DO ABORTO COMO GARANTIA DA DIGNIDADE HUMANA

ABORTION AS A GUARANTEE OF HUMAN DIGNITY

Valéria Silva Galdino Cardin*
http://lattes.cnpq.br/8121501433418182

Letícia Carla Baptista Rosa**
http://lattes.cnpq.br/4850355058538339

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 DO CONCEITO DE ABORTO; 2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GENITORA E DO FETO; 3 DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA VIDA E DA MORTE; 4 DOS LIMITES JURÍDICOS DO ABORTO; 5 DOS TIPOS DE ABORTO; 5.1 DO ABORTO LEGAL: NECESSÁRIO E SENTIMENTAL; 5.2 DO ABORTO POR DEFEITOS CONGÊNITOS; 5.3 DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL; **6 DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ABORTO POR MENORES, POR DEFICIENTES MENTAIS, POR TOXICÔMANOS EM ESTÁGIO AVANÇADO E POR PORTADORES DE DOENÇAS CRÔNICAS EM ESTÁGIO TERMINAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.**

RESUMO: O aborto consiste na interrupção da gravidez, de forma espontânea ou provocada, do qual resulta a morte do nascituro. A Constituição Federal e o Código Civil garantem o direito à vida desde a concepção, condicionando a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida. O direito à vida está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e dele decorrem outros princípios, como o da autonomia da vontade e o direito à liberdade. Quando houver colisão entre esses princípios, a solução será a aplicabilidade dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. A celeuma consiste em se atribuir ao nascituro a mesma proteção jurídica conferida a uma pessoa. O direito à vida não é absoluto, porque o próprio legislador atribui tutelas diferenciadas ao embrião, ao nascituro e à pessoa. O aborto não deve ser utilizado como método contraceptivo; contudo, nas situações em que o feto apresentar defeitos congênitos, do qual resultará uma vida vegetativa ou for inviável, este deverá ser realizado. Defende-se a mesma tese em relação a menores cuja compleição física não permita que haja o desenvolvimento da gestação e o parto sem causar riscos a integridade física daqueles; aos portadores de doenças crônicas em estado terminal, cuja gravidez elimine a possibilidade de tratamento e provoque sequelas nefastas ao feto, bem como aos toxicômanos, quando for detectado que o feto foi atingido por lesões cerebrais irreparáveis. Por fim, o Estado deve proteger a dignidade da pessoa humana, respeitar sua autonomia e defender sua vulnerabilidade, devendo proporcionar benefícios, eliminar riscos e afastar condições subumanas de vida.

* Advogada em Maringá-PR, professora da Universidade Estadual de Maringá e do Centro Universitário de Maringá-PR; mestre e doutora em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; pós-doutoranda em Direito pela Universidade de Lisboa. Endereço eletrônico: <valeria@galdino.adv.br>.

** Professora universitária da Faculdade Metropolitana de Maringá; especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina, e mestranda pela pós-graduação *stricto sensu* em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá. Endereço eletrônico: <lekarosa@hotmail.com>.

PAVALVRAS-CHAVE: Aborto. Tipos de aborto. Proteção da vida. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: Abortion refers to the termination of pregnancy, spontaneous or induced, which results in the death of the unborn. The Federal Constitution and the Civil Code guarantee the right to life from conception, but the acquisition of personality rights just occurs when the child born with life. The right to life is related to the principle of human dignity, and other principles derived from there, such as the right to autonomy and the right to freedom. When there is a conflict between these principles, the solution will be the applicability of the principle of proportionality and reasonableness. The question is how to attribute to the unborn child the same legal protection afforded to a person. The right to life is not absolute, because the legislation protects the embryo, the unborn and the person in different ways. Abortion should not be used as a contraceptive method; however, in situations where the fetus has congenital defects, which results in a vegetative life or it is not feasible, that must be done. The same thesis should be applied on children whose physique does not allow the development of pregnancy and of childbirth without causing risks to the physical integrity of those; on patients with chronic diseases in the terminal stage, which pregnancy eliminates the possibility of treatment and causes serious damage to the fetus, as well as on drug addicts, when it is detected that the fetus was affected by irreparable cerebral damages. Finally, the State must protect the dignity of the human person, must respect their autonomy and must defend their vulnerability, providing benefits, eliminating risks and removing sub-human conditions of life.

KEY WORDS: Abortion. Types of Abortion. Protection of life. Human dignity.

INTRODUÇÃO

O aborto consiste na interrupção da gravidez, de forma espontânea ou provocada, até que ocorra o início do parto, podendo ou não haver a expulsão do feto.

A Constituição Federal e o Código Civil garantem o direito à vida desde a concepção, todavia condicionam a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida.

O direito à vida está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, e dele emanam as demais garantias. Assim, todo ser humano deve ser respeitado em sua integridade física, psicológica e espiritual.

Decorre do princípio supracitado o direito à autonomia da vontade, que consiste também na liberdade, entretanto sofre limitações.

Quando houver confronto entre estes princípios, deverá ser analisada a possibilidade de aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, o mesmo ocorrendo quando for comprovada a colisão entre os direitos da gestante e os do nascituro.

Apesar de o nascituro ter seus direitos resguardados até o nascimento com vida, ele não tem a mesma proteção jurídica conferida à pessoa.

As discussões que envolvem o aborto não devem estar restritas apenas a questões religiosas e éticas; o tema deve ser analisado sob a ótica jurídica, levando em conta o planejamento familiar, o exercício da paternidade responsável e o princípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo o sofrimento imposto à gestante, ao nascituro e aos demais entes familiares.

O ordenamento jurídico pátrio admite somente duas situações em que pode ser realizado o aborto: a primeira é quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, e a segunda quando do estupro resultar gravidez. Todavia, existem outras hipóteses tão ou mais graves, como a possibilidade de realização do aborto por defeito congênito, de feto inviável, por menores cuja compleição física não permita que haja o desenvolvimento da gestação e o parto sem causar riscos a integridade física daqueles, por toxicômanos em estágio avançado e por portadores de doenças crônicas em estágio terminal.

As hipóteses acima enumeradas são complexas e necessitam de uma análise mais aprofundada do tema ora abordado. Para tanto foram utilizados os métodos teórico e estatístico, além de uma investigação científica na área biológica, com o intuito de fundamentar novas modalidades de aborto.

Por fim, a pesquisa do tema justifica-se por ser relevante tanto para a sociedade como para a comunidade científica, abordando a intervenção do Estado na implementação de políticas públicas e também quanto a uma legislação voltada para o respeito à dignidade da pessoa humana.

1 DO CONCEITO DE ABORTO

O aborto pode ser definido como a interrupção da gravidez, até o início do parto, seja ele espontâneo ou provocado, podendo ou não haver a expulsão do nascituro.

Para a medicina legal, a idade do feto não descaracteriza o aborto, ou seja, a prática pode ocorrer desde o momento da fecundação até o momento do nascimento.[2]

Entretanto, para a obstetrícia, existe uma diferença entre o aborto e o parto prematuro, sendo que o último constitui a expulsão de feto já viável, antes de seu desenvolvimento completo ou a partir do sexto mês de gestação.[3]

---

[2] FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro*: Comentado. Parte Especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961, v. IV, p. 45-46.
[3] Ibidem, p. 45-46.

Tal distinção é importante porque o parto prematuro só é realizado quando há riscos para a mãe e/ou para o feto antes do término da gestação (38ª a 40ª semana)[4], enquanto no aborto há o intuito de matar o produto da concepção.

2 DA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA GENITORA E DO FETO

Ao discorrer acerca do tema, faz-se necessário analisar a colisão entre os direitos constitucionalmente assegurados à gestante e aqueles conferidos ao nascituro. Nesse ponto divergem os doutrinadores[5], os religiosos[6] e os cientistas.[7]

O direito à vida não é absoluto[8], mas dele decorrem todas as demais garantias. É um direito público subjetivo e também privado,[9] e tem por objeto os elementos constitutivos da personalidade humana.[10] Subsiste até contra a vontade do titular, visto não ser de interesse social que alguém disponha da própria vida, devendo o Estado assegurá-la.[11]

A Constituição Federal de 1988, bem como o Código Civil, garantem o direito à vida desde a concepção, condicionando a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida.

Portanto, o direito à vida está correlato ao princípio da dignidade da pessoa humana e este constitui um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, sendo previsto no inciso III do art. 1º da Constituição Federal.

---

[4] SADLER, T. W. *Langman embriologia médica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001, p. 72; MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000, p. 113.

[5] A favor da liberação do aborto: DIAS, Maria Berenice. E contra a liberação do aborto: DINIZ, Maria Helena. DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do biodireito.* São Paulo: Saraiva, 2001; LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito*. Aspectos médicos, religiosos, psicológicos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, dentre outros.

