-se que para os natalistas a resposta para essa pergunta seria positiva, partindo-se da premissa que enquanto no ventre materno não há que se falar em personalidade.

Na definição de Caio Mário da Silva Pereira (2015, p. 185), pelo nosso direito, portanto, antes do nascimento com vida não há personalidade. Mas a lei cuida, em dadas circunstâncias, de proteger e resguardar os interesses do nascituro. Marco Aurélio Viana (1988, p. 5) versa que assume especial relevo a determinação do momento em que se configura a vida do novo ser humano: ela se dá com a respiração com a presença de ar nos pulmões. A teoria natalista desconsidera o fato do nascituro ter outras atividades orgânicas, como por exemplo, as funções cerebrais e motoras, (NEVES, 2012).

3.2.1 Teoria concepcionista

A teoria concepcionista defende que o nascituro é uma pessoa, possuindo seus direitos resguardados em lei. Sendo assim, o ainda não nascido tem seus direitos reconhecidos desde a concepção, ainda no ventre materno. Na teoria concepcionista, os direitos absolutos inerentes à personalidade (direito à vida, direito à integridade física ou à saúde) não dependem do nascimento com vida, (ZAINAGHI, 2007).

O Código Penal Brasileiro (1940) em seu título de crimes contra a pessoa, ao tipificar a conduta de aborto como criminosa, está corroborando com a afirmativa de que o nascituro é pessoa. Nesta mesma linha o Direito do Trabalho, na Consolidação das Leis Trabalhistas (2017), ao garantir direitos a funcionária gestante, ainda que indiretamente, visa a proteção da criança no ventre materno. Como ressalta Dirley da Cunha Júnior, (2015, p 657),

“ O Direito à vida é garantido pela Constituição contra qualquer tipo de interrupção artificial do processo natural da vida humana, ainda que seja pôr termo a um sofrimento e agonia (eutanásia), salvo quando justificado, como nas hipóteses de aborto necessário, para salvar a vida da mãe ou em caso de gravidez decorrente de estupro. “

Silmara Chinellato Almeida, respeitável defensora da tese concepcionista, preleciona que,

Juridicamente, entram em perplexidade total aqueles que tentam afirmar a impossibilidade de atribuir capacidade ao nascituro ‘por este não ser pessoa’. A legislação de todos os povos civilizados é a primeira a desmenti-lo. Não há nação que se preze (até a China) onde não se reconheça a necessidade de proteger os direitos do nascituro (Código chinês, art. 1º). Ora, quem diz direito, afirma capacidade. Quem afirma capacidade, reconhece personalidade. (ALMEIDA, 2000, p. 160)

Em defesa da corrente concepcionista e apesar da polêmica doutrinária existente, vale conferir o seguinte julgado do Tribunal de Justiça e São Paulo (2015),

EMENTA:

ACIDENTE/SEGURO DE VEÍCULO DPVAT INDENIZAÇÃO POR MORTE DE NASCITURO POSSIBILIDADE PRECEDENTES DO C. S.T.J. APLICABILIDADE DO ARTIGO 3º DA LEI Nº 6.194/74 INDENIZAÇÃO DEVIDA. Apelação provida. (TJ/SP, Rel. Jayme Queiroz Lopes, 2015)

O Direito à vida é considerado o maior bem resguardado pela nossa Constituição, da qual é posta como direito fundamental e inerente ao homem, classificada com cláusula pétrea. Ou seja, sua tamanha importância far-se-á para garantia e deveres dos demais direitos, pois sem à vida não há como exercê-los.

Esclarece Anício Mânlio Torquato Severio Boécio, filósofo e estadista romano (480 D.C), o indivíduo é a “substância individual de natureza racional, ou seja, o ser humano é indivíduo devido a sua essência, não se podendo desconstituir tal essência com o intuito utilitarista de promover direitos a um ser humano (a mãe) em detrimento do feto (ser humano em construção), pois o feto simplesmente existe no contexto e é um ser humano em sua essência.

Nas palavras da senhora Lenise Garcia, bioquímica convidada para a audiência pública sobre o estatuto do nascituro, ela alude que: É necessário que os direitos humanos estejam previamente protegidos de qualquer agressão que possam vir a sofrer, e é isto que o Estatuto do Nascituro muito sabiamente faz: coloca o direito humano do nascituro à frente de tudo.

Alexandre de Moraes (2003, p.63) conceitua,

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

Patrícia Pranke (2009, p. 147), defende que o útero materno é “o terceiro elemento da vida”: espermatozoide, óvulo e útero. Neste sentido, infere-se que os embriões fertilizados artificialmente/in vitro (e não implantados) não são considerados como vitáveis, pois sem “o terceiro elemento da vida” não haverá gravidez. Para o filósofo e economista (MURRAY ROTHBARD, 2010) o axioma da não-agressão estabelece que nenhum homem ou grupo de homens pode cometer uma agressão contra a pessoa ou a propriedade de qualquer outro, dessa forma seria antiético realizar uma coerção contra uma propriedade legítima (corpo do feto) de outrem.

3.3 Ética jurídica do aborto

Para a Igreja Católica “O aborto provocado é a morte deliberada e direta, independente da forma como venha a ser realizado, de um ser humano na fase inicial de sua existência, que vai da concepção ao nascimento” (IGREJA CATÓLICA, 1995, n. 58). O penalista Heleno Cláudio Fragoso (1986) ensina que “o aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto”.

A primeira referência ao aborto, ainda que indireta, encontrasse na Lei das XII tábuas (século V a.C.), segundo a qual a mulher poderia ser repudiada pelo marido por subtração da prole.

“No direito romano, o feto era considerado parte das vísceras da mulher, escreve o jurista Ulpiano. Embora o aborto não fosse considerado crime, o feto estava incluído na disponibilidade do homem que, além de ter em geral o *ius vitae ac necis* sobre os filhos nascidos e nascituros, dispunha também da propriedade do corpo feminino. (MENESES, 1994, p. 40).”

A natureza jurídica do aborto que se pode dividir nos seguintes casos: Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; Aborto provocado por terceiro; Aborto necessário; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro; e a forma qualificada do aborto.

O Código Penal Brasileiro pune o aborto provocado na forma do auto-aborto ou com consentimento da gestante em seu artigo 124; o aborto praticado por terceiro sem o consentimento da gestante, no artigo 125; o aborto praticado com o consentimento da gestante no artigo 126; sendo que o artigo 127 descreve a forma qualificada do mencionado delito.

Os casos de aborto legalmente expressos estão consignados entre no art. 128 do código penal brasileiro e a ADPF 54, ao qual esclarece,

Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico: (Vide ADPF 54)
Aborto necessário

I-Se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II-Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 Distrito Federal de 12/04/2012, a qual faz a norma,

FETO ANENCÉFALO –
INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ –
MULHER – LIBERDADE SEXUAL E
REPRODUTIVA – SAÚDE –
DIGNIDADE –
AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS
FUNDAMENTAIS – CRIME –
INEXISTÊNCIA. Mostra-se
inconstitucional interpretação de a
interrupção da gravidez de feto

anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

O Conselho Federal de Medicina deixa claro que os anencéfalos são natimortos cerebrais, denotando sua característica de inviabilidade vital. Em decorrência desta singular característica, o CFM considera desnecessários os critérios de morte encefálica para estes fetos, que apesar de possuírem tronco cerebral, não têm qualquer potencialidade de vida fora do útero da gestante

De acordo com Gollop (9), durante a gestação de feto com tal anomalia há possibilidade de ocorrência de polidrâmnio, que é a concentração excessiva de líquido amniótico, causando maior distensão do útero e hemorragia. Pinotti (7), igualmente, adverte sobre os elevados riscos que sofrem as mulheres grávidas durante a gestação de fetos com anencefalia, havendo maior incidência de patologias como a hipertensão e o polidrâmnio.

Andalaft, coordenador da Comissão Violência Sexual e Interrupção da Gestação da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), afirma que a gestante, no caso de feto anencéfalo, tem sua saúde ameaçada tanto no período gestacional quanto no parto, sendo que os riscos são aumentados em de 22%:

“... as complicações são decorrentes da própria deformidade do feto, que por não possuir a caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, então temos fetos sentados, fetos atravessados e isso é um grande risco para a vida da mulher. O trabalho de parto costuma demorar entre 14 e 16 horas, enquanto outros partos duram 6 horas”

Barroso, no texto da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

(ADPF) 54, faz menção à difícil situação pela qual passa a gestante, comparando-a a tortura:

... impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana... A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro do seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica.

3.4 A polêmica do direito do embrião anencéfalo

A autorização judicial para interrupção da gravidez de anencéfalo pode ser solicitada desde que seja comprovada a má-formação do feto por laudos médicos e a impossibilidade de sobrevivência do nascituro após o parto. Destaca Teodoro (2007, p. 37) que:

A anencefalia é a modalidade mais comum entre os defeitos de fechamento do tubo neural, como constatado nos processos judiciais sobre autorização do aborto eugênico. Ela se configura principalmente pelo não desenvolvimento ou pela ausência dos hemisférios cerebrais, pela não formação adequada da calota craniana, com ausência de couro cabeludo nesta região do corpo, além da exposição do tecido fibrótico e a constatação de hemorragia. É uma condição incompatível com a vida, que à leva a morte intra-uterina no período neonatal precoce.

A decisão do STF tornou necessária a elaboração de normas de conduta a serem seguidas pelos profissionais da área da saúde ao se depararem com casos em que a antecipação terapêutica do parto poderia ser indicada devido à gestação de feto anencéfalo. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (Febrasgo), a convite do Conselho Federal de Medicina (CFM), participou do grupo que elaborou a Resolução CFM 1.989/12, publicada no

Diário Oficial da União em 14 de maio de 2012.

No Direito Brasileiro é previsto como o fim da personalidade civil a morte cerebral, mas o que vinha sendo debatido era se a falta de cérebro também deveria ser um ponto decisivo na questão do aborto. Disse o Ministro Luiz Fux (2012),

“Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura.”

