

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO  
NÍVEL MESTRADO

SÉRGIO AUGUSTO MITTMANN

**DIGNIDADE HUMANA, NASCITURO E ANENCEFALIA**

São Leopoldo  
2011

SÉRGIO AUGUSTO MITTMANN

**DIGNIDADE HUMANA, NASCITURO E ANENCEFALIA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor orientador: Dr. Vicente de Paulo Barretto

São Leopoldo

2011

M685d     Mittmann, Sérgio Augusto.  
              Dignidade humana, nascituro e anencefalia / Sérgio  
              Augusto Mittmann. – 2011.  
              160 f. ; 30 cm.

              Dissertação (mestrado) – Universidade do Vale do  
              Rio dos Sinos, Programa Interdisciplinar de Pós-  
              Graduação em Direito, 2011.

              "Professor orientador: Dr. Vicente de Paulo Barretto."

              1. Bioética. 2. Dignidade (Direito). 3. Nascituros  
              (Direito). 4. Aborto. 5. Anencefalia. I. Título.

   CDD 174.2  
   CDU 600.1

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS  
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD  
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “**Dignidade Humana, Nascituro e Anencefalia**”, elaborada pelo mestrando **Sérgio Augusto Mittmann**, foi julgado adequado e aprovado por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 16 de dezembro de 2011.

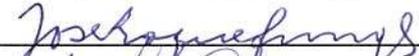


Prof. Dr. André Luis Callegari

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Vicente de Paulo Barretto 

Membro: Dr. José Roque Junges 

Membro: Dra. Daniela Cademartori 

Dedico este trabalho a Deus, por ter-me permitido concluir o Mestrado, com humildade, sabedoria e discernimento no desenvolvimento do trabalho.

À minha esposa Mônica Cristina Mittmann, pelo apoio, compreensão e carinho a mim dedicados no decorrer do Mestrado e ...

... a minha filha Caroline Luíza Mittmann, pelas horas de convívio sacrificadas em troca do empenho em ser Mestre.

Aos meus pais, pelos ensinamentos, diálogos e palavras de otimismo.

## AGRADECIMENTO

Ao meu Orientador Dr. Vicente de Paulo Barretto pela orientação e confiança em mim depositada.

*“A esperança não é a expectativa de que tudo vá dar certo, mas sim, a certeza de que existe sempre um sentido não importando o resultado.”*

(Vaclav Havel)

## RESUMO

Os recentes avanços da biotecnologia têm causado forte impacto em diferentes áreas do conhecimento, impulsionando a indagação quanto aos limites éticos a serem respeitados, dando origem à Bioética, denominação que se generalizou como compreensiva de todos os fenômenos relacionados às consequências dos referidos avanços, mesmo que verificados em distintos campos. Pois bem, com a revolução tecnocientífica restou possível verificar a existência, durante a gestação, de fetos portadores de anencefalia. O problema é estabelecer se o aborto (antecipação do parto), quando diagnosticado feto anencéfalo, fere ou não a dignidade humana. Na atualidade, destaca-se no Supremo Tribunal Federal a discussão sobre o assunto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 – proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – a qual busca consolidar que antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não é aborto sob o manto da inviabilidade, apontando o fato da gestante sofrer tortura psicológica, além da liberdade pessoal dos profissionais da saúde nesses casos. Não obstante, a pesquisa pretende buscar uma resposta sob o prisma constitucional, à luz da dignidade da pessoa humana. O embasamento teórico será o de obras no ramo da bioética, sobretudo de matriz teórica kantiana, com o intuito de aceitar o ser humano como uma realidade moral. Será abordado sob o prisma moral, filosófico e jurídico acerca da dignidade humana, com ênfase nos valores sociais da sociedade contemporânea, mapeando, ainda, sobre o início da vida humana, aquisição dos direitos da personalidade, as fases do desenvolvimento do embrião humano, por fim verificando o direito a vida.

**Palavras-chave:** Bioética. Dignidade da Pessoa Humana. Nascituro. Aborto. Anencefalia.

## ABSTRACT

Recent advances in biotechnology have made a strong impact on different areas of knowledge, boosting the inquiry regarding the ethical limits to be respected, giving rise to Bioethics, a designation that was generalized as a comprehensive of all phenomena related to the consequences of these advances, even if observed in different fields. Well, with the techno-scientific revolution it remained possible to verify the existence of carrying embryos anencephaly during pregnancy. The problem is to establish whether abortion (earlier delivery) when diagnosed anencephalic fetus, hurts or not human dignity. Currently, there is the Supreme Court discussion on the subject of the Arguing of 54-8 Violation of Fundamental Precept - proposed by the National Confederation of Workers in Health - which seeks to consolidate the therapeutic delivery anticipation of anencephalic fetus is not abortion under the cloak of unfeasibility, pointing to the fact of the pregnant woman suffering psychological torture, beyond the personal freedom of health professionals in these cases. Nevertheless, the research intends to seek a response under constitutional perspective according the principles of human dignity. The theoretical foundation will be works in the field of bioethics, especially kantian theoretical framework, in order to accept the human being as a moral reality. Will be addressed through the moral, philosophical and legal perspective concerning human dignity, with emphasis on social values of contemporary society, mapping, about the beginning of human life, acquisition of personality rights, the development phases of the human embryo, finally verifying the right to life.

**Key words:** Bioethic. Human Dignity. Unborn child. Abortion. Anencephaly.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA</b> .....	<b>18</b>
2.1 A REVOLUÇÃO TECNOCIENTÍFICA .....	18
2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA .....	26
<b>2.2.1 O Imperativo Categórico</b> .....	<b>54</b>
<b>2.2.2 Ser Humano como um Fim em Si Mesmo</b> .....	<b>60</b>
<b>2.2.3 Dignidade da Pessoa Humana Sob a Matriz Kantiana</b> .....	<b>63</b>
<b>3 O INÍCIO DA VIDA HUMANA</b> .....	<b>69</b>
3.1 DO SER HUMANO EM GESTAÇÃO .....	69
<b>3.1.1 Da Sacralidade da Vida Humana</b> .....	<b>74</b>
<b>3.1.2 Do Embrião como Pessoa Humana em Potencial</b> .....	<b>80</b>
<b>3.1.3 Reflexões Acerca do Início da Vida Humana</b> .....	<b>89</b>
3.2 PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO E O DIREITO À VIDA .....	94
<b>4 FETO ANENCÉFALO</b> .....	<b>100</b>
4.1 DEFINIÇÃO DE ANENCEFALIA.....	101
4.2 QUALIDADE DE VIDA E VIABILIDADE NESTES CASOS .....	104
4.3 MORTE CARDIOVASCULAR E CEREBRAL .....	110
4.4 ABORTO.....	118
<b>4.4.1 Aborto Eugênico e Eugenia</b> .....	<b>121</b>
4.5 AUTONOMIA REPRODUTIVA E SAÚDE PSICOLÓGICA DA MULHER ....	126
4.6 O ABORTO DO ANENCÉFALO SOB A MATRIZ TEÓRICA KANTIANA.....	131

**5 CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 136**

**REFERÊNCIAS ..... 152**

## 1 INTRODUÇÃO

Os recentes avanços da biotecnologia e da biomedicina têm causado forte impacto em diferentes áreas do conhecimento, impulsionando a indagação quanto ao limite ético a ser respeitado pelo ser humano, dando origem à Bioética. Denominação que se generalizou como compreensiva de todos os fenômenos relacionados às consequências dos referidos avanços, mesmo que verificados em distintos campos de estudo, tais como o direito, a medicina, as pesquisas científicas, tecnocrônicas e nanotecnologias.

Vive-se hoje em uma sociedade de (novos) riscos. A Bioética, conforme ensina José Roque Junges “deveria ser a ciência da sobrevivência diante das diferentes ameaças à vida”.<sup>1</sup> Contudo, as repercussões na área do Direito a quem também caberá necessariamente dispor sobre tais ações, passaram a exigir tratamento próprio que ensejou o surgimento do Biodireito. Ramo ainda em formação que deverá congrega as normas sobre a matéria, especialmente sobre a o início, a preservação e o fim da vida humana, visando uma proteção, referendada pela Ciência do Direito, ao ser humano como fim em si mesmo.

O risco de descontrola quanto aos avanços das práticas reprodutivas, manipulação de remédios, genética, enfim, com a intervenção nas condições naturais dos organismos das pessoas requer uma ponderação, sob o ponto de vista de princípios bioéticos, o que enseja uma solução com base em condutas morais. Neste aspecto o Biodireito pode auxiliar no que tange as difíceis decisões jurídicas nestes casos.

A pesquisa busca verificar se a antecipação do parto (aborto) é necessária nos casos de feto portador de anencefalia e se o fato de não ser respeitado o período gestacional, quando diagnosticado feto anencéfalo, fere ou não a dignidade da pessoa humana, tomando-se por base a matriz teórica kantiana, sempre levando em consideração o momento histórico hoje vivenciado com a revolução tecnocientífica, a questão da saúde psicológica da gestante e a

---

<sup>1</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 16.

liberdade reprodutiva da mulher, quais os limites éticos para as decisões do ser humano, dotado de autonomia de vontade e de racionalidade.

Na atualidade, destaca-se no Supremo Tribunal Federal a discussão sobre o assunto – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS –. Na qual busca consolidar que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não é aborto, sob o manto da inviabilidade do ser em gestação, bem como pelo aspecto lá defendido de que essa anomalia fetal é incompatível com a vida.

A gestante, *in casu*, sofreria tortura psicológica tendo em vista que naturalmente estaria preparada para dar a luz a uma criança saudável, realizaria planos para com o futuro filho. Enfim, a notícia dada pelo profissional da medicina acerca do problema de saúde física do feto gera um impacto para a gestante e porque não dizer, para seus familiares e para a sociedade, cuja notícia da gravidez será conhecida de todas as pessoas que convivem com a gestante, seja em seu trabalho ou no ambiente familiar.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 em trâmite no Supremo Tribunal Federal aduz ainda quanto à liberdade pessoal dos profissionais da saúde ao se sujeitarem a ação penal pública por não existir exclusão de antijuridicidade no caso em comento, bem como acerca da cláusula geral da liberdade extraída do princípio da legalidade, dignidade da pessoa humana, ressaltando os direitos da personalidade (a integridade física, a vida, ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e o direito a integridade moral – honra, liberdade, vida privada, intimidade, imagem, nome, dentre outros).

Ressalta-se que a pesquisa se abordará mais quanto às questões da dignidade da pessoa humana ao invés da parte criminal ou tipificação do fato como crime. Sendo caso de exclusão de antijuridicidade e qual a penalidade a ser aplicada, mas sim busca evidenciar a situação vivenciada pela gestante e os direitos que a resguardam, as questões morais que cercam o tema, a verificação da possibilidade de reconhecimento da dignidade do ser em gestação portador

de anencefalia e o que a análise do caso representa para o atual espelho da sociedade moderna.

A Confederação Nacional de Saúde salienta, nesse aspecto, que impor a mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe não sobreviverá por muito tempo, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa à violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. Traz ainda a potencial ameaça à integridade física e danos à integridade moral e psicológica na hipótese. E que a convivência diuturna com essa realidade pode ser comparada a tortura psicológica.

Finalmente, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS – trata do direito à saúde como um completo bem-estar físico, mental e social, conforme define a Organização Mundial da Saúde e que a antecipação do parto do feto anencéfalo seria o único procedimento médico cabível para abreviar o risco e a dor da gestante sua negativa como uma injustificável restrição ao direito à saúde, tratando-se de uma faculdade e não uma obrigatoriedade à gestante, ou seja, se trataria de um caso específico, que diz respeito apenas à gestante de feto anencéfalo que, utilizando-se de seu livre arbítrio, de sua autonomia de vontade, para definir se realiza o aborto ou não.

Por esse prisma não passaria da pessoa da gestante os interesses quanto à decisão de levar adiante a gravidez, não sendo caso de interesse da coletividade, mas sim uma questão da gestante com ela mesma.

A pesquisa passa além da decisão do Supremo Tribunal Federal acerca da autorização ou não do aborto em casos de anencefalia, ou seja, far-se-á uma análise crítica do tema que será decidido, dos aspectos que foram levados em consideração até então nas audiências públicas realizadas, não se restringindo apenas ao resultado, mas sim suas consequências para a sociedade como um todo. Não obstante, busca embasamento sob o prisma constitucional, à luz da dignidade da pessoa humana com fulcro na matriz teórica kantiana, investigando se há afronta ao ser humano em gestação.

A discussão pretende alcançar a indagação quanto aos limites éticos a serem respeitados no tema, as repercussões em relação à pessoa humana, devido à importância dos direitos fundamentais, principalmente o respeito à vida do nascituro, *in casu*, em conflito com o direito de a mulher optar pela interrupção da gravidez para preservar a sua saúde psicológica e atendimento a sua liberdade reprodutiva. Certamente, trata-se de uma difícil decisão pela qual poderá passar à gestante caso a decisão fique em suas mãos, caso venha a ser autorizado pelo Supremo Tribunal Federal à realização de aborto (antecipação terapêutica de parto) no caso em comento.

O respeito ao ser humano como fim em si mesmo, sob o enfoque kantiano, é passível de proteção à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade, dos princípios norteadores da bioética, tais como da autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça, num enfrentamento moral, filosófico e jurídico acerca do tema. No sentido de diagnosticar como as conquistas tecnológicas da modernidade têm causado ao jurista novos desafios quanto aos limites a serem respeitados, especialmente quanto às novas descobertas que propiciam novas decisões por parte do Estado e das pessoas, além da polêmica quanto ao risco da instrumentalização/mecanização do ser humano.

O embasamento teórico, sobretudo de matriz teórica kantiana, tem o intuito de estudar o feto anencéfalo como um ser humano com dignidade especial, conforme ensina José Roque Junges:

A dignidade especial do ser humano não consiste em viver como um exemplar da sua espécie, mas a cada ser humano é dada uma tarefa específica e proporcionada: ser sob o ponto de vista moral e por força de liberdade um ser humano bom.<sup>2</sup>

Nesse sentido, fez-se um estudo da dignidade da pessoa humana, observando o imperativo categórico trazido na obra de Immanuel Kant na Fundamentação da Metafísica dos Costumes, para verificar o significado do ser humano como um fim em si mesmo, ente moral a ser respeitado como um titular

---

<sup>2</sup> JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006. p. 86-87.

de sua espécie, verificando sobre a possibilidade ou não da realização do aborto nos casos de má formação congênita.