[6] A Igreja Católica sempre reprovou qualquer tipo de aborto, inclusive o necessário. O judaísmo permite o aborto quando a mãe corre risco de vida ou foi estuprada. Os mulçumanos condenam o aborto, somente o aceitando quando há risco de vida para a mãe. Os protestantes, geralmente as igrejas não fundamentalistas, admitem o aborto necessário e em caso de estupro. (SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 59; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. *Curso de Bioética e Biodireito*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 87).

[7] CARDIN, Valéria Silva Galdino . Do aborto eugênico. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *XX anos da Constituição da República do Brasil*: reconstrução, perspectiva e desafios. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

[8] O próprio ordenamento jurídico faz uma relativização do direito à vida. A comprovação decorre da tipificação diferenciada do homicídio e do aborto, em que há uma valoração maior da vida da pessoa em face à vida do nascituro.

[9] MARQUES, José Frederico. op. cit., p. 62.

[10] Ibidem, p. 62.

[11] MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 63-64.

O princípio da dignidade da pessoa humana consiste na consciência que o ser humano tem de seu próprio valor[12] ou, ainda, a convicção de que cada ser humano tem um lugar destinado na sociedade, o que lhe é garantido pelo direito.[13]

Acerca do tema, Alexandre de Moraes assevera que a dignidade humana é

> [...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [14]

Do princípio supracitado decorre o direito segundo o qual todo ser humano deve ser respeitado em sua integridade física, psicológica e espiritual, assegurando-se assim os direitos da personalidade. Estes se apresentam como um conteúdo mínimo e imprescindível da esfera jurídica de cada pessoa.[15]

Acrescente-se que o princípio da autonomia da vontade é um corolário do direito à liberdade. Segundo esse princípio, as partes, mediante acordo entre si, podem pactuar e dispor livremente do que pretenderem. No entanto, essa liberdade sofre limitações, ou seja, as normas cogentes devem ser obedecidas.[16]

Outro princípio relevante é o da igualdade e este não deve consistir na simples aplicação positivista da lei; deve ser observado em sentido material, ou seja, na realização do próprio Direito, tendo uma função antidiscriminatória na garantia dos direitos fundamentais[17] de grupos minoritários[18].

Para Celso Antônio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade tem dois objetivos: conferir garantia individual e coibir o favoritismo, pois só assim a lei poderá atingir apenas um indivíduo ou uma classe de pessoas sem ofender a isonomia.[19]

---

[12] CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 42.
[13] ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.
[14] MORAES, Alexandre de. op. cit., p. 50.
[15] Ibidem, p. 50.
[16] REVISTA da Procuradoria Federal Especializada INSS, v. 9, n. 4, p. 87-93, jan./mar. 2003.
[17] "Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder; (...) Os direitos fundamentais têm uma incidência plubicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares (...).(MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. IV, p. 62).
[18] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 381-386.
[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35.

Todos os princípios acima enumerados são importantes; contudo, quando houver colisão entre eles, deverão ser analisados sob o prisma do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

Segundo Aristóteles, "em todas as coisas o meio-termo é digno de ser louvado, mas às vezes devemos inclinar-nos no sentido do excesso e outras vezes no sentido da falta, pois assim chegaremos mais facilmente ao meio-termo que é certo".[20]

O autor prossegue dizendo que "determinados atos não devem ser praticados, se as circunstâncias forem normais. Todavia, em circunstâncias excepcionais, sacrifica-se um bem para que outro, igualmente ou mais valioso, possa ser salvo."[21]

Assim, os direitos constitucionalmente assegurados à gestante e ao feto devem ser analisados e interpretados sob a orientação do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que o aborto possa ser realizado em algumas circunstâncias, como, por exemplo, nas síndromes incompatíveis com a vida, fetos portadores de defeitos congênitos que após o nascimento teriam uma vida vegetativa, nos casos de menores cuja a compleição física acarretaria riscos a integridade física e psicológica, nos frutos de incesto, dentre outras situações.

3 DOS CRITÉRIOS DEFINIDORES DA VIDA E DA MORTE

O art. 2º do Código Civil estabelece que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro".

Segundo esse dispositivo legal, o marco inicial da vida assenta-se no instante em que ocorre a concepção pelo processo natural de reprodução. Todavia, dúvidas podem surgir quanto ao marco inicial da vida. Dentre as principais teorias estão a concepcionista e a natalista.[22]

---

[20] ARISTÓTELES apud FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Método, 2008, p. 138.

[21] Ibidem, p. 138.

[22] Defensores da corrente natalista: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 144-148; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, 145-147; MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: LTr, 2008, p. 68-70; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 251-255; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118. Os adeptos da corrente concepcionista são: ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-199. Já entre os defensores da teoria da personalidade condicionada estão: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do*

A corrente concepcionista[23] defende que a personalidade teria início no momento da concepção. Logo, os direitos personalíssimos estariam garantidos, não dependendo de nenhum evento ulterior. Apenas os direitos patrimoniais é que estariam adstritos ao nascimento com vida.[24]

Os adeptos da teoria natalista[25] defendem que a personalidade jurídica se inicia pelo nascimento com vida; assim, o nascituro não seria considerado pessoa, embora receba tutela legal.

Já as teorias genético-desenvolvimentistas "condicionam a determinação do início da vida à verificação de fatores fisiológicos capazes de evidenciar a existência da individualidade humana, não se podendo falar em indivíduo enquanto inexistir diferenciação entre as células do embrião".[26]

A teoria da nidação condiciona a existência da vida à implantação do embrião no útero materno (que só ocorre entre o 5º e o 6º dia), pois somente a partir da nidação se pode falar em existência humana, visto ser esta que garante o desenvolvimento do embrião.[27]

Renata da Rocha, ao apresentar a teoria do pré-embrião, afirma que esta teve como fundamento o Relatório Warnock de 1984, onde consta que antes do 14.º dia da fecundação não existe propriamente um ser humano, mas "uma célula progenitora dotada de capacidade de gerar um ou mais indivíduos da mesma espécie".[28] Por esse motivo, os defensores dessa teoria entendem que os embriões humanos podem ser utilizados em pesquisas científicas até o lapso temporal acima citado.[29]

Direito Civil. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 75-80; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64-66; ; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 251-255.

[23] ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51; DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro.* 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 195-199.

[24] FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51.

[25] PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 144-148; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, 145-147; MATIELLO, Fabrício Zamprogna. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: LTr, 2008, p. 68-70; LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1989, p. 251-255; MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118.

[26] ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista Jurídica UNIFACS*, Salvador, jul./2007, p. 07.

[27] MEIRELLES, Jussara Maria Leal. *A vida humana embrionária e sua proteção jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 118; ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182.

[28] ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*.Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 89.

[29] CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antônio. *Bioética e vulnerabilidades* (No prelo).

Para a teoria da Atividade Organizada do Córtex Cerebral, apenas após o início da atividade organizada do córtex cerebral, entre a 25ª e a 32ª semana de gestação, é que o feto começa a ter consciência, algo presente tanto no recém-nascido quanto no adulto, embora em graus diferentes. Logo, seria com base no início da consciência que deveria ser atribuída a personalidade.[30]

Na teoria da potencialidade, o embrião é considerado uma pessoa humana em potencial; assim, para a determinação de uma proteção jurídica efetiva, seria necessário determinar o momento exato em que o embrião passa de potência a pessoa.[31]

O Conselho Federal de Medicina estabeleceu no Processo Consulta n. 23/1996 que o embrião fecundado em laboratório que se encontra em estágio de oito células, sem desenvolvimento de placa neural, é apenas uma expectativa potencial de vida.[32]

Para Gisele Mendes de Carvalho, ser pessoa não é simplesmente existir como realidade física; significa estar no mundo e interagir com ele. Nesse sentido, o legislador atribui valores diferentes conforme o desenvolvimento do ser humano, recebendo o embrião, o nascituro e a pessoa um *status* jurídico diferenciado.[33]

O cerne de toda a discussão consiste em se atribuir ao nascituro a mesma proteção jurídica conferida a uma pessoa.[34]

Saliente-se que o próprio legislador pátrio tipificou o crime de homicídio e de aborto de forma diferente, afirmando que a vida do nascituro e a vida da pessoa não constituem bens de igual valor jurídico.[35]Logo, houve uma diferenciação na valoração do mesmo bem jurídico, ou seja, a vida.