Porém não foi algo fácil decidir, devido às controvérsias e argumentos contrários de religiosos e pessoas que entendem que isso é uma forma de pré-conceito, como disse o ministro César Peluso (2012):

“Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo.”

Para Schulze, não se trata de uma obrigação ou dever da mulher de interromper a gestação. O STF apenas autoriza e faculta a prática da cessação da gestação, ao nuto da mulher grávida, em prol de sua dignidade e visando minorar seu sofrimento, por saber que o feto não terá viabilidade. A posição manifestada pelo STF decorre da impossibilidade de proteger a mulher.

4. Considerações Finais

Diante do exposto, vale ressaltar que o aborto ainda é um tema muito discutido e que gera grande polêmica na sociedade e entre os estudiosos da legislação, já que o tema, atualmente, é tipificado como crime pelo Código Penal Brasileiro, apesar da presença de excludentes de ilicitude presentes no dispositivo legal que autorizam certos casos de aborto, como no caso do estupro ou no aborto necessário sobre o manto do estado de necessidade.

No âmbito social e ético, as discussões morais relativas à prática do aborto são inúmeras, no entanto ainda não há consenso sobre a matéria. A ética visa apresentar aos homens uma maneira de se portar diante as situações da vida, demonstrando o que é certo e errado de uma maneira racional e lógica, nesse ponto inexistente argumento ético plausível que justifique interromper a vida de um ser humano em formação.

Unir as situações já legalizadas com a ética já é uma tarefa extremamente complicada, e no caso de uma possível legalização indiscriminada do aborto pelo poder legislativo ou pelo poder judiciário perpassa o campo da aceitação cultural e ética da sociedade brasileira. Também é necessário olhar para o campo religioso, pois o Brasil apresenta uma grande parcela da população com crenças religiosas contrárias ao aborto, sendo a legalização unilateral de um poder da república não só arbitrário como também potencialmente provocador de tensões sociais irremediáveis.

Portanto, é necessário sim debater o tema, porém nunca se esquecendo de que o ser humano é o único portador de direitos naturais intrínsecos a sua própria essência, devendo esta qualidade de humanidade sempre prevalecer, utilizando-se obrigatoriamente da

argumentação ética e praxiológica para se obter uma resposta satisfatória para toda a sociedade.

5. Declaração de conflitos de interesses

Este artigo científico não possui financiamento. Ressalta-se de agradecimento ao Professor Teófilo Lourenço de Lima que participou como orientador da pesquisa.

6. Referências

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. Atenção humanizada ao abortamento. Brasília: Ministério da Saúde. 2005(d). 34p.

Bíblia de Jerusalém. Nova Edição Revista e Ampliada. São Paulo: Paulus, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 09 abril 2012.

CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2º ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: a evolução do Direito brasileiro. In: CAMPOS, Diogo Leite de. CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Pessoa Humana e Direito. Coimbra: Almedina, 2009

FUX, Luiz. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime: Com a decisão, STF libera a interrupção de

gravidez de feto anencéfalo. Lei criminaliza aborto, com exceção dos casos de estupro e risco para mãe.2012.

FRAGOSO. Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1986.

IGREJA CATÓLICA. Papa : (1978- : João Paulo II). Evangelium Vitae. Evangelium Vitae : aos Presbíteros e Diáconos aos religiosos e religiosas aos fiéis leigos e a todas as pessoas de boa vontade sobre o valor e a inviolabilidade da vida Humana. Vaticano, 25 mar. 1995.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado, 4a ed. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MASSON, Cleber. Código penal comentado. 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense. 2014.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa (org.); CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu (coord.): Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. Barueri – SP: Manole, 2008.

MENESES, Ulpiano T. Bezerra . História e Cultura. São Paulo.1994.

NEVES, Thiago Ferreira Cardoso. O nascituro e os direitos da personalidade. Rio de Janeiro: GZ, 2012.

ORGAZ, Alfredo. Personas Individuales. Buenos Aires, Argentina: Editorial Depalma, 1947.

PELUSO, César. Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime:

Com a decisão, STF libera a interrupção de gravidez de feto anencéfalo. Lei criminaliza aborto, com exceção dos casos de estupro e risco para mãe.. 2012.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de Direito Privado. Parte Especial, Tomo VII. 3º ed, reimpressão. Rio de Janeiro, Editor Borsoi: 1971. p. 14/29.

ROTHBARD, MURRAY N. A ética da liberdade. Edição padrão 2010. LVM Editora; 2ª edição.

SERRÃO, Daniel. Estatuto do Embrião. Bioética, Conselho Federal de Medicina. v.11, n.2, 2003.

SILVA, Reinaldo Pereira e. Introdução biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

TEODORO, Frediano José Momesso. Aborto Eugénico: delito qualificado pelo preceito ou discriminação.

ZAINAGHI, Maria Cristina. Os meios de defesa dos direitos do nascituro. São Paulo: LTR, 2007.