Necessário fazer parte da pesquisa o desenvolvimento do embrião durante o período gestacional, o impacto desse fenômeno na vida dos futuros pais, o fator da viabilidade do feto em especial no caso de má formação congênita quando do diagnóstico de anencefalia. Muito se discute acerca de quando o nascituro se torna digno de respeito ou adquire a qualidade de pessoa humana, ou seja, se desde a concepção ou após a formação do cérebro ou unindo esses e outros fatores, torna-se viável para o nascimento com vida e vida com qualidade.

Com a evolução da sociedade e das novas tecnologias, especialmente no âmbito da biomedicina, surge a informação para a gestante de que dará a luz a um feto portador de anencefalia. A expectativa da mulher e das pessoas mais próximas, via de regra, é impactada com notícia de um feto que não seria aquela criança perfeita que se prega quando se trata da qualidade de vida: vigor físico, saúde, estética, imagem e semelhança dos pais.

Nesse momento histórico de efetivação dos direitos sociais, com um novo viés quanto às pessoas consideradas fragilizadas por questões históricas, com uma maior proteção para o idoso, por exemplo, e ainda, com a concretização a passos lentos da acessibilidade para pessoas portadoras de deficiência física e/ou mental, surge a discussão em nível de repercussão geral quanto à possibilidade do aborto em casos de má formação cerebral.

É certo que em muitos países o aborto é permitido independentemente da má formação congênita, existindo uma tendência em se autorizar a realização quando de anencefalia. Necessário analisar o assunto com enfoque filosófico, utilizando-se da matriz teórica kantiana, com uma observância as peculiaridades do caso e sua repercussão em nível de Estado Democrático de Direito no Brasil.

Não se debate quanto ao senso comum, ou seja, acha-se que é certo ou que é errado o aborto nesses casos, mas sim, busca-se uma resposta com alicerce na dignidade da pessoa humana. Se a decisão do Supremo Tribunal Federal será a mais acertada ou não é o que se verificará quando da resolução

da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental que estará sendo julgada. Quem sabe ainda este ano, em que pese ter a discussão jurídica iniciado no ano de 2004 e a existência de autorizações ou negativas por meio de decisões judiciais em casos espalhados por todo Brasil.

Talvez juridicamente a decisão do Supremo ponha fim ao problema nesse momento histórico ou ao menos coloque um ponto final para a discussão do assunto para os Ministros do Supremo Tribunal Federal, que não terão mais que julgar um assunto que pacificaram. Porém não será a decisão, autorizando o aborto ou não o autorizando, que irá solucionar o conflito filosófico e a repercussão social acerca do tema, os reflexos para a sociedade moderna.

Ainda se faz necessária a abordagem quanto à repercussão do caso do anencéfalo para a vida da gestante, à autonomia reprodutiva e à saúde psicológica da mulher. Veja-se que historicamente a mulher vem sendo desrespeitada, tendo sido em tempos mais remotos retalhada quanto ao direito ao sufrágio universal.

Até hoje no mercado de trabalho existe eventual preconceito, de forma latente quando na iniciativa privada determinada função ainda é mais bem remunerada para os homens do que para as mulheres, sem falar na questão social do homem como chefe de família (*pater familias*), hoje constitucionalmente superada pelo viés do princípio da igualdade.

Em que pese inúmeras conquistas sociais, especialmente na atualidade quando da efetivação do Estado Democrático de Direito, a discussão acerca da opção da gestante em realizar o aborto (tratada na ADPF-54 como antecipação de parto) merece destaque, pois interessa diretamente à mulher, seja pelo fato de que tendo ou não esposo/companheiro e familiares a lhe apoiar, a decisão final caberá a ela: dar a luz a um anencéfalo ou interromper a gestação quando diagnosticado?

A responsabilidade do Estado em dar uma atenção especial a essas gestantes, com acompanhamento psicológico, por exemplo, fará com que se amenize a problemática enfrentada, pois ao realizar o exame de ultrassom o médico irá levar essa notícia para as partes interessadas e, a partir daí, a

realidade vivenciada é outra. Nesse caso, a expectativa para o recebimento do filho saudável que se espera será de certa forma modificada com a notícia do nascimento de um filho com expectativa de poucos dias de sobrevivência.

A verificação se o aborto seria a melhor solução quando existir afronta à dignidade da pessoa humana da gestante na sua saúde psicológica, quando da ocorrência de gestação de feto portador de anencefalia, fato este que qualquer gestante está sujeita a enfrentar, é o grande desafio da pesquisa científica, sempre analisando o ser humano como um fim em si mesmo.

## 2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

### 2.1 A REVOLUÇÃO TECNOCIENTÍFICA

Antes de adentrar diretamente acerca da dignidade da pessoa humana, necessário se faz verificar o contexto vivido pela sociedade em geral. Com base doutrinária se busca expor acerca do fato de historicamente a humanidade ter passado pela Revolução Industrial e hoje se estar vivendo a chamada Revolução Tecnocientífica, o que acarreta uma mudança paradigmática do atual cenário.

Quanto à evolução das técnicas, por exemplo, Martin Heidegger aduz que uma serraria perdida num vale perdido da floresta negra, embora muito menos complexa, é um meio para determinado fim, assim como a técnica sofisticada utilizada em uma central de energia nuclear.<sup>3</sup> O autor tenta esclarecer que em maiores proporções, os problemas paradigmáticos continuam parecidos.

Como alicerce do Estado Democrático de Direito, o princípio da dignidade da pessoa humana vem como valor básico dado a todo ser humano e está consubstanciado na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.<sup>4</sup> A dignidade da pessoa humana é inerente ao ser e está presente nas relações pessoais, na família e na sociedade, onde existem limites morais a serem resguardados, com base nos valores de cada sociedade.

Nos dias atuais, o conceito de família envolve muito mais do que a tradicional formação patriarcal do homem como chefe, com esposa e os filhos a ele subordinados, uma vez que se tem a presença de novos grupos familiares independentes, como por exemplo, mãe e filho, avó e neto, pai “de criação” vinculado ao filho pela afetividade. Além de a ciência chegar ao descobrimento de tecnologias em que hoje é possível para a mulher ter uma “prole

---

<sup>3</sup> HEIDEGGER, Martin. **A Questão da Técnica**. Disponível em: <[http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05\\_03\\_05.pdf](http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05_03_05.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2011.

<sup>4</sup> “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana: [...]”

independente” através da procriação mecanicamente assistida. Talvez a questão da família seja um reflexo da atual situação vivenciada na contemporaneidade. Tais novidades refletem a evolução da sociedade.

No que tange ao ramo da ciência existem outras inúmeras inovações que trazem a discussão no campo da ética e da moral acerca do ser humano em geral, que irão refletir em questões acerca do início da vida, *in casu*, o feto portador de anencefalia, quer tenha sido fruto de uma união duradoura (casamento ou união estável), quer tenha sido fruto de procriação mecanicamente assistida ou de mãe solteira, enfim, independentemente do grupo familiar a que esteja vinculado o ser em gestação.

Nos dizeres de Vicente de Paulo Barretto, nos primeiros passos de industrialização ainda no século XIX, a tecnologia serviu como eixo central em torno do qual se organizou um sistema social, econômico e científico abrangente e interligado, que possibilitou a realização das grandes inovações tecnológicas do século XX, tais como a revolução nos meios de comunicação, a revolução tecnocrônica e a revolução genética.<sup>5</sup>

Portanto, as inovações tecnológicas ocorridas nesse século propiciaram o avanço da biotecnologia e, via de consequência, a possibilidade de modificações genéticas no próprio ser humano, além da descoberta antecipada de algumas doenças e problemas de má formação genética, como é o caso da anencefalia. Daí a importância das inovações no ramo da ciência médica e dos exames realizados no pré-natal para detectar a existência de alguma anomalia, o que antes não era possível, ou seja, somente no momento do parto para saber se tratava de um feto com má formação ou não.

Veja-se que a industrialização iniciada no final do século XIX gerou impacto direto na sociedade da época, com reflexos até hoje, tendo possibilitado grandes inovações tecnológicas. Conforme assinala Vicente de Paulo Barretto:

---

<sup>5</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Helene Taveira (coord.). **Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**, estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 664.

Nos primeiros passos do processo de industrialização, ainda no século XIX, a tecnologia serviu como eixo central em torno do qual se organizou todo um sistema social, econômico e científico abrangente e interligado, que possibilitou a realização das grandes inovações tecnológicas do século XX: a revolução nos meios de comunicação, a revolução tecnocrônica e a revolução genética.<sup>6</sup>

Ou seja, abriu caminho para avanços na área da genética, telecomunicações, informática para se viver nos dias de hoje desfrutando das benesses e dos riscos da era digital.

Como traz Jüngen Habermas:

Os avanços espetaculares da genética molecular conduzem aquilo que somos “por natureza” cada vez mais ao campo das intervenções biotécnicas. Do ponto de vista das ciências naturais experimentais, essa tecnicização da natureza humana simplesmente da continuidade à conhecida tendência de tornar progressivamente disponível o ambiente natural.<sup>7</sup>

Trata-se de uma realidade, tendo em vista que hoje se deparam com inúmeros avanços quanto aos tratamentos de saúde sofisticados, que propiciam uma melhor análise das patologias existentes, sendo esse um dos benefícios dos avanços. Porém, ao mesmo tempo, torna-se vulnerável aos riscos, como o de uma fácil proliferação de novos vírus que poderiam ser produzidos em laboratório.

Pois bem, na contemporaneidade se verifica a revolução tecnocientífica, com reflexos principalmente na área das ciências biológicas, área que traz novas descobertas especialmente no ramo das pesquisas genéticas. Nesse aspecto, devem ater e primar pelo respeito para com todo ser humano, no que tange a sua dignidade, devendo haver limites éticos para um controle efetivo de tais avanços.

Para Vicente de Paulo Barretto:

---

<sup>6</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**, estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 664.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. Tradução de Karina Nannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 33.

A dignidade humana situa-se no cerne da luta contra o risco da desumanização, consequência do desenvolvimento desmesurado da tecnologia e do mercado. O inimigo não é mais unicamente e exclusivamente o poder do Estado, mas também o próprio produto do conhecimento humano e do sistema produtivo.<sup>8</sup>

Muito embora, não se possa conter os avanços tecnológicos, porém deve ter em mente que esses devem servir para contribuir com a humanidade, no sentido que conforme aduz Anne Langlois, “A dignidade seria, então, uma pretensão fundamental da humanidade inerente a um permanente trabalho ético-moral sobre si próprio”<sup>9</sup>, respeitando-se cada ser humano em sua dignidade, devendo haver limites éticos quanto à evolução tecnológica.

De certa forma, devido a tais avanços, vive-se em uma sociedade de (novos) riscos gerados para a humanidade. Talvez não necessariamente novos riscos, mas se pode dizer novos desafios, pois o próprio avanço tecnológico faz com que se descubra de forma precoce a existência de determinadas doenças, mas também pode propiciar a busca mais eficaz para sua cura ou ao menos amenizar a situação vivida.

Assim como as tecnologias nucleares foram utilizadas para fins pacíficos no decorrer da história, sabe-se que o foram contra o próprio ser humano. Os estudos e descobertas de novas técnicas na área da biomedicina fundamentam-se na busca de soluções para propiciar ao ser humano uma vida melhor, pautada na qualidade de vida ou até mesmo no prolongamento da vida, mas por outro lado, pode-se criar acidentalmente um novo vírus através da engenharia genética que pode se proliferar para milhares de pessoas.

A busca do ser humano pelo controle dos fatos sociais e dos riscos enfrentados pelo convívio em sociedade, conforme almejavam os positivistas do século XIX, é verificada pelo desejo do ser humano em prever o futuro para, assim, eliminar os riscos que podem atingir a vida de cada pessoa. Nesse sentido, Vicente de Paulo Barretto:

---

<sup>8</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 61.

<sup>9</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 235.

A idéia de risco torna-se, assim, o eixo em torno do qual podemos, na atualidade, pensar o futuro, pois esse deixou de ser objetivamente previsível, como queriam os positivismo e os determinismos do século XIX, e passou a ser uma incógnita.<sup>10</sup>

Porém, como se tratam de situações novas, paira a insegurança no que diz respeito a um controle real e efetivo das novas descobertas, ou se existiria um limite qual deveria ser a base. Daí se pode afirmar que a dignidade da pessoa humana pode ser considerada um limite, aceito como uma verdade universal.

Hoje a tecnologia permite verificar com antecedência o sexo do ser humano em gestação e a ocorrência de alguma doença ou má formação congênita, como é o caso da anencefalia. Essa descoberta propiciada pela evolução da tecnologia deve ser vista com cautela, ou melhor, a decisão que se tomará após se verificar que o ser humano que está por nascer terá poucas horas de vida por causa da má formação deve ser analisada com ressalvas, tais como: o que fazer, possibilitar o uso da informação obtida por meio da nova tecnologia em desfavor do ser humano em gestação, resguardando o direito da gestante decidir acerca da antecipação do parto ou favoravelmente ao nascituro, em detrimento da autonomia de vontade da mulher?

Nota-se que o direito à vida, consagrado constitucionalmente, deve ser respeitado como bem maior a que o ser humano tem direito. Mas, no caso, a difícil decisão poderá afrontar o direito à saúde psicológica da gestante, caso tenha que manter a gestação até o final contra sua vontade ao respeitar o direito à vida, mesmo que de pouco tempo do anencéfalo.

*In casu*, antes da evolução da tecnologia não existia a possibilidade de detectar se o feto era ou não portador de anencefalia. O que propicia a verificação é realmente a revolução tecnocientífica, através do surgimento do exame de ultrassom no século XX, onde o estudo do ultrassom foi impulsionado com objetivos militares e industriais, sendo um dos pioneiros Douglas Howry que

---

<sup>10</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e Poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos, estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 676.

junto com W. Roderic Bliss construiu o primeiro sistema com objetivo médico durante os anos de 1948/1949, produzindo a primeira imagem seccional em 1950.<sup>11</sup>

Pois bem, o impasse se dá com a tecnologia existente que ainda não prevê, no momento da concepção, se o feto será portador de anencefalia. Um exame de ultrassom de alta resolução pode detectar a anencefalia por volta da décima sexta semana gestacional. As explanações acerca do início da vida serão mais bem abordadas no capítulo atinente ao início da vida humana.

Levada até o fim a gestação a criança nascerá e viverá por algumas horas, em alguns casos por dias. Já na forma da lei civil terá o nascimento de um novo ser humano que adquirirá os direitos da personalidade, tendo-se colocado a salvo desde a concepção de seus direitos, independentemente da má formação cerebral. No Brasil, adota-se a teoria da personalidade condicional para aquisição da personalidade.