Acrescente-se que, se o nascituro fosse considerado pessoa para o direito penal, não haveria necessidade de o legislador criar o tipo penal de aborto, pois a conduta estaria abrangida pelo crime de homicídio.[36]

A personalidade só é conferida após o nascimento com vida; logo, a proteção do nascituro desde a concepção não pressupõe que este tenha os mesmos direitos de uma pessoa. O embrião e o feto em qualquer fase devem ser tutelados, mas não há como considerá-los

---

[30] SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte:Del Rey, 2000, p. 67.
[31] ROCHA, Renata da. op. cit., p. 89.
[32] CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER Gehlen. op. cit.
[33] CARVALHO,Gisele Mendes de. Reflexões sobre a clonagem terapêutica e a proteção penal do embrião humano. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005, p. 391.
[34] CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER Gehlen. op. cit.
[35] SEMIÃO, Sérgio Abdalla. op. cit., p. 139.
[36] SEMIÃO, Sérgio Abdalla. op. cit., p. 139.

detentores de direitos subjetivos, de deveres jurídicos, de direitos potestativos, ônus ou faculdades enquanto pessoa.[37]

Segundo Adriano de Cupis, personalidade jurídica é a capacidade jurídica, é a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas.[38]Portanto, o nascituro, apesar de ser protegido, não tem personalidade jurídica.

Há quem defenda a ideia de que o nascituro possui a mesma personalidade conferida à pessoa.[39]

Acerca do tema, Warren entende que "a humanidade em sentido genético não é condição suficiente para estabelecer que um ente é pessoa [...]".[40]

É inaplicável, assim, ao nascituro o conceito de pessoa, visto que ele somente alcançará tal *status* após o nascimento com vida, de acordo com o ordenamento jurídico pátrio.

Por outro lado, pode-se afirmar que existe ainda outro relativismo ético, oriundo da reprodução assistida, em decorrência de que as práticas de congelamento, de redução embrionária e pesquisas com embriões não são consideradas aborto, contudo os embriões acabam tendo o mesmo destino dos fetos abortados.

Observa-se que embrião fora do ventre materno pode se desenvolver como o nascituro até o momento de ser implantado ou criopreservado, tendo a mesma natureza daquele, ou seja, ser humano.

Contudo, a lei não assegura ao embrião os mesmos direitos conferidos ao nascituro, ou seja, sua existência é relativizada quando há tensão entre dignidades[41], o mesmo ocorrendo com o nascituro em relação à genitora em determinadas hipóteses que serão apresentadas no decorrer do trabalho científico.

Os doutrinadores pátrios divergem quanto ao início da vida[42], todavia é pacífico que a morte ocorre quando não há nenhum tipo de atividade cerebral e esse é o critério adotado pela Lei de Transplantes (Lei n. 9.434/1997).

---

[37] SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 125.

[38] CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004, p. 19-20.

[39] LIMONGI FRANÇA, Rubens. *Instituições de direito civil*. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 50; SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 65.

[40] Waren apud CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 263.

[41] CARDIN, Valéria Silva Galdino; WINCKLER Gehlen. op. cit.

[42] Teoria natalista: PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil.* Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 1, p. 144-148; RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 35-37. Teoria concepcionista: ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo

Por fim, entender que há proteção da vida humana desde a concepção não pressupõe, necessariamente que o embrião e o nascituro tenham os mesmos direitos atribuídos à pessoa. Quando houver tensão entre dignidades, os direitos daqueles poderão ser relativizados, desde que observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

4 DOS LIMITES JURÍDICOS DO ABORTO

Hodiernamente, o aborto ultrapassa as questões religiosas e éticas, devendo ser analisado sob o prisma jurídico quanto à realização do planejamento familiar, ao exercício da paternidade responsável e ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de o planejamento familiar ser livre, o ideal é que o aborto não seja utilizado como instrumento contraceptivo, devendo o Estado conscientizar a população e realizar políticas públicas no sentido de educar e prevenir as consequências advindas das relações sexuais desprovidas de cuidados.

Por outro lado, Maria Berenice Dias afirma que, ao se admitir o planejamento familiar, é assegurado ao casal a liberdade de decidir acerca da realização do projeto parental, bem como quanto ao número de filhos, não sendo possível excluir o acesso a nenhum método contraceptivo. [43]

Acrescenta a autora que o aborto deveria estar excluído do rol dos ilícitos penais, afirmando que os métodos contraceptivos não são infalíveis e podem aumentar o número de gestações indesejadas.[44]

Tal posicionamento já era defendido por Aristóteles e Platão na Grécia antiga. Aconselhavam o aborto nos casos em que o feto não tivesse adquirido alma ainda (40 dias se fosse homem e 80 se fosse mulher), com o objetivo de equilibrar a população.[45]

Para Santo Agostinho, com base na doutrina de Aristóteles, o aborto era crime quando o feto já tivesse adquirido alma, o que julgava ocorrer de 40 a 80 dias após a concepção, independentemente do sexo.[46]

---

do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988, p.182; FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988, p. 48-51. Teoria da personalidade condicionada: BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p. 75-80; MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. Parte Geral. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 64-66.

[43] DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar. *IBDFAM*. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=268. Acesso em: 25 ago. 2011.

[44] Ibidem.

[45] HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V,p. 269-270.

Atualmente, existem diversos métodos, como o Mirena, o DIU, a pílula, dentre outros que, associados ao uso de preservativo e da pílula do dia seguinte, afastam a gravidez de forma segura, não sendo preciso utilizar o aborto enquanto método contraceptivo.

O que ocorre é a falta de conscientização e de responsabilidade das pessoas quanto ao planejamento familiar, de modo que, ao terem relacionamentos, priorizam frações de prazer em detrimento de direitos fundamentais como o direito à vida daquele que está por vir.

Frise-se que a liberdade sexual e a autonomia da mulher não podem servir como fundamento para a prática de aborto enquanto método contraceptivo, visto que há inúmeros métodos para afastar uma gestação indesejada.

Logo, o direito à liberdade da mulher deve ser exercido de forma prévia à concepção, ou seja, pode ela determinar, de acordo com os seus princípios e valores, se deseja ou não engravidar. Não tomando as medidas necessárias para evitar a concepção, o direito à vida do nascituro deve ser preservado, garantindo assim a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana àquele.[47]

O Estado não deve dar suporte para a realização do aborto de pessoas que se comportam de forma imprudente em seus relacionamentos sexuais, mas deve viabilizar a esterilização nas redes públicas, caso seja essa a vontade tanto do homem quanto da mulher, desde que haja uma entrevista com uma equipe multidisciplinar formada por psicológos, assistentes sociais e médicos que atestem que a decisão foi refletida, independentemente da faixa etária, do número de filhos e da condição socioeconômica, evitando assim um mal maior, o aborto clandestino.

Acrescente-se que a mulher não tem autonomia quando decide abortar, em decorrência de que o suposto pai também tem o direito de decidir se quer ter o filho ou não, formando assim uma família monoparental.

O fato de o aborto ser realizado na clandestinidade e em condições precárias, levando muitas mulheres à esterilidade ou à morte, e sendo o nosso país o recordista em mortes por aborto, não se justifica a prática de forma aleatória, mas sim a criação de programas de

---

[46] PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro.* Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2, p. 106.

[47] MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *Aborto eugênico: alguns* aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id= 5622>. Acesso em: 30 maio 2006.

políticas públicas de conscientização quanto à prevenção de gestações indesejadas desde a adolescência.[48]

Os riscos divulgados para quem realiza um aborto demonstram a falta de políticas públicas na formação da educação sexual, do planejamento familiar, do exercício da paternidade responsável, atrelados ao princípio da dignidade humana de à prática d saúde preventiva, dentre outras iniciativas.[49]

Segundo os dados do SUS, ocorrem quase 238 mil curetagens decorrentes de aborto no Brasil anualmente, com um custo médio de R$ 125,00 cada, sem contabilizar os custos com internações por mais de 24 horas, com UTI e os recursos dispensados no atendimento das mulheres com sequelas de aborto clandestino.[50] Logo, o somatório das quantias acima descritas deveria ser empregado em prol da educação e da conscientização de cada cidadão acerca da importância do planejamento familiar e do exercício da paternidade responsável.

Observa-se que o aborto, hoje, trata-se de uma prática comum, ainda que realizada clandestinamente, porém o direito ao livre exercício da autonomia reprodutiva deveria estar restringido a circunstâncias nas quais o sofrimento da mãe e da criança justificasse tal conduta.

Segundo Maria Berenice Dias,

> O filho, por não ter sido desejado, quantos abortos não sofrerá vida afora? Certamente sofrerá incontáveis abortos: o aborto da violência, da fome, da indiferença, da cobrança, da exclusão social. Quantas vezes será violado seu direito constitucional à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar? Todos esses direitos só serão exercitados se viver em um "lar" - Lugar de Afeto e Respeito - onde o maior direito é o direito ao amor. Direito de todos e de cada um.[51]

Para as situações enumeradas pela autora acima, há em nosso ordenamento jurídico uma solução para o filho não desejado, que seria a adoção. Quanto à violência intrafamiliar, é reflexo de ausência de paternidade responsável. Nesse caso, o Estado poderia cobrar de forma ostensiva dos pais que tal prática não ocorresse e, em caso de reincidência, que houvesse a suspensão ou destituição do poder familiar e encaminhamento da criança para uma família substituta ou um abrigo.

---

[48] SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Aborto: saúde sem lei e lei sem saúde. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister. v. 01, p. 42-51, dez./jan. 2008, p. 43.
[49] Ibidem, p. 49.
[50] BUGLIONE, Samantha. *Direito, ética e biodireito*: Fragmentos do cotidiano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, p. 100.
[51] DIAS, Maria Berenice. op. cit.

Já a fome trata-se de um problema social no qual todos os cidadãos têm responsabilidade, seja por ação, seja por omissão. Quanto à indiferença, que se traduz pela falta de cuidado e afeto, só a responsabilidade civil por danos morais pode colaborar no tratamento psicológico da vítima.

A falta de dignidade, de respeito e de liberdade são uma herança do sistema patriarcal e de uma sociedade em que o comprometimento e a responsabilidade são valores pouco enaltecidos até mesmo no seio familiar.

A convivência familiar só existirá em famílias estruturadas, onde haja afeto e respeito, A prática do aborto não afastará os problemas acima descritos, somente a conscientização dos cidadãos por meio de políticas públicas e a interferência efetiva do Poder Judiciário poderá reduzir tais comportamentos.

Portanto, o aborto não é a solução para os problemas enumerados acima pela autora, porque muitos filhos que foram desejados padecem dos mesmos males.

Outra questão a ser debatida é se a tipificação do aborto estaria adequada ao contexto social atual.

Segundo Samantha Buglione,

> (...) a criminalização do aborto, além de não proteger a vida do feto, gera a morte de mulheres e gastos desnecessários para o Estado. O fato é que a via penal não é, nesse caso, o meio mais eficiente para proteger a vida. Da mesma forma que não era, com a criminalização do adultério, a de proteger a moral familiar.[52]

A mesma autora complementa afirmando que a descriminalização significaria exigir do Estado formas que visem a evitar a morte dos fetos por meio de políticas preventivas, acesso à saúde, à educação, a métodos contraceptivos e à diminuição dos índices de pobreza.[53]

Por fim, o aborto deveria ser tipificado em relação à mulher apenas nas circunstâncias em que for comprovado que ela provocou ou consentiu que outrem o fizesse, utilizando-o como método contraceptivo, quando tinha acesso a outros meios eficazes para evitar a gravidez.

5 DOS TIPOS DE ABORTO

5.1 DO ABORTO LEGAL: NECESSÁRIO E SENTIMENTAL

---

[52] BUGLIONE, Samantha. op. cit., p. 100.
[53] Ibidem, p. 100.

Configura-se aborto legal aquele cuja realização a lei permite, isentando-se de pena o médico ou a mulher que vierem a provocá-lo nas situações descritas nos incisos do art. 128 do Código Penal.

A primeira hipótese consiste no aborto necessário ou terapêutico, que é realizado pelo médico quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, nas hipóteses de anemia profunda, diabete grave, leucemia, hemorragia, cardiopatia, câncer etc., oportunizando assim o tratamento adequado, uma vez que não poderia ser realizado sem deixar sequelas ao feto.

Permite-se nessa circunstância sacrificar a vida do feto por ser a mulher um ser já constituído e independente, com plena eficácia biológica, em detrimento da vida do feto, que possui apenas uma mera expectativa de vida. Aplica-se, assim, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade.

É dispensável o consentimento da gestante ou de qualquer ente familiar para realização desse tipo de aborto, uma vez que caracteriza o estado de necessidade, ou seja, uma excludente de ilicitude.[54]

Já o aborto sentimental está disposto no inciso II do art. 128 do Código Penal, também denominado aborto humanitário ou ético. Este consiste na interrupção da gravidez fruto de estupro.

Tal permissão é conferida, embora o feto seja viável, não se pode obrigar a mulher estuprada a conviver com uma criança que lhe traga recordações de um ato que violou sua integridade física e psíquica.

Esse tipo de aborto foi admitido no Código Penal de 1940, em decorrência do sistema de presunção de paternidade, caso a mulher fosse casada, e não com o intuito de preservar o equilíbrio psicológico desta, porque era considerada nessa época relativamente incapaz. Para as solteiras, a realização do aborto permitiria o resgate da honra, afastando a possibilidade de ser mãe solteira.

Outro fato determinante para permissão desse tipo de aborto foram as duas grandes guerras, uma vez que muitas mulheres foram violentadas pelos soldados.[55]

A criança ou o adolescente que são vítimas de abuso sexual no seio familiar e acabam engravidando, configurando-se o incesto, também podem abortar.

---

[54] Vide, nesse sentido, HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit.,p. 311; PRADO, Luiz Regis. op. cit.,p. 121; ainda, assinala Frederico Marques que, “rebelando-se a gestante contra a prática do aborto terapêutico, o médico que o provocar não pode eximir-se das penas do art. 125, do Código Penal”.(MARQUES, José Frederico. op. cit.,p. 216)

[55] HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. op. cit.,p. 312.

Ressalta-se que os abusos sexuais contra crianças e adolescentes são geralmente praticados por entes familiares ou por pessoa confiável. Nessas situações o aborto deve ser autorizado, pois trata-se de alguém que foi vítima de violência sexual intrafamiliar. Não se pode negar que uma menor grávida do próprio pai, tio ou irmão não tenha sua dignidade usurpada.

Cabe ao Estado velar por essas crianças ou adolescentes, não deixando a cargo do agressor ou da mãe, enquanto representantes legais, a decisão de realizar ou não o aborto. Nem sempre é possível detectar se a mãe tinha ou não conhecimento acerca do fato.

Como explicar, por exemplo, a hipótese de incesto entre pai e filha, para a criança fruto do incesto, que sua mãe é também sua irmã, seu pai é seu avô e seus irmãos são ao mesmo tempo seus tios? Sem falar na aversão que a criança ou adolescente terá em relação ao filho incestuoso.

Portanto, a situação supramencionada afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, em relação àquela que foi violentada.

A gravidez precoce constitui um dos fatores de risco para a saúde das crianças e adolescentes, em decorrência de que ainda não ultrapassaram a fase de crescimento, podendo ocorrer eclampsia, anemia, parto prematuro, complicações obstétricas e recém-nascidos de baixo peso.[56]

Saliente-se que essas crianças e adolescentes, além de serem vulneráveis e não terem condições físicas e psicológicas para suportar um parto, não conseguirão exercer a paternidade de forma responsável.

Segundo dados do Fundo de População das Nações Unidas - UNFPA, mulheres jovens entre 15 e 19 anos são duas vezes mais propensas a morrer no parto do que as de 20 anos ou mais. Mulheres com menos de 15 anos têm essa taxa de risco aumentada em cinco vezes. Em 2004 o ministro da Saúde, Humberto Costa, anunciou[57] que conseguiria diminuir em 15% a mortalidade materna legalizando o aborto.

O próprio Ministério da Saúde instituiu normas técnicas defendendo o aborto autorizado na rede de saúde pública. O ministro José Serra, em novembro de 1988, editou a norma *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*. Posteriormente, em dezembro de 2004, o ministro Humberto Costa

---

[56] SILVA, Lucía; TONETE, Vera Lúcia Pamplona. *A gravidez na adolescência sob a perspectiva dos familiares:* compartilhando projetos de vida e cuidado. Revista Latino-Americana de Enfermagem. v.14, n.2, Ribeirão Preto, mar./abr. 2006.

[57] MAINARDI, Diogo. O planejamento petista. *Veja*, abril, edição 1845, ano 37, n. 11, de 17 de março de 2004, p. 111.

reeditou a anterior e criou a *Norma Técnica de Atenção Humanizada ao Abortamento e à Gestação de Alto Risco*.[58]

Para realização do aborto sentimental e do aborto necessário não é preciso que haja autorização judicial, em decorrência do art. 128 do Código Penal, no qual estão inclusas as situações supramencionadas.

5.2 DO ABORTO POR DEFEITOS CONGÊNITOS

Os principais órgãos formam-se entre a 3ª e a 8ª semana de gravidez. Nesse período podem ocorrer os defeitos congênitos estruturais anatômicos, que têm como sinônimos as anomalias e as malformações congênitas.[59]

As causas dessas anomalias podem ser fatores genéticos (anormalidades cromossômicas), ou fatores ambientais (a talidomida, a rubéola, a toxoplasmose, a sífilis, dentre outras), podendo ocorrer a ação conjunta de ambos os fatores descritos, denominando-se herança multifatorial.[60]

Hodiernamente é possível, por meio do diagnóstico pré-natal (ultrassonografia morfológica, ultrassonografia 3D, em Doppler, amniocentese, dentre outros meios), visualizar qualquer anomalia congênita.

Todavia, nem todas as anomalias inviabilizam a vida extrauterina. Algumas de ordem estrutural, como a microtia (orelhas pequenas), pontos pigmentares e fissuras palpebrais pequenas, não constituem por si sós um problema de saúde, mas em alguns casos podem estar associadas a defeitos graves.[61]

Pode-se citar, por exemplo, que bebês com uma pequena anomalia possuem 3% de probabilidade de apresentarem uma grande malformação; já duas anomalias pequenas têm 10%, enquanto três ou mais pequenas apresentam 20% de probabilidade de uma grande malformação. Acrescente-se que as anomalias do ouvido são fortes indicadores de crianças com síndrome de malformação.[62]

A malformação consiste no defeito morfológico de um órgão, parte dele ou de uma região mais ampla do corpo, tendo como resultado um desenvolvimento anormal. Citem-se como exemplos a catarata, a surdez, a microcefalia, a espinha bífida, a fenda palatina, a

---

[58] MINISTRO Saraiva Felipe suspende a portaria do aborto. Disponível em: http://www.providaanapolis.org.br/sarsupen.htm. Acesso em: 24 set. 2011.
[59] SADLER, T. W. op. cit., p. 69.
[60] MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. op. cit., p. 163.
[61] SADLER, T. W. op. cit., p. 77.
[62] Ibidem, p. 77.

anencefalia, dentre outras. Nessas hipóteses haverá vida extrauterina por um tempo indeterminado, com nenhuma ou pouca qualidade de vida, ou até uma vida normal.[63]

A toxoplasmose, que consiste em um processo infeccioso provocado pelo protozoário *toxoplasma gondii*, causa sérios comprometimentos fetais, inclusive a nível neurológico, quando incide no período gestacional, podendo, inclusive, desencadear nascimentos prematuros. Desse processo infeccioso podem advir sequelas mais graves, dentre elas a microcefalia[64], a hidrocefalia[65], as calcificações intracranianas[66], a cório-ritinite[67] e a meningoencefalite toxoplasmótica[68]. Apontam-se ainda a epilepsia, a epasticidade[69], distúrbios visuais e retardo psicomotor grave de dolorosas consequências em 80% dos bebês com manifestações encefálicas.[70]

A rubéola trata-se de uma infecção viral aguda, normalmente benigna, mas, se a mulher estiver grávida, poderá acarretar a morte fetal, o parto prematuro e malformações fetais.[71]

A sífilis, o sarampo, a caxumba, a diabetes mellitus, dentre outras, também acarretam malformações.[72]

Nas hipóteses acima enumeradas, caso seja possível detectar por meio de um laudo médico a inviabilidade da vida extrauterina ou que a criança terá uma vida sem que possa interagir com o mundo que a cerca, deve ser permitido o aborto com base na dignidade da pessoa humana.

Muitas deformações podem ser revertidas após o nascimento, como, por exemplo, aquelas que afetam o sistema músculo-esquelético.[73]

---

[63] Ibidem, p. 79.
[64] Microcefalia é provocada por uma insuficiência no desenvolvimento do crânio e do encéfalo, dando origem a um crânio de tamanho reduzido, inferior ao tamanho normal.
[65] Hidrocefalia é o acúmulo de líquido cefalorraquidiano no interior da cavidade craniana, ou seja, nos ventrículos ou no espaço subaracnóideo, fazendo aumentar a pressão intracraniana do cérebro, podendo causar lesões no tecido cerebral e aumento ou inchaço do crânio.
[66] Trata-se de termo utilizado em radiologia, caracterizando-se no enrijecimento das estruturas internas, como, por exemplo, em um espessamento de uma membrana. São áreas onde a tomografia detecta um avolumamento maior seja nos plexos coróides (aquelas formas irregulares do cérebro), seja nas meninges.
[67] Cório-retinite é a inflamação localizada no fundo do olho.
[68] Meningoencefalite trata-se de um processo inflamatório que envolve o cérebro e meninges.
[69] A epasticidade é um tipo de aumento do tônus muscular em repouso; caracteriza-se pelo aumento da resistência ao estiramento passivo, velocidade dependente e assimétrica em torno das articulações (isto é, maior nos músculos flexores no cotovelo e músculos extensores no joelho).
[70] FONTES, José Américo. *Lesão cerebral*: causas e prevenção. Brasília: Corde, 1994, p. 56.
[71] TESTE pezinho. Disponível em: http://www.ctn.com.br/hxportal.aspx?0,N,,,95,HPag005,0,,,20,0,0,13,0,0,0. Acesso em: 21 set. 2011.
[72] FONTES, José Américo. op. cit.
[73] SADLER, T. W. op. cit., p. 77.

As principais anomalias responsáveis por pedidos de alvarás para interrupção da gravidez são: malformações no sistema urinário, cardíacas congênitas, cromossômicas e também defeitos no fechamento do tubo neural (anencefalia), uma vez que o feto poderá morrer no ventre, ser um natimorto ou viver uma vida vegetativa por dias ou meses.

A prática do aborto deverá ser realizada nos casos em que o defeito congênito inviabilize a vida extrauterina do feto, ou quando ele não consiga interagir com o mundo que o cerca, ou seja, quando não tenha consciência da sua própria existência, cabendo ao casal a decisão de concretizar o projeto parental ou não.

5.3 DO ABORTO DE FETO INVIÁVEL

Segundo Débora Diniz, o aborto eugênico trata-se de uma prática em que o feto é morto em decorrência de valores racistas, sexistas, étnicos, dentre outros, diferentemente daquele que é acometido por anomalia fetal que inviabilize a vida extrauterina.[74]

O feto inviável não possui nenhuma expectativa de vida fora do útero materno, ou, ainda que venha a nascer com vida, viverá por pouco tempo. Já o feto anencéfalo é inviável, uma vez que desenvolve no ventre materno uma malformação no fechamento do tubo neural superior.

A anencefalia é confundida muitas vezes com a acrania, que se caracteriza pela ausência total ou parcial da parte superior da calota craniana.[75] Nesta ocorre o comprometimento do sistema nervoso central, sendo portanto uma doença letal.[76]

O desembargador Afrânio Vilela, da 11ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ao decidir favoravelmente à interrupção da gravidez no caso de malformação fetal, afirma que, qualquer que seja a convicção religiosa ou doutrinária, não há justificativa para impor à mãe uma gestação que será ceifada de forma cruel e dramática quando do nascimento do bebê ou apenas retardada por poucas horas, tornando-se uma verdadeira *via*

---

[74] DINIZ, Débora. Bioética e aborto. In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaios:* Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006, p. 116-117.

[75] TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico*: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba, Juruá, 2008, p. 47.

[76] ACRANIA e acalvaria: com má formação do crânio e na ausência de couro cabeludo. Disponível em: http://saude.psicologiananet.com.br/acrania-e-acalvaria-%E2%80%93-com-ma-formacao-do-cranio-e-ausencia-de-couro-cabeludo.html. Acesso em: 29 set. 2011.

crucis. Deve-se então, em tais casos, aplicar o princípio da caridade, defendido pelas religiões.[77]

Embora o anencéfalo careça de córtex cerebral, possui tronco cerebral, o que permite a respiração de forma espontânea, adquirindo assim, pelo ordenamento jurídico pátrio, mesmo que por instantes, os direitos da personalidade.

Mas tal fato não é relevante a ponto de submeter a mãe ao sacrifício de gerar nove meses alguém que será um natimorto.

O caso da menina Marcela de Jesus Galante Ferreira, que viveu 1 ano, 8 meses e 12 dias, foi usado como "bandeira", de forma equivocada, por aqueles que são contra o aborto, pois, segundo a junta médica que avaliou o caso, ela tinha resquícios de um cérebro, ao contrário dos anencéfalos, que não têm nada.[78]

Os especialistas são unânimes em afirmar que todas as funções superiores do sistema nervoso central, como a consciência, a cognição, a comunicação, a afetividade e a emoção, não existem em um anencéfalo e que as funções respiratórias são apenas parciais.[79]

Ressalte-se que se o ordenamento pátrio permite o aborto de fetos viáveis com capacidade de vida sadia, como no caso do fruto do estupro, que poderiam, em vez de serem sacrificados, serem encaminhados à adoção. Logo, deve ser permitido o aborto de anencéfalos, que são fetos inviáveis.

Esse tipo de aborto tem o intuito de adiantar o nascimento de um feto cientificamente sem vida, privado de cérebro e inapto a existir por si só.

Acerca do tema, Débora Diniz assevera:

> A situação da anencefalia é considerada tão extrema e paradigmática para o movimento de revisão da legislação brasileira que inúmeras metáforas são utilizadas para descrever o grau de sofrimento imposto pelo diagnóstico. A mulher grávida torna-se "caixão ambulante" e o feto anencefálico "um vegetal", expressões fortes e, até mesmo, desrespeitosas, mas que comumente são utilizadas para representar o sofrimento das mulheres e famílias que procuram o amparo legal para realizar o aborto.[80]

---

[77] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. N. do processo 1.0027.08.157422-3/001(1); Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANT; Julgamento em 25/06/2008; Publicado em 15/08/2008. Origem: Comarca de Betim.

[78] QUANDO começa a vida? *Revista da Semana*. São Paulo: Abril, edição 52, ano 2, n. 34, 4 set. 2008.

[79] GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia y interrupción del embarazo -Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, n. 52, jan. fev. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 56.

[80] DINIZ, Débora. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 48.

No mesmo sentido, Alberto Silva Franco entende ser o anencéfalo um projeto embriológico falido, ou seja, um morituro.[81]

O aborto de anencéfalo deve ser permitido em decorrência de que é uma excludente de tipicidade, pois, segundo o critério neocortical de morte, não há vida, logo não se configura uma conduta típica a retirada do feto, uma vez que não há bem jurídico a ser tutelado.[82]

Quando se defende a possibilidade de a gestante realizar o aborto por malfomação fetal, não há a intenção de impor tal prática. O que se deseja é que ela possa ter o direito de escolher, conforme os seus princípios, crenças e valores.

Segundo os quatro princípios que norteiam a bioética, que são a autonomia, a justiça, a beneficência e a não maleficência, esse tipo de aborto deve ser autorizado, deixando à gestante a decisão de prosseguir ou não com a gravidez, respeitando assim a sua autonomia. Não há também violação do princípio da não maleficência, na medida em que o adiantamento do parto não aumenta as possibilidades de sobrevida.[83]

Esse feto pode gerar risco de vida à gestante e sequelas psicológicas irreversíveis, sem falar no alto índice de óbitos intrauterinos. O Brasil é o 4º país em registro de fetos anencéfalos, cujas causas podem ser genéticas ou por fatores externos.[84]

Com o avanço da tecnologia na área médica, pode-se afirmar com certeza se um feto é ou não portador de malformação. A análise de muitas anomalias é realizada por meio das células do próprio feto, colhidas do líquido amniótico ou de células da placenta; já as anomalias anatômicas são diagnosticadas por ultrassonografia. A prova científica da condição do feto é irrefutável, devendo ser realizado o aborto pelo médico independentemente de autorização judicial, desde que tenha um laudo que comprove tal anomalia.

Aguardar uma decisão do Poder Judiciário poderia levar meses, o que seria prejudicial à gestante. Não é novidade a burocracia no Poder Público, ainda mais em se tratando da duração e efetividade de processos judiciais, que acabam muitas vezes trazendo uma solução ao litígio quando o objeto discutido não existe mais.

Se em uma gravidez decorrente de estupro a mulher possui a autonomia de decidir acerca da continuidade ou não da vida do feto que seja viável, por que o Poder Público deveria proibir que uma mulher grávida de um feto inviável realize esse procedimento?

---

[81] FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 833, p. 399-419, março 2005, p. 406.

[82] SILVA, Rita de Cássia Lopes da; ROSA, Letícia Carla Baptista. A natureza jurídico-penal do aborto anencefálico. *Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*. v. 12, n. 1, p. 11-31, jan./jun. 2007, p. 20-21.

[83] MARTÍNEZ, Stella Maris *apud* FRANCO, Alberto Silva. op. cit, p. 411.

[84] STF deve julgar aborto de feto anencéfalo. Disponível em: http://blogdavivianemonteiro.blogspot.com /2011/08 /stf-deve-julgar-aborto-de-feto.html. Acesso em: 27 set. 2011.

O laudo médico seria o documento hábil a ser apresentado, portanto não sendo necessário o alvará para que o procedimento seja realizado pelos médicos.

Salienta-se que o próprio Conselho Nacional de Saúde, por meio da Resolução n. 348/2005, manifestou-se a favor do direito da gestante de um feto anencéfalo de interromper a gravidez, atribuindo e propondo ao Ministério da Saúde algumas ações que visem à prevenção da anencefalia e assegurando serviços de saúde e assistência qualificados a essas mulheres e suas famílias.

Na anencefalia e demais anomalias em que se verifique a ausência de cérebro parcial ou total, ou comprometimento do sistema nervoso em que não existirá vida ou ela será vegetativa, o embrião deverá ser sacrificado, prevalecendo assim a dignidade da mãe.

6 DA POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO ABORTO POR MENORES, POR DEFICIENTES MENTAIS, POR TOXICÔMANOS EM ESTÁGIO AVANÇADO E POR PORTADORES DE DOENÇAS CRÔNICAS EM ESTÁGIO TERMINAL

A gravidez precoce, ou seja, de crianças e adolescentes cuja compleição física não permita que haja o desenvolvimento da gestação e o parto sem causar riscos à integridade física daquelas, é lesiva ao desenvolvimento físico, educacional e profissional, podendo causar ainda diversas complicações, tais como eclampsia, anemia, parto prematuro, hemorragias, infecções e problemas na progressão no trabalho de parto. Acrescente-se que as crianças geralmente apresentam baixo peso, lesão cerebral, prematuridade etc.[85]

O Código Civil preceitua que em situações excepcionais o juiz poderá autorizar o casamento de menores de 16 anos em caso de gravidez. Contudo, o suposto pai nem sempre se interessa em assumir o bebê e elas não têm com quem dividir o exercício do poder familiar, restando então tal responsabilidade para os avós e demais entes familiares.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama e Daniel Queiroz Pereira afirmam que todo ser humano é tutelado pelo ordenamento jurídico de um mínimo essencial, “a salvaguarda de um espaço privado que proporcione condições ao pleno desenvolvimento da pessoa”[86]. Então, como suprimir o aborto a quem ainda não desenvolveu sua integridade física e psicológica?

Como medida alternativa, a criança pode ser ainda encaminhada para adoção, caso não haja interesse da menor ou de sua família.

---

[85] FONTES, José Américo. op. cit., p. 41.

[86] GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 853, nov. 2006, p. 61.

Logo, se a menor apresentar durante o início da gestação, ou seja, até a formação do sistema nervoso, riscos que possam acarretar sequelas, sua integridade física e psicológica, o aborto deveria ser permitido.

Quanto aos portadores de deficiência mental, deveriam ser esterilizados, não com fundamento em um processo eugênico, mas pela ausência de planejamento familiar e falta de capacidade de exercer a paternidade responsável.

Cite-se como exemplo o caso de um autista, em que a alteração cerebral afeta a capacidade da pessoa de se comunicar, estabelecer relacionamentos e responder apropriadamente aos estímulos externos. Na mesma situação se encontram, por exemplo, os portadores de Síndrome de Down ou de Síndrome de Rubinstein.[87]

Assim, os representantes legais de deficientes mentais devem ser responsabilizados por não terem solicitado a esterilização de seus curatelados, por danos morais e materiais, não só em relação ao deficiente, como ao nascituro.

Não se pode obrigar que o curador do deficiente mental exerça a paternidade responsável daquele que não foi esterelizado e caso não haja nenhum ente familiar interessado na guarda da criança, esta deveria ser encaminhada para uma família substituta.

A prática do aborto só deveria ocorrer se o nascituro apresentasse uma doença congênita do qual inviabilizasse uma vida extra-uterina ou apresentasse um quadro de vida vegetativo.

Frise-se, os deficientes mentais possuem direitos da personalidade, contudo não possuem capacidade para exercer os atos da vida civil, tampouco para o exercício da paternidade responsável atrelada ao princípio da dignidade da pessoa humana, faltando-lhes, assim, a individualidade concreta e o poder de autodeterminação.

Logo, a esterilização é um procedimento que deve ser praticado no bem estar psíquico e físico do deficiente mental, evitando assim um mal maior, o aborto.

Em relação aos toxicômanos, o nascituro pode estar sujeito ou não às consequências oriundas das drogas ingeridas pela sua genitora durante a gravidez, podendo acarretar

---

[87] O risco de repetição para um casal ter uma segunda criança com síndrome de Rubinstein-Taybi é aproximadamente 0.1%, mas um indivíduo com síndrome de Rubinstein-Taybi tem uma chance alta de 50% para ter uma criança com síndrome de Rubinstein-Taybi. Tal síndrome não é detectada antes do nascimento, mas, quando existir preocupação de repetições, é teoricamente possível que defeitos severos do polegar, hálux, coração ou trato urinário sejam vistos por um especialista altamente qualificado e experiente em ultrassonografia pré-natal.

inúmeras sequelas, tais como retardo do crescimento, microcefalia, anormalidades comportamentais, gastrosquise[88], fendas labial e palatina, defeitos cardíacos, dentre outros.[89]

O uso de álcool pela gestante pode causar síndrome do alcoolismo fetal, deficiência do crescimento, disfunção da atividade motora, má coordenação do olho e das mãos ou tremores, hiperatividade, microcefalia, fissuras palpebrais pequenas[90], hipoplasia maxilar[91], defeitos cardíacos, retardamento mental etc.[92]

Até mesmo pequenas doses podem ser lesivas, já que o peso do feto é inferior ao da mãe, ou seja, ainda que a quantidade ingerida por ela não lhe cause mal algum em decorrência de sua constituição física, pode ser fatal para o feto. Acrescente-se ainda que a criança logo após o nascimento possa vir a óbito por síndrome de abstinência.[93]

Nesses casos, o aborto só seria recomendado caso houvesse um laudo médico atestando que as sequelas oriundas das drogas e do álcool tornariam inviável a vida extrauterina ou quando a criança apresentasse um comprometimento nas funções cerebrais.[94]

Acrescente-se ainda que, quanto às gestantes portadoras de doenças em estágio terminal, como, por exemplo, a AIDS, deveria ser permitido o aborto para que houvesse o tratamento adequado, eliminando-se também a possibilidade de transmissão da doença ao feto.

Não é tarefa simples avaliar no âmbito médico, com precisão, a influência da AIDS na transmissão da doença da genitora para o feto, mas poderão ocorrer complicações obstétricas se houver continuidade na gestação. Todavia, tem-se constatado por meio de pesquisas a presença de anemia, tuberculose, potencialização dos efeitos da doença e complicações no parto, como, por exemplo, a hemorragia.[95]

Embora haja programas de conscientização para as grávidas portadoras de AIDS no sentido de tentar minimizar os riscos de transmissão, nem sempre o resultado é satisfatório,

---

[88] Trata-se de uma malformação fetal decorrente de um defeito na formação da parede abdominal, caracteriza-se pela presença de uma abertura na região abdominal, tornando possível a extrusão de vísceras abdominais, como estômago e intestinos.
[89] SADLER, T. W. op. cit., p. 79.
[90] Fissura palpebral pequena é o espaço entre a pálpebra superior e a inferior, no caso pequena.
[91] Hipoplasia maxilar é uma diminuição do número de células ósseas que formam o maxilar, o que leva a um "maxilar pequeno".
[92]SADLER, T. W. op. cit., p. 79.
[93] AS drogas. Disponível em: http://grupoaugusto.sites.uol.com.br/evang/drogas.html. Acesso em: 20 set. 2011.
[94] JONES, Kenneth Lyons. *Padrões reconhecíveis de malformações congênitas*. 5. ed. São Paulo: Manole, 1998, p. 555-556.
[95] SAÚDE materna e neonatal como estamos? Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/sowc9pt/cap1.htm. Acesso em: 23 set. 2011.

em decorrência de que envolve uma mudança de comportamento da mulher no sentido de seguir as medidas preventivas sugeridas pelo protocolo ACTG 076 do Ministério da Saúde.[96]

Estima-se que 15% a 30% das crianças nascidas de mães soropositivas adquirem o vírus na gestação, durante o trabalho de parto ou por meio da amamentação.[97]

Assim, a mãe portadora de AIDS deveria também ter a opção de abortar, porque a gravidez pode apresentar riscos em relação à sua integridade física e psicológica.

Christina Féo e Tereza Rodrigues Vieira acerca do tema asseveram com fundamento no princípio bioético da não maleficência, que insistir em uma condição de sofrimento para manter uma vida a qualquer custo pode, sim, ser nocivo a outra vida.[98]

Segundo Ronald Dworkin, a dignidade é, em certo sentido, uma questão de convenção e seu conteúdo poderá variar de acordo com a sociedade e época. Contudo, o direito que as pessoas têm de que a sociedade reconheça a importância de sua vida não pode constituir mera convenção.[99]

Dessa forma, recorre-se ao princípio da dignidade humana como critério interpretativo de todo o ordenamento jurídico constitucional.[100]

Nesse sentido, toxicômanos em estágio avançado e doentes terminais, quando não possuírem condições de exercitar a paternidade responsável, deveriam ter a possibilidade de praticar o aborto.

CONCLUSÃO

O aborto consiste na expulsão ou não do feto, de forma espontânea ou provocada, do que resulta a sua morte.

A dignidade da pessoa humana é um princípio constitucional que garante o reconhecimento da pessoa e de sua personalidade, assegurando os demais direitos elencados em nosso ordenamento jurídico.

---

[96]Ibidem.

[97] NEVES, Lis Aparecida de Souza; GIR, Elucir. Crenças das mães soropositivas ao HIV acerca da transmissão vertical da doença. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S01041 1692006000500021&script=sci_arttext&tlng=PT. Acesso em: 23 set. 2011.

[98] FÉO, Christina; VIEIRA, Tereza Rodrigues. Eugenia e o direito de nascer ou não com deficiência: algumas questões em debate. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (org.). *Ensaios de Bioética e* Direito. Brasília: Consulex, 2009, p. 71.

[99] DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel, 1994, p. 339.

[100] KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

Esse princípio não deve estar adstrito a condições éticas, morais, religiosas e jurídicas de uma determinada época, ou seja, é atemporal, devendo estar condicionado a solucionar situações tanto universais quanto específicas.

O direito à vida, embora esteja atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana, não é absoluto, tanto que o ordenamento jurídico permite, entre outros casos, a realização de aborto quando há riscos à vida da mãe ou quando a gravidez resulta de estupro, admitindo também pesquisas com embriões excedentários em que acaba ocorrendo a destruição ao final.

A Constituição Federal, bem como o Código Civil, garantem o direito à vida desde a concepção, condicionando a aquisição dos direitos da personalidade ao nascimento com vida, mas, quando há colisão entre os direitos da genitora e os do feto, devem ser utilizados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a fim de que o aborto possa ser realizado em outras circunstâncias além daquelas previstas no Código Penal, como, por exemplo, nas síndromes incompatíveis com a vida, nos menores cuja compleição física não permita que haja o desenvolvimento da gestação e o parto sem causar riscos à integridade física daqueles, nos fetos portadores de defeitos congênitos, dentre outras situações.

Ressalte-se que ser pessoa não significa apenas existir fisicamente, mas interagir com o mundo em redor, tanto que o legislador atribuiu valores diferentes ao embrião, ao nascituro e à pessoa. A comprovação de tal fato se encontra na Lei de Biossegurança (Lei n. 11.105/2005), no art. 2º do Código Civil e nos art. 121 (homicídio) e 124 (aborto) do Código Penal.

O embrião não tem os mesmos direitos conferidos ao nascituro, tampouco este em relação à sua genitora, havendo uma relativização da vida.

O aborto transpõe interesses morais, religiosos, éticos, devendo ser analisado sob a ótica do planejamento familiar, do exercício da paternidade responsável e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Apesar de o planejamento familiar ser livre, o aborto não deve ser utilizado como instrumento contraceptivo, quando a mulher possui outros recursos para afastar uma gestação indesejada, devendo o Estado conscientizar a população e implementar políticas públicas no sentido de educar e prevenir as consequências oriundas de relações sexuais desprovidas de cuidados.

O direito à liberdade sexual e à autonomia não podem servir de fundamento para a prática de aborto de fetos viáveis, não devendo o Poder Público dar suporte para sua realização. Contudo, caso ocorra, o Sistema Nacional de Saúde deverá tomar as providências médicas cabíveis e conscientizar essa mulher para que não reincida.

O aborto não é a solução para a diminuição da violência, da fome, da exclusão social, porque muitas crianças que foram desejadas padecem também desses males.

Portanto, o aborto deve ser tipificado em relação à mulher apenas nas circunstâncias em que for comprovado que ela provocou ou consentiu que outros o fizessem como forma contraceptiva, quando tinha acesso a outros meios eficazes para afastar a gravidez.

O aborto necessário e sentimental deve continuar a ser realizado, porque é preferível sacrificar a vida do feto, em decorrência de que a mulher é um ser já constituído e independente. Já em relação ao estupro, não se pode obrigar alguém a exercer a paternidade responsável em relação ao fruto do estupro.

As situações acima enumeradas afrontam o princípio da dignidade da pessoa humana da genitora, que já existe enquanto pessoa e interage com o mundo que a cerca, diferentemente do nascituro.

Quanto ao aborto de fetos portadores de defeitos congênitos, este deve ser realizado somente quando a criança apresenta um estado vegetativo ou não tem nenhuma consciência da sua própria existência enquanto ser humano.

Em relação ao aborto de feto inviável, que é aquele que não possui nenhuma expectativa de vida fora do útero materno, ou, ainda, se vem a nascer com vida, viverá por um lapso temporal exíguo e não há como negar a grávida o direito de realizar tal prática. Esse tipo de aborto deveria ser permitido pelos segmentos religiosos, aplicando-se o princípio da caridade, porque 09 meses de gestação de um ser que não sobreviverá é uma verdadeira *via crucis* para a mulher grávida.

No Direito Penal, levando em conta o critério neocortical de morte, deveria ser considerado uma excludente de tipicidade, em decorrência de que não há bem jurídico a ser tutelado.

De um lado, os nascituros sem potencialidade de se tornarem pessoa e de se relacionarem com o mundo ou com uma vida extrauterina inviável; de outro, pessoas em constante sofrimento à espera de um milagre, no caso os pais. Diante da tensão entre dignidades, escolhe-se o razoável, o meio-termo, ou uma justa medida que, na hipótese, seria o aborto.

Em relação às menores cuja compleição física não permita que haja o desenvolvimento da gestação e o parto sem causar riscos a integridade física daqueles, a gravidez precoce é lesiva à sua integridade física e psicológica, podendo acarretar inúmeras complicações, como hemorragia, eclampsia etc. Devem-se assegurar à menor condições de se desenvolverem plenamente, o que não ocorre caso não haja o aborto.

A criança e o adolescente, como seres humanos em desenvolvimento, não possuem capacidade de reação, nem autonomia para fazer escolhas, motivo pelo qual são vulneráveis. Desse modo, merecem toda a proteção do Estado, que lhes deve garantir a concretização do princípio da proteção integral e do melhor interesse.

Coibir o aborto pode ser um atentado maior à pessoa em desenvolvimento do que ao nascituro, em decorrência das consequências irreversíveis e maléficas que serão acarretadas às crianças e aos adolescentes.

Quanto aos portadores de deficiência mental, deveriam ser esterilizados, não com fundamento em um processo eugênico, mas pela ausência de planejamento familiar e falta de capacidade de exercer a paternidade responsável. Caso engravidassem, o curador responderia civilmente por danos morais e materiais, tanto em relação ao deficiente, quanto ao nascituro por não ter tomado as providências necessárias enquanto cuidador.

Em relação a criança, os familiares poderiam pleitear a guarda ou ser encaminhada para adoção.

Aos toxicômanos em estágio avançado também deveria ser conferida a possibilidade de aborto, desde que houvesse um laudo médico comprovando as sequelas no feto, acarretadas pela intensa ingestão de drogas.

Os portadores de doenças crônicas em estágio terminal poderiam se utilizar da mesma prerrogativa quando o uso da medicação para o tratamento fosse incompatível com o desenvolvimento intrauterino do feto.

Outra alternativa a estas últimas hipóteses apresentadas seria encaminhar a criança para uma família substituta, caso os entes familiares não se interessem pela sua guarda.

Por fim, o Estado deve proteger a dignidade das pessoas, respeitando sua autonomia e defendendo sua vulnerabilidade, e ao mesmo tempo garantindo o máximo de benefício e o mínimo de danos e riscos, evitando, assim, condições subumanas de vida tanto para genitora quanto para o nascituro.

REFERÊNCIAS

ACRANIA e acalvaria: com má formação do crânio e na ausência de couro cabeludo. Disponível em: http://saude.psicologiananet.com.br/acrania-e-acalvaria-%E2%80%93-com-ma-formacao-do-cranio-e-ausencia-de-couro-cabeludo.html. Acesso em: 29 set. 2011.

ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. O nascituro no Código Civil e no direito constituendo do Brasil. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 25, n. 97, jan./mar. 1988.

ARAÚJO, Ana Thereza Meirelles. Disciplina jurídica do embrião extracorpóreo. *Revista Jurídica UNIFACS*, Salvador, jul./2007.

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

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. N. do processo 1.0027.08.157422-3/001(1); Relator: FERNANDO CALDEIRA BRANT; Julgamento em 25/06/2008; Publicado em 15/08/2008. Origem: Comarca de Betim.)

BUGLIONE, Samantha. *Direito, ética e biodireito*: Fragmentos do cotidiano. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1999.

CARDIN, Valéria Silva Galdino . Do aborto eugênico. In: XVII Congresso Nacional do Conpedi, 2008, Brasília. *XX anos da Constituição da República do Brasil*: reconstrução, perspectiva e desafios. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____; WINCKLER Gehlen. Da vulnerabilidade do embrião emergente da reprodução humana assistida. In: SANCHES, Mário Antônio. *Bioética e vulnerabilidades* (No prelo).

CARVALHO,Gisele Mendes de. Reflexões sobre a clonagem terapêutica e a proteção penal do embrião humano. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 94, v. 842, dez./2005.

CASABONA, Carlos María Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CENEVIVA, Walter. *Direito Constitucional brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar. *IBDFAM*. Disponível em: http://www.ibdfam.org. br/?artigos&artigo=268. Acesso em: 25 ago. 2011.

DINIZ, Débora. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.

_____. Bioética e aborto. In: DINIZ, Débora; COSTA, Sérgio. *Ensaios:* Bioética. Brasília: Letras Livres, 2006.

DWORKIN, Ronald. *El dominio de la vida*: una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual. Barcelona: Ariel, 1994.

FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional.* 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

FARIA, Bento. *Código Penal brasileiro*: Comentado. Parte Especial. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961, v. IV.

FONTES, José Américo. *Lesão cerebral*: causas e prevenção. Brasília: Corde, 1994.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de Direito Civil*: São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia: breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. *Revista dos Tribunais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 833, p. 399-419, março 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da e PEREIRA, Daniel Queiroz. Direitos da personalidade e Código Civil de 2002: uma abordagem contemporânea. *Revista dos Tribunais*, ano 95, v. 853, nov. 2006.

GHERARDI, Carlos; KURLAT, Isabel. Anencefalia y interrupción del embarazo -Análisis médico y bioético de los fallos judiciales a propósito de un caso reciente. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 13, n. 52, jan. fev. 2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HOUAISS, Antonio; VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

HUNGRIA, Nélson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, v. V.

JONES, Kenneth Lyons. *Padrões reconhecíveis de malformações congênitas*. 5 ed. São Paulo: Manole, 1998.

KRELL, Olga Jubert Gouveia. *Reprodução humana assistida e filiação civil*: princípios éticos e jurídicos. Curitiba: Juruá, 2006.

MAINARDI, Diogo. O planejamento petista. *Veja*, abril, edição 1845, ano 37, n. 11, de 17 de março de 2004.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas: Millennium, 1999.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MENEZES, Glauco Cidrack do Vale. *Aborto eugênico: alguns* aspectos jurídicos. Paralelo com os direitos fundamentais da vida, da liberdade e da autonomia da vontade privada e com os direitos da personalidade no novo Código Civil. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br /doutrina/texto.asp?id= 5622>. Acesso em 30 maio 2006.

MINISTRO Saraiva Felipe suspende a portaria do aborto. Disponível em: http://www.providaanapolis.org.br/sarsupen.htm. Acesso em: 24 set. 2011.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*: direitos fundamentais. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. IV.

MOORE, Keith L.; PERSAUD, T.V.N. *Embriologia clínica*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2000.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro.* Parte Especial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 2.

QUANDO começa a vida? *Revista da Semana*. São Paulo: Abril, edição 52, ano 2, n. 34, 4 set. 2008.

REVISTA da Procuradoria Federal Especializada INSS, v. 9, n. 4, p. 87-93, jan./mar. 2003.

ROCHA, Renata da. *O direito à vida e a pesquisa com células-tronco*.Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 89.

SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Manual de biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SADLER, T. W. *Langman embriologia médica*. 8. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2001.

SAÚDE materna e neonatal como estamos? Disponível em: http://www.unicef.org/brazil/so wc9pt /cap1.htm. Acesso em: 23 set. 2011.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. *Os direitos do nascituro*: aspectos cíveis, criminais e do biodireito. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, Lucía; TONETE, Vera Lúcia Pamplona. *A gravidez na adolescência sob a perspectiva dos familiares:* compartilhando projetos de vida e cuidado. Revista Latino-Americana de Enfermagem. v.14, n.2, Ribeirão Preto, Mar./Abr. 2006.

SILVA, Rita de Cássia Lopes da; ROSA, Letícia Carla Baptista. A natureza jurídico-penal do aborto anencefálico. *Revista Cesumar – Ciências Humanas e Sociais Aplicadas*. v. 12, n. 1, p. 11-31, jan./jun. 2007.

SOUZA, Ivone M. C. Coelho de. Aborto: saúde sem lei e lei sem saúde. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões.* Porto Alegre: Magister. v. 01, p. 42-51, dez./jan. 2008.

STF deve julgar aborto de feto anencéfalo. Disponível em: http://blogdavivianemonteiro .blogs pot.com /2011/08 /stf-deve-julgar-aborto-de-feto.html. Acesso em: 27 set. 2011.

TEODORO, Frediano José Momesso. *Aborto eugênico*: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba, Juruá, 2008.

ZAVASCHI, Maria Lucrécia Scherer et. al. Abuso sexual em crianças: uma revisão. *Jornal de Pediatria*. v. 67 (3/4), p. 130-136, 1991.