CENTRO UNIVERSITÁRIO FEEVALE

MÁRCIA ALVES DE MORAIS

# O DIREITO AO ABORTO DOS FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Novo Hamburgo, 2007

MÁRCIA ALVES DE MORAIS

# O DIREITO AO ABORTO DOS FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

Centro Universitário Feevale
Instituto de Ciências Sociais Aplicadas
Curso de Direito
Trabalho de Conclusão de Curso

Professor orientador: Prof. Ms. Cassiano Menke

Novo Hamburgo, junho de 2007.

MÁRCIA ALVES DE MORAIS

Trabalho de Conclusão do Curso de Direito, com título **O DIREITO AO ABORTO DOS FETOS ANENCÉFALOS À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA**, submetido ao corpo docente do Centro Universitário Feevale, como requisito necessário para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado por:

_____

Prof. Ms. Cassiano Menke

Orientador

_____

Prof.

Banca Examinadora

_____

Prof.

Banca Examinadora

Novo Hamburgo, junho de 2007.

*Dedicatória*

*A Deus,*
*Aos meus pais,*
*Ao meu esposo Marcelo.*

**AGRADECIMENTOS**

Agradeço, primeiramente, a Deus, por me amparar e conduzir, durante todas as etapas deste trabalho, e por me conceder o convívio com tantas pessoas maravilhosas.

Agradeço aos meus pais, Paulino e Neli, e à minha querida irmã, Marlene, pelo amor e carinho e por serem sempre tão confiantes em minha vitória.

Agradeço ao meu esposo, Marcelo, pela compreensão, por ter me apoiado em todas as minhas escolhas e ter feito da minha felicidade a sua prioridade. Enfim, seu amor foi fundamental nessa caminhada.

Agradeço em especial ao meu Professor Orientador, Cassiano Menke, pela atenção a mim dedicada. "O professor medíocre expõe. O bom professor explica. O professor superior demonstra. O grande professor inspira". *William Arthur Ward*

Devo ainda agradecimentos aos meus queridos professores Leandro de Mello Schmitt e Roque Stoffel, pela compreensão nesse momento final.

Agradeço às minhas amigas e colegas do coração, Saionara e Laircе, sempre tão presentes na minha vida.

Agradeço a meus colegas e amigos de trabalho, pelo carinho e apoio diário.

Agradeço, ainda, aos amigos, com quem sempre pude contar e, principalmente, de quem muito apoio recebi nessa etapa final: Joice, Débora, Juliano, Janaina, Luciana, Manoela, Silvana, Kátia, Samanta.

"A busca da vida física humana não é, em si, o primeiro e absoluto princípio. Acima disso encontra-se o ***princípio da dignidade humana***".

**Carlo Maria Martini**

## RESUMO

A dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva do ser humano. Ela implica a promoção de um mínimo de direitos para que o indivíduo tenha uma existência digna. O conjunto desses direitos constitui o chamado mínimo existencial. O direito fundamental à vida é consagrado pela Constituição Federal e deve ser analisado juntamente com a dignidade humana, o que significa garantir uma existência digna. A vida do ser humano inicia com a concepção e, com ela, a sua dignidade. A dignidade orienta a aplicação dos direitos fundamentais. O mínimo desses direitos deve ser promovido, sob pena de não se viver dignamente. Esse viver compreende mais do que a sobrevivência física. O feto anencéfalo é um ser humano detentor dos mesmos direitos e de dignidade como qualquer outro indivíduo. Contudo, sua condição física não lhe permite uma existência digna. O Brasil não reconhece a anencefalia como uma das causas de justificação do aborto. Essa falta de autorização do Estado para antecipação terapêutica do parto viola a dignidade da gestante e da família. Dessa forma, existe um conflito de bens jurídicos: existência digna da gestante e família *versus* existência digna do feto. Esse conflito se resolve pela aplicação do postulado da proporcionalidade e com a interpretação evolutiva do Código Penal, uma leitura do dispositivo à luz da Constituição Federal.



**Palavras-chave:** dignidade da pessoa humana - mínimo existencial – anencefalia.

**ABSTRACT**

A human being's dignity is an inherent and distinctive quality of mankind. It implies in an elevation of a minimal of rights so that the individual can attain a minimal of these rights to lead a dignified existence. The complex of these rights constitutes the so called minimal existence. The fundamental right to life is guaranteed by the Federal Constitution and must be analyzed at par with human dignity, which means to allow a dignified existence. Human life starts on conception and so does its dignity. Dignity lays the foundation for the application of fundamental rights. A minimum of these rights must be promoted, otherwise dignified life cannot be achieved. This living represents more than mere physical survival. The anencephallic fetus is a human being entitled to the same rights and dignity as any other individual. However, its physical condition does not allow it a dignifying existence. Brazil does not recognize anencephaly as a justifiable cause for abortion. This lack of authorization by the State for therapeutical anticipation of delivery violates the dignity of the pregnant woman and her family. Therefore, there is a conflict of juridical ways: dignifying existence of the pregnant woman and her family *versus* fetal dignifying existence. This conflict can be solved by the application of the postulate of proportionality and with en evolutional interpretation of the Penal Code, a reading of the provision in view of the Federal Constitution.

**Keywords**: human being's dignity – minimal existence – anencephaly.

**SUMÁRIO**

**INTRODUÇÃO** ..... **09**

**1 O DIREITO À VIDA À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA** ..... **12**

1.1 O INÍCIO DO DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA ..... 12

1.1.1 A Dignidade Humana e seu Conteúdo Fundamental ..... 12

1.1.2 O Direito Fundamental à Existência Digna ..... 22

1.2 OS EFEITOS DO DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA COM RELAÇÃO AOS PAIS E AO FETO ..... 33

**2 ABORTO EM CASO DE FETOS ANENCÉFALOS** ..... **44**

2.1 O ABORTO E A ANENCEFALIA ..... 44

2.2 CONFLITO DE NORMAS E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL ..... 56

**CONSIDERAÇÕES FINAIS** ..... **70**

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS** ..... **73**

# INTRODUÇÃO

O aborto é um tema que sempre gerou discussão e polêmica na sociedade. Esses debates dizem respeito a valores, questões religiosas, éticas e jurídicas, razão pela qual se justifica a existência de opiniões diversas, haja vista que, se for considerado apenas o plano axiológico, este por si só já é capaz de ensejar diferentes concepções de acordo com determinados grupos sociais.

No Brasil, é permitida a interrupção da gravidez em casos específicos, aqueles previstos na legislação penal, ou seja, quando a gravidez colocar em risco a vida da gestante, ou nos casos de gravidez resultante de estupro. Aqui, inclusive, já iniciam as controvérsias, pois há muitos doutrinadores que tecem críticas em relação à atualidade de tais previsões, uma vez que o Código Penal pátrio data de uma época bem distante e, por conseguinte, nele não estão contemplados muitos dos avanços e das necessidades da sociedade.

Esse tema, atualmente, retornou ao cenário nacional através da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF – 54), ajuizada no Supremo Tribunal Federal, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Esse fato suscitou discussões acerca do aborto no que se refere à interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos.

O avanço científico tem mostrado uma nova realidade. São inegáveis os progressos em diversas áreas, inclusive na saúde, configurando uma nova realidade tanto para a detecção quanto para a prevenção de doenças ou de quaisquer outros tipos de problemas. Em decorrência disso, o diagnóstico da anomalia é preciso em 100% dos casos e é obtido através do exame de ecografia. Diante de tais avanços tecnológicos e de tantas transformações deles decorrentes, os juízes, em sua

maioria, têm concedido às gestantes autorizações para antecipação do parto. Contudo, a gestante, caso opte pela interrupção da gravidez, deve, necessariamente, recorrer ao poder judiciário em busca de uma autorização, sob pena de incorrer em crime.

E é justamente aí que reside um dos maiores problemas, uma vez que existe uma evidente disparidade nos entendimentos jurisprudenciais. Essas decisões acarretam uma desigualdade jurídica entre as mulheres que se vêem diante de tal dilema. Algumas conseguem a autorização, outras são obrigadas a levar sua gestação até o final. No entanto, para alguns teóricos estudiosos do assunto, essa situação constitui um efetivo desrespeito em relação à dignidade da mulher, sem contar o descaso no que tange aos aspectos emocionais e psicológicos implícitos em tais situações.

A importância do presente estudo encontra-se na análise dessas autorizações sob a ótica da Constituição Federal. Nesse contexto, esta pesquisa tem como objetivo analisar a constitucionalidade das antecipações terapêuticas nos casos de anencefalia.

Com base no que foi estudado a partir da revisão bibliográfica, incluindo algumas decisões acerca do tema, este estudo apresenta duas formas para solucionar o conflito de direitos ora em tela. A primeira proposta diz respeito à aplicação do postulado da proporcionalidade. A segunda forma para resolução consiste na interpretação das hipóteses permissivas do aborto previstas no artigo 128 do Código Penal, conforme a Constituição Federal/88.

Para tanto, a pesquisa divide-se em duas partes. O primeiro capítulo do estudo compreende o início do direito à existência digna. Essa é analisada a partir do conceito de dignidade humana, que, por sua vez, para ter eficácia, requer a promoção de direitos fundamentais que lhe servem como conteúdo. O viver com dignidade envolve, além do direito fundamental à vida, a promoção de outros direitos

fundamentais, ou seja, consiste em prestações mínimas que o Estado deve prover para que o ser humano possa viver com dignidade.

O segundo capítulo estuda o aborto e a anencefalia, trazendo algumas considerações pertinentes. Essa análise é realizada através da doutrina e da jurisprudência. Identifica-se, nessa seção, a ocorrência de um conflito entre a existência digna do feto, da gestante e da família, e esse, por sua vez, não encontra uma solução pacífica na jurisprudência.

Ainda que a pretensão não seja, em hipótese alguma, esgotar o tema, até porque essa seria uma missão totalmente impossível em se tratando de um assunto tão polêmico, espera-se, com este estudo, ampliar as possibilidades de reflexão, com vistas a encontrar caminhos que apontem para uma maior segurança em relação à tomada de decisões, eis que esta é uma tarefa que, direta ou indiretamente, constitui o cotidiano dos operadores do Direito.

# 1 O DIREITO À VIDA À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA

## 1.1 O INÍCIO DO DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA

### 1.1.1 A Dignidade Humana e seu Conteúdo Fundamental

A dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, prevista no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Impõe ao Estado o dever de proteger e efetivar esse valor, erigido como princípio fundamental.

Dignidade deriva "do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração) e, em regra, entende-se a *qualidade moral*, que, possuída por uma pessoa, serve de base ao próprio respeito em que é tida".[1]

O sentido etimológico de dignidade, nas palavras de Antonio Jeová Santos, significa: grandeza, honestidade, decoro e virtude. Uma pessoa digna seria aquela decente, conveniente e merecedora.[2]

Pode-se dizer que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral. Constitui um mínimo a ser respeitado e assegurado pelo Estado e pelos demais indivíduos, merecedores de estima como seres humanos.[3]

---

[1]DIGNIDADE. *In*: SILVA, De Palácio e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 458.
[2]SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 40.

Afirma Célia Rosenthal Zisman que a dignidade humana pertence ao gênero humano, por sua própria natureza, é inerente ao homem por este ser pessoa e, na qualidade de pessoa, é detentor do direito a uma vida digna.[4]

Nesse contexto, as ordens constitucionais que têm consagrado a dignidade da pessoa humana partem do pressuposto de que o homem, pela simples condição de ser humano, é detentor de direitos, o que independerá de qualquer outra circunstância. E esses direitos devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.[5]

A dignidade humana não é uma criação constitucional, lembra José Afonso da Silva. Mas, sim, um conceito *a priori*, que antecede o direito - um dado preexistente a toda experiência - assim como à própria pessoa humana.[6] Acrescenta Cármen Lúcia Antunes Rocha que a dignidade humana é inerente ao homem pela sua condição superior, ser dotado de razão e sentimento. Independe de merecimento pessoal ou social, ela é inerente à essência humana e, dessa forma, não precisa o homem fazer por merecê-la, é um direito que antecede também o Estado.[7] Nesse sentido, registra-se o entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet, ao referir que a dignidade humana não pode ser criada, tampouco concedida ao ser humano ou retirada dele, deve ser reconhecida a pessoa[8], merecedora de promoção e respeito.[9]

---

[3]MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. v.3, p. 60.

[4]ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 34.

[5]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 38.

[6]SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 212, abr.-jun. 1998, p. 91-2.

[7]ROCHA, Cármem Lúcia Antunes**. O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 30.

[8]A doutrina faz diferenciação quanto à utilização da expressão *pessoa,* porém, neste ponto do trabalho, tem-se utilizado como sinônimo de homem e ser humano, no sentido de um indivíduo merecedor de respeito e proteção.

[9]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41-2.

Positivada e reconhecida como um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, a dignidade transformou-se em valor supremo da ordem jurídica. E, na qualidade de valor supremo, é mais do que um princípio fundamental - tem natureza de princípio fundamental e de princípio geral - não apenas inspirador da ordem jurídica, mas também da ordem social, econômica e cultural, sendo instituído como base da vida nacional.[10]

O Estado existe para o homem a fim de garantir e assegurar suas condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas, que possibilitem a este atingir seus fins, e o fim é ele próprio, visto que posto acima de todos os bens e as coisas, inclusive do próprio Estado.[11] E nesse sentido é o entendimento de José Joaquim Gomes Canotilho e o de Jorge Miranda, ao afirmarem que a dignidade da pessoa humana, como base da República, significa o reconhecimento do homem como limite e fundamento da sociedade e do Estado.[12]

A doutrina clássica de Immanuel Kant afirma que o homem existe como fim em si mesmo[13]. Pela sua natureza de ser racional, é capaz de determinar-se e agir conforme as suas próprias leis. Essa autonomia da vontade somente se encontra nos seres racionais e, por isso, é fundamento da dignidade da natureza humana.[14]

---

[10]SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 212, abr.-jun. 1998, p. 91-2. Divergindo desse entendimento SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 67. Ao dizer que o Constituinte de 1988 incluiu a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental e, nessa condição, não significa que não pode ser considerado simultaneamente como princípio geral de direito, pois não se trata de conceitos excludentes.

[11]ROCHA, Cármem Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 39

[12]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 225. Nesse sentido, MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 166. Tomo IV.

[13]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 58 e 60. Conforme o autor pode-se entender o homem como fim em si mesmo no sentido de que esse não poderá ser considerado como objeto, coisa, ou meio para satisfação de vontades ou interesses de terceiros. "[...] aquele que tem a intenção de fazer a outrem uma promessa mentirosa reconhecerá imediatamente até que ponto pretende se servir de outro homem como simples meio, sem que esse meio contenha ao mesmo tempo o fim em si [...]". As ações do homem com ele próprio e com os demais semelhantes devem, necessariamente, ter o fim em si mesmo.

[14]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 66.

Em relação à dignidade humana, Immanuel Kant faz menção de que essa é uma qualidade exclusiva do ser humano, estando vinculada à sua racionalidade. A sua existência independe da vontade humana, mas se assenta na natureza. Os seres irracionais possuem valor relativo e, assim, são considerados como coisas. Os seres racionais denominam-se pessoas e possuem um valor absoluto.[15]

Importante registrar que a doutrina Kantiana parte do pressuposto de que a dignidade da pessoa humana pertence ao ser humano pela sua natureza racional, vinculando-se à sua autonomia e autodeterminação.[16] Importa ter presente a idéia de que essa autonomia é considerada em abstrato. Relaciona-se à potencialidade que cada ser humano tem de desenvolvê-la, o que justifica sua concessão aos indivíduos que nascem incapazes e, muitas vezes, portadores de doenças que não lhes possibilitam exprimir sua vontade. São iguais em dignidade como qualquer outro indivíduo plenamente capaz.[17]

Immanuel Kant, partindo da concepção da dignidade como qualidade inerente à pessoa humana, afirma que:

> No reino dos fins[18], tudo tem ou um preço ou uma dignidade[19]. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por

---

[15]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 59.

[16]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 66.

[17]SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana**: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). Nos Limites da Vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 219.

[18]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 63-4. Segundo o autor, o reino dos fins seria a ligação sistemática que une vários seres racionais através de leis comuns e, conseqüentemente, com os mesmos fins, ou seja, das leis criadas por ambos como partes que se relacionam através de suas vontades, como legisladores universais.

[19]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 64-5. Segundo o autor, uma coisa tem preço quando ela pode ser substituída por outra equivalente. Assim se dividem os fins em subjetivos e objetivos. *Subjetivos*: são aqueles inerentes às vontades dos seres racionais, voltados às inclinações e necessidades gerais do homem. *Objetivos*: aqueles que visam ao bem comum, através de leis que relacionam esses seres racionais, que ordenam que se tratem como fins em si mesmos e nunca como meios. Os fins subjetivos têm um preço, pois dizem respeito aos fins particulares dos homens, às suas necessidades e inclinações pessoais e, assim, possuem um preço comercial, podendo ser perfeitamente substituídos por outros equivalentes. Os fins objetivos, assim chamados aqueles, cuja existência é fim em si mesmo, têm um valor interno e, dessa forma, uma dignidade.

> outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade. [20]

José Afonso da Silva ensina que dignidade pode ser empregada em diversos contextos e com diferentes sentidos; ressalta, contudo, que o sentido concebido como fundamento do Estado Democrático de Direito é o de valor inerente a todo ser racional, atributo intrínseco da pessoa humana. Ainda que o homem se comporte de forma indigna, tal conduta, não lhe retira os direitos fundamentais que lhe são inerentes por natureza.[21]

Ingo Wolfgang Sarlet conceitua a dignidade da pessoa humana como:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. [22]

Alexandre de Moraes explica que a dignidade da pessoa humana tem uma dupla concepção. Apresenta-se como um direito individual protetivo – seja em relação ao Estado ou com os demais indivíduos - e também estabelece um tratamento igualitário entre os semelhantes – no momento em que um indivíduo deve respeito à dignidade de outrem da mesma forma em que a Constituição exige que lhe respeite também sua dignidade.[23]

---

[20]KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 65.

[21]SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n 212, abr.-jun. 1998, p. 92-3. Nesse sentido, KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161. Diz que não é possível a perda da dignidade, ainda que a conduta contrarie toda ordem de valores constitucionais. Também SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 218.

[22]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 60.

[23]MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. v.3, p. 60-1.

O ser humano é detentor de dignidade desde os primeiros momentos de sua formação, afirma Cármem Lúcia Antunes Rocha; assinala, ainda, que a dignidade é considerada como conteúdo do direito à vida.[24] Dignidade humana e pessoa são conceitos que estão correlacionados. A pessoa humana é o único ser que compreende um valor interno e, dessa forma, possui dignidade. E a dignidade acaba por confundir-se com a própria natureza do ser humano.[25]

Nesse contexto, a dignidade da pessoa humana é considerada um conceito amplo e indeterminado, o qual exige, na sua interpretação, uma análise valorativa adequada à coletividade em que ela está inserida, pois seu significado e conteúdo podem variar de acordo com os valores da comunidade a que o indivíduo pertence.[26]

Ingo Wolfgang Sarlet entende da mesma forma ao dizer que

> [...] não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não se harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas. [...]. [27]

A dignidade da pessoa humana assume, dessa forma, um caráter multidimensional. Uma *dimensão ontológica,* por pertencer aos seres humanos de uma forma geral, como algo que lhe é inerente pela sua natureza humana.[28] *Dimensão comunicativa e relacional*, uma vez que a dignidade humana pertence a todas as pessoas de igual forma. Assim, o fato de conviverem em uma determinada comunidade gera o igual reconhecimento e respeito pela sua dignidade, por parte do

---

[24]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 33.
[25]SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 146.
[26]GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico. **Revista de Direito Privado,** São Paulo, n. 21, jan.-mar. 2005. p. 91.
[27]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 41.
[28]SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: _____. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 18-9.

Estado e da comunidade.[29] *Dimensão histórico-cultural*, na medida em que a dignidade da pessoa humana se apresenta em constante evolução, ainda que tenha uma característica comum universal, cada comunidade tem valores e costumes e, nesse sentido, um entendimento do que é a dignidade.[30] Uma *dimensão dúplice: limite e tarefa*[31]*,* manifestada pela autonomia da pessoa conjugada com a necessidade de proteção e assistência, notadamente quando a capacidade de autodeterminação for ausente ou se encontrar fragilizada - a exemplo do nascituro e do absolutamente incapaz - garantindo-se, dessa forma, um tratamento digno, independente de sua capacidade de autodeterminação.[32]

Jorge Miranda afirma que os homens, por pertencerem à classe humana, têm um denominador comum: são seres dotados de razão e consciência e, nessa perspectiva, está a sua igualdade. E essa igualdade é o único pressuposto para que lhes sejam reconhecidos e promovidos os direitos fundamentais, ainda que os homens pertençam a diferentes classes sociais e econômicas.[33]

Peter Häberle explica que a dignidade humana assume quatro dimensões. A primeira dimensão da dignidade da pessoa humana refere-se à sua dupla proteção:

---

[29]SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In*: _____. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 23 e 26.

[30]SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In:* _____. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 27-8.

[31]SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In:* _____. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 32. Segundo o autor, "[...] a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa... como limite, a dignidade implica não apenas que a pessoa não pode ser reduzida à condição de mero objeto da ação própria e de terceiros, mas também o fato de que a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças. Como tarefa, da previsão constitucional (explícita ou implícita) da dignidade da pessoa humana, dela decorrem deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando-lhe também por meio de medidas positivas (prestações) o devido respeito e promoção".

[32]SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *In:* _____. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 30.

[33]MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 168. Tomo IV.

do indivíduo contra as intervenções do Estado na sua esfera pessoal e, ao mesmo tempo, gera ao Estado um encargo de proteção da dignidade desse indivíduo em face da sociedade. A segunda dimensão diz respeito à proteção jurídica efetiva. A terceira dispõe sobre o mínimo existencial material. A quarta dimensão seria o conteúdo da dignidade humana.[34]

O conteúdo da dignidade da pessoa humana, na análise de Ingo Wolfgang Sarlet, deve ser pautado pelo respeito à vida e pela integridade física e moral do homem. Devem ser asseguradas condições mínimas para que a sua existência seja digna. Direitos como: liberdade, igualdade, autonomia e direitos fundamentais devem ser reconhecidos e assegurados, pois, do contrário, não existirá espaço para a dignidade da pessoa humana, e o homem não passará de objeto de arbítrio e injustiças, conforme a concepção adotada pela doutrina Kantiana.[35]

Autores como José Afonso da Silva, Célia Rosenthal Zisman, Ana Paula de Barcellos, José Joaquim Gomes Canotilho e Jussara Maria Moreno Jacintho ensinam que a dignidade da pessoa humana tem como conteúdo os direitos fundamentais da pessoa, devendo ser esses direitos promovidos e respeitados pelo Estado.[36]

Peter Häberle menciona que, entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, existe uma relação de preenchimento mútuo: enquanto a

---

[34]HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. *In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 136-9.

[35]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 59.

[36]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 109; ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 39; BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 110; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 248; JACINTHO. Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139.

dignidade orienta a aplicação e o processo de concretização dos direitos fundamentais, estes, por sua vez, preenchem o conteúdo da dignidade.[37]

Assim, os direitos fundamentais, conforme o entendimento da referida doutrina, conferem eficácia à dignidade da pessoa humana. O homem tem sua dignidade efetivada a partir da promoção dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, Ingo Wolfgang Sarlet faz ressalva quanto à afirmação de que *todos* os direitos fundamentais estão diretamente e de igual forma vinculados à concretização da dignidade humana. Muito embora a noção de dignidade da pessoa humana esteja vinculada aos direitos fundamentais - por estes promoverem a proteção e o desenvolvimento das pessoas - nem todos os direitos fundamentais podem ser reconduzidos diretamente e de igual forma ao princípio da dignidade humana, pois os direitos fundamentais não têm o mesmo conteúdo em dignidade, sendo que podem concretizá-la em maior ou menor intensidade, ainda se podendo falar em direitos fundamentais sem um conteúdo em dignidade.[38]

Os direitos fundamentais têm como função a defesa da pessoa humana e da sua dignidade, segundo ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho. Têm a *função de prestação social*, que é o direito do particular de obter prestação do Estado, seja saúde, educação ou segurança social. E de *proteção dos direitos fundamentais perante terceiros*, que compreende a atuação do Estado na defesa do particular da agressão a esses direitos por outros indivíduos. Acrescenta-se, ainda, a *função de não discriminação*, que está vinculada com o princípio da igualdade, assegurando que o Estado trate seus cidadãos de igual forma.[39]

José Afonso da Silva assevera que os direitos fundamentais, em síntese e com base na Constituição Federal, podem ser classificados em cinco grupos, a

---

[37]HÄBERLE, Peter. A Dignidade Humana como Fundamento da Comunidade Estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 129.

[38]SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 78-9 e 131.

[39]CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407-09.

saber: direitos individuais, coletivos, sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos.[40]

Acrescenta ainda o referido autor, quanto à terminologia, *direitos fundamentais do homem*.

> [...] No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais *do homem* no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente efetivados. [...]. [41]

Diante do exposto, cabe registrar a dificuldade de se alcançar uma definição do conteúdo e o alcance de proteção da dignidade da pessoa humana. A sua verificação se dá com plenitude na análise do caso concreto. Deve-se, contudo, estabelecer uma definição prévia, o que gera a segurança e a estabilidade jurídicas.[42]

A dignidade da pessoa humana é inerente ao ser humano pela sua natureza, pertencendo a ele desde o momento de sua formação. É conceito que antecede ao Estado. Porém, depende deste para sua promoção e proteção. Como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, vem a significar que o homem é a base do Estado. Apresenta-se como o valor fundante da ordem jurídica. Deve ser considerada simultaneamente como ponto de partida para a criação de normas e como base na interpretação das demais. O Estado, quando reconhece a dignidade humana com fundamento, assume o compromisso de proteger e promover ao ser humano uma vida pautada na dignidade humana.

---

[40]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 187.

[41]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 182.

[42]SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da Dignidade da Pessoa Humana: Uma Compreensão Jurídico-Constitucional Aberta e Compatível com os Desafios da Biotecnologia. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 232-33.

Verifica-se, num primeiro momento, que a vida e a dignidade guardam correspondência. Não existe dignidade sem a vida, muito embora possa existir vida sem um conteúdo significativo em dignidade, o que poderá ser verificado no decorrer do presente estudo.

Portanto, a dignidade humana opera a função de orientar a aplicação dos direitos fundamentais. Isto é, para que um indivíduo tenha uma existência digna, é preciso que ele disponha de um mínimo de liberdade, de propriedade, de saúde, dentre outros, pois são direitos que possibilitam, ao ser humano, sua realização como pessoa.

Assim, verifica-se que uma existência digna depende da promoção dos direitos fundamentais e estes, por sua vez, quanto mais eficazes na vida do indivíduo, maior é o grau de promoção e, conseqüentemente, mais efetiva sua dignidade. Contudo, ainda que não sejam promovidos em sua plenitude, alguns direitos são essenciais para a eficácia da dignidade. São compreendidos pela doutrina como mínimo existencial, direitos sem os quais a dignidade se torna ineficaz. Pode-se dizer que eles formam o conteúdo da dignidade, o que será evidenciado, ao longo deste texto, mais adiante.

### 1.1.2 O Direito Fundamental à Existência Digna

A Constituição Federal assegura a inviolabilidade do direito à vida.[43] Segundo Alexandre de Moraes, este compreende, além do direito de continuar vivo, o direito de o ser humano ter uma existência digna.[44]

---

[43]BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 5°, *Caput*: "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. [...]".

[44]MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, v.3, p. 87.

O direito à existência, no ensinamento de José Afonso da Silva, pode ser definido como: estar vivo; lutar pelo viver; defender a própria vida; ainda consiste no direito de não ter a vida interrompida, senão pela morte espontânea e inevitável.[45]

A vida é considerada um bem supremo e primário, a partir do qual todos os demais direitos se estruturam. O homem, com a sua ciência e com suas descobertas, ampliou o sentido da vida e as suas variáveis.[46]

Jose Afonso da Silva destaca que no feto já existe vida humana. Entende que o ponto crucial do direito à vida está inteiramente ligado ao momento em que ela inicia. A Constituição Federal inadmite o aborto. A interrupção da vida intra-uterina é viável em alguns casos definidos pela legislação penal: para salvar a vida da gestante; na gestação decorrente de estupro; ou ainda, em casos em que a ciência médica aconselhar.[47] O tema do aborto e a sua proibição, inclusive, têm sido pauta de discussões recentes na sociedade brasileira, numa tentativa, segundo algumas pessoas, de tornar o aborto admissível sem restrições.

A Constituição Federal de 1988, artigo 5º, dispõe 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, [...]".

Cármen Lúcia Antunes Rocha explica que o texto constitucional não menciona a partir de que momento o ser humano é considerado sujeito de direitos. No seu entendimento, o termo *todos*, com o qual se inicia o artigo 5º da Constituição Federal, compreende todos os membros da família humana. Ressalta, ainda, que ao se referir à família humana, a lei maior não mencionou se a condição de ser humano é reconhecida a partir do nascimento, ou se antecede a ele.[48]

---

[45]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 201.
[46]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13-4.
[47]SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 206.
[48]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 18-9.

Grande é a discussão acerca do assunto. A doutrina divide-se quanto a esse ponto. Alguns autores, considerando que o texto constitucional, ao dispor em seu artigo 5º, § 2º, que "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte", e levando em conta que o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica[49], reconhecem o homem como sujeito de direitos desde o momento da concepção.[50]

Já outros doutrinadores manifestam-se no sentido de ter o constituinte se eximido da decisão final quanto à definição de quando o ser humano passaria a ser sujeito de direitos, o que conseqüentemente definiria o marco inicial do início do direito à vida, deixando, assim, para ser tratado e definido pela legislação infraconstitucional.[51]

Nessa perspectiva, Luciano Dalvi Norbim entende que o critério utilizado pelo Código Civil[52], como definidor da aquisição da personalidade, intra-útero e extra-útero, não está constitucionalmente previsto. O autor afirma que a vida deve ser valorizada desde a concepção, e o nascituro deve ser reconhecido como pessoa desde então, com base no princípio da dignidade humana, que é fundamento do Estado Democrático de Direito.[53]

A personalidade deveria ter seu início com a vida, ou seja, no momento da concepção. Existindo vida deve ser conferida a personalidade, não importando se essa vida é dentro ou fora do útero. Sabe-se que o significado de nascer é começar

---

[49]Conforme Convenção Americana sobre Direitos Humanos 1969 – **Pacto de San José da Costa Rica** – artigo 4º 1. "Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

[50]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 20.

[51]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 20.

[52]BRASIL. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm> Artigo 2° "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

[53]NORBIM, Luciano Dalvi. Ponderações Sobre o Começo da Vida Face à Concepção Humanitária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 112, out.-dez. 2005.

a ter vida exterior, porém não se pode desvincular a vida exterior da vida interior, em outras palavras, não existirá vida exterior sem que antes tenha havido vida interior.[54]

Carmem Lúcia Antunes Rocha e Luciano Dalvi Norbim compartilham do entendimento de que a omissão constitucional referente ao momento em que o ser humano é considerado sujeito de direitos não conferiu legitimidade ao legislador infraconstitucional quanto a essa definição. Divergem, contudo, no sentido de que a autora defende que o nascituro tem direitos desde a concepção, porém adquire personalidade no momento em que nasce com vida. O autor destaca que, desde a concepção, o nascituro é sujeito de direitos e possui personalidade civil.[55]

José Carlos Barbosa Moreira explica que o nascituro tem direitos desde a concepção, mas a personalidade se adquire após o nascimento com vida. Os direitos não se limitam àqueles previstos especificamente aos nascituros na legislação, eles têm, dentre outros, o direito à vida, que é considerado como o direito acima de qualquer outro e pressuposto de todos os demais, independente de ter personalidade. Acrescenta ainda que o direito brasileiro não exige que a personalidade seja pressuposto para a aquisição de direitos. Considera, no entanto, que o direito à vida não pode estar vinculado ao viver indefinidamente, ou seja, condicionar o direito à vida a um determinado lapso temporal. E, nesse ponto, manifesta-se o autor contrariamente à antecipação do parto no caso de fetos anencéfalos, por entender que essa antecipação não pode ser justificada pelo pouco tempo de vida que terá esse feto se vier a nascer. O direito à vida do feto corresponde ao direito de este não ter sua vida abreviada por ato voluntário dos pais, fato este que, para o autor, contraria a própria natureza humana.[56]

---

[54]NORBIM, Luciano Dalvi. Ponderações Sobre o Começo da Vida Face à Concepção Humanitária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 118 e 120, out.-dez. 2005.

[55]NORBIM, Luciano Dalvi. Ponderações Sobre o Começo da Vida Face à Concepção Humanitária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 117, out.-dez. 2005; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 20.

[56]MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito do Nascituro à Vida. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 340, p. 11-9, fevereiro 2006.

Cumpre registrar alguns posicionamentos doutrinários que dizem respeito ao feto como pessoa[57] e sujeito de direitos, embora se entenda não ser esse o ponto crucial para a solução a que se propõe o presente estudo, ponto que será desenvolvido no segundo capítulo.

Pessoa é "denominação atribuída, também, *à pessoa jurídica*. É assim adotada em atenção *à personalidade civil*, em que se investe a *pessoa jurídica*, para se integrar nos direitos e deveres legais, instituídos em lei".[58]

A personalidade civil "exprime, tecnicamente, *a qualidade de pessoa*, *já legalmente protegida*, para que lhe sejam atribuídos os direitos e obrigações, assinalados na própria lei. É a que decorre da *existência natural* ou *jurídica*".[59]

A personalidade jurídica consiste na possibilidade de o ser humano ser sujeito nas relações jurídicas; pode ainda ser compreendida como uma qualidade do ser humano.[60]

Existem teorias que visam a explicar o início da personalidade jurídica. Silmara J. A. Chinelato e Almeida identifica três correntes fundamentais na doutrina brasileira. A primeira é a *teoria natalista,* segundo a qual a personalidade jurídica somente se inicia após o nascimento com vida; assim, o nascituro tem apenas expectativa de direitos. Cabe registrar que essa é a teoria adotada no Brasil, segundo o artigo 2° do Código Civil de 2002. A segunda é a *teoria da personalidade condicionada*. Essa teoria condiciona a personalidade jurídica do nascituro a uma

---

[57]ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 157 e 175. A doutrina diferencia *pessoa* de *sujeito de direitos.* Como *pessoa* entende-se aquele indivíduo que tem personalidade jurídica, enquanto *sujeito de direitos* é aquele desprovido de personalidade, porém titular de direitos. Considerando-se as teorias Natalista e da Personalidade Condicionada, o nascituro é considerado sujeito de direitos desde a concepção, porém tem a sua personalidade condicionada ao nascimento com vida.

[58]PESSOA CIVIL. *In:* SILVA, De Palácio e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 1039.

[59]PERSONALIDADE CIVIL. *In*: SILVA, De Palácio e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 1035.

[60]TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LIMA, Raquel Sanchez de. Início da Personalidade Jurídica dos Embriões Fecundados *In Vitro*. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, n. 2, p. 206, jul.-dez. 2005.

condição suspensiva de nascer com vida; assim, os direitos estarão vinculados ao nascimento com vida - uma vez ocorrido, retroagirão à data da concepção. E a terceira é a *teoria concepcionista,* que reconhece personalidade jurídica ao nascituro desde o momento da concepção, vinculando-se pelo simples fato da existência da vida.[61]

Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha, pessoa é aquela que nasce com vida[62]; menciona, ainda, a necessidade de se fazer uma diferenciação entre ser humano e pessoa humana.[63]

Na lição da autora:

> O embrião é, parece-me inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana. Não se lhe nega, contudo, a condição de titularizar direitos que sejam da espécie a que integra desde o primeiro momento de sua existência, vale dizer, desde a concepção.[64]

Divergindo desse entendimento, a doutrinadora Silmara J. A. Chinelato e Almeida, acompanhada por Stela Marcos de Almeida Neves Barbas e Maria Helena Diniz, compartilham da idéia de que a vida começa com a fecundação do óvulo pelo

---

[61]ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 145-46, 148-49 e 158. A autora, muito embora seja adepta da Teoria Concepcionista, reconhece que a Nidação – momento da implantação do óvulo no útero materno – é que garante a sobrevivência do feto. p. 117.

[62]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22-3; Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. Em Defesa da Vida Digna: Constitucionalidade e Legitimidade das Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 248; RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica de Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; DINIZ, Débora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 99.

[63]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22-3. Conforme a autora, "O ser humano é uma unidade viva biopsíquica, integral por sua e em sua natureza, integrada em sua essência de socialidade ou politicidade a cumprir uma história processada em curso contínuo. Pessoa humana faz-se titular de personalidade reconhecida pelo direito pela sua natureza e pela sua biografia de que se encarrega na socialidade que experimenta nesta aventura. A pessoa projeta diferentes dimensões, as quais se compõem, politicamente, em status que se integram e se cumprem para a realização do destino individual e social de cada um e de toda a humanidade".

[64]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 22.

espermatozóide. A partir da concepção, o feto é um ser único, com todos seus caracteres e, dessa forma, um ser humano com uma carga genética própria distinta de sua mãe, momento em que esse passa a ser considerado sujeito de direitos e adquire personalidade jurídica.[65]

No mesmo sentido, Paulo Otero explica que, no momento em que se tutela a vida humana antes do nascimento, permite-se reconhecer uma personalidade jurídica pré-natal. Ressalta que, mesmo que exista dúvida acerca do momento em que a vida inicia, seja ela na concepção ou em outro momento, deve-se aplicar o princípio *in dúbio pro vitae,* ou seja, na dúvida, pela vida.[66]

O nascituro tem direitos desde a concepção. Esclarece Maria Helena Diniz que, se as normas o protegem, é porque tem personalidade jurídica. Na vida intra-uterina, o nascituro tem personalidade jurídica formal[67], relativamente aos direitos da personalidade, e passará a ter personalidade jurídica material[68] no momento em que nascer com vida, ocasião em que será titular dos direitos patrimoniais.[69]

Acrescenta Stela Marcos de Almeida Neves Barbas que, "em cada instante do seu desenvolvimento o nascituro é um ser vivo, um ser distinto do organismo materno que o acolhe e o alimenta". Segundo a autora, o ser vivo é o mesmo ser desde a concepção até a sua velhice. Não existe, dessa forma, uma diferença

---

[65]ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 112 e 161-2. Nesse sentido: BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 67 e 73; DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 30.

[66]OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 35 e 41.

[67]Nesse contexto, a personalidade jurídica formal refere-se ao conjunto de direitos inerentes ao ser humano como personalíssimos.

[68]Personalidade jurídica material relaciona-se com a aquisição dos direitos patrimoniais, que estão vinculados ao nascimento com vida. Nesse sentido, ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 304. "Se é certo que os direitos patrimoniais materiais dependem do nascimento com vida para a plenitude de sua eficácia, notadamente quanto à transmissibilidade, os direitos da personalidade, incondicionais, como o é o direito à vida, direito essencial e primeiro, não dependem daquela condição".

[69]DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 113-14.

qualitativa entre a vida intra-uterina e extra-uterina. O nascimento é apenas o início de uma nova fase, assim como a puberdade, a idade adulta e a velhice.[70]

Explica a referida autora:

> Desde o zigoto (ou seja, o óvulo fecundado) até o nascimento todos os estudos qualificadamente realizados no domínio genético, ecográfico, embriológico ou de comportamento traduzem um contínuo desenvolvimento celular, derivado da expressão das informações memorizadas no genoma específico da espécie humana. E, assim, como ninguém põe em causa que o recém-nascido, o bebê de três meses, a criança de cinco anos, a mulher de trinta ou o idoso de oitenta anos é uma pessoa, também, o zigoto, o embrião e o feto constituem etapas do desenvolvimento de um ser humano que deve ser desde logo respeitado.[71]

Pode-se dizer, ainda, que a condição do nascimento com vida, para a aquisição da personalidade civil, estipulada pelo Código Civil, não é pressuposto para que seja conferida a personalidade jurídica. A partir da concepção, o nascituro tem seus direitos[72] garantidos. Nota-se que somente a pessoa pode ser sujeito de direitos e, sob essa ótica, entende-se que o nascituro é pessoa desde o momento da concepção, merecedor de todo o respeito.[73]

Justificando esse entendimento segue o texto da autora Silmara J. A. Chinelato e Almeida ao dizer que "não há meia personalidade ou personalidade parcial. Mede-se ou quantifica-se a capacidade, não a personalidade. Por isso se afirma que a capacidade é a medida da personalidade. Esta é integral ou não existe".[74]

---

[70]BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 73.

[71]BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998, p. 75.

[72]Nesse contexto, a autora Silmara J. A. Chinelato e Almeida, **Tutela Civil do Nascituro.** São Paulo: Saraiva, 2000, p. 348, afirma que o nascituro tem todos os direitos desde a concepção. Observa que certos direitos se condicionam ao nascimento com vida – notadamente os direitos patrimoniais – mas que o nascituro possui, inclusive, os direitos absolutos da personalidade, como o direito à vida, saúde, integridade física, desde a concepção.

[73]TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LIMA, Raquel Sanchez de. Início da Personalidade Jurídica dos Embriões Fecundados *In Vitro*. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, n. 2, p. 208-9, jul.-dez. 2005.

[74]ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 168.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem manifestado seu entendimento no mesmo sentido. No recurso de apelação número 70002027910[75], o tribunal entendeu em dar provimento por unanimidade à cobrança de seguro-obrigatório resultante da morte de dois nascituros, vítimas de acidente de trânsito, considerando legítima a cobrança do seguro. O voto do Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira (Relator) foi no sentido de que "a personalidade da pessoa humana começa com a própria concepção no ventre materno e não somente a partir do nascimento com vida". No acórdão, sobreveio o entendimento de que o nascituro goza de todos os direitos desde o momento da concepção. Segue parte do voto:

> Procede, pois, o pleito formulado pelos autores, visto que os filhos então concebidos já gozavam, mesmo no ventre da mãe, da condição de pessoas, protegidas pela ordem jurídica, condicionados apenas alguns direitos patrimoniais ao efetivo nascimento com vida.[76]

Essa decisão foi sob a égide do Código Civil de 1916, interpretação dada ao artigo 4º. Cabe registrar que, embora tal decisão tenha sido proferida no ano de 2001, o mesmo entendimento segue com o advento do Código Civil de 2002. O artigo 2°, que trata da personalidade civil, foi modificado. A palavra *homem* foi substituída por *pessoa.*

Não houve mudança na interpretação do referido artigo, como bem demonstra outro acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, inclusive valendo-se da decisão anterior como paradigma sobre a matéria. Trata-se do Recurso de Apelação número 70013935192[77], que acolheu a pretensão dos

---

[75]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação n. 70002027910. 6ª Câmara Cível. Seguro-Obrigatório. Acidente. Abortamento. Direito à percepção da indenização. O nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito apenas à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais. Vera Gleci Chaves e João Doli Dutra Porto. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. **Diário da Justiça** 28 de mar. de 2001.

[76]BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação n. 70002027910. 6ª Câmara Cível. Relator: Des. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. **Diário da Justiça** 28 de mar. de 2001. Trecho do voto do Desembargador relator.

[77]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação n. 70013935192. 8ª Câmara Cível. Certidão de Natimorto. Confecção indeferida em razão da idade gestacional. O conceito de natimorto colhido da medicina – a partir da 22.ª semana de gestação – não pode afastar a pretensão a confecção de certidão de natimorto, se a Legislação Civil – art. 2.º, CC/02 - confere personalidade jurídica ao nascituro desde a concepção. Iolanda Elizabete Carvalho da Silva e Francisco de Assis da Rosa Costa. Relator: Des. José S. Trindade. **Diário da Justiça** 04 de jul. de 2006.

apelantes, pais do natimorto, que pleiteavam a confecção de certidão de óbito do nascituro falecido com quatorze semanas de gestação, vítima de acidente de trânsito. O acórdão foi no sentido de que o nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. A idade gestacional não pode suprir o fato de que existe um nascituro com personalidade jurídica. Reconhecido o direito à certidão de óbito, independente do período da gestação. Entendimento com fulcro no artigo 2° do Código Civil de 2002.

Dessa forma, o direito à inviolabilidade da vida e o direito à dignidade humana não estão vinculados à personalidade jurídica, ou seja, ao nascimento com vida, mas fundam-se na essência humana, como bem leciona o professor Paulo Otero, ao dizer que o direito tutela a vida e a dignidade pela sua natureza humana, independente de o ser humano ter ou não personalidade jurídica.[78]

Nas palavras do autor:

> [...] não é a personalidade que justifica a titularidade de direitos por parte do ser humano, antes é a qualidade de ser humano que envolve a natural titularidade de certos direitos e que, conseqüentemente, justifica o reconhecimento da personalidade jurídica: a personalidade jurídica é sempre uma conseqüência e nunca a causa da titularidade de direitos inatos ao ser humano.[79]

Ainda que existam posicionamentos divergentes acerca da titularidade de direitos do homem, de quando os adquire, ou a partir de que momento este se torna pessoa para o direito, a dignidade humana lhe é inerente desde a sua formação. Nessa ótica, registra-se a lição de Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao mencionar que a condição do embrião, seja como embrião-ser ou embrião-pessoa, não altera a sua essência humana. E somente essa circunstância é fundamento para que a dignidade seja conferida ao homem.[80]

---

[78]OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 33-4 e 36.
[79]OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano**: Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999, p. 44.
[80]ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 24.

Acrescenta-se, ainda, a doutrina de Michael Kloepfer, ao considerar que a proteção à vida e a dignidade da pessoa humana se iniciam no mesmo momento. Esse é o entendimento do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, segundo o autor, ao referir que da instalação do óvulo fecundado no útero – a nidação – se dá o marco inicial da proteção da vida e da dignidade.[81]

Pelo exposto, a doutrina traz a idéia de que a vida e a dignidade iniciam no mesmo momento. Para alguns, com a concepção; para outros, com a nidação. Ainda se pode dizer, conforme a análise feita pelo autor Antonio Jeová dos Santos, que a dignidade surge com a vida e não terá sentido sem ela. Assim, a vida é direito mais elevado na escala axiológica, bem jurídico principal na Constituição Federal.[82]

No mesmo sentido encontra-se o ensinamento de Francisco Gonzales Navarro. Para ele, vida humana é um valor supremo a ser protegido. Assinala que os demais valores somente passam a ter sentido estando em relação com a vida, que é tida como princípio fundante de todo o sistema.[83]

Aliás, Rizzatto Nunes segue a mesma linha e refere que existe uma correlação entre o direito à vida e a dignidade humana. Acrescenta que a vida deve ser garantida, mas uma vida com dignidade.[84]

Para as conclusões a serem lançadas no presente estudo, adotar-se-á a corrente doutrinária que defende que a vida se inicia no momento da concepção, a teoria concepcionista. Entende-se que já existe vida no óvulo recém fecundado, mesmo antes da sua instalação no útero materno.

---

[81]KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 161-62.

[82]SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 42.

[83]NAVARRO, Francisco Gonzales. **El Estado Social y Democratico de Derecho.** Pamplona: EUNSA, 1992. p. 62.

[84]NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 52.

A dignidade do feto tem seu início com a vida e, para efeito da presente análise, com a concepção.

## 1.2 OS EFEITOS DO DIREITO À EXISTÊNCIA DIGNA COM RELAÇÃO AOS PAIS E AO FETO

O direito à vida, previsto no artigo 5°, *caput*, da Constituição Federal de 1988, deve ser compreendido juntamente com a dignidade da pessoa humana, prevista no artigo 1°, inciso III, do texto constitucional. Pode-se dizer, como anteriormente mencionado por alguns autores, que o direito à vida tem como conteúdo a dignidade da pessoa humana, que se concretiza, por sua vez, através dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, cumpre registrar algumas considerações quanto ao significado de viver com dignidade, que é um dos objetivos do presente estudo.

A autora Jussara Maria Moreno Jacintho assinala que existe um mínimo de direitos que devem ser promovidos para que se tenha uma existência digna. Dentre eles, destacam-se os direitos à liberdade de crença, à saúde, à moradia, à alimentação e à educação, os quais compõem o núcleo essencial[85] da dignidade da pessoa humana.[86]

Nessa linha, Ana Paula de Barcellos, em exame da Constituição Federal de 1988, apresenta uma proposta desse mínimo existencial[87], sem o qual, segundo a

---

[85]JACINTHO. Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana**: Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 133. Conforme a autora "Núcleo ou conteúdo essencial de um direito é o centro nervoso dele, ou seja, o complexo de situações, relações e direitos que compõem um determinado direito, que, ao serem afetados, acabam por extingui-los".

[86]JACINTHO. Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana**: Princípio Constitucional. Curitiba: Juruá, 2006, p. 139-40.

[87]BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 118 e 148. Conforme autora, em sua proposta de direitos indispensáveis ao mínimo existencial para a efetivação da dignidade humana, entende que, dentre as categorias dos direitos fundamentais, são os direitos sociais,

autora, o ser humano não alcança um patamar de vida digna. Isso significa direito à educação fundamental, à saúde, à assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Para a autora, seriam esses os direitos correspondentes ao núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. E, nessa qualidade de direitos mínimos essenciais, ganham eficácia positiva, constituindo-se em direitos subjetivos exigíveis diante do Poder Judiciário.[88]

O doutrinador Ricardo Lobo Torres afirma que o mínimo existencial não está expressamente previsto no texto constitucional, mas que o seu conteúdo se relaciona, dentre outros, com os direitos de liberdade e igualdade.[89] Apresenta-se em dupla dimensão: *status* negativo – no sentido de sua proteção contra as intervenções do Estado; *status* positivo - quando promovido mediante prestações positivas.[90]

Sob essa ótica, Ingo Wolfgang Sarlet refere que os direitos fundamentais se dividem em dois grupos: direitos de defesa e os direitos a prestações. O primeiro grupo diz respeito, preponderantemente, a uma conduta negativa, uma abstenção, a não-interferência do Estado e do particular nos direitos de defesa do indivíduo. Pode-se entender, dentre esses direitos, a liberdade, a igualdade, os direitos-garantia, as garantias institucionais, os direitos políticos. Implica uma não-ingerência na esfera da autonomia pessoal.[91] O segundo tem por objetivo, principalmente, uma conduta positiva do Estado ou do destinatário da norma. Esses direitos, pois,

---

econômicos e culturais que constituem condições materiais mínimas que possibilitam uma vida digna.

[88]BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 258.

[89]TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul.-set. 1989, p. 29.

[90]TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, jul.-set. 1989, p. 35.

[91]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 287-88 e 297. O autor refere que os direitos de defesa não se limitam apenas a prestações negativas, podem também ser concretizados através de prestações positivas. O mesmo ocorre com os direitos sociais prestacionais, que podem exigir uma prestação negativa. Nesse contexto, SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In:* _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 38-9, exemplifica com o direito à saúde, que comporta simultaneamente prestações negativas e positivas. No aspecto defensivo (conduta negativa), consiste em uma abstenção, por parte do Estado e de terceiros, para evitar lesão ou ameaça à saúde de outrem; em sua dimensão prestacional (conduta positiva), o Estado tem dever de prestações para a promoção da saúde.

reclamam uma posição ativa do Estado no sentido de prestar e promover o seu conteúdo fundamental.[92]

A dignidade da pessoa humana, conforme tem demonstrado a doutrina, relaciona-se diretamente com o núcleo essencial dos direitos fundamentais – direitos de prestação e de defesa. Notadamente nos direitos prestacionais, tem-se um conjunto de prestações materiais mínimas indispensáveis para que o ser humano tenha uma vida digna. Observa-se que a noção de existência digna não está vinculada apenas ao mínimo vital[93] – sobrevivência física – relaciona-se substancialmente a um conjunto de direitos mínimos que devem ser garantidos para que se tenha uma existência digna.[94]

Nesse contexto, a autora Mariana Filchtiner Figueiredo entende que, entre os bens indispensáveis para constituição do mínimo existencial, está o alimento, a saúde, a educação, a moradia, a segurança, o lazer e a informação. Devem ser promovidos, ainda que de forma mínima, para que se possa fruir da vida com um mínimo de dignidade, liberdade e autonomia.[95]

Ao se referir à eficácia das normas constitucionais que tratam de aspectos materiais da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos leciona que elas assumem uma estrutura de normas-princípios, principalmente aquelas que envolvem prestações positivas. Como normas-princípios, têm característica de fins que são relativamente indeterminados, e os meios para atingi-los apresentam-se de variadas formas. Contudo, existe um conteúdo mínimo que se apresenta com uma estrutura de norma-regra, que é o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana.[96]

---

[92]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 296.

[93]Percebe-se que o autor, ao se referir ao mínimo existencial, trata-o como algo mais do que a mera sobrevivência física, mínimo vital, o que leva a crer que são conceitos diferentes. Pode-se dizer que mínimo vital compõe o existencial, muito embora grande parte da doutrina não faça tal diferenciação.

[94]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 455.

[95]FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 199.

[96]BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 201-02. Conforme a autora,

Ensina o professor Cassiano Menke que o conteúdo de um direito fundamental é composto por um conjunto de bens jurídicos, que buscam atingir um estado ideal de coisas para a realização do direito. Esse estado de coisas pode ser promovido em maior ou menor intensidade. Os bens jurídicos, por sua vez, podem ser agrupados conforme o seu grau de essencialidade. Assim, o conteúdo de um direito fundamental pode ser dividido em três zonas distintas[97], como destacado a seguir.

> A primeira é a dos bens *essenciais,* chamada de zona do núcleo essencial, na qual se encontram os bens indispensáveis à eficácia mínima do direito. A segunda é a zona dos bens importantes, integrada por bens não-essenciais, mas que têm destacada importância para a promoção de um grau mais elevado de eficácia individual ao direito. E a terceira zona é a dos bens supérfluos. Sem a disponibilidade sobre esses bens, o titular do direito deixa de gozar do nível máximo de eficácia. A sua ausência, porém, não afeta em nada a eficácia do direito no seu nível mínimo.[98]

O texto constitucional traz, em seu artigo 7°, inciso IV, alguns dos bens que constituem o mínimo das necessidades vitais básicas, sem os quais não poderia se ter uma vida considerada digna, a saber: moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social.

Nessa perspectiva, a construção do núcleo essencial do direito à existência digna resulta da identificação dos bens necessários quantitativa e qualitativamente

---

quando a norma constitucional afirma que o Estado deve erradicar a pobreza, implantando programas de moradia ou dando incentivo à iniciativa privada na geração de empregos, todos os meios são relativamente aptos para se atingir o objetivo da erradicação da pobreza. De outro lado, ninguém terá dúvidas de que uma pessoa que mora sob uma marquise ou uma ponte é uma pessoa desamparada e que vive em uma situação na qual tem sua dignidade violada, residindo aí o consenso acerca do mínimo existencial.

[97]MENKE, Cassiano. **A Proibição aos Efeitos de Confisco no Direito Tributário.** Porto Alegre: UFRGS, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 140-41.

[98]MENKE, Cassiano. **A Proibição aos Efeitos de Confisco no Direito Tributário.** Porto Alegre: UFRGS, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 140.

para a produção da eficácia mínima do direito. A ausência de um dos bens considerados essenciais tornará o direito ineficaz.[99]

Pode-se sugerir que os bens essenciais à promoção da existência digna são: a integridade físico-corporal; possibilidade de acesso à justiça; moradia individual e familiar; alimentação; aquisição dos serviços essenciais à moradia, tais como energia elétrica, água, saneamento, bem como dos bens da mesma natureza, como geladeira, fogão, mobília essencial, etc.; educação até o nível do ensino fundamental; proteção da saúde; lazer; vestuário básico; higiene; transporte; previdência social; liberdade de exercício de trabalho; liberdade de locomoção; proteção dos dados sigilosos, etc.[100]

Daniel Sarmento manifesta-se no sentido de que o Poder Judiciário deve assegurar, mesmo que contrariamente à vontade dos poderes políticos, o conteúdo básico dos direitos fundamentais prestacionais, pois esses constituem o mínimo para que o ser humano tenha uma vida digna.[101]

Em análise mais específica, pode-se dizer que, quando o Estado não autoriza a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, viola o direito fundamental à saúde da gestante e, conseqüentemente, a sua dignidade, uma vez que a saúde constitui o mínimo dos direitos essenciais à vida digna.[102]

O direito à saúde encontra-se previsto como um direito social no artigo 6°, *caput*, da Constituição Federal. Em análise do texto constitucional, mais

---

[99]MENKE, Cassiano. **A Proibição aos Efeitos de Confisco no Direito Tributário.** Porto Alegre: UFRGS, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 103-4.

[100]MENKE, Cassiano. **A Proibição aos Efeitos de Confisco no Direito Tributário.** Porto Alegre: UFRGS, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006, p. 105-6.

[101]SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In*: _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 38.

[102]FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. *In*: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 139.

precisamente do artigo 196, a saúde apresenta-se como um direito a prestações por parte do Estado. Quanto maior a promoção do direito, mais se aproxima do estado ideal de coisas, o que conseqüentemente torna o direito mais eficaz.

Assim dispõe o texto do artigo 196 Constituição Federal:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.[103]

O Brasil, como um dos signatários da Organização Mundial da Saúde, utiliza uma definição de que "saúde é um estado de completo bem-estar físico-mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade".[104]

Trata-se de conceito que considera a saúde de forma negativa e positiva. A primeira forma relaciona-se à ausência de doenças e enfermidades, enquanto a segunda diz respeito à qualidade de vida. A saúde consiste não somente no aspecto preventivo, mas uma saúde efetiva e concreta.[105]

O direito fundamental à saúde realiza-se através de um conjunto de bens jurídicos essenciais[106], que visam a promover um estado ideal de coisas para que esse direito se torne eficaz.

---

[103]BRASIL. Constituição (1988) . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 196, *caput*.

[104]FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. *In*: _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 139. Em observação a definição da Organização Mundial da Saúde – OMS - Preâmbulo.

[105]FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 82. *Apud* SCHWARTZ, Germano André Doederlein. Direito à Vida: efetivação em uma perspectiva sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

[106]FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 208. *Apud* GELIS FILHO, Antonio. Globalização, Serviços de saúde e direito internacional. Revista de Direito Sanitário, v. 2, n.3, p. 65, nov. 2001. "As obrigações que constituem esse patamar mínimo concretizam oito elementos principais sobre as ações de efetivação do direito à saúde: educação sobre os problemas prevalentes de saúde e sobre os métodos de preveni-los e controlá-los; provisão de adequados suprimentos de alimentos e nutrição adequada; suprimento de água e saneamento básico; cuidados com as crianças e com as mães, incluindo-se o planejamento familiar; imunização contra

A saúde não se resume unicamente na ausência de doença ou enfermidade, mas é também um completo bem-estar físico-mental e social. Dessa forma, a saúde da gestante, por exemplo, é violada tanto na forma física, como na psíquica. A primeira é caracterizada pela gravidez de risco, que é a que envolve uma criança anencefálica, gerando várias complicações tanto no período gestacional, como no momento do parto. No que tange à forma psíquica, relaciona-se ao de essa mulher conviver com tal situação durante todo o período gestacional.[107]

Portanto, é preciso considerar que a integridade física e a psíquica fazem parte do conteúdo do direito fundamental à existência digna.

Daniel Sarmento, ao falar sobre o direito à saúde, menciona que ele envolve simultaneamente prestações positivas e negativas. No aspecto de condutas negativas, impõe ao Estado e ao terceiro a não-realização de condutas que venham interferir, lesar ou ameaçar a saúde do titular daquele direito. Já na dimensão prestacional, cabe ao Estado o dever a prestações materiais aos indivíduos para que tenham promovido seu direito à saúde.[108]

No entanto, analisando o caso das gestantes de fetos anencéfalos, verifica-se que existe uma interferência do Estado no momento em que esse impõe à gestante o dever de levar ao final uma gestação frustrada e sem sucesso, uma gestação que trará prejuízos à sua saúde, colocando sua vida em risco.

Nesse caso, verifica-se que o Estado deve desempenhar o seu papel, assegurando aos indivíduos, seja através de condutas negativas ou positivas, a efetivação de tais direitos, pois constituem um mínimo a ser alcançado para que a

---

as principais doenças infecciosas; prevenção e controle de doenças endêmicas; tratamento adequado de doenças e lesões comuns; e fornecimento de medicamentos essenciais".

[107]FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 139-40.

[108]SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In*: _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 38-9.

gestante tenha uma vida com dignidade. Deve-se facultar a esta o direito de optar pela interrupção da gestação, quando diagnosticada a anencefalia. Mostra-se de fundamental importância um respaldo jurídico, para que se torne efetivo o que já se tem observado na jurisprudência nos últimos quinze anos.[109]

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Recurso de Apelação Crime n° 70005037072, decidiu quanto à matéria:

> APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO.
> A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível à sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna.
> Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, *pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra-uterina e implica gravidez de alto risco.*
> No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, *mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, à vida da gestante.*
> Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso I, do Código Penal. Decisão unânime.[110] (grifei)

Entendeu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a antecipação do parto, no caso da gestação de anencéfalo, pode ser perfeitamente enquadrada no artigo 128, inciso I, do Código Penal, ou seja, o aborto terapêutico: "estamos tratando da autorização de um aborto indiscutivelmente terapêutico, isto é, legal, que visa, em última análise, resguardar sim a integridade física da gestante, melhor dizendo, salvar a sua vida".[111]

---

[109]GOLLOP, Thomaz Rafael. Riscos Graves à Saúde da Mulher. *In:* ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 27.

[110]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação n. 70005037072. 3ª Câmara Criminal. Patrícia Rodrigues da Silva e Ailton Rodrigues da Silva. Relator: Des. José Antonio Hirt Preiss. **Diário da Justiça** 12 de Set. de 2002.

[111]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação n. 70005037072. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Antonio Hirt Preiss. **Diário da Justiça** 12 de Set. de 2002. Parte do Voto do Desembargador Relator.

O aborto terapêutico, segundo Guilherme de Souza Nucci, diz respeito a uma hipótese específica do estado de necessidade. Existe um conflito entre dois bens, vida da gestante e vida do feto. Afirma o autor que o direito faz clara opção pelo prevalecimento da vida da mãe.[112]

Note-se que o referido artigo deve ser interpretado à luz do conceito acima firmado. Isto é, salvar a vida da gestante significa preservar a eficácia mínima do direito à vida com dignidade. Pode-se dizer, ainda, que o legislador, diante de um conflito de direitos fundamentais - vida -, deu preferência pela preservação da vida da gestante, optou pela prevalência de uma vida certa e viável.

Ainda, paralelamente, do ponto de vista psicológico, não se pode deixar de lembrar que a autorização para a interrupção da gestação preserva a saúde mental e emocional da gestante. Afasta o sofrimento e a convivência diária com a gestação de uma criança que, com toda certeza, não sobreviverá, e mais, a angústia pela espera do parto, que ela sabe que será difícil e de alto risco, podendo até mesmo causar a sua morte.[113]

No Brasil, existe uma pluralidade de entendimentos quanto a esse assunto, não se tem uma norma embasadora para a prática da conduta de antecipação do parto. Assim, cada juiz julga de acordo com suas próprias convicções e essas variam significativamente.[114] Enquanto algumas mulheres conseguem garantir seu direito perante o judiciário, outras ficam desamparadas pela falta de previsão legal e, conseqüentemente, tendo que se conformar com a interpretação do julgador. Esse fato gera, por conseguinte, uma desigualdade jurídica quando da análise do caso concreto. A falta de previsão legal, que autorize a antecipação do parto nesses casos, coloca pessoas em situação de desigualdade. As gestantes de fetos

---

[112]BRASIL, **Código Penal Comentado**. Organização de textos, notas remissivas e índices por Guilherme de Souza Nucci. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 570.

[113]BRASIL, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Recurso de Apelação N. 70005037072. 3ª Câmara Criminal. Relator: Des. José Antonio Hirt Preiss. **Diário da Justiça** 12 de Set. de 2002. Texto desenvolvido através do voto do Des. Relator.

[114]FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 158.

anencéfalos compartilham de uma mesma situação, contudo, recebem tratamento diferenciado visto a diversas interpretações em análise ao caso concreto. Verifica-se, dessa forma, a violação da sua dignidade, como lembra Ingo Wolfgang Sarlet, ao dizer que dignidade da pessoa humana guarda correspondência com a segurança jurídica.[115]

Ainda cumpre referir que a existência digna deve ser analisada à luz da vida em família, pois esta foi reconhecida, pela Constituição Federal, como instituição dotada de dignidade, a qual se personifica nos seus membros. Nesse sentido é o texto do artigo 226, § 7º:

> Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.[116]

O direito à existência digna pertence a todos de igual forma, mais especificamente nesse estudo, à gestante, ao feto e à família, como pessoas humanas, têm os mesmos direitos. Luis Fernando Barzotto, ao falar da justiça social, diz que essa consiste em proporcionar o bem comum a todos, de igual forma. A existência digna significa a vida humana realizada, ou seja, uma vida boa. Considera, ainda, o indivíduo como titular de direitos apenas pela sua condição de pessoa humana, por pertencer a uma comunidade. Nesse sentido, ao indivíduo são devidos todos os bens necessários para sua plena realização, isto é, em todas as dimensões. Uma comunidade fundada no princípio da dignidade humana é aquela que tem um consenso sobre o significado do que é ter uma vida boa, acolhe determinados bens como a liberdade, saúde, etc.[117] Pode-se dizer, então, que a vida boa é a vida com dignidade.

---

[115]SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 436.

[116]BRASIL. Constituição (1988) . **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Artigo 226, § 7º.

[117]BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social**. Revista Jurídica. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 22 Mai. de 2007.

A violação da dignidade não se esgota na violação do direito fundamental à saúde. Verifica-se, dentre os direitos envolvidos, direitos que foram explicitamente citados na liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio, no Supremo Tribunal Federal, na Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54 - ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde.

Segue parte da fundamentação da referida liminar:

> [...] Então, manter-se a gestação resulta em impor *à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica*, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. 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 do aborto – *que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade* [...]. [118] (grifei)

Para efeitos de uma existência digna, deve-se ter presente um conjunto mínimo de direitos que possibilitem ao indivíduo uma vida com um mínimo de dignidade. Esse mínimo é que permitirá que o ser humano se realize como pessoa, pois, sem esses direitos, a existência digna perde sua eficácia.

Verifica-se, diante do presente estudo, utilizando-se do que anteriormente foi afirmado pela doutrina, que o viver com dignidade compreende mais do que mera sobrevivência física. Ele abrange um conjunto de bens imprescindíveis, os quais dão qualidade à vida do indivíduo. O feto anencéfalo possui reconhecimento jurídico de um ser humano, o que lhe garante direito à vida e à dignidade como à sua mãe. Contudo, deve-se ter presente que esse feto não conseguirá sobreviver após o nascimento, pois não possui o mínimo vital, capacidade física para dotar o seu direito de um mínimo de eficácia, diante dessa condição, sequer conseguirá ter uma existência digna.

---

[118]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF-54 – Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Decisão Liminar. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Diário da Justiça**. n. 147 - 02 de Ago. de 2004.

# 2 ABORTO EM CASO DE FETOS ANENCÉFALOS

## 2.1 O ABORTO E A ANENCEFALIA

A vida não é um direito absoluto. A legislação brasileira permite o aborto nos casos previstos no artigo 128, incisos I e II do Código Penal. São circunstâncias excepcionais, as quais visam a preservar a vida digna da gestante. [119]

A hipótese prevista no inciso I do referido artigo dispõe sobre a antecipação terapêutica do parto. [120] O aborto terapêutico consiste na interrupção voluntária de uma gestação quando existe risco à saúde mental ou física da gestante, ou ainda, em casos de risco de vida. [121]

---

[119]BRASIL, **Código Penal Comentado**. Organização de textos, notas remissivas e índices por Guilherme de Souza Nucci. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 570. Artigo 128: "Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

[120]BRASIL, **Código Penal Comentado**. Organização de textos, notas remissivas e índices por Guilherme de Souza Nucci. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 570.

[121]ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 90.

A segunda hipótese diz respeito ao aborto sentimental. Este acarreta a ausência de punibilidade quando envolve a gestação decorrente de estupro. Em nome da dignidade humana da gestante, permite-se a abreviação da vida do feto. [122]

A relativização da vida do feto e a preservação da dignidade humana da gestante mostram-se claras na jurisprudência.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento n° 70018163246, examinou a matéria. O Ministério Público interpôs o recurso visando à reforma da decisão que indeferiu a autorização para interrupção de gravidez decorrente de estupro. Argumentou tratar-se de hipótese prevista no artigo 128 do Código Penal, ou seja, aborto sentimental. O Desembargador Marcelo Bandeira Pereira (Relator), em seu voto, mencionou que não existem valores absolutos. A legislação brasileira permite a abreviação da vida em algumas hipóteses. Mencionou que a matéria trazida em recurso tratava de uma das hipóteses permissivas do artigo 128 do Código Penal. Afirmou, ainda, que a vida do feto bem pode ser relativizada diante da dignidade humana da gestante vítima de estupro. E, nesse sentido, é de se autorizar o perecimento do feto, uma vez que a lei opta pelo direito fundamental já existente em detrimento do direito à inviolabilidade da vida do feto. [123]

Muito embora não esteja prevista na legislação brasileira a possibilidade de interrupção da gestação envolvendo fetos anencéfalos, verifica-se a existência de várias autorizações do Judiciário nesse sentido. A edição do Código Penal é de 1940; nota-se que, nesse período, não se dispunha da tecnologia de que se dispõe atualmente. A anencefalia pode ser diagnosticada com precisão em 100% dos casos, através do exame de ecografia. [124] Percebe-se, contudo, que o legislador,

---

[122]BRASIL, **Código Penal Comentado**. Organização de textos, notas remissivas e índices por Guilherme de Souza Nucci. 7ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 570-71.

[123]BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Aborto Sentimental. *Conflito que se estabelece entre os valores vida (do feto) e dignidade humana (da gestante)*. Adolescente com severas deficiências mentais que se viu submetida a relações sexuais com o próprio tio e padrasto, que detinha sua guarda formal, do que resultou a gravidez. Revogação da guarda que conferiu ao Ministério Público, pela falta de representante legal, legitimidade para atuar em seu nome. Agravo de Instrumento n. 70018163246. Câmara Medidas Urgentes Criminal. Ministério Público. Relator: Des. Marcelo Bandeira Pereira. **Diário da Justiça** 08 de jan. de 2007. (grifei)

[124]ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 85.

mesmo na data da edição do Código Penal, conferiu proteção à dignidade da mulher. Importante registrar que existem divergências na interpretação do artigo 128 do Código Penal. Alguns fazem a leitura evolutiva do dispositivo, enquanto outros ficam vinculados ao texto da lei.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Recurso de Apelação Criminal n. 70011400355, manifestou-se quanto à interrupção da gravidez de feto anencéfalo. A Desembargadora Elba Aparecida Nicolli Bastos (relatora), em análise a matéria, referiu que, ainda que tal situação não se configure nas excludentes de ilicitude do artigo 128 do Código Penal, é perfeitamente aceitável a aplicação da excludente de culpabilidade e da inexigibilidade de conduta diversa. E, assim, o Tribunal entendeu em dar provimento ao recurso por unanimidade. [125]

Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de Goiás decidiu de forma diferente. Negou provimento, por unanimidade, ao Recurso de Apelação Criminal n. 30679-3/213, que buscava a reforma da decisão que indeferiu a solicitação para interromper uma gravidez que envolvia um feto com anencefalia. O Desembargador Huygens Bandeira de Melo (relator), em seu voto, entendeu não ser adequado, nesses casos, aplicar-se, por analogia, as hipóteses permissivas do aborto, contidas no artigo 128, incisos I e II do Código Penal. E, nesse sentido, decidiu ser incabível a

[125]BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. APELAÇÃO CRIME – ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO – INDEFERIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DISPOSIÇÃO EXPRESSA - CAUSA SUPRALEGAL DE INEXIGIBILIDADE DE OUTRA CONDUTA – ANENCEFALIA - IMPOSSIBILIDADE DE VIDA AUTÔNOMA. O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (Artigo 128, I, II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de *inexigibilidade de outra conduta.* Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencéfalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supralegal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. Provido. Recurso de Apelação Criminal n. 70011400355. 3ª Câmara Criminal. Leandra Ganbin. Relatora: Des. Elba Aparecida Nicolli Bastos. **Diário da Justiça** 10 Mai. de 2005.

autorização judicial para o aborto em situações que não as previstas na legislação criminal. [126]

Nota-se que esse entendimento é minoritário. Importante mencionar que tal acórdão foi fundamentado na decisão do Superior Tribunal de Justiça, o qual se manifestou contrário ao aborto no caso da anencefalia. Contudo, verifica-se que o entendimento majoritário da jurisprudência é no sentido de autorizar a antecipação do parto nesses casos.

Da apreciação feita pelo Superior Tribunal de Justiça, segue parte do voto da Ministra Laurita Vaz:

> [...] Contudo, é fato inarredável que a situação posta nos autos não está expressa na Lei Penal deste País como hipótese em que o aborto é autorizado. É certo que o trabalho do jurista, mormente o do Magistrado, não deve ficar engessado nas letras frias da Lei. Espera-se mesmo que o Juiz não seja um mero expectador das mudanças da vida cotidiana, mas, sim, um efetivo membro da sociedade, apto a exercer sua jurisdição com bom senso e equilíbrio, sempre buscando uma exegese consentânea com a realidade em que vive. Não se pode olvidar, entretanto, que há de se erigir limites. E estes hão de ser encontrados na própria Lei, sob pena de se abrir espaço à odiosa arbitrariedade.
>
> A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse caso, o princípio da reserva legal.
>
> Com efeito, o Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta nos autos originários é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que, insisto, fora excluída de forma propositada pelo Legislador. Deve-se deixar a discussão acerca da correção ou incorreção das normas que devem viger no País para o foro adequado para debate e deliberação sobre o tema, qual seja, o Parlamento [...]. [127]

---

[126] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. APELAÇÃO CRIMINAL. Autorização para interrupção de gravidez. “Aborto eugênico”. Anencefalia comprovada. Ausência de previsão legal para o deferimento do pedido. Sentença confirmada. I – A vida, bem maior, é assim tutelada pela Constituição Federal e pela legislação penal, portanto, deve ser preservada, *permitindo-se o aborto somente nas hipóteses legais, especificamente previstas, que não comportam interpretação analógica, em face do princípio da reserva legal.* II – Destarte, à míngua de expressa previsão legal, e, por outro lado, porque descabida interpretação analógica na espécie, impõe-se a confirmação da sentença que indeferiu pedido de autorização judicial para interrupção de gravidez, em que comprovado ser o feto portador de anencefalia. Apelo conhecido e improvido. Recurso de Apelação Criminal n. 30679-3/213. 1ª Câmara Criminal. Ludmila Ribeiro de Oliveira. Relator: Des. Huygens Bandeira de Melo. **Diário da Justiça** n. 14962 de 19 Mar. de 2007. (grifei)

[127] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159. 5ª Turma. Relatora: Laurita Vaz. **Diário da Justiça** 22 Mar. de 2004. Trecho do voto da Ministra relatora.

Tal entendimento deu origem a críticas por parte da doutrina. Debora Diniz, em seu artigo “Quando a Justiça tortura as mulheres”, menciona que o Superior Tribunal de Justiça cometeu um dos mais graves erros em seu voto ao confundir inviabilidade fetal com deficiência. Existe um grande número de pessoas deficientes no Brasil, contudo, dentre elas, não encontra-se nenhuma criança ou adulto com anencefalia, ou seja, ela é incompatível com a vida. [128]

Em análise ao *Habeas Corpus* concedido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no tocante à matéria discutida, houve entendimento de tratar-se de estado de necessidade.

> "HABEAS CORPUS". ANENCEFALIA. ALVARÁ DE AUTORIZAÇÃO PARA INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. Presença do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora". Feto portador de anencefalia, observada a presença de diversas anomalias. A Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, vinculado à Fundação Oswaldo Cruz, emitiu parecer favorável à interrupção da gravidez, por se tratar de concepto portador de graves e más formações no sistema nervoso central, incompatíveis com a vida extra-uterina, tornando a gestação freqüentemente complicada por polidramia, que acarreta graves conseqüências à saúde da gestante. Precedentes jurisprudenciais. *A intervenção se faz necessária, justificada a realização da intervenção cirúrgica para remoção de feto anencefálico pelo estado de necessidade, reconhecendo-se o perigo de grave dano a pessoa, em face das conseqüências morais, familiares e sociais do parto.* Conduta atípica por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado. Ordem concedida. [129] (grifei)

Debora Diniz entende que o indeferimento dos pedidos de autorização para antecipação do parto resulta do argumento de que o Brasil não reconhece a anomalia fetal incompatível com a vida – anencefalia – como uma excludente de penalidade. A fundamentação também considera o caráter inviolável da vida humana - a santidade da vida - não podendo esta ser objeto da intervenção humana.

---

[128]DINIZ, Debora. Quando a Justiça tortura as mulheres. *In*: COSTA, Sérgio; _____. **Ensaios:** Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 136.

[129]BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n. 2004.059.06681. 8ª Câmara Criminal. Relator: Des. Suely Lopes Magalhães. **Diário da Justiça** 27 Jan. de 2005.

Argumenta-se ainda acerca do risco de mudança de comportamentos e valores na sociedade. [130]

Nesse contexto, Ronald Dworkin menciona que o debate sobre o aborto se vincula ao valor intrínseco da vida humana e não aos direitos ou interesses do feto. As pessoas compartilham explícita ou intuitivamente da idéia de que a vida humana guarda um valor intrínseco, independente de seu valor pessoal. Dessa forma, a divergência encontra-se focada na correta interpretação do que seria esse valor intrínseco, das diferentes concepções sobre a vida e a morte. A vida é intrinsecamente valiosa de diversas maneiras. O aborto torna-se reprovável, não por violar os interesses e direitos do embrião, mas por se acreditar na existência de um valor intrínseco já no embrião recém fecundado.[131]

Debora Diniz menciona que a antecipação terapêutica do parto não tem como objetivo autorizar o aborto no Brasil, uma vez que se trata de um feto sem expectativa de vida extra-uterina. Suas razões consistem no bem-estar psicológico, na estabilidade afetiva dos futuros pais, na harmonia familiar e na integridade física da gestante.[132]

O fato de se gerar um feto com anomalia pode refletir de diversas formas na vida das mulheres. O recebimento do diagnóstico da doença que, com certeza, trará, inevitavelmente, a morte da criança, pode repercutir de forma diferente entre as gestantes. O comportamento e o sentimento do ser humano diante de situações como essa são relativos. Cada gestante vai administrar o diagnóstico do feto inviável de uma forma diferente. Quanto ao aspecto psicológico, pode-se dizer que algumas se conformam com a sua situação e não têm, de forma alguma, a intenção de colocar um fim à gravidez, aguardando o processo natural da gestação. Outras, e aqui se concentram a maioria, entram em desespero e não conseguem conviver

---

[130]DINIZ, Debora. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 66-8.

[131]DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 48 e 94-8.

[132]DINIZ, Debora. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In:* _____; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 79.

normalmente com a situação a que estão submetidas. Equiparam à tortura o fato de terem de conviver com os movimentos e com o crescimento de um ser que está condenado à morte. [133]

Em geral, o aborto é considerado crime. O Estado visa a proteger a potencialidade de vida extra-uterina. Em se tratando de fetos anencéfalos, nota-se que inexiste essa potencialidade de vida pós-parto. A vida desse ser é inviável. Assim, a interrupção da gestação, nesses casos, não se enquadra no tipo penal. A ausência de potencialidade de vida extra-uterina e a morte inevitável do feto tornam a conduta atípica. [134]

Cumpre registrar a existência de posicionamentos que consideram o feto anencéfalo um natimorto cerebral. Observa essa doutrina[135] que a legislação brasileira adota como conceito de morte o disposto no artigo 16 do Decreto n° 2.268[136], que regulamenta a Lei n° 9.434/97, a qual trata sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, tendo como diagnóstico de morte a ausência de atividade cerebral. Consideram,

---

[133]HOROVITZ, Dafne. Um Caixão Ambulante. *In*: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 29.

[134]ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 83. Nesse sentido, BARROSO, Luís Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: Dois Temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 101, jul.-set. 2005.

[135]Dentre outros, FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: Uma Análise Constitucional. *In:* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 157; BARROSO, Luís Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: Dois Temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 101, jul.-set. 2005; BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. **Revista Jurídica,** Sapucaia do Sul, n. 327, p. 89, jan. 2005; RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; DINIZ, Débora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 102.

[136]BRASIL. Decreto n° 2.268, de 30 de junho de 1997 - regulamenta a **Lei 9.434**, de 04 de fevereiro de 1997. Remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de Transplante e Tratamento. Artigo 16: "A retirada de tecidos, órgãos e partes poderá ser efetuada no corpo de pessoas com morte encefálica".

dessa forma, que a gestante de um anencéfalo carrega um ser considerado legalmente morto, fato que por si só legitima a antecipação do parto. [137]

Esse fundamento foi utilizado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na concessão da ordem de *Habeas Corpus* para autorizar a interrupção da gestação envolvendo feto anencéfalo.

> HABEAS CORPUS. ABORTO. FETO ANENCEFÁLICO. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco a locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. *Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia.* Ademais, à luz do principio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do aborto, "in casu", *pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3, da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica*. Concessão da ordem. [138] (grifei)

O interesse social em preservar a gravidez funda-se na expectativa de uma vida que surgirá após o período gestacional. Em se tratando da anencefalia, tal expectativa não existe. E, assim, a interrupção da gestação não se enquadra no tipo penal do aborto, uma vez que não há bem jurídico a ser preservado. Diante das circunstâncias, deve-se ater à pessoa da gestante, preservando-lhe sua integridade física e psicológica. [139]

---

[137]TOURINHO, Arx. A Antecipação de Parto não Ofende a Ordem Jurídica Brasileira. *In:* ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 58.

[138]BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus n. 2003.059.05355. 5ª Câmara Criminal. Relator: Des. Marly Macedonio Franca. **Diário da Justiça** 16 de Dez. de 2003.

[139]RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; DINIZ, Debora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 104.

No entanto, mesmo que se considerasse um ilícito penal, entende Paulo César Busato que é perfeitamente viável fazer uma analogia do aspecto psicológico envolvendo a gestante de um feto anencéfalo com o disposto no artigo 128, inciso II do Código Penal, que prevê a impunibilidade, pela prática do aborto decorrente de estupro. Trata esse inciso da questão psicológica da gestante. Nesse aspecto, nota-se que essas duas situações produzem semelhante aflição psicológica à mulher. A primeira representa um sofrimento quanto a lembranças traumáticas que deram origem à gravidez: o estupro. A segunda traz uma aflição diária e contínua, decorrente da convivência e do desenvolvimento de um ser que, certamente, não sobreviverá. [140]

Deve-se, assim, fazer um paralelo entre as duas situações. Se o legislador da época do Código Penal permitiu a interrupção da gravidez de um feto viável para poder preservar a saúde mental da gestante, mais razões existem para se interromper a gravidez de um feto inviável e que pode afetar de igual forma a sua saúde. [141]

Diante do exposto, cumpre registrar a existência de entendimentos contrários à antecipação a gestação, como é o de Maria Helena Diniz, ao referir que vida intra-uterina ou extra-uterina tem o mesmo valor, não existe diferenciação de tratamento quanto ao seu caráter absoluto e inviolável. Embora se constate ser o feto portador de alguma anomalia, esse fato não outorga o direito à mãe de dispor da vida ali existente, ainda que aquele esteja destinado irremediavelmente à morte, como é o caso de fetos portadores de anencefalia. A legislação brasileira excluiu a punibilidade pela prática do aborto em duas situações, conforme disposto no artigo 128 e seus incisos I e II do Código Penal[142]. A interrupção da gravidez por anencefalia não está prevista em nenhuma das hipóteses de aborto legal e, assim,

---

[140]BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. **Revista Jurídica,** Sapucaia do Sul, n. 327, p. 86 e 97, jan. 2005.

[141]RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In:* _____; DINIZ, Débora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 118-19.

[142]BRASIL. **Código Penal.** Decreto Lei nº 2.848 de 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm> Artigo 128: "Não se pune o aborto provocado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal".

não encontra respaldo na legislação penal, não podendo a gestante dispor da vida do feto. [143]

No entanto, esse não é o entendimento majoritário no Brasil. A maior parte da doutrina compreende que a antecipação do parto, no caso de fetos anencéfalos, deve ser permitida. Divergem, contudo, os doutrinadores quanto à forma de interpretação. Existem entendimentos no sentido de que essa conduta não forma o tipo penal do aborto. Outros escrevem no sentido de que pode ser feita aplicação analógica das hipóteses permissivas do Código Penal. Ainda existe registro de que se trata de hipótese de estado de necessidade e inexigibilidade de conduta diversa.

O Brasil, segundo dados estatísticos da Organização Mundial da Saúde, ocupa a quarta posição na ocorrência de gestação de fetos anencéfalos. Esses dados demonstram o grande crescimento na ocorrência da doença, sendo que, a cada dez mil gestações levadas a termo, cerca de nove são de fetos portadores de anencefalia. [144]

A anencefalia é definida pela Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero como:

> [...] uma má-formação incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não fechou o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. [145]

A anencefalia pode ser diagnosticada a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação, através do exame de ultra-sonografia. Consiste numa má-formação congênita, caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a

---

[143]DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 51-4.

[144]MEDEIROS, Marcelo. Anencefalia no Brasil: o que os dados mundiais revelam? *In*: ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 21.

[145]ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 85.

formação embrionária. Nota-se que o maior número de ocorrências se manifesta em fetos femininos, pois parece estar vinculada ao cromossomo "X". As mulheres diabéticas têm maior possibilidade de gerar filhos com esse problema, assim como as gestantes muito jovens e as com a idade mais avançada. Outros fatores também podem influenciar. O ambiente em que a gestante está inserida, como, por exemplo, exposição a produtos químicos nos primeiros dias de gestação, irradiações, alcoolismo e tabagismo. Tem-se, porém, como maior causa a deficiência materna de ácido fólico. [146]

Diaulas Costa Ribeiro afirma que a anencefalia é o exemplo mais comum de má-formação incompatível com a vida extra-uterina, uma vez que

> Na anencefalia, não há estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), havendo apenas tronco cerebral. Há ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal. [...]. [147]

O Dr. Thomaz Rafael Gollop, médico obstetra especialista em medicina fetal, afirma:

> Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo

---

[146]NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia**: Posição da Febrasgo. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm> Acesso em: 01 mai. 2007. Segundo ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 90: "Ácido fólico é uma vitamina que faz parte do complexo B. A Medicina acredita que alterações no metabolismo do ácido fólico possam estar associadas a defeitos de fechamento do tubo neural. No Brasil, o ácido fólico foi adicionado à farinha como estratégia preventiva do Ministério da Saúde".

[147]RIBEIRO, Diaulas Costa. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; DINIZ, Débora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 101-02.

> cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero [...]. [148]

Nesse contexto, acrescenta o Dr. Jorge Andalaft Neto que os riscos ocorrem tanto no período gestacional, como no momento do parto. Levando-se em conta o risco de um parto normal, aumenta-se em 22% quando se trata de um parto envolvendo um feto anencéfalo, devido às complicações decorrentes da deformidade do feto. Esses fetos não possuem a caixa craniana formada e, conseqüentemente, não se encaixam de forma adequada na hora do parto, apresentam-se sentados ou atravessados, gerando, assim, grande risco à vida da mulher. O período de duração de um parto normal é de seis horas, enquanto um parto de um feto anencéfalo costuma durar em torno de quatorze a dezesseis horas. O médico lembra, ainda, que não existe tratamento para esses fetos, pois não há cura para a anencefalia. [149]

Daniel Sarmento entende que a Constituição tutela a vida pré-natal. Por sua vez, diante do risco de vida da gestante, deve-se facultar a esta o direito de interromper a gestação, sob pena de se estar comprometendo a sua saúde física e psíquica. [150]

Segundo Luís Roberto Barroso, existe, na verdade, um desacordo moral razoável, ou seja, uma ausência de consenso entre posições que falam sobre a situação dos fetos anencéfalos acerca da violação do direito à vida e da dignidade. O senso moral de cada indivíduo envolve vários elementos, como, por exemplo, a sua consciência e definição de seus valores, assim como a percepção do outro e o respeito pela sua conduta. Contudo, diante da falta desse consenso, deve-se adotar uma postura ética. O Estado deve assegurar, nessa situação, o exercício da

---

[148]GOLLOP, Thomaz Rafael. Riscos Graves à Saúde da Mulher. *In:* ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 27.

[149]NETO, Jorge Andalaft. O Fim da Peregrinação. *In:* ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 30.

[150]SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In*: _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 40.

autonomia privada, e respeitar a valoração ética de cada indivíduo, sem a imposição de condutas.[151]

A questão acima estudada implica um conflito de valores a ser solucionado pelo operador do Direito: existência digna do feto e existência digna da gestante e da família.

Considerando as divergências e as diversas interpretações, a seguir, analisar-se-á o conflito de normas e a interpretação do dispositivo legal anteriormente mencionado à luz dos preceitos constitucionais.

## 2.2 CONFLITO DE NORMAS E A INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 128 DO CÓDIGO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Nesse momento, o objetivo é analisar o conflito entre o direito a existência digna do feto em relação à existência digna da gestante e da família. A proteção da existência digna da gestante requer o sacrifício do direito a existência digna do feto.

Como anteriormente mencionado, a existência digna consiste no viver com dignidade, ou seja, abrange, além da existência física, uma combinação de direitos mínimos que possibilitem uma existência também com um mínimo de dignidade.

O Estado Democrático de Direito confere ao indivíduo o direito à existência digna. Pode-se utilizar o referido por Francisco Gonzales Navarro, ao afirmar que esse direito assume algumas características, as quais o definem como tal: a vida como um valor supremo, em que os homens são membros da mesma família - a família humana - e certos direitos são inerentes ao homem e nascem com ele. [152]

---

[151]BARROSO, Luís Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: Dois Temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 98-9, jul.-set. 2005.

[152]NAVARRO, Francisco Gonzales. **El Estado Social y Democratico de Derecho.** Pamplona: EUNSA, 1992, p. 58 e 61.

A vida e a dignidade fazem parte desses valores eleitos como superiores na ordem jurídica. Adota-se, aqui, o entendimento de que a vida do feto tem início com a concepção. E, com ela, nasce também a sua dignidade. Assim, o feto, a gestante e a família têm o mesmo direito à existência digna.

Toda pessoa humana possui dignidade. Essa independe de condição social, características pessoais, ou capacidade de entendimento. A falta de consciência ou de compreensão não retira a garantia da proteção da dignidade humana. [153]

Contudo, não é direito absoluto. Como bem refere Michael Kloepfer, a dignidade da pessoa humana não é absoluta, eis que está sujeita a restrições. O indivíduo não é visto de forma isolada, pertence a uma comunidade onde todos os indivíduos são titulares dos mesmos direitos e, dessa forma, estarão sujeitos a uma ponderação da sua dignidade. [154]

Essa ponderação, segundo Karl Larenz, é feita através do peso que se confere a um bem respectivo em determinada situação. É através da ponderação desses bens que poderá se resolver um conflito. [155]

O ponderar exige do julgador um juízo de valor. Por "valorar" pode-se entender uma tomada de posição. E para esta, por sua vez, é preciso, além de observar uma pauta valorativa, algo que a sociedade considera como tal, analisar a situação concreta.[156]

---

[153]KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 161.

[154]KLOEPFER, Michael. Vida e Dignidade da Pessoa Humana. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade:** Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. pp. 173 e 178.

[155]LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 575.

[156]LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 408 e 575.

O valor é sempre relativo, afirma Rizzatto Nunes. Acaba se impondo mediante um comando de poder que estabelece regras de interpretação. Sofre influências histórico-culturais e pessoais. Os valores são relativos na medida em que variam no tempo e no espaço. [157]

Dessa forma, considerando-se que ponderar é conceder um peso a determinados bens, e que sopesar significa estabelecer um juízo valorativo, é necessário, pois, estabelecer um critério sobre o qual será resolvido o conflito de bens, que é o objetivo final a que se propõe o presente trabalho.

Jorge Miranda refere que a proporcionalidade é a medida de valor a partir da qual se procede a uma ponderação. Pode-se dizer que existe "o juízo de proporcionalidade e um juízo jurídico, ancorado na correta interpretação e aplicação das normas e na adesão aos valores que lhes subjazem [...]". [158]

Contudo, segundo Wilson Antônio Steinmetz, a ponderação de bens requer o preenchimento de dois pressupostos: a colisão de direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, e a inexistência de uma hierarquia abstrata. Dessa forma, a ponderação será uma ponderação concreta de bens e operacionalizada mediante o princípio da proporcionalidade. [159]

Humberto Ávila não trata a proporcionalidade como um princípio, mas como um postulado[160]. Segundo o autor:

---

[157]NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 05.

[158]MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. Tomo IV, p. 216 e 219.

[159]STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 142-43.

[160]ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 89. O autor diferencia princípios de postulados: "[...] os princípios são definidos como normas imediatamente finalísticas, isto é, normas que impõem a promoção de um estado ideal de coisas por meio da prescrição indireta de comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários àquela promoção [...]". "[...] os postulados, de um lado, não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos".

> Ele se aplica apenas a situações em que há uma relação de causalidade entre dois elementos empiricamente discerníveis, um meio e um fim, de tal sorte que se possa proceder aos três exames fundamentais: *o da adequação* (o meio promove o fim?), *o da necessidade* (dentre os meios disponíveis e igualmente adequados para promover o fim, não há outro meio menos restritivo do(s) direito (s) fundamentais afetados?) *e o da proporcionalidade em sentido estrito* (as vantagens trazidas pela promoção do fim correspondem às desvantagens provocadas pela adoção do meio?). [161]

Dessa forma, o postulado da proporcionalidade como meio de estruturar a aplicação de princípios exige uma relação de causalidade entre o meio e o fim. Assim, uma vez ausente essa relação de meio e fim, não se pode realizar o exame do postulado por lhe faltarem elementos de estruturação. [162]

Então, se passa a analisar o postulado da proporcionalidade diante do conflito de bens jurídicos do feto, da gestante e da família, em relação à antecipação de gestação de um feto anencéfalo.

Em um primeiro momento, analisar-se-ão direitos e bens envolvidos, que, segundo Wilson Antônio Steinmetz, são pressupostos para que se possa fazer uma ponderação. São eles: direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos e a inexistência de uma hierarquia abstrata.

Quanto ao primeiro pressuposto, nota-se que envolve o direito à existência digna tanto do feto, como da gestante. Existe um conflito entre o direito à existência digna de ambos.

Quanto ao segundo pressuposto, pode-se dizer que são direitos de mesma hierarquia. A Constituição não faz distinção entre o valor da vida de uma criança e a de um adulto. O artigo 5° da Constituição Federal dispõe 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, [...]”. A

---

[161] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-13.

[162] ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 113-14.

dignidade da pessoa humana, como bem referido pela doutrina, tem início com a vida e pertence ao indivíduo tão-somente pela sua essência humana. E, nesse sentido, faz-se referência a Alexandre de Moraes, ao afirmar que a Constituição confere ao ser humano mais do que um direito à vida, refere que essa vida deve ser digna. [163]

A presente análise visa a verificar se o meio – abortar o feto anencéfalo – é proporcional ao fim almejado. Note-se, porém, que esse estudo parte da premissa de que a adoção do meio a pretexto de promover o direito da mãe restringe o direito do feto. Logo, pergunta-se: abortar o feto anencéfalo é uma medida proporcional? A resposta à pergunta reclama a análise dos exames inerentes ao postulado da proporcionalidade. São eles: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação exige uma relação entre o meio utilizado e a realização do fim. E o meio adotado deve levar à realização do fim desejado. [164]

A antecipação do parto de feto anencéfalo tem como fim promover a existência digna da gestante e da família. Isso significa dizer que o objetivo é a preservação da saúde física e psicológica, assim como a própria vida da mulher. Trata-se, segundo Anelise Tessaro, de uma interrupção de gravidez de um feto inviável, que não sobreviverá, e o procedimento deve ser considerado como terapêutico, que visa a minimizar o sofrimento da gestante. [165] O meio mostra-se adequado na medida em que promove necessariamente o fim desejado, ou seja, a antecipação do parto como meio, promove a realização do fim, que é proteger a existência digna da gestante. Portanto é o meio adequado.

A necessidade consiste na verificação da existência de outros meios, que tenham a mesma eficácia para promoção do fim. No entanto, sem, restringir, na

---

[163]MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997, v.3. p. 87.
[164]ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 116.
[165]TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**: Descriminação & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea. Curitiba: Juruá, 2006, p. 52.

mesma intensidade, o direito fundamental à existência digna do feto. [166] É necessário adotar este meio, antecipação do parto, pois ele é o único disponível na promoção do fim que é a existência digna da gestante e da família, isto é, a única forma de proteger à existência digna da gestante e da família é sacrificando o direito a existência digna do feto. Assim, é necessário a adoção desse meio.

E por fim, cumpre fazer a análise da proporcionalidade em sentido estrito. Ela exige uma comparação entre a importância da realização do fim diante da intensidade da restrição dos direitos fundamentais opostos. Isso significa dizer que o grau de importância do fim deve justificar o grau do direito oposto. [167]

Nesse ponto, importante observar que a inviabilidade da vida do feto não lhe permitirá usufruir o mínimo de direitos para que ele tenha uma existência digna. A restrição, contudo, relaciona-se com a abreviação da vida.

A anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em todos os casos. A antecipação do parto, nesses casos, diz respeito à dignidade, à liberdade e ao direito à saúde das mulheres. [168]

O diagnóstico da má-formação fetal incompatível com a vida gera grande sofrimento às gestantes e à sua família. E nada se pode fazer para salvar a vida desse feto, pois é uma situação que os recursos científicos não conseguem reverter e, diante dessa circunstância, a antecipação terapêutica do parto apresenta-se como a alternativa mais digna para a gestante e sua família. [169]

---

[166]ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 122.
[167]ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 124.
[168]DINIZ, Debora. Anencefalia. *In*: COSTA, Sérgio; _____. **Ensaios:** Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 130.
[169]DINIZ, Debora. Antecipação Terapêutica do Parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. *In*: _____; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 81.

Conferir proteção absoluta à vida embrionária, segundo Daniel Sarmento, implica a violação dos direitos fundamentais da gestante, dentre eles, pode-se citar a integridade física, psíquica e moral, liberdade e segurança, proteção à vida privada, o que também não permitiria uma ponderação de interesses, diante do conflito de direitos fundamentais entre a vida embrionária e a vida da gestante. [170]

Dessa forma, faz-se necessária a observação de que proibir a antecipação do parto do anencéfalo não lhe trará benefício algum. Ainda que não se utilizasse do meio escolhido, ou seja, antecipação do parto, o resultado seria o mesmo: a morte do feto. Portanto, diante da análise realizada, verifica-se que a medida é proporcional.

Essa é a primeira ferramenta com a qual o caso pode ser solucionado. Outro modo de enfrentar o problema é valer-se daquilo que Luís Roberto Barroso chama de interpretação conforme a Constituição Federal, a qual se passa a analisar.

Foi interposta perante Supremo Tribunal Federal a Ação de Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que, atualmente, tramita na instância superior.

A presente ação foi distribuída em 17/06/2004 ao Ministro Marco Aurélio. Teve como objeto a análise do caso das gestantes de fetos anencéfalos, indicando como preceitos violados o artigo 1°, inciso III - dignidade da pessoa humana; artigo 5°, inciso II - princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; e também os artigos 6°, *caput*, e 196 - direito à saúde, da Constituição Federal. Argumentou-se, como causa da lesão, o que está fundamentado nos artigos 124, 126, *caput,* e 128, incisos I e II, do Código Penal. [171]

---

[170]SARMENTO, Daniel. Legalização do Aborto e Constituição. *In:* _____; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida**: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 35-6.

[171]BARROSO, Luís Roberto. **ADPF-54** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Petição Inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Disponível em:

A interpretação dada aos referidos artigos do Código Penal, segundo Luís Roberto Barroso, viola os preceitos fundamentais invocados anteriormente. A petição inicial foi formulada obedecendo a uma ordem argumentativa. Inicialmente, afirmou-se que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não pode ser considerada como aborto. A doutrina entende o aborto como a interrupção da gravidez com a superveniência da morte do feto. No entanto, em se tratando da gravidez de um feto anencéfalo, tal interrupção se justifica diante da ausência de potencialidade da vida extra-uterina. Argumentou-se no sentido de que a edição do Código Penal é de 1940, momento em que não se dispunha da tecnologia de que se dispõe atualmente, a qual que possibilita o diagnóstico desse tipo de anomalia, entendendo que se deve fazer uma interpretação evolutiva da norma penal, visando a seus fins, uma interpretação conforme a Constituição. Diante da probabilidade de riscos à saúde dessa gestante e da inviabilidade da vida do feto, a antecipação terapêutica mostra-se como único meio eficaz para o tratamento dessa gestante. No mérito, fundamentou-se sobre a violação dos referidos preceitos fundamentais. Mencionou-se, ainda, que é possível se falar em uma ponderação de bens. Referiu-se que a dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral, a qual deve, necessariamente, ser assegurada a todas as pessoas; relaciona-se com a liberdade, valores do espírito e condições materiais de subsistência. [172]

Nesse sentido, segue um trecho da inicial:

> Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (I) direitos à integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e (II) direitos à integridade moral, rubrica na que se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros. [173]

---

<http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADPF&Processo=54> Acesso em: 19 de Mar. de 2007.

[172]BARROSO, Luís Roberto. **ADPF-54** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Petição Inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADPF&Processo=54> Acesso em: 19 de Mar. de 2007.

[173]BARROSO, Luís Roberto. **ADPF-54** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Petição Inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADPF&Processo=54> Acesso em: 19 de Mar. de 2007.

Impor à gestante o dever de carregar, durante todo o período gestacional, um feto que se sabe com plenitude não sobreviverá, significa violar ambas vertentes de sua dignidade humana. Assim, por todas as razões expostas, finalizou-se requerendo a interpretação da norma penal conforme a Constituição Federal. E, dessa forma, a declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos dispositivos penais, como impeditivos, nos casos de gravidez de feto anencéfalo. [174]

Daniel Sarmento, em observação à Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, comenta ser este o instrumento apropriado para buscar o reconhecimento do direito de optar pela interrupção da gravidez, uma vez que envolve a dignidade humana, o direito à saúde física e psíquica e o direito à liberdade, que são preceitos fundamentais. Assim sendo, uma decisão favorável alcançaria todas as mulheres de igual forma. [175]

Cumpre registrar que a matéria também chegou para apreciação do Supremo Tribunal Federal, através do *Habeas Corpus* n° 84.025, datado de 26 de fevereiro de 2004, impetrado em favor de uma gestante que estaria sofrendo constrangimento ilegal, proveniente da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, que deferiu *Habeas Corpus* em favor do feto portador de anencefalia, do qual a paciente era gestante. [176]

A gestante requereu, em primeiro grau, a autorização para interromper a gravidez ao descobrir que o feto que gerava era portador de anomalia fetal, anencefalia. Do indeferimento do pedido, apelou ao Tribunal de Justiça do Estado do

---

[174]BARROSO, Luís Roberto. **ADPF-54** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Petição Inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADPF&Processo=54> Acesso em: 19 de Mar. de 2007.

[175]SARMENTO, Daniel. A Defesa dos Direitos Fundamentais. *In:* ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 60.

[176]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025. Tribunal Pleno. Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa Gomes. **Diário da Justiça** 25 de jun. de 2004. Extraído do Voto do Ministro relator.

Rio de Janeiro, de onde sobreveio o entendimento pelo deferimento da medida liminar autorizando a interrupção da gestação. A repercussão da concessão da liminar autorizando o final da gestação deu origem a um novo *Habeas Corpus*, que foi impetrado no Superior Tribunal de Justiça, em favor do feto, com o objetivo de desconstituir a autorização da liminar deferida em favor da gestante. O Superior Tribunal de Justiça concedeu a liminar e suspendeu a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que autorizava a interrupção da gestação. [177]

A liminar do Superior Tribunal de Justiça foi no sentido de não autorizar a interrupção da gestação. Segundo o voto da Ministra Laurita Vaz, não se pode exigir do julgador uma interpretação extensiva da norma, uma vez que tal hipótese – antecipação do parto de feto incompatível com a vida – não foi prevista pelo legislador.

Segue texto do acórdão:

> HABEAS CORPUS Nº 32.159 – RJ (2003/0219840-5)
> EMENTA
> *HABEAS CORPUS*. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO *WRIT* PARA A DEFESA DO NASCITURO.
>
> 1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o *writ* se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.
>
> 2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.
>
> 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse caso, o princípio da reserva legal.

---

[177] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025. Tribunal Pleno. Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa Gomes. **Diário da Justiça** 25 de jun. de 2004. Extraído do Voto do Ministro relator.

> 4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.
> 5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.[178]

Dessa decisão originou-se o referido *Habeas Corpus* n° 84.025, impetrado perante o Supremo Tribunal Federal, o qual, ao ser submetido ao plenário, teve seu julgamento prejudicado em razão da perda do objeto; sobreveio a notícia aos Ministros de que o feto tinha nascido e permanecido vivo durante apenas sete minutos. [179]

Em que pese a perda do objeto do *Habeas Corpus* n° 84.025, houve a divulgação do voto do Ministro Joaquim Barbosa Gomes, que se posicionou favorável à autorização pleiteada pela gestante. Argumentou, no decorrer do seu voto, sobre o entrelaçamento entre os direitos do nascituro e os da gestante, os quais são protegidos igualmente pela Constituição. [180]

Cumpre registrar parte do voto:

> Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana [...]. [...] *ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a*

---

[178]BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 32.159. 5ª Turma. Luiz Carlos Lodi da Cruz. Relatora: Laurita Vaz. **Diário da Justiça** 22 Mar. de 2004.

[179]BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025. Tribunal Pleno. Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Min. Joaquim Barbosa Gomes. **Diário da Justiça** 25 de jun. de 2004.

[180]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025. Tribunal Pleno. Ementa: *Habeas Corpus* preventivo. Realização de aborto eugênico. Superveniência do parto. Impetração prejudicada. 1. Em se tratando de *Habeas Corpus* preventivo, que vise a autorizar a paciente a realizar aborto, a ocorrência do parto durante o julgamento do *writ* implica a perda do objeto. 2. Impetração prejudicada. Gabriela Oliveira Cordeiro e Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Joaquim Barbosa Gomes. **Diário da Justiça** 25 de jun. de 2004.

> *vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal*. [181] (grifei)

Para interpretar o disposto no artigo 128 do Código Penal conforme a Constituição é preciso analisar as questões que envolvem a compreensão científica da patologia e a finalidade da norma estudada.

Os avanços científicos solicitam uma reestruturação do ordenamento jurídico, uma vez que este se mostra insuficiente diante dos novos fenômenos. Contudo, tais avanços científicos devem observar os valores da sociedade e ter como orientação os princípios constitutivos de nosso sistema, como a dignidade da pessoa humana. [182]

A sociedade constrói os seus valores, com base em bens como a paz, a saúde e a liberdade. O indivíduo deve adotar uma conduta que é considerada pressuposto para um bem comum em sociedade. O julgador deve orientar-se pela pauta valorativa da sociedade, pelos princípios jurídicos. [183]

A Constituição Federal é um sistema de normas jurídicas, segundo Luis Roberto Barroso. Em seu texto, são eleitos alguns valores superiores e fundamentais - os princípios - assim chamados por serem os valores principais de uma ordem jurídica, norteadores das demais normas. [184]

A dignidade da pessoa humana é princípio orientador, ponto de partida condicionante de todas as demais estruturas subseqüentes, regendo todo o texto

---

[181]BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 84.025. Tribunal Pleno. Relator: Min. Joaquim Barbosa Gomes. **Diário da Justiça** 25 de jun. de 2004. Trecho do voto do Ministro relator.

[182]BARBOZA. Heloisa Helena. Bioética x Biodireito: Insuficiência dos Conceitos Jurídicos. *In*: _____; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 2-6.

[183]LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 406, 408 e 410.

[184]BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 287.

constitucional. Deve ser observada a cada aplicação da lei, pois de sua observação se dá o reconhecimento do homem como ser digno de proteção. [185]

A solução de determinados problemas da sociedade não pode ficar unicamente restrita à aplicação da lei. Esta, contudo, continua a desempenhar o seu papel, uma vez que os juízes estão obrigados a ela recorrer sempre que se notar adequada a uma determinada situação. No entanto, o julgador deve buscar o sentido que lhe foi conferido pelo legislador. [186]

Segundo Karl Larenz, a interpretação de uma norma tem de tomar em consideração a cadeia de significado. A análise deve considerar a realidade social em que ela foi criada, a realidade jurídica quando do seu surgimento, assim como se deve verificar a realidade social atual em face da qual deve a norma operar. Compreender uma norma jurídica requer saber qual o valor que ela guarda e qual é o seu grau de alcance. [187]

Nesse sentido é o entendimento de Juarez Freitas, ao afirmar que o interpretar a lei significa descobrir os seus fins, expressos ou ocultos. E mais, consiste no descobrir os seus fins essenciais. Deve-se adentrar no mérito histórico, quanto à conveniência ou oportunidade do seu surgimento, colocando-a em harmonia com o sistema jurídico[188] do momento da sua aplicação, o que significa dar sistematicidade à norma. Interpretar significa analisar o preceito como uma parte do todo, e do exame do conjunto é que resulta a melhor solução no caso concreto. Isso significa fazer uma interpretação sistemática. [189]

---

[185]ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: IOB Thomson, 2005, p. 31-33.

[186]LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 02-03.

[187]LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 263 e 298.

[188]FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 50. Entende-se sistema jurídico "como sendo uma rede axiológica e hierarquizadora de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Lei Maior".

[189]FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 53 e 57.

E essa, por sua vez, pode ser definida como:

> [...] uma operação que consiste em atribuir a melhor significação, dentre várias possíveis, aos princípios, às normas e aos valores jurídicos, hierarquizando-os num todo aberto, fixando-lhes o alcance e superando antinomias, a partir da conformação teleológica, tendo em vista solucionar os casos concretos.[190]

Assim, o direito se presta a garantir a promoção de valores e princípios de uma ordem jurídica, os quais se tornam, dessa forma, eficazes num determinado contexto histórico. [191]

Quanto ao fim do artigo 128 do Código Penal, nota-se que o legislador evidenciou uma preferência do direito à existência digna da mãe em relação à existência digna do feto. Nota-se que o referido artigo teve como finalidade proteger a dignidade da gestante. Ademais, a interpretação da referida norma, conforme anteriormente mencionado pela doutrina, significa descobrir os seus fins e ainda deve esta norma estar de acordo com o sistema jurídico atual.

Falar nessa preferência significa priorizar a existência digna da mãe e da família. Logo, interpretar o referido artigo à luz da Constituição Federal é compreender que a existência digna a ser preservada é a da mãe e a da família.

Por conseguinte, finaliza-se o presente estudo, com o entendimento de que seja nos termos da proporcionalidade, a qual estabelece os critérios para se chegar a ponderação dos direitos envolvidos, seja por conta da interpretação do artigo 128 do Código Penal conforme a Constituição, o qual escolhe uma linha interpretativa para norma, nota-se que a antecipação do parto envolvendo fetos anencéfalos é constitucional.

---

[190]FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 60.

[191]FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 56.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nas constatações e conclusões oriundas do presente estudo, é possível afirmar que a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca do ser humano, pertence a ele por natureza. O Estado, ao eleger a dignidade humana como um de seus fundamentos, reconhece que esta deve orientar a sua ordem jurídica, ou seja, conduzir as demais regras, as quais, necessariamente, devem obedecer às suas diretrizes.

A existência digna implica a promoção de um conjunto de direitos. A dignidade humana, por sua vez, orienta a aplicação desses, os quais formam o seu conteúdo.

Esse complexo de direitos que promove uma existência digna ao indivíduo é o chamado mínimo existencial. E esse mínimo é formado, dentre outros direitos, pelo direito à moradia - incluindo-se os serviços essenciais, como, energia elétrica, água e saneamento; alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social, acesso à justiça, liberdade e autonomia.

No que se refere ao direito fundamental à saúde, ele deve ser analisado à luz do conceito adotado pela Organização Mundial da Saúde, isto é, como um estado de completo bem-estar físico-mental e social, não significando apenas a ausência de doenças e, nesse sentido, torna-se indispensável, na composição do conteúdo do direito fundamental, a existência digna.

Verifica-se, contudo, a existência de um conflito no caso da antecipação do parto dos fetos anencéfalos, qual seja, o direito à existência digna do feto, da gestante e da família. Entende-se que a solução desse conflito se promove pela aplicação do postulado da proporcionalidade, ou, ainda, pela interpretação do artigo 128 do Código Penal conforme a Constituição Federal.

Nota-se que é possível a solução mediante o postulado da proporcionalidade, uma vez que esse conflito preenche os requisitos exigidos na ponderação de bens, quais sejam, a existência digna do feto e a existência digna da gestante e da família. A conduta mostra-se adequada, porque promove o fim desejado, isto é, a proteção da existência digna da gestante. No entanto, constata-se que é o único meio disponível e, por conseguinte, é necessário. Além disso, o meio mostra-se proporcional, porque a promoção do fim justifica a restrição do direito, uma vez que o resultado será o mesmo: a morte do feto.

Outro meio de resolver o conflito é interpretar o artigo 128 do Código Penal conforme a Constituição, isso consiste na escolha de uma linha de interpretação, a qual exclui outras formas possíveis que o texto permitiria, contudo, contrárias à Carta Magna. Significa interpretar a norma de acordo com a dignidade da pessoa humana.

Além disso, interpretar a norma significa descobrir os seus fins, e mais, significa compreendê-la no seu contexto mais amplo, ou seja, a realidade social em que foi criada, assim como a realidade social em que ela deve ser aplicada.

Dessa forma, a análise das hipóteses permissivas do aborto, constantes no Código Penal, deve observar, necessariamente, o seu fim, ou seja, a proteção da dignidade humana da gestante.

No presente estudo demonstraram-se duas formas adequadas para a solução do conflito existente, as quais fundamentam a decisão que possibilita a antecipação do parto nos casos de anencefalia. Diante disso, restou evidenciado que a antecipação do parto, no caso de fetos anencéfalos, é uma conduta que

encontra amparo na Constituição Federal, ainda que opiniões divergentes não vislumbrem tal compreensão.

É indubitável que, conforme se mencionou no início deste trabalho, a discussão não se esgota, tampouco era essa a pretensão. Mas é possível afirmar, também, que a realização desta pesquisa não constituiu meramente o cumprimento de um dos requisitos para a conclusão do curso de graduação, eis que suscitou uma série de constatações, as quais ora elucidaram muitos dos questionamentos existentes, ora fomentaram o desejo de perseverar na caminhada investigativa. E este último, pó si só, parece ter sido um dos grandes méritos deste trabalho, haja vista que aos profissionais do Direito não é permitida a inércia, pois uma sociedade em constante transformação lhes exige a contínua busca de conhecimento, caso contrário, será cada vez mais difícil perseguir o caminho da dignidade e da justiça.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS


ALMEIDA, Silmara J. A. Chinelato e. **Tutela Civil do Nascituro**. São Paulo: Saraiva, 2000.

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Org.). **Anencefalia**: O Pensamento Brasileiro em sua Pluralidade. Brasília: Editora Letras Livres, 2004.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**: da definição a aplicação dos princípios jurídicos. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao Patrimônio Genético**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARBOZA. Heloisa Helena; BARRETO, Vicente de Paulo (Orgs.). **Temas de Biodireito e Bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **ADPF-54** Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental. Petição Inicial. Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS.Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Jurisprudencia/Peticao/FrameDown.asp?classe=ADPF&Processo=54> Acesso em: 19 de Mar. de 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: Dois Temas Acerca da Vida e da Dignidade na Constituição. **Revista de Direito Administrativo,** Rio de Janeiro, n. 241, p. 93-120, jul.-set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARZOTTO, Luis Fernando. **Justiça Social**. Revista Jurídica. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_48/Artigos/ART_LUIS.htm> Acesso em: 22 Mai. de 2007.

BRASIL, **Código Penal Comentado**. Organização de textos, notas remissivas e índices por Guilherme de Souza Nucci. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BUSATO, Paulo César. Tipicidade Material, Aborto e Anencefalia. **Revista Jurídica,** Sapucaia do Sul, n. 327, p. 79-98, jan. 2005.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6 ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Sérgio; DINIZ, Debora. **Ensaios:** Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: Aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde**: Parâmetros para sua Eficácia e Efetividade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

GARCIA, Emerson. Dignidade da Pessoa Humana: Referenciais Metodológicos e Regime Jurídico. **Revista de Direito Privado,** São Paulo, n. 21, p. 85-111, jan.-mar. 2005.

JACINTHO. Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana – Princípio Constitucional**. Curitiba: Juruá, 2006.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENKE, Cassiano. **A Proibição aos Efeitos de Confisco no Direito Tributário.** Porto Alegre: UFRGS, 2006. Dissertação (Mestrado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997. Tomo IV.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 1997. v.3.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Direito do Nascituro à Vida. **Revista Jurídica**, Porto Alegre, n. 340, p. 11-9, fevereiro 2006.

NAVARRO, Francisco Gonzales. **El Estado Social y Democratico de Derecho**. Pamplona: EUNSA, 1992.

NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia**: Posição da Febrasgo. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm> Acesso em: 01 mai. 2007.

NORBIM, Luciano Dalvi. Ponderações Sobre o Começo da Vida Face à Concepção Humanitária. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, n. 24, p. 112-24, out.-dez. 2005.

NUNES, Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2007.

OTERO, Paulo. **Personalidade e Identidade Pessoal e Genética do Ser Humano:** Um perfil constitucional da bioética. Coimbra: Almedina, 1999.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Manual de Metodologia Científica**. Novo Hamburgo: Editora Feevale, 2006.

RIBEIRO, Diaulas Costa, DINIZ, Débora. **Aborto por Anomalia Fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O Direito À Vida Digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SANTOS, Antonio Jeová. **Dano Moral Indenizável**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang (org). et al. **Dimensões da Dignidade**: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (Coords.). **Nos Limites da Vida:** Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a Perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, De Palácio e. **Vocabulário Jurídico**. 27 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr.-jun. 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 16 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular**. São Paulo: Malheiros, 2000.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**: Descriminação & Avanços Tecnológicos da Medicina Contemporânea. Curitiba: Juruá, 2006.

TOMASZEWSKI, Adauto de Almeida; LIMA, Raquel Sanchez de. Início da Personalidade Jurídica dos Embriões Fecundados *In Vitro*. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR**, Umuarama, n. 2, p. 205-15, jul.-dez. 2005.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 177, p. 29-49, jul.-set. 1989.

ZISMAN, Célia Rosenthal. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: IOB Thomson, 2005.