Interessante observar que, diante da velocidade das informações e do fácil acesso por parte da sociedade aos meios de comunicação, os avanços na área tecnológica, da informática, tecnorrônica, por fim, as pessoas em geral tornaram-se, de certa forma, cada vez mais imediatistas, com maior ansiedade em tomar alguma atitude quando da imediata informação recebida, devido ao fato novo surgido em sua vida. Nesse sentido, Vicente de Paulo Barretto assinala:

A ação humana, ao lidar com o imediatismo da ciência e da tecnologia contemporâneas, passou a defrontar-se com indagações de caráter ético e jurídico, que exigiam respostas imediatas diante da concomitância da aquisição de conhecimentos e sua aplicação tecnológica imediata. A biotecnologia é um exemplo dessa simbiose entre ciência e técnica, que leva a consciência humana a buscar respostas éticas e jurídicas também imediatas.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> OLIVEIRA, Luciano Santa Rita. **Tecnólogo em Radiologia**. Disponível em: <[http://www.lucianosantarita.pro.br/ultra\\_som.html](http://www.lucianosantarita.pro.br/ultra_som.html)>. Acesso em: 06 out. 2011.

<sup>12</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos, estudos em homenagem a Nelson Saldanha**. São Paulo: Manole, 2005. p. 671.

A mulher, ao receber o diagnóstico de que o ser humano em gestação é portador de anencefalia terá pela frente uma situação excepcional em sua vida. Pode-se dizer que um novo desafio, vivenciado por ela própria e pelos que a rodeiam, incertezas essas que poderão gerar inúmeras dúvidas no como e de que maneira proceder. *In casu*, a gestante será uma pessoa carecedora de atenção especial por parte da sociedade, tendo em vista enfrentar uma realidade diferenciada devido ao impacto gerado naturalmente com esta notícia.

Ao optar pelo aborto, a gestante do feto anencéfalo estará utilizando da informação que lhe fora dada, de certa forma, sem dar opção de escolha para o feto, desrespeitando-se o direito a vida do ser em gestação. Ao passo que, ao decidir por levar adiante a gravidez, mesmo se tratando de um feto com má formação cerebral, estará respeitando o ser humano em gestação, o seu direito de nascer com vida, ainda que seja uma vida limitada há poucas horas, ao passo que a mulher estará renunciando alguns meses de sua liberdade, que trarão reflexos para toda sua vida. O problema ocorre no conflito entre o direito de opção da gestante em interromper a gravidez para amenizar o desgaste emocional de aguardar toda a gestação para dar a luz um filho que viverá por poucas horas em confronto com os direitos do nascituro.

Seria possível verificar se a gestante teria o direito, em caso de autorizado pelo Supremo Tribunal Federal o aborto em casos de anencefalia, a pleitear uma indenização por danos morais e materiais caso a ultrassonografia não verificasse a ocorrência da má formação cerebral. Hipótese essa que seria semelhante ao que ocorreu no famoso “Caso Perruche” ocorrido na França, na qual Josette Perruche portadora de rubéola teve um filho que nasceu com graves sequelas, já que a gestante fez o teste da rubéola com resultado negativo. A mãe tinha advertido o médico de que, caso ela tivesse a rubéola, queria abortar. Os pais recorreram ao juiz e obtiveram uma pesada indenização pelos danos emocionais que o erro médico lhes provocou, tendo posteriormente ingressado

com outra ação em nome da criança pedindo indenização pelo “erro de ter nascido”.<sup>13</sup>

Nesse caso, restando autorizado o aborto em casos de anencefalia, poderiam os pais obter judicialmente uma indenização por danos morais, caso o exame de ultrassom não detecte a anomalia e ela tenha que levar até ao final a gestação, quando lhe era facultado o aborto, caso soubesse? Veja-se que a decisão acerca da autorização do aborto, tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 como antecipação terapêutica de parto poderá gerar futuramente pretensões jurídicas. Pois bem, estar-se-ia diante da incógnita de saber se existe ou não no Brasil o direito constitucional fundamental consagrado de não ter nascido, ensejando as demandas por erro de ter nascido.

O imediatismo e a rapidez das informações geradas pelos avanços da tecnologia, como é o exemplo dos meios de comunicação e das pesquisas na área médica propiciam à mulher obter durante a gestação a informação de que o feto é portador de anencefalia. Antes dos avanços tecnológicos era impossível, pois a gestante levaria a gravidez até o fim e somente no parto descobriria se tratar de má formação congênita, não tendo como optar pelo aborto sob esse fundamento.

Em circunstâncias não ideais, contudo, a anencefalia não pode ser detectada ou excluída por um exame de ultrassom até a décima sexta semana de gravidez. Normalmente a má formação congênita é descoberta durante o pré-natal. O que a revolução tecnocientífica propiciou é a descoberta da má formação congênita anterior ao parto, trazendo à baila a discussão acerca da possibilidade da gestante interromper ou não a gestação.

---

<sup>13</sup> RESISTIMOS. **Tribunais Condenam o “Erro de ter Nascido”**. Disponível em: <<http://resistimos.blogspot.com/search?q=erro+de+ter+nascido>>. Acessado em: 08 jul. 2011.

## 2.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Outrora, quando da Revolução Industrial ocorrida na Inglaterra na segunda metade do século XVII, bem como a Revolução Francesa, ocorrida no século XVIII, ocorreu grandes mudanças na e para a sociedade, finalmente, no direito propriamente dito. Hoje no Brasil não é diferente, vez que o direito continua sendo imprescindível para a efetivação do Estado, bem como busca implementar o Estado Democrático de Direito.

Sobre o assunto, destaca Wilson Engelmann que:

Em meados do século XVIII e consagrando-se mundialmente a partir do século XIX, a Revolução Industrial desperta o planeta para uma nova era, suplantando a força braçal e substituindo-a pelo maquinário – trazendo à tona, em contrapartida, um desconhecido contexto de riscos. Porém, foi o século XX que trouxe uma mudança notável no modo de vida do ser humano; inserindo-o na era tecnológica; desde a propagação da invenção da lâmpada, até armas nucleares, computadores e mecânica quântica.<sup>14</sup>

Observa-se que o liberalismo propunha uma diminuição da presença do Estado na vida das pessoas, ao passo que o Estado Democrático de Direito traz a tona uma importante participação do Estado na efetivação dos direitos. Nesse sentido, Nelson Saldanha traz que:

Enquanto o credo liberal postulava uma diminuição da presença do Estado na vida nacional (e isto se entende como reação ao absolutismo), o culto da lei, ínsito, contudo naquele credo, supervalorizava a atividade legiferante, e atirava para a organização das funções governamentais (vale dizer, estatais), a responsabilidade pela normatização da coletividade.<sup>15</sup>

Os conflitos sociais em grande escala propiciaram uma nova ordem jurídica e a sociedade tem confiado e esperado que o direito possa solucionar os problemas sociais, gerados por inúmeros fatores, tais como aumento

---

<sup>14</sup> ENGELMANN, Wilson. **Direitos Bio-Humano-Éticos**: os humanos buscando 'direitos' para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. Acesso em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

<sup>15</sup> SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 125.

populacional, desigualdades sociais, avanço tecnológico, danos ao meio ambiente e riscos maiores na manipulação de remédios e pesquisas científicas.

Para Anne Langlois:

Reafirmar a obrigação absoluta e incondicional de respeitar o homem impõe-se mais do que nunca às consciências, após o nazismo. Opera-se uma convergência prática em torno da necessidade de ligarmos uns aos outros sob essa lei e de, por meio de compromissos concretos, tirarmos as consequências dela.<sup>16</sup>

Nota-se que na história da humanidade foram marcantes as consequências dos campos de concentração, trazidos à baila especialmente após a segunda guerra mundial, onde houve um sentimento das nações em busca da paz, não mais apenas pela sobrevivência, mas em busca da felicidade por meio da qualidade de vida.

Pois bem, as experiências realizadas com seres humanos acabaram chamando atenção da sociedade a nível mundial, sendo fruto dos avanços da biologia e pesquisas científicas. A título de esclarecimento e conhecimento o termo Bioética, por exemplo, foi criado e se tornou público com a obra *Bioethcs: Bridge to the future* (1971) do oncólogo e professor da Universidade de Wisconsin, Van Rensselaer Potter<sup>17</sup>, ou seja, é recente, iniciando-se a partir daí uma continuidade na idealização de uma disciplina que poderia determinar ou orientar os limites quanto aos avanços tecnológicos e seu impacto na vida das pessoas, fruto da necessidade da sociedade moderna em impor limites aceitáveis quanto aos avanços das pesquisas.

Nos dizeres de Vicente de Paulo Barretto, a Bioética

---

<sup>16</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 233.

<sup>17</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 16.

trata-se, em última análise, de uma indagação ética que se coloca em face da biotecnologia, especificamente. As origens da bioética, como o mais novo ramo da filosofia moral, nascida no contexto das experiências com seres humanos no nazismo e das possibilidades de mudança da vida humana e da natureza em consequência dos avanços da biologia, tiveram como primeiro motivo esse tipo de ameaça à vida humana. Por essa razão, a bioética, no seu primeiro momento, veio a servir como um espaço de avaliação crítica e de fonte de normas para ordenar, do ponto de vista ético, os avanços da ciência e da tecnologia.<sup>18</sup>

Devido à essa ameaça para toda a humanidade e o risco ocasionado pelas novas descobertas é que a sociedade moderna se organiza, para com fundamento na dignidade da pessoa humana, buscar o controle das situações adversas.

Falar em dignidade humana hoje significa abordar o assunto sob a égide dos costumes e da realidade social vivenciada na modernidade. O direito como regulador da sociedade moderna está evoluindo para atender às suas expectativas e anseios, todavia, sem o cometimento de arbitrariedades e sem ferir aos direitos individuais e garantias constitucionais historicamente conquistados e que fazem parte do Estado Democrático de Direito. Nesse aspecto fora de grande importância às definições e o estudo acerca dos limites das pesquisas.

Para Vicente de Paulo Barretto, ao tratar sobre a Bioética e de sua importância na atualidade aduz que a

bioética é o ramo da Filosofia Moral que estuda as dimensões morais e sociais das técnicas resultantes do avanço do conhecimento nas ciências biológicas. A etimologia do termo é composta pelas palavras gregas *bios* (vida) e *êthike* (ética), ramo do conhecimento que estuda a conduta humana sob o ângulo do bem e do mal.<sup>19</sup>

Complementando esse ensinamento, Gilbert Hottois, afirma que:

<sup>18</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e Poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**, estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005. p. 676-677.

<sup>19</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 104.

A palavra bioética designa um conjunto de investigações, de discursos e de práticas, geralmente pluridisciplinares, tendo como objecto clarificar ou resolver questões de alcance ético suscitadas pelo avanço e a aplicação das tecnociências biomédicas.<sup>20</sup>

Dessa forma, abrange o estudo interdisciplinar da medicina, biologia, sociologia, psicologia, ciência política, direito, filosofia, entre outras matérias.

Pois bem, no caso do feto anencéfalo e na incógnita do possível direito ou não da gestante interromper a gestação, carece uma reflexão com o mesmo enfoque, ou seja, não poderá se tomar uma decisão baseada somente na medicina isoladamente, mas sim, deverá se analisar o assunto de uma maneira interdisciplinar, a exemplo do que ocorre com o estudo da Bioética para Leocir Pessini,

aparece no horizonte científico das novas descobertas como o estudo interdisciplinar dos problemas criados pelo progresso biomédico (seja em nível de relação individual, institucional ou mesmo de estrutura social), sua repercussão na sociedade e seu sistema de valores.<sup>21</sup>

E servirá como um sistema de controle de forma a mapear, com base na ética e respeito com o ser humano, quando se trata de um avanço da biotecnologia que poderá por em risco a vida de seres humanos, seus preceitos morais, o risco da coisificação/mecanização do ser humano, portanto, trata dos impactos das novas tecnologias para na vida das pessoas.

Para Vicente de Paulo Barretto, além de ser pluridisciplinar

a bioética, mais do que uma área específica do conhecimento, tornou-se um ponto de encontro de diversas disciplinas, discursos e organizações, que tratam das indagações éticas, legais e sociais provocadas pelos avanços da medicina, na ciência e na biotecnologia,<sup>22</sup>

<sup>20</sup> HOTTOIS, Gilbert. Bioética. p. 109-115. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 109.

<sup>21</sup> PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991. p. 14.

<sup>22</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, Liberdade e a Heurística do Medo. p. 233-248. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 233.

onde a segunda característica é que “a Bioética é um discurso e uma prática, pois se materializa não na teoria acadêmica, mas na prática dos hospitais, nos comitês de Bioética e na formulação de políticas públicas”.<sup>23</sup> Ou seja, no dia a dia da sociedade é que se defrontará com os impasses éticos trazidos pelas novas tecnologias.

O surgimento da Bioética passa pelo enfraquecimento do paternalismo da ética médica, a qual tratava o enfermo como um menor de idade, sendo o médico considerado senhor absoluto que conhece o diagnóstico e decide com beneficência<sup>24</sup>, ou seja, paternalismo. Deixando a critério do profissional da medicina a decisão de qual tratamento deveria submeter o paciente, não se falando acerca do respeito à autonomia da pessoa por meio do consentimento informado. Esse aspecto é de suma importância para o tema em debate, tendo em vista que será o médico o primeiro receber a notícia de que a gestante e/ou o casal está diante de um feto com má formação cerebral e terá a missão de informar a respeito.

Conquanto, esteja-se vivendo em uma época de enfraquecimento do paternalismo na ética médica, grande parte da população ainda se sente fragilizada e carente de informações de conteúdo clínico. Comum será nos casos onde for detectado feto portador de má formação congênita que as pessoas interessadas irão perguntar ao médico: “e agora, o que fazemos?” É nesse ponto que o médico não poderá influenciar na decisão a ser tomada, tendo sua intervenção caráter meramente informativo, não devendo induzir ao aborto e sequer sugerir a continuidade da gravidez.

É nesse sentido é que insta salientar que

a Bioética nasceu no contexto do conflito entre a ética médica deontológica, restrita a corporação médica, e as reivindicações de transparência e responsabilidade pública levantadas pelo movimento social,<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 105.

<sup>24</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 15.

<sup>25</sup> BARRETTO, op. cit., p. 105.

ou seja, do interesse da sociedade, como um todo, de uma maior responsabilidade quanto ao tratamento que deve ser dado por parte dos profissionais da medicina para com seus pacientes, especialmente quanto ao consentimento informado a maneira de explicitar para a pessoa o diagnóstico a ser seguido quando da verificação de algum tratamento que deva ser realizado.

Urge, com uma nova mentalidade, fruto da realidade vivenciada na contemporaneidade uma necessidade crescente de maiores esclarecimentos para os pacientes em defesa da saúde e da vida. Se bem que para Vicente de Paulo Barretto:

A mentalidade dos cientistas choca-se, entretanto, com essa nova realidade político-institucional, caracterizada por uma consciência crescente da comunidade na defesa de valores e direitos considerados essenciais para a pessoa humana.<sup>26</sup>

Isso é uma ocorrência em todas as áreas de conhecimento, devido ao amadurecimento da sociedade em geral e da facilidade de localizar nos meios de comunicação disponíveis melhores informações ou até mesmo uma segunda opinião de outro profissional sobre o problema enfrentado. O conhecimento jurídico é um exemplo disso. Há pouco mais de trinta anos, somente era possível cursar Direito em grandes centros; hoje, por sua vez, o acadêmico só precisa atravessar a rua, sem se falar na proliferação do ensino a distância.

Pois bem, a revolução tecnocientífica propiciou um olhar mais atento às questões da ética nas técnicas e novas descobertas. Verificar as dimensões morais e sociais no caso da antecipação terapêutica do parto por meio de uma cirurgia cesariana em um anencéfalo, por exemplo, é um caso que enseja um estudo aprofundado na sociedade como um todo, tendo em vista que todas as gestantes fazem parte do grupo de risco e as ocorrências são aleatórias, independentemente de classe social.

Corroborar-se a isso que as dimensões morais que dizem respeito exatamente a cada ser humano, com suas atitudes positivas ou negativas, por suas ações ou omissões que irão refletir no contexto social e na sociedade em

---

<sup>26</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 105.

que se vive, tais como a decisão pela autorização das pesquisas em células tronco embrionárias, a permissão ou não do aborto em casos de anencefalia, a autorização da eutanásia, a possibilidade da escolha do sexo da criança por parte dos pais, a clonagem humana, o transplante de órgãos, a mudança de sexo em adultos, enfim, todas essas possibilidades e novidades existentes fazem refletir acerca de qual seria o limite ético das novas condutas.

Com ênfase, a análise moral do caso não se resume em verificar se ofende alguma regra específica do Código de Ética Médica. Verifica-se que a própria Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde são os autores da ADPF<sup>27</sup> 54-8 que busca a autorização de aborto em casos de anencefalia. A reflexão, por oportuno, vai muito além de tal fator, como bem define Vicente de Paulo Barretto:

Não se trata, portanto, da definição de normas que regulem a atividade profissional do médico – para isto existe o Código de Ética Médica –, mas da assunção pela sociedade da responsabilidade de definir procedimentos que preservem em face das descobertas científicas e suas aplicações tecnológicas, a dignidade da pessoa humana.<sup>28</sup>

O problema maior não é saber se a equipe médica irá responder algum processo criminal caso realize o procedimento, embora haja uma preocupação desses profissionais, mas que seja permitido ou não o procedimento.

Gilbert Hottois esclarece que

a maior parte das questões da bioética ultrapassa largamente, em profundidade e em vastidão, os limites de uma profissão, por prestigiada que seja, pois que a sua complexidade implica a participação de especialistas de disciplinas muito diferentes, bem como de outros autores da sociedade civil que não o corpo médico exclusivamente,<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental.

<sup>28</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 105.

<sup>29</sup> HOTTOIS, Gilbert. Bioética. p. 109-115. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 114.

não se limitando ao exercício de determinada profissão e que tem, por isso, essa ou aquela responsabilidade sendo que a reflexão ultrapassa em profundidade e vastidão as indagações da ética médica.

A compreensão do debate passa necessariamente pelo respeito à dignidade da pessoa humana, com o fato de adequar esse cenário de novas descobertas científicas pautadas em um limitador. Nota-se que o precedente ocasionado pela eventual procedência da arguição, apesar de ser restrito ao caso dos anencéfalos, irá embasar pretensões análogas em caso de outras debilidades das futuras crianças, tal como é a Síndrome de Down, que faz refletir ainda mais sobre o assunto.

Fazer com que os avanços da biomedicina respeitem a qualidade do ser humano como digno de respeito, sem reduzi-lo a um instrumento, ou seja, sem utilizá-lo como um meio para se alcançar algum fim desejado seria configurar o debate com respeito à dignidade da pessoa humana. Desse modo, Vicente de Paulo Barretto assinala que:

A máxima referida acima implica ainda na consideração de que não se pode tratar o ser humano como um conjunto de peças descartáveis ou materiais biológicos. O desafio da bioética reside em estabelecer limites e regular o uso de órgãos e produtos do corpo humano, principalmente células e embriões, fazendo com que o progresso da medicina não se processe com a redução do ser humano a simples instrumento de satisfação das necessidades do outro.<sup>30</sup>

No que diz respeito ao caso dos anencéfalos, destaca-se principalmente o fato das pesquisas científicas terem propiciado atualmente a possibilidade de detectar a anomalia por meio do exame de ultrassom. Com isso, dar-se-á ensejo à discussão se os profissionais da medicina, com o consentimento informado da gestante, podem realizar o aborto e se tal fato ocasionará o desrespeito ao ser humano como fim em si mesmo ou se tal fato irá ferir o princípio da dignidade da pessoa humana sob a matriz teórica kantiana.

---

<sup>30</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 71.

Pois bem, nessa relação entre a gestante e o profissional da medicina existe o que se chama de consentimento informado. No que tange sobre esse consentimento informado na relação médico paciente, passar-se-á de um modelo paternalista onde o profissional da medicina poderia decidir de forma unilateral, sem ter em conta a opinião do doente, para um modelo que reconhece a autonomia do paciente. A autonomia seria aplicada para decidir acerca da realização ou não de algum procedimento, não devendo o profissional impor sua opinião sobre o assunto (no caso, se contra ou a favor do aborto, sejam quais forem os fundamentos).

Nos dizeres de Roberto Adorno, não deve o paciente, no caso a gestante, ser tratada como um mero objeto da atividade clínica, senão como uma pessoa:

Não há dúvidas de que o papel central da autonomia do paciente na medicina moderna e o abandono do antigo paternalismo médico constituem fenômenos altamente positivos, dado que o paciente não é um mero “objeto” da atividade clínica, senão uma “pessoa” e, portanto, merece ser tratado como tal.<sup>31</sup>

Ou seja, com direito a informação (consentimento informado), tomar uma decisão acerca do diagnóstico, respeitada a dignidade da pessoa humana.

O termo autonomia significa literalmente dar normas a si mesmo ou se governar a si mesmo.<sup>32</sup> Diz respeito ao fato da pessoa poder decidir acerca de algum tratamento ou optar pela realização de ato cirúrgico, por exemplo, não ficando mais vinculada e obrigada a realizar tudo o que o médico determina (como em uma relação entre pai e filho). Tendo em vista tratar de sua própria saúde, de seu próprio corpo, de sua dignidade, já que o profissional de medicina tem o dever de informar sobre os riscos e a real necessidade do tratamento, onde caberá à pessoa interessada determinar sobre sua realização.

---

<sup>31</sup> ADORNO, Roberto. “Liberdade” e “Dignidade” da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética?. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Ieticia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Tradução de Fernanda Muraro Bonatto. Revisão de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 77.

<sup>32</sup> Ibidem, p. 76.

Quando da realização de algum tratamento, uma das prerrogativas é que não deve causar danos às pessoas, conforme aduz Bernard Baertschi: “Se não devemos causar dano a nós mesmos, como sabemos; eis que a autonomia também é um ideal, a humanidade um fim”.<sup>33</sup> Pois tal ato é contrário à moralidade. O dano é um ato considerado contra a dignidade de toda pessoa humana, não somente aquele que assim o fez, por exemplo, em um ato de mutilação de parte do corpo, o que significa uma agressão não somente contra um ser, mas contra todos os seres humanos, salvo se realizado para evitar a morte da pessoa.

No Brasil o exemplo de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado pela “Lei Maria da Penha” onde uma agressão é considerada não apenas à mulher vítima de espancamento, mas tal fato diz respeito às mulheres como um todo, tanto é que não pode o processo ser arquivado, mesmo a vítima querendo, após o recebimento da denúncia. Ou seja, ainda que a pessoa não queira, o fato praticado se deu contra um valor socialmente relevante que interessa a todas as mulheres e a sociedade brasileira que não haja agressão no âmbito doméstico familiar.

Segundo José Roque Junges, justamente pela ideia de uma instância legisladora universal, a vontade não se funda em nenhum interesse porque necessita se reportar ao universal ético. Para o autor “a idéia de uma vontade como legisladora universal expressa essa dimensão”.<sup>34</sup> É o princípio da autonomia da vontade, porém não significa, sob o manto da autonomia da vontade, o cometimento de arbitrariedades - existe um limite ético universal regulador da autonomia da vontade.

Mas é com Immanuel Kant que o conceito de autonomia vem adquirir uma grande relevância filosófica, tendo em vista que a autonomia é para Kant a possibilidade de o ser humano se determinar como ser racional.<sup>35</sup> Isso se dá

---

<sup>33</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 239.

<sup>34</sup> JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006. p. 86.

<sup>35</sup> NOUR, Soraya. Autonomia. p. 76-80. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 77.

apenas com o ser humano, não com a espécie animal. Por isso, os atos atentatórios à dignidade de qualquer ser humano e a nível universal são considerados como se a lesão ocorresse contra toda a humanidade, tendo em vista que as pessoas não podem ser utilizadas como meio, ou seja, como objeto para a consecução de qualquer finalidade que seja.

Portanto, a reflexão é imprescindível quando se trata de uma decisão que recairá diretamente sobre outra pessoa. A autonomia reprodutiva e a afronta à saúde psicológica da mulher entram em conflito com o direito à vida do feto anencéfalo ou, ainda, o simples direito de nascer na hora certa e no tempo certo. A autonomia deve ser observada e respeitada com ressalvas quando algum procedimento acarrete consequência em si própria, restando a nós uma reflexão quando a decisão alcance também a outrem, como a consequência do ato da gestante irá recair no nascituro.

Deve-se refletir que o feto anencéfalo deve ser considerado como um ser diferente do ser humano que é a gestante. Sob uma análise constitucional, poder-se-ia estar diante de princípios constitucionais em colisão ao verificar: o direito à saúde psicológica da mulher e o direito a autonomia reprodutiva comparado ao direito à vida do feto, o direito de nascer e ser respeitado como pessoa.

A gestante tomará a decisão e poderá livremente optar pelo aborto ou se deverá levar adiante a gestação, caso haja a procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 junto ao Supremo Tribunal Federal. Os médicos em geral deverão estar preparados para essa situação, não devendo influenciar na decisão a ser tomada pela gestante e/ou sua família. Toda cautela é necessária ao ser informada a gestante pelo profissional médico que se está diante de uma gestação de um feto portador de anencefalia. No caso, não deve o médico induzir a paciente a tomada de uma decisão, seja a favor do aborto ou contrária ao aborto.

Ainda que na reflexão que se faz no sentido de se encontrar uma decisão constitucionalmente correta e com respeito da vida do feto, por exemplo, estar-se-ia aceitando que cabe ao Estado Democrático de Direito regulamentar essa

situação, não se tratando de um direito disponível que pode ser livremente decidido pela própria gestante. O caso não importará apenas para as partes envolvidas, mas sim para toda coletividade, de forma universal, o que requer a verificação da aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor imprescindível nesse caso.

Optando pelo aborto a mulher estará tomando uma decisão para além de seu próprio ser, pois se trata de seres humanos distintos: a mulher e o feto. A autonomia de vontade não alcança o poder de decisão sobre tratamento ou ato cirúrgico sobre a vida alheia, ou seja, não significa uma carta branca para a gestante, utilizando-se de seu livre arbítrio, decidir por autorizar a realização do aborto nesses e noutros casos.

Ensina Vicente de Paulo Barretto que “o princípio da autonomia da vontade consiste na sujeição do homem a lei moral, que o torna livre na medida em que se submete a sua lei própria, no entanto universal”.<sup>36</sup> Se a prática do aborto afronta a moral, não poderia se transformar em uma prática universal sem ferir o direito à vida, mesmo que não seja uma vida integralmente saudável ou até de certa forma de pouca duração. Para Bernard Hanson “o princípio da autonomia situa-se na herança de Kant, para quem a aliança da razão e da liberdade é a finalidade última”<sup>37</sup>, ou seja, a autonomia deve ser desenvolvida tanto para a própria pessoa e como para os outros.

Para Immanuel Kant, acerca da autonomia da vontade, firma o seguinte posicionamento:

---

<sup>36</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 41.

<sup>37</sup> HANSON, Bernard. Princípio da Autonomia. p. 70-72. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 71.

Autonomia da vontade é aquela sua propriedade graças a qual e para si mesma a sua lei (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é portanto: não escolher senão de modo a que as máximas da escolha estejam incluídas simultaneamente, no querer mesmo, como lei universal. Que esta regra prática seja um imperativo, quer dizer, que a vontade de todo o ser racional esteja necessariamente ligada a ela como condição, é coisa que não pode demonstrar-se pela simples análise dos conceitos nela contidos, pois se trata de uma proposição sintética; teria que passar-se além do conhecimento dos objetos e entrar numa crítica do sujeito, isto é, da razão prática pura; pois esta proposição sintética, que ordena apodicticamente, tem que poder reconhecer-se inteiramente *a priori*. Pela simples análise dos conceitos da moralidade pode-se, porém, mostrar muito bem que o citado princípio da autonomia é o único princípio da moral.<sup>38</sup>

Para José Roque Junges:

O humanismo kantiano está essencialmente fundado na autonomia, que ocupa o lugar central em todas as suas obras morais. Por isso a própria idéia de dignidade humana encontra sua base na autonomia moral da consciência.<sup>39</sup>

Fernanda Bragato tece considerações sobre o mesmo tema, asseverando que “o humanismo kantiano está essencialmente fundado na autonomia, logo a idéia de dignidade humana encontra sua base na autonomia moral da consciência”.<sup>40</sup>

Para Bernard Hanson:

O princípio de autonomia estipula que qualquer até que tenha consequências para outrem seja subordinado ao consentimento da pessoa envolvida. Sem esse acordo, a acção não é legítima, e o uso da força para resistir a ela é moralmente defensável.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 90.

<sup>39</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006. p. 120.

<sup>40</sup> BRAGATO, Fernanda. Individualismo. p. 468-471. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 470.

<sup>41</sup> HANSON, Bernard. Princípio da Autonomia. p. 70-72. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 70.

*In casu*, a questão moral seria verificar como se estabelecer, no caso do anencéfalo, o seu consentimento a respeito do nascimento ou sua concordância com o aborto, gentilmente chamado de antecipação terapêutica de parto.

No que diz respeito aos profissionais da saúde, especialmente da medicina, o art. 6º do Código Brasileiro de Ética Médica aduz que o médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana.<sup>42</sup> Além do corpo físico do paciente que está em risco, existe o elemento psíquico e espiritual, para os quais o médico, muitas das vezes, não tem competência<sup>43</sup>, logicamente com exceções ao caso.

O respeito à pessoa abrange o fato de ser considerada ao ponto de que o tratamento de saúde seja o mais benéfico para ela, dando margem ao livre arbítrio quando da decisão do próprio paciente em aceitar receber determinado tratamento ou não. O profissional da medicina irá informar ao paciente acerca dos benefícios de determinado tratamento ou ato cirúrgico, respeitando a autonomia de vontade. O princípio ético que normalmente é utilizado para fundamentar tais condutas é o da beneficência que considera que a ação deve tender para a realização do bem, tendo em vista considerar a concepção do bem de outrem.<sup>44</sup>

*In casu*, se tratando de feto portador de anencefalia, em sendo autorizado juridicamente a prática, o médico deverá esclarecer à paciente quais são os procedimentos pelos quais irá passar no pré e no pós-operatório. Caso a resposta constitucionalmente correta seja pela impossibilidade do aborto, em tais casos, o médico deverá orientar a paciente aos procedimentos e cautelas a serem tomados e ao preparo da paciente para a cesariana. De outra banda, respeitado o período gestacional, informará a mulher dos procedimentos e cautelas durante a gestação e no pós-operatório.

---

<sup>42</sup> Art. 6º do Código Brasileiro de Ética Médica: “O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano, ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade”.

<sup>43</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 46.

<sup>44</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. Princípio da Beneficência. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 88.

Deve ser analisado se a intervenção representa o bem para a vida daqueles seres humanos envolvidos. O livre arbítrio deve ser levado em consideração, através do consentimento informado, o direito do paciente em optar ou não por algum tratamento deverá se dar respeitando a decisão de cada um, porém, o ideal é que a ação seja pautada sempre para se verificar a melhor solução, sob o ponto de vista da moral, com base na dignidade da pessoa humana, em respeito ao imperativo categórico. Para H. Tristram Engelhardt Jr:

O princípio da autonomia pode opor um veto as obrigações da acção beneficente. A extensão das derrogações a esse veto, que podem justificar-se por considerações de beneficência, determina a legitimidade de intervenções paternalistas a favor do melhor interesse de um doente, como quando um doente capaz recusa claramente um tratamento benéfico.<sup>45</sup>

Nesse sentido, a pessoa poderá não aceitar determinado tratamento, devendo ser considerada a sua autonomia de vontade. Porém, esses atos dizem respeito a um tratamento para si próprio, sendo que quando as ações ultrapassarem a esfera desta pessoa, não cabe a ela decidir acerca do procedimento a ser adotado na vida de outrem. Para José Roque Junges, nesses casos em que o dever de beneficência para com alguém provoca grave dano a outra pessoa “aplica-se o raciocínio da equidade do princípio da justiça”.<sup>46</sup>

No caso, acarretando a gestação um perigo de vida para a gestante, certamente estaria diante de dois bens jurídicos tutelados em um mesmo nível de valoração, pois duas vidas estariam em jogo, sendo tal fato regulamentado no Brasil, onde o médico deverá se ater na tentativa de salvamento das duas vidas e, não sendo possível, prevalece o direito à vida da gestante. No caso do anencéfalo, a questão é saber se o direito a vida do nascituro prevalece em face do direito à saúde psicológica da mulher ou se ao contrário, tendo em vista que não há risco de vida para a gestante, mas sim, dependendo do caso, uma afronta a sua saúde psicológica.

---

<sup>45</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. Princípio da Beneficência. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 89.

<sup>46</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 48.

Dessa maneira, conforme aduz Bernard Baertschi:

O respeito é uma atitude ética fundamental, na medida em que exige que seu objeto não seja tratado como bem nos parece, mas que, ao contrário, nos comportemos em relação a ele tomando em consideração aquilo que ele é e as exigências que pode formular.<sup>47</sup>

Para Vicente de Paulo Barretto:

Em cada pessoa reside, portanto, a humanidade, que se constitui no objeto de respeito a ser exigido de todos os outros homens. A dignidade se encontra no respeito antes de tudo que cada pessoa tem para consigo mesma, como pessoa em geral e como homem.<sup>48</sup>

Aqui, homem no sentido de pessoa, na qual reside a humanidade, no sentido de ser passível de respeito, consubstanciado no princípio da igualdade, do respeito ao outro como a si mesmo, quanto ao diagnóstico a ser ministrado, se em determinados casos realmente seria necessária a intervenção cirúrgica, finalmente.

No caso de intervenção médica o profissional deverá atentar para uma ponderação, entre as pessoas envolvidas, quando essa causar algum dano físico a outrem, verificando se seria realmente benéfico. A análise de qual seria o benefício em se optar pelo aborto, em se tratando do feto anencéfalo e qual seria quanto ao prosseguimento da gestação. Por conseguinte, do conflito existente entre o benefício da vida para o nascituro e da cessação da chamada tortura psicológica da mulher por ter que dar seguimento à gestação.

Se houver risco para a vida da gestante, estar-se-á diante de um caso já autorizado no Brasil. No caso de anencefalia, por exemplo, se a gestante ao levar a gravidez até o final correr risco grave a sua saúde e que poderia levá-la a morte, já está autorizada a realizar o aborto terapêutico para salvar a vida da gestante. A verificação mais complexa seria no sentido da gestação de um anencéfalo onde a vida da gestante não corre riscos. Observa-se que não basta

---

<sup>47</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 190.

<sup>48</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 69.

uma perspectiva de maior risco, mas sim um risco iminente e real contra a vida da gestante.

Assim sendo, existem casos em que uma conduta má poderá ser realizada em uma pessoa devido à necessidade, por exemplo, a amputação de algum membro para evitar a morte ou infecção dos demais membros. A ação se realizará no sentido do procedimento não fazer mal ao ser humano, pois visa na realidade o seu bem.

A medicina é um dos mais nobres ofícios e seu objetivo é realizar o bem para todo ser humano que necessite. A regra geral é a aplicação do princípio da não realização de condutas que venham contra a integridade física e psicológica da pessoa, porém em alguns casos poderão estar em conflito bens jurídicos relevantes e até mesmo equivalentes.

Realizar o mal para uma pessoa no intuito de fazer bem a outrem não implica no respeito ao princípio. Para José Roque Junges, “o efeito mal não pode ser o meio para alcançar o bem, porque o fim não justifica os meios”.<sup>49</sup> Deve haver um respeito ao ser humano como um fim em si mesmo, considerando-se a matriz teórica kantiana, ou seja, verificar se seria permitida a conduta má ou se é considerada uma conduta dessa natureza a realização da antecipação terapêutica de parto (aborto) do anencéfalo para resguardar a saúde psicológica da mulher.

Sob esse enfoque Immanuel Kant arremata que “o homem não é uma coisa; não é um objeto que possa ser utilizado *simplesmente* como um meio, mas pelo contrário deve ser considerado sempre em todas as suas ações como fim em si mesmo”.<sup>50</sup> Considerado o anencéfalo como sujeito de direitos, como tendo adquirido sua personalidade ou na qualidade de pessoa, verifica-se, *a priori*, a impossibilidade de aborto nesses casos. Já se não for considerada uma pessoa, poder-se-ia realizar a antecipação terapêutica do parto, pois nesse caso, não há que se falar em ofensa à dignidade da pessoa humana, não havendo

---

<sup>49</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 52.

<sup>50</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 74.

contrariedade quanto ao parâmetro trazido pelo princípio bioético da não maleficência ou quanto à matriz teórica kantiana.

A análise passa no sentido de se buscar o restabelecimento da saúde psicológica da mulher, não como uma justificativa ou como meio para o aborto, mas sim, evidentemente, buscando alternativas que tenham como centro o respeito ao ser humano como um fim em si mesmo. Não impondo a vontade individual de cada um em desrespeito ao ser humano como um todo, ou enquanto se trate da vida de outrem. Para H. Tristram Engelhardt Jr.:

Devido à pluralidade das maneiras de entender os benefícios e os malefícios, o princípio da não maleficência pode ser interpretado como a proibição de fazer ao outro o que ele considera um bem se o próprio agente detectar nessa actuação alguma nocividade.<sup>51</sup>

Para Carol Gilligan, “uma pessoa moral é aquela que ajuda os outros; bondade é auxílio, cumprimento das obrigações e responsabilidades para com os outros, se possível sem sacrifício pessoal”.<sup>52</sup> O ideal da vida seria poder dar tratamento a todos os seres humanos, sem causar mal algum ao semelhante, ao outro ser humano, assim como um dever de respeito na vida privada, em relações sociais diversas, enfim.

Porém, existem momentos que a própria natureza humana levará a decidir algo que está além de nosso próprio ser, no que diz respeito às consequências desse ato, o que poderá ensejar um sacrifício pessoal para manter íntegra a dignidade da pessoa humana, tal como um sentido universal da dignidade.

Dessa forma, para Bernard Baertschi:

---

<sup>51</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. Princípio da Beneficência. p. 495-498. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 495.

<sup>52</sup> GILLIGAN, Carol. **Teoria Psicológica e Desenvolvimento da Mulher**. Tradução de Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107-108.

Tratar um ser com respeito é aceitar os limites de nossos próprios interesses em nome dos dele, mesmo se estivermos na posição de impor os nossos, porque reconhecemos que o ser a respeitar tem um valor particular, seja em razão de sua eminência, seja por causa de sua fraqueza.<sup>53</sup>

Independentemente do estado em que se encontrar o ser humano, deve-se respeitá-lo. A exigência é ainda maior caso tenha um ser humano vulnerável, já que os esforços para resguardar suas debilidades e agir com o dever de fazer o bem ao próximo serão mais exigidos nesses casos.

Aliás, a gestante acaba se tornando uma pessoa que passa por um momento especial em sua vida, que deverá ser tratada pelos profissionais da saúde com todo cuidado e responsabilidade, justamente pelo fato de trazer consigo uma nova vida. Quando da futura mãe, que traz em seu ventre um ser em gestação com grau maior de vulnerabilidade devido a uma má formação congênita, os cuidados e as responsabilidades aumentam, pois o reflexo que irá trazer para a realidade vivida tanto da gestante como das pessoas de seu meio de convivência que acabam envolvidas com a questão será maior.

Por isso, independentemente das normas jurídicas disporem expressamente a respeito, o ser humano tem amparada a sua dignidade com base nos princípios, devido ao grau de evolução organizacional e social hoje atingido (ou que se busca atingir) com o Estado Democrático de Direito. O respeito para com o ser humano expressado pelo direcionamento dado pelo imperativo categórico deve permear as relações no âmbito dos relacionamentos entre as pessoas na sociedade, bem como as decisões a serem tomadas devido as suas possibilidades, tendo com base, na realidade, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o respeito ao ser com base no princípio da dignidade da pessoa humana se constitui um direito inato, independentemente de previsão legal, mas sim de cunho principiológico e constitucional. Não precisando necessariamente estar escrito, pois é do próprio ser humano e, não existe

---

<sup>53</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 190.

Estado Democrático de Direito sem estar respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana, que será tratado mais adiante sob a matriz teórica kantiana.

As relações humanas devem ser pautadas com equidade, o que se consubstancia com o chamado princípio da justiça que para Maurizio Salvi

expressa a exigência de uma regulação ética das relações entre os homens que vivem em sociedade. As suas interpretações tradicionais e racionais são diversas e estão sempre a ser debatidas. O princípio de justiça é crucial para a bioética, desde que ela tome em consideração as dimensões sociais, políticas e econômicas das questões que suscita.<sup>54</sup>

Em resumo, reside no fato de respeito para com o ser humano fragilizado ou mais vulnerável. No caso da vulnerabilidade é mais complexa a questão, pois poderá depender muito de sua condição humana pessoal de saúde, social e cultural, sendo deveras subjetiva.

Para José Nedel:

Não há dúvida de que, quando o homem usurpa de tal poder [o de vida e de morte], subjugado por uma lógica insensata e egoísta, usa-o inevitavelmente para a injustiça e a morte. Assim, a vida do mais fraco é abandonada às mãos do mais forte; na sociedade, perde-se o sentido da justiça e fica minada pela raiz a confiança mútua, fundamento de qualquer relação autêntica entre as pessoas.<sup>55</sup>

Ainda nos casos em que a vida do mais vulnerável ficar sob o jugo do mais forte, o princípio da justiça seria no sentido de equidade, ou seja, do equilíbrio das relações sociais, não significando que poderá a pessoa utilizar dessa força para prejudicar o mais fraco, mas pelo contrário, para consolidar a justiça com o fim de restabelecer as desigualdades e o equilíbrio da relação jurídica e social.

Tais apontamentos se coadunam no sentido de que o princípio da justiça é corolário do princípio da solidariedade. Encarando o ser humano (nosso

<sup>54</sup> SALVI, Maurizio. Princípio da Justiça. p. 49-51. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 449.

<sup>55</sup> NEDEL, José. **Ética Aplicada**: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 41.

semelhante) como agente moral e membro de uma coletividade, deve como tal ser respeitado. A mulher, ao cometer aborto por não concordar com o fato de estar grávida ou por se tratar de um feto portador de anencefalia, doença genética hoje ainda sem perspectiva de tratamento, poderá não estar respeitando o feto como um fim em si mesmo, como um agente moral. A reflexão é no sentido de verificar, sob o ponto de vista da mulher, se o Estado poderia estar, ao não autorizar o aborto nos casos de anencefalia, ensejando a gestante a obrigatoriedade de manter a gravidez e com esse ato afrontar a autonomia de decidibilidade da mulher, podendo acarretar “tortura” psicológica.

O fato da saúde física ou mental do ser em gestação autorizar a prática abortiva pode ensejar, sob o ponto de vista moral filosófico, a consideração do ser humano como objeto, passível de ser eliminado por não ser um ser humano com perspectiva de vida duradoura e plenamente saudável, não correspondendo à expectativa dos pais, de um ser humano em perfeito estado de saúde, que irá crescer de forma saudável, praticar esportes, brincar, estudar, etc.

Desta análise de caso, verifica-se até certo ponto o enfraquecimento dos valores morais, fruto do iluminismo e do estado liberal, sob a máxima do individualismo e dos interesses próprios que cada um, tem como ponto de partida à igualdade de todos; assumindo a perspectiva de imparcialidade, no sentido de não se cometer injustiça no caso a ser analisando e levando em consideração os direitos e deveres de cada cidadão.

Sob a vigência do Estado Democrático de Direito, os valores morais do ser humano, o direito à vida, a dignidade de cada ser, deve ser resgatada e respeitada, sob pena de correr o risco da coisificação do próprio ser humano. Para tanto, ver-se-á a análise da dignidade da pessoa humana sob a matriz teórica kantiana, sempre fazendo um liame com o caso dos fetos anencéfalos.

Por isso, da análise feita até aqui, quanto à revolução tecnocientífica e a importância do estudo da Bioética nos últimos tempos, salienta-se o partidarismo do entendimento de que não se deve ficar refém de uma aplicabilidade vinculada aos princípios da Bioética como uma regra, caindo-se em um positivismo jurídico.

Conforme Vicente de Paulo Barretto, que escreve com propriedade, deve-se considerar para integrar a Bioética e o Direito, o princípio da responsabilidade de Hans Jonas e propõe considerar o instituto da responsabilidade como sendo o conceito base e integrador como paradigma ético-filosófico, que apesar de responder à complexidade das questões envolvidas, serve como parâmetro referencial para situar o debate sobre o tema.<sup>56</sup> No caso, não serviria como um dogma, como uma lei, mas sim, como bem esclarece Barreto, como um parâmetro referencial, para não cair nas armadilhas do positivismo jurídico, tendo em vista a dinâmica das relações sociais, em especial na contemporaneidade.

Para Vicente de Paulo Barretto:

As aporias suscitadas pelos três princípios da bioética podem ser superadas na medida em que se considerar um conceito comum à ética e ao direito [...]. Isto porque toda a questão jurídica reduz-se à determinação de uma responsabilidade, e o mesmo ocorre com toda questão moral.<sup>57</sup>

No caso, trata-se do primado da responsabilidade, ou seja, o direito em si, seja por meio de suas normas, seja pelos julgados, que imprimem na sociedade a ideia de responsabilidade pelos atos praticados. A decisão acerca da possibilidade ou não de aborto em casos de anencefalia depende de uma análise responsável, que imponha as pessoas parâmetros de responsabilidade e de respeito para com o ser humano. Ainda, sob outro viés, para Vicente de Paulo Barretto:

Esses princípios são aplicados em contextos temáticos específicos, caracterizadores da Bioética, servindo de parâmetros na avaliação ética da pesquisa e das tecnologias originadas pela Biologia e pela Medicina contemporânea.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, Liberdade e a Heurística do Medo. p. 233-248. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 234.

<sup>57</sup> Ibidem, p. 236.

<sup>58</sup> Idem. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 107.

Esses parâmetros, como já salientado, não no sentido de dogma, mas sim para que haja uma reflexão em cada conduta atinente as novas descobertas propiciadas pela revolução tecnocientífica, uma delas a verificação precoce de anomalias durante a gestação.

Segundo Luiz Antônio Cunha Ribeiro:

Do ponto de vista da responsabilidade, ainda que a moral frequentemente nos ordene a comportamentos em face de outrem, o homem é responsável moralmente apenas em face de sua própria consciência, enquanto que o direito torna o indivíduo responsável em face de outrem, na medida em que pode ser chamado a prestar conta de suas condutas.<sup>59</sup>

Muito embora não deixe de estar correto o raciocínio, porém se discorda, tendo em vista que sob o enfoque da matriz teórica kantiana, o homem não está obrigado a prestar conta de suas condutas apenas porque existe uma determinada lei a respeito de um caso, ou seja, não é a lei simplesmente que torna a conduta relevante para outras pessoas, mas sim, o homem é responsável moralmente em comparação aos demais seres humanos quando diante de uma conduta que há de se tornar, pela máxima de sua ação, em lei universal.

Para Vicente de Paulo Barretto:

O princípio da responsabilidade de Hans Jonas talvez constitua um instrumento teórico válido, que venha atender a essa exigência ao considerar a dimensão da liberdade como integrada na natureza e supere a pretensão do positivismo em regular *a priori* a imprevisibilidade das situações humanas, através da formação de alguns princípios morais abstratos da lei positiva.<sup>60</sup>

No caso, analisar a responsabilidade da pessoa por seus atos quando do convívio em sociedade é um dever moral, vez que o ato de uma pessoa pode ser prejudicial a toda humanidade, quanto mais em uma sociedade de novos riscos

---

<sup>59</sup> RIBEIRO, Luiz Antônio Cunha. Responsabilidade. p. 720-723. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 722.

<sup>60</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, Liberdade e a Heurística do Medo. p. 233-248. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS**: mestrado e doutorado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 237.

(desconhecidos) que levou a sociedade moderna por meio da revolução tecnocientífica.

Nesse sentido, Luiz Antônio Cunha Ribeiro assinala que:

A capacidade de escolher do homem é constitutivo tanto do mundo como de si mesmo, é um processo contínuo durante toda a existência e põe o homem não apenas como responsável pelas consequências de seus atos, mas exige ainda uma responsabilidade, um compromisso para com toda a humanidade.<sup>61</sup>

Dessa forma, essa capacidade de escolha ao ser humano é devido a sua racionalidade. A gestante estará em posição melhor do que do feto anencéfalo, tendo em vista ter em suas mãos o poder de decisão. Já o feto, seja ou não anencéfalo, ficará dependendo da direção que sua genitora irá rumar, sofrendo diretamente as consequências do ato da gestante, que se torna responsável pela tomada de decisão acerca dos fatos ocorridos, mas não só perante si própria, pois a responsabilidade será perante toda a coletividade. No mesmo sentido para Heiner Bielefeldt:

Por outro lado, os direitos humanos fazem valer um *ethos* de liberdade universal, que também é moderno na sua estrutura política e jurídica e que se alia a novas interpretações acerca da dignidade humana, como destinação dos humanos a terem responsabilidade autônoma.<sup>62</sup>

Por sua vez, Vicente de Paulo Barretto aduz que:

O princípio da solidariedade ganha um conteúdo jurídico, visto que é em função deste que o outro, o nosso semelhante, surge como uma pessoa com finalidade em si mesma, a ser garantida através da ordem jurídica, que deixa de ser estritamente individualista e incorpora a dimensão da pessoa como agente moral, membro de uma coletividade e, portanto, sujeito da vontade coletiva.<sup>63</sup>

---

<sup>61</sup> RIBEIRO, Luiz Antônio Cunha. Responsabilidade. p. 720-723. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 722-723.

<sup>62</sup> BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 61.

<sup>63</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLEER, Letícia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 16.

Nesse cenário é que se analisa acerca da dignidade da pessoa humana, ou seja, em um contexto de grandes conquistas sociais, porém ainda de efetivação dessas. No contexto de uma sociedade agraciada com tecnologia inovadora, mas onde se tem discutido a valorização do ser humano, onde se deve primar pela solidariedade para com os demais membros da sociedade moderna.

Para Vicente de Paulo Barretto:

Com o advento da Constituição de 1988 e sua caracterização como “Constituição Cidadã”, a dignidade humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referencia obrigatória na cultura cívica e nas lides judiciais. Falta-lhe, entretanto, uma reflexão que delimite sua conceituação própria e mostre em que medida se insere no sistema jurídico.<sup>64</sup>

As leis infraconstitucionais, conquanto exerçam papéis importantíssimos e norteadores na sociedade, não são a única forma de resolver os problemas sociais, ou melhor, por si só não bastam, devido ao avanço da sociedade moderna, tanto é que se o texto constitucional resolvesse por si só os problemas sociais não teriam tais discussões. Nesse sentido, José Luiz Bolzan de Moraes, com propriedade explana:

Ora, se os *sucessos* do Estado Social fossem incontestáveis e não contrastáveis não se enfrentaria o dilema de sua realização nos termos postos pelo constitucionalismo contemporâneo. Se das garantias constitucionais – ou das promessas constitucionais – emergisse a satisfação inexorável das pretensões sociais este debate não se colocaria e tudo se resolveria por *políticas públicas prestacionais* e pela satisfação profunda dos seus destinatários. Não haveria dificuldades em se atender e atingir ótimos padrões e todas as expectativas relativas à satisfação das necessidades sociais da população.<sup>65</sup>

Está-se vivendo na modernidade e com destaque aduz Lênio Luiz Streck que esta, no Brasil, chegou tardiamente e ainda não se efetivou, pois temos apenas um simulacro do estado de bem-estar social, veja: “[...] o Estado Social-

<sup>64</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 58.

<sup>65</sup> BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Jurisprudencialização da Constituição: de que estado estamos falando?. p. 41-52. In: STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. PPGD – Anuário n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 44.

Providência (ainda) não ocorreu no Brasil. O propalado *welfare state* foi (e é) um simulacro em *terrae brasiliis*<sup>66</sup>, é um processo de efetivação do direito social que ocorre lentamente.

A modernidade traz, através da evolução tecnológica, inúmeras vantagens ao ser humano, tais como o conforto, a celeridade nas informações, a produção industrial em grande escala, por fim, a busca pelo estado de bem-estar social existe não só quanto à sobrevivência, mas a busca constante da dignidade e de uma vida digna.

No entanto, verifica-se a ocorrência de avanços quanto ao estudo do direito constitucional, porém ainda existe grande dificuldade de efetivação dos direitos constitucionais, por não conseguir resolver de maneira satisfatória os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional, especialmente quanto à concretização dos direitos humanos.

Neste sentido Gilberto Bercovici assinala que:

Hoje possuímos uma Teoria da Constituição de nível elevado, atualizada e comparável às melhores do meio europeu. Entretanto, esta Teoria da Constituição, talvez excessivamente preocupada com as questões da interpretação constitucional e do controle de constitucionalidade, não consegue lidar de maneira satisfatória com os problemas políticos, sociais e econômicos inerentes à nova ordem constitucional em um país periférico como o Brasil.<sup>67</sup>

Diante disso, é de suma importância para o tema em debate, tendo em vista que será por meio de uma decisão a nível de Supremo Tribunal Federal que se irá interpretar dispositivos constitucionais atinentes à legalização ou não do aborto de feto anencéfalo e embora se esteja com uma Suprema Corte de alto nível constitucional, não se sabe se a repercussão da decisão realmente vai se dar de forma a satisfazer os anseios sociais sobre o tema. O Sistema Único de Saúde, por exemplo, não se sabe se estaria preparado suficientemente para prestar atendimento para as cirurgias caso autorizado o aborto, conquanto seja

---

<sup>66</sup> STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 241.

<sup>67</sup> BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al. (orgs.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 77.

um direito do cidadão o atendimento a nível universal a ser prestado pelo Estado na área de políticas públicas de saúde.

O ser humano busca ser respeitado. Nos dizeres de Bernard Baertschi:

O primeiro sentido é pessoal: quero, aos meus próprios olhos e aos olhos dos outros, poder ser e continuar a ser um indivíduo digno de respeito, não simplesmente porque sou um ser humano, mas porque conservo minha autoestima.<sup>68</sup>

Nesse aspecto, a busca do ser humano por ser digno de respeito e nos últimos tempos não somente pela vida, mais por qualidade de vida, o que compreende a valorização da autoestima, sendo um dos valores que o Estado Democrático de Direito deve buscar propiciar aos cidadãos, como uma questão de princípio.

Seria o anencéfalo ser humano digno de respeito? Uma das justificativas em que se busca a autorização judicial do aborto é justamente pelo fato de que estaria fadado a nascer e morrer na sequencia, estaria limitado fisicamente devido à má formação cerebral, não sendo compatível com a qualidade de vida que se busca na modernidade, ou não teria sua autoestima abalada. Ao passo que a gestante poderá ter atingido seu valor atinente a si própria ao passar por uma gestação quando de má formação congênita.

Porém, o convívio social é repleto de eventos, gerados ou movidos por paixões e desejos, sentimentos que cada ser humano traz em si e permanecem na essência do indivíduo, na sua personalidade, na sua qualidade de, ao mesmo tempo, ser diferenciado por ser único e também igual aos outros, pois todos são iguais perante a lei, mas a sociedade é desigual: uns mais ricos outros mais pobres, alguns com mais saúde outros não.

Instintivamente, busca-se viver dignamente. Isso não significa que o ser humano queira o bem comum, pois muitas das vezes a sociedade é egoísta, fruto talvez do individualismo existente na sociedade contemporânea, que carece de bases sólidas no âmbito da Filosofia Moral de um modo geral.

---

<sup>68</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 187-188.

Dessa forma, Vicente de Paulo Barretto assinala que:

A necessidade da Bioética na contemporaneidade – como, aliás, da Filosofia Moral de um modo geral – prende-se ao fato de que o modelo de sociedade individualista e socialmente atomizada dos tempos atuais, encontra-se questionada em seus fundamentos pelo próprio relativismo moral, que dela tomou conta.<sup>69</sup>

No caso dos fetos anencéfalos, pode-se fazer uma ligação com a colocação de Francesco D’agostino de que “é em nome da dignidade humana que a bioética consegue – às vezes! – dizer um não, inclusive naqueles casos em que está ciente da inutilidade de sua negativa para alterar o rumo dos fatos”.<sup>70</sup> No caso, a inutilidade de sua negativa seria no sentido de que mesmo a gestante não realizando o aborto, infelizmente o feto anencéfalo nascerá com vida, a qual perdurará por no máximo algumas semanas.

Observa-se que o aborto nos casos de anencéfalo é tratado como antecipação de parto na ADPF-54 no sentido e sob o argumento de que após o parto, a sobrevivência no recém-nascido é curta, inviável e que, com isso, não se estaria violando a dignidade humana, pelo contrário, estar-se-ia violando a dignidade da pessoa humana da gestante se proibindo o aborto.

Porém, observa-se que poderia não estar respeitando o anencéfalo como um ser humano e estar-se-ia aceitando que o ser com má-formação cerebral não teria, uma proteção jurídica, podendo ser meio de opção da gestante. O tema é polêmico e, ao mesmo tempo, de difícil solução, ensejando reflexões morais de toda a sociedade brasileira.

Pois bem, trata-se de um problema social, embora à luz do iluminismo e da não intervenção do Estado nos casos particulares, possa parecer apenas um problema da gestante ou da família envolvida. Porém, trata-se de um ser humano em gestação, daí merecer a proteção jurídica e interesse de toda coletividade. Nesse sentido, Bernard Baertschi aponta que:

<sup>69</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 106.

<sup>70</sup> D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 74.

Esse segundo sentido é impessoal: a dignidade de um indivíduo humano consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou uma coisa. É esse conceito que é aplicado nos direitos do homem, e que faz que a pessoa tenha um valor particular, proibindo que seja tratada como um simples meio, a exemplo das coisas, como observa Kant. Respeitar a dignidade de alguém é, portanto, tratá-lo como uma pessoa, como um ser racional, em resumo, como um indivíduo que, qualquer que seja seu estado ou sua conduta, merece o respeito e não pode ser instrumentalizado.<sup>71</sup>

Especialmente no momento histórico em que passa, por exemplo, com a constitucionalização do direito civil, onde dignidade da pessoa humana, a paternidade responsável e do planejamento familiar foram inseridos no texto constitucional para dar efetividade prática ao respeito para com a família e o próprio ser humano.

Para Anne Langlois:

Kant isolou a dignidade das avaliações sempre relativas: a dignidade não possui um valor tributário das estimativas do homem; o que possui dignidade é inestimável, incomparável e sem equivalente, situando-se acima de qualquer preço comercial e de qualquer valor sentimental.<sup>72</sup>

É esse o sentido de dignidade humana tratado sob a matriz teórica kantiana, ou seja, como sendo aquilo que não pode ser trocado por um equivalente.<sup>73</sup> Portanto, sob a matriz teórica kantiana, acerca do imperativo categórico, abordando-o com um diálogo com o tema em comento.

### 2.2.1 O Imperativo Categórico

Para Immanuel Kant, o ser humano deve seguir o seguinte imperativo categórico: *Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua*

<sup>71</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 188.

<sup>72</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 233.

<sup>73</sup> JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006. p. 86.

*vontade, em lei universal da natureza.*<sup>74</sup> Da análise do imperativo, conclui-se que estaria instado a praticar atitudes que poderiam ser consideradas como lei universal, ou seja, repetidas por todo ser humano sem que viesse em confronto com a dignidade da pessoa humana, em busca do bem comum, desde que todos os outros possam levar nossa atitude como lei universal. A máxima de tua ação poderia se tornar um ato que todo ser humano pudesse praticar.

Ou seja, uma ação má, mesmo que viesse aliviar algum problema ou alcançar um fim positivo, não se justifica, pois se todos os seres humanos a elevassem como uma lei universal, não teriam respeitado os direitos dos outros (quando todos agirem de forma má). Nesse sentido, a lição de Ernst Tugendhat:

Aquilo a que o ser bom obriga aos indivíduos não apenas é realizável mediante um Estado, mas devemos dizer também, inversamente, que um Estado somente deve ser considerado moralmente bom, se assegura os direitos humanos no sentido amplo, se garante a dignidade humana, isto é, também os direitos econômicos de seus cidadãos.<sup>75</sup>

Uma decisão que o homem toma, tendo como motivo ou meio de realização uma ação má, ainda que para atingir algum objetivo ou bem jurídico, não se justifica, ao ser confrontado com o imperativo categórico kantiano.

O respeito ao imperativo categórico se daria como um limite para as ações da pessoa humana quanto a sua liberdade, como um mandamento moral, no sentido de que deve pautar as ações com a cautela de não prejudicar a outrem, exigindo-se do ser racional o respeito, através da razão ou por meio da racionalidade, peculiar ao ser humano.

A máxima da ação do ser humano, para Kant, deve necessariamente se transformar em lei universal, condizente ao princípio do dever, de ser um ser humano bom, respeitando o imperativo categórico, mandamento da moralidade, que tem que obedecer mesmo contra a vontade particular da pessoa. O

---

<sup>74</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 62.

<sup>75</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Tradução do grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 364.

imperativo categórico seria o limitador ético da conduta da pessoa, valendo como lei universal.

Dessa maneira, insere-se a ideia de liberdade quanto à universalização da conduta prática, onde a pessoa humana agirá como se a máxima de sua ação pudesse se tornar uma lei universal, onde a liberdade de uma pessoa possa existir ao mesmo tempo em que a liberdade dos demais seres humanos. Nesse sentido, Miroslav Milovic ensina que:

Na determinação do Direito, encontra-se novamente a ideia da liberdade, assim como a ideia de possivelmente universalizar a conduta prática, pois esta é a condição necessária para todas as condutas pertencentes à legalidade. Uma modalidade particular da conduta prática é considerada válida se, segundo sua máxima, a liberdade de um puder existir concomitantemente com a liberdade dos outros, todas baseadas na lei universal. Assim Kant entende o imperativo categórico no âmbito do Direito.<sup>76</sup>

No caso, Kant procura estabelecer critérios racionais sobre a forma de conhecimento, pretendendo demonstrar como seria possível estabelecer critérios morais que sejam universalmente respeitados, o qual denominou como imperativo categórico, que seriam os limites morais a serem respeitados nas condutas humanas com base na sua racionalidade.

Trata-se do imperativo categórico kantiano de que se deve agir de uma maneira na qual a máxima ação torna em lei universal, ou ainda, de que deva agir conforme gostariam que agissem com todas as pessoas, no aspecto de atuar de modo a não se prejudicar a si próprio ou a outro ser humano, sob pena de infringir o imperativo categórico, observa-se:

Se, para escapar a uma situação penosa, se destrói a si mesmo, serve-se ele de uma pessoa como de um simples meio para conservar até ao fim da vida uma situação suportável. Mas o homem não é uma coisa; não é portanto um objecto que possa ser utilizado simplesmente como um meio, mas pelo contrário, deve ser considerado sempre em todas as suas ações como um fim em si mesmo.<sup>77</sup>

<sup>76</sup> MILOVIC, Miroslav. Kant, Immanuel. p. 498-501. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 500.

<sup>77</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 77.

A questão é estabelecer como se daria a utilização do imperativo categórico no caso de anencefalia. Ou seja, a gestante que tem a pretensão de se submeter ao aborto nesses casos estaria tentando escapar de uma situação penosa, porém essa ação iria destruir o ser em gestação e não a si própria, muito embora com a prática dessa ação tivessem destruído outro ser humano, que estaria sendo utilizado como um meio para cessar a ameaça a saúde psicológica da gestante. Para Beuchamp, “o imperativo categórico funciona testando o que Kant chama de consistência das máximas: uma máxima deve ser passível de ser concebida e desejada sem contradição”.<sup>78</sup>

Para Immanuel Kant o imperativo prático deve ser o seguinte: *Age de tal maneira que uses humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca // simplesmente como meio.*<sup>79</sup>

Frise-se que quanto ao desempenho de algum trabalho (zeladora, cozinheira, mordomo, etc.) importante salientar que nada impede que a pessoa humana venha a prestar algum trabalho a outrem, ou seja, a mão de obra será utilizada como meio a desempenhar um determinado trabalho, pois nesse caso não existe uma obrigatoriedade, mas sim uma voluntariedade. Dessa forma, o trabalho deve ser realizado de forma espontânea e nunca com menosprezo à dignidade da pessoa humana, sendo inadmissível, por exemplo, a escravidão e os trabalhos forçados.

No caso, levando o fato de uma pessoa prestar serviços a outrem, de certa forma pareceria que estivesse sendo instrumentalizado, o que não ocorre, pois se trata de uma opção legítima e respeitada sua liberdade de escolha, o seu livre arbítrio, em consonância com a tradição e ainda com o respeito ao trabalho, ao livre exercício profissional. Ingo Wolfgang Sarlet ensina que:

---

<sup>78</sup> BEUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 73-74.

<sup>79</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 73.

Nesse contexto, vale registrar, ainda, que mesmo Kant nunca afirmou que o homem, num certo sentido, não possa ser instrumentalizado de tal sorte que venha a servir, espontaneamente e sem que com isso venha a ser degradado na sua condição humana, à realização de fins de terceiros, como ocorre, de certo modo, com todo aquele que presta um serviço a outro.<sup>80</sup>

No caso, pode-se dizer que a ação da pessoa voltada a prestação do exercício profissional é, via de regra, uma ação livre, se bem que se sabe que existiram épocas em que o ser humano era considerado como um objeto, ao ser tratado como um escravo onde sua vontade não era levada em consideração, não tinha liberdade. Para Fernanda Bragato, a liberdade só existe na ação moral por dever:

A autonomia torna possível ao homem usar o próprio entendimento para orientar o curso de sua vida. No entanto, a liberdade só existe na ação moral (por dever), em que o homem participa de um reino de fins como seu membro legislador, pois só é livre aquele que legisla, logo quem tem uma vontade autônoma.<sup>81</sup>

O dever no sentido não da realização de uma ação por obrigatoriedade, mas em um entendimento de que mais do que um simples ato, aquela exteriorização da vontade fora realizada por um dever moral e, por isso, poderia se tornar uma lei universal.

No caso, acrescenta-se o fato de que o ser humano deve ser respeitado pelo simples fato de o ser e, nesse sentido, independentemente de qualquer motivo, não há que ser desrespeitada sua dignidade, pois sendo essa desrespeitada, este ato não poderá se transformar em lei universal, infringindo o imperativo categórico. Para Ernst Tugendhat:

---

<sup>80</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana Parte I. p. 212-220. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 220.

<sup>81</sup> BRAGATO, Fernanda. Individualismo. p. 468-471. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 470.

A 2ª fórmula do imperativo categórico de Kant mostra que e como também para ele a obrigação tem um conteúdo teleológico, e este pode-se compreender perfeitamente como consideração dos direitos dos outros.<sup>82</sup>

José Roque Junges aduz acerca da dignidade como moralidade sob o enfoque do imperativo categórico kantiano, asseverando que:

Para Kant, a moralidade depende da vontade que se revela como boa, quando o ser humano age por dever e não por motivos empíricos, como as inclinações ou as recompensas do além. A ação praticada por dever depende da máxima que a determina e não do objetivo da ação (agir por causa de um motivo, como a felicidade). Eliminando toda inclinação e todo objetivo da ação, resta objetivamente a lei e subjetivamente o respeito. Agir moralmente é agir por respeito e segundo a representação da lei.<sup>83</sup>

No mesmo sentido, Beuchamp aduz que “esse imperativo categórico nos diz o que deve ser feito independentemente de nossos desejos. Ele exige a conformidade incondicional de todos os seres racionais”.<sup>84</sup>

Isso significa que a máxima universal ou o imperativo categórico é dado no sentido de um mandamento *a priori* independentemente de bases empíricas. Por fim, Beuchamp complementa que:

Para Kant devemos agir em nome da obrigação e não apenas de acordo com ela, pois para ter valor moral, a motivação da ação de uma pessoa tem de fundar-se de uma aceitação de que ela almeja aquilo que é exigido moralmente.<sup>85</sup>

Todas essas ações buscam o respeito do ser humano como um fim em si mesmo, no resguardo de sua dignidade e possibilidade de respeito de uma forma universalizada, agindo por dever, não buscando através da ação um meio para alcançar determinado fim, mas sim ater aos limites éticos da ação humana, consubstanciado no imperativo categórico.

<sup>82</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Tradução do grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 338.

<sup>83</sup> JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006. p. 85.

<sup>84</sup> BEUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002. p. 73.

<sup>85</sup> Ibidem, p. 73.

### 2.2.2 Ser Humano como um Fim em Si Mesmo

A atenção especial à pessoa humana irá se expressar constitucionalmente no princípio da dignidade humana, mas não em uma afirmação dogmática simplista de valores, pois há de se concretizar uma verificação racional cujas características são próprias do ser humano, tendo em vista que é justamente isso que serve para diferenciar as pessoas dos objetos, das coisas, o que acaba por considerar cada um dos seres humanos dotados de valores essenciais para a existência da comunidade humana.<sup>86</sup>

Pois bem, Ingo Wolfgang Sarlet afirma acerca da dignidade da pessoa humana que “é no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação de dignidade humana.<sup>87</sup> Assinala ainda o autor, com base em Kant, que os seres irracionais teriam

apenas um valor relativo como meio e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio.<sup>88</sup>

O respeito ao ser humano como um fim em si mesmo, com base na matriz teórica kantiana, é no sentido de não ter um preço, de ter sua dignidade e vida respeitada como uma lei universal. Uma ação moralmente boa significa que os fins não justificam os meios, quando se agir por dever e não simplesmente para alcançar algum objetivo. No caso, os fins não justificam os meios, tendo em vista que não se pode desrespeitar o ser humano instrumentalizando-o, porém deve respeitar como um fim em si mesmo. Nesse modo, aduz Soraya Nour:

---

<sup>86</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética**: novos temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003. p. 236.

<sup>87</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana Parte I. p. 212-220. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 214.

<sup>88</sup> Ibidem, p. 213.

É também a autonomia – e não o entendimento, o raciocínio ou qualquer outra capacidade – que distingue o ser humano de outros seres, conferindo-lhe uma dignidade absoluta; o ser humano é, por ser autônomo, fim em si mesmo, isto é, não pode ser instrumentalizado como meio para outros fins.<sup>89</sup>

Respeitar todo ser humano como fim e não como meio para alcançar algum objetivo. Dessa forma, aborda Francesco D’agostino, quanto ao feto anencéfalo, que “a defesa da dignidade da vida dos anencéfalos enquadra-se no âmbito maior da defesa da dignidade da vida de todos os seres humanos portadores de deficiências mentais, das menos às mais graves”.<sup>90</sup> No caso, o dever de proteção ao ser humano com mais debilidades, que necessita de auxílio e de uma atenção diferenciada dos demais seres humanos.

A palavra dignidade, em si, traz uma ideia de honestidade, respeito, decência. É algo que não deve ser desprezado, especialmente se tratando de pessoa humana, vale dizer se considerar uma qualidade inerente ao próprio ser humano, não existe meio termo, serve para incluir e não para excluir ou descartar. Nesse sentido, com propriedade, José Roque Junges afirma:

A dignidade não admite privilégios em sua significação. Não é um atributo outorgado, mas uma qualidade inerente, enquanto ser humano; é um *a priori* ético comum a todos os humanos. A dignidade é uma qualidade axiológica que não admite mais ou menos. Não se pode ter mais ou menos dignidade. Ela serve para incluir todo ser humano e não para excluir alguns que não interessam; não pode ser usado como critério de exclusão, pois seu significado é justamente de inclusão.<sup>91</sup>

Todo ser humano merece ser respeitado em sua dignidade, ou seja, não existe meia dignidade, mais ou menos digno, ou é respeitada a dignidade da pessoa humana ou não é, não existe meio termo.

Nos dizeres de Bernard Baertschi:

<sup>89</sup> NOUR, Soraya. Autonomia. p. 76-80. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 77.

<sup>90</sup> D’AGOSTINO, Francesco. **Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 295.

<sup>91</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 111-112.

A dignidade de um ser é função daquilo que ele é em si mesmo, quer dizer, de suas propriedades intrínsecas e essenciais: se dois seres possuem a mesma essência, eles têm a mesma dignidade; se a sua essência é outra, eles não têm a mesma dignidade.<sup>92</sup>

No caso, cabe uma reflexão acerca da gestante e do anencéfalo terem ou não a mesma essência onde, teriam a mesma dignidade.

José Roque Junges, ao abordar acerca da concepção kantiana de dignidade humana ensina que o ser racional é autônomo e, por isso, é um fim em si mesmo e merece respeito por não poder ser trocado por algo equivalente, veja: “O ser racional é autônomo por ser autolegisador num reino de fins. Por isso é um fim em si mesmo, e todo ser autofinalizado merece respeito, por não poder ser trocado por algo equivalente”.<sup>93</sup> Isso significa que a dignidade da pessoa humana não pode ser trocada por algo equivalente, não tem preço, não se consegue optar pelo mal como justificativa para alcançar de algum objetivo, seja esse qual for. Nesse sentido, Anne Langlois:

É por este preço que podemos reconhecer uma dignidade intrínseca e incondicional de todos os membros da família humana bem como direitos inalienáveis quer a criminosos desprovidos, ao que parece, de qualquer consciência moral comum (terão, no entanto, direito a um processo equitativo), quer a deficientes mentais profundos (tem direito a cuidados adaptados).<sup>94</sup>

No caso, mesmo o ser humano tendo praticado algum ato criminoso, que em si se considera uma conduta má, mesmo assim ao ser punido, terá direito ao devido processo legal e não poderá ser penalizado com penas degradantes ou cruéis.

A dignidade do ser humano está acima de qualquer preço, não pode ser auferida economicamente, ao contrário dos objetos de direito. Por isso, um feto não poderia ser considerado um objeto de direito, uma coisa, um meio, mas sim

<sup>92</sup> BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade**: antropologia e ética das biotecnologias. Tradução de Paula Silvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p. 191.

<sup>93</sup> JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006. p. 86.

<sup>94</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 233.

um fim em si mesmo, com base na concepção de dignidade humana fundamentada em Kant.

### 2.2.3 Dignidade da Pessoa Humana Sob a Matriz Kantiana

Quando se trata de dignidade da pessoa humana, deve-se verificar com toda cautela possível, para não cair na vulgarização quanto à aplicação do instituto, com o risco de uma banalização do próprio significado. A dignidade é inerente ao próprio ser humano e não fica refém de acontecimentos ou outras circunstâncias para que possa ser aplicada para proteção da humanidade, pois é uma condição de possibilidade para que seja digno de respeito.

A dignidade da pessoa humana não é para ser utilizada como válvula de escape, ou seja, quando o julgador não encontrar outro fundamento, basear-se na dignidade da pessoa humana para fundamentar determinada decisão. Um grande desafio é verificar se realmente no caso a ser debatido, existe ofensa à dignidade da pessoa humana. Em caso positivo, poderá ser utilizado como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana para autorizar o pedido formulado.

Conforme Vicente de Paulo Barretto explana, no Brasil, depois de promulgada a Constituição Cidadã em 1988, “a dignidade da pessoa humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referência obrigatória na cultura cívica e nas lides judiciais”.<sup>95</sup> Pois bem, se faz necessária uma abordagem acerca da dignidade da pessoa humana, com base na matriz teórica kantiana.

Considerando que todos os seres humanos são dotados de uma mesma dignidade<sup>96</sup>, o respeito à dignidade da pessoa humana significa o respeito ao princípio da igualdade, em referência a um tratamento igualitário a todo ser humano, independentemente de sua condição social, estado de saúde, etnia, etc. Nesse sentido, Vicente de Paulo Barreto ensina que:

---

<sup>95</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 58.

<sup>96</sup> Ibidem, p. 61.

A dignidade se apresenta como um qualificativo do gênero humano, que torna possível identificar todos os homens como pertencentes a um mesmo gênero. A identificação que faz com que todos os homens façam parte da humanidade reside no fato de que todos tem uma mesma qualidade de dignidade no quadro da humanidade. Os humanos são assim considerados porque todos são dotados de uma mesma dignidade, que é o critério último de reconhecimento.<sup>97</sup>

A importância da análise da matriz teórica kantiana se justifica, servir de base para o entendimento, acerca do que se quer dizer, quando se fala em tratar com respeito todo ser humano, no caso, levando a máxima de nossas ações pautadas no imperativo categórico. Respeitar o mandamento, o imperativo categórico, fazendo por meio do controle de nossas ações na máxima de que poderiam ser consideradas como lei universal. Diante disso, Ingo Wolfgang Sarlet afirma que:

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.<sup>98</sup>

Não poderia transformar o homicídio como uma lei universal, ou seja, que um ser humano dotado de sua autonomia de vontade e racionalidade pudesse considerar seu desejo de cometer um homicídio como uma lei universal, exteriorizando e concretizando o fato, pois por questões morais que vão contra toda a espécie humana esse ato não pode se tornar uma lei universal, pois, se o fosse, comprometeria a ordem com a desvalorização do próprio ser humano.

Quanto aos fatos tidos como naturais e os evitados pela racionalidade, o professor Vicente de Paulo Barretto, ensina a respeito da expressão *noumenon*, no seguinte sentido:

<sup>97</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 61.

<sup>98</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana Parte I. p. 212-220. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 214.

Essa expressão *noumenon*, criada pelo próprio Kant, origina-se da uma distinção do mundo sensível e o mundo da razão ou inteligível. No mundo sensível, as criaturas são submetidas às leis da causalidade natural, da física, segundo a qual cada efeito pressupõe uma causa e assim até o infinito sem que se encontre uma causa primeira. No mundo inteligível, o mundo das coisas em si, independentes de qualquer fator externo a elas próprias, torna-se necessário admitir outra causalidade que não a natural, mas a causalidade das leis da razão.<sup>99</sup>

Assinala, ainda Vicente de Paulo Barretto que:

Kant considera o homem como pertencente ao mundo inteligível somente pode considerar o exercício de sua vontade sob o signo da liberdade, independente, portanto, das causas determinantes do mundo sensível.<sup>100</sup>

Nesse sentido, Anne Langlois aponta:

Ora, o respeito de que a Declaração Universal dos Direitos do Homem fala não se centra de imediato no indivíduo: é o respeito de qualquer um por todos os outros; não está de modo algum condicionado pelas capacidades empíricas – a proteção dos incapazes ainda é uma marca de respeito por eles e não apenas uma medida de beneficência.<sup>101</sup>

Desta forma, a proteção aos incapazes se dá independentemente da experiência sensorial, da causalidade das leis da razão humana, pois o respeito é um valor existente *a priori*, incondicional.

Por sua vez, para o utilitarismo, a busca pela felicidade deve ser levada em consideração. No caso da pessoa da gestante, a solução dada seria a eliminação do “problema” por meio do aborto.

Para Eurico de Lima Figueiredo o utilitarismo trata-se do

<sup>99</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 67.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 69.

<sup>101</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 234.

conjunto de teorias (morais, jurídicas, políticas, sociais e econômicas) que, em geral, advoga que nada, entre os seres humanos, é (ou pode ser) mais desejado em si mesmo do que o próprio prazer. Por conseguinte, as construções teóricas relativas a convivência social devem supor que as pessoas tem como finalidade a obtenção do prazer e a conseqüente diminuição (ou mesmo eliminação) da dor.<sup>102</sup>

O que deve ser levado em consideração é o prazer ou a felicidade da gestante, seja sua opção pela antecipação do parto, não teria necessariamente, para o utilitarismo, violado à dignidade da pessoa humana do feto anencéfalo, tendo em vista a busca pela felicidade.

Para Vicente de Paulo Barreto é o princípio da dignidade da pessoa humana que impede que se trate o ser humano como uma coisa, como um instrumento sujeito a um fim que não seja ele mesmo, tratando-o como um animal ou objeto:

O princípio da dignidade humana impede, portanto, que se retifique o ser humano, utilizando-o como uma coisa inteiramente sujeita a um fim que não seja ele mesmo. Significa que não se pode tratar o ser humano como um animal ou objeto.<sup>103</sup>

Nesse caso, o imperativo prático se dirige a ação moral universal de que nunca deve usar a humanidade como meio ou como um objeto, no sentido de não haver um desrespeito para com o ser humano, mas sim a consideração como um fim em si mesmo. Anne Langlois analisa a questão com o seguinte aspecto: “Numa segunda fase, respeitando-se a si mesma na pessoa de todos os seus membros e assumindo a responsabilidade de criar um mundo de respeito, a humanidade realiza a sua própria dignidade”.<sup>104</sup>

Porém, o que distingue o ser humano dos animais são justamente os atos realizados para se preservar a necessidade moral do ser humano e não a necessidade material. No caso, como ensina Vicente de Paulo Barreto:

<sup>102</sup> FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 837.

<sup>103</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 70.

<sup>104</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 233.

Kant situa-se, assim, em vertente contrária as correntes filosóficas da época, como o utilitarismo e o pragmatismo, não somente porque, para ele, ambas seria uma variante do empirismo, e, portanto, privilegiariam o espaço da empiria e não o da razão.<sup>105</sup>

Para Vicente de Paulo Barretto, quando se refere ao conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, aduz que pode se desdobrar em duas máximas: “*Não tratar a pessoa humana como simples meio e assegurar as necessidades vitais da pessoa humana*”. Ambas as máximas deitam suas raízes na teoria moral de Kant e podem servir como base para justificar a natureza jurídica da dignidade humana.<sup>106</sup> No caso, ao tratar o ser humano como um meio, estaria reduzindo-o a um objeto, o que não é possível, pois se trata da pessoa humana, fugindo de sua própria natureza: ninguém pode ser tratado como um objeto para que haja satisfação de outro ser humano, sob pena de estar violado o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ernst Tugendhat aduz que:

A palavra dignidade causa dificuldades. Originalmente significava aproximadamente: de nível e valor superior, pertencia, portanto, nesta medida, a uma sociedade estratificada, e uma pessoa se comportava dignamente se ela se comportava de acordo com o seu alto grau. Em Kant trata-se então da mesma dignidade de todos os membros da comunidade moral universal, e o termo é usado como sinônimo de “valor incondicional”.<sup>107</sup>

Dessa maneira, a palavra dignidade no Estado Democrático de Direito é efetivada por meio do princípio da igualdade e não pertence mais a uma determinada classe social, tendo Immanuel Kant promovido uma revolução copernicana modificando essa forma de pensar quanto à dignidade independentemente de camada social, mas a todos os membros da comunidade moral universal.

Vicente de Paulo Barreto nos traz outro viés:

<sup>105</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 34.

<sup>106</sup> Ibidem, p. 70.

<sup>107</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Tradução do grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 362-363.

Sob outro aspecto, o princípio da dignidade humana protege também a pessoa na sua integridade física e mental, com vistas a coibir a tortura mental, que podem assumir diversas formas, como a ameaça que provoca o medo, a privação do sono ou de condições de higiene mínimas.<sup>108</sup>

Ou seja, de que o princípio da dignidade da pessoa humana protege o ser humano seja na sua integridade física ou mental, no sentido da proteção integral do ser humano. Sendo assim, a dignidade humana estará sendo atingida caso haja, por exemplo, tortura mental em uma determinada pessoa e a aplicação de uma pena cruel.

---

<sup>108</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 71.

### 3 O INÍCIO DA VIDA HUMANA

#### 3.1 DO SER HUMANO EM GESTAÇÃO

Quando se trata de verificar acerca do início da vida humana, faz-se necessário analisar as peculiaridades do assunto no que tange ao seu desenvolvimento desde o início da sua formação, fruto da voluntariedade dos seus genitores, através do exercício da autonomia da vontade, quer seja uma gravidez desejada ou indesejada, planejada ou não. No caso dos anencéfalos, pode-se dizer que todo ser em gestação está sujeito a ter essa má formação congênita, seja do sexo masculino ou feminino.<sup>109</sup>

Importante salientar que para a análise do ser humano quando ainda na situação de nascituro há que se observar com cautela a sua proteção jurídica, havendo a necessidade de uma análise quanto ao seu valor moral consubstanciado na dignidade da pessoa humana. Sobre a necessidade de se estabelecer padrões éticos quanto as novas descobertas científicas, especialmente nessa fase inicial da pessoa humana, o Ministro Menezes de Direito esclareceu no caso da ADI 3510, que:

E a discussão alcança a preocupação porque é necessário estabelecer padrões éticos, os únicos fortes o bastante para impedir riscos severos que toda a humanidade não deseja mais correr. A manipulação genética e a produção da raça pura, no fantasma da geração artificial da vida, são perigosas sombras para o existir do homem.<sup>110</sup>

Pois bem, mas será a partir de qual momento a vida humana merece respeito, ou a partir de que momento se pode considerar digna: se com a fusão do espermatozóide com o óvulo ou se quando óvulo fertilizado fixa no endométrio (nidação), ou quando da formação do tubo neural ou, ainda, quando o coração começa a bater ou mesmo quando da formação do sistema nervoso.

---

<sup>109</sup> ANENCEPHALIE. **Perguntas mais Frequentes sobre Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acessado em: 24 ago. 2011.

<sup>110</sup> STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2011.

Em quais desses momentos evolutivos surgiria a pessoa humana é uma grande indagação.

Pode-se considerar que a nova vida teria início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo, que a partir daí dão origem a um novo ser da mesma espécie, evoluindo gradativamente durante o período gestacional. Os gametas são células dos seres vivos que se fundem no momento da fecundação, também chamada de concepção, para formar um zigoto (ovo) que desenvolverá e dará origem ao embrião.

A nidação (fixação ao útero) do ovo fecundado ocorre entre o sexto e sétimo dia após a concepção e se completa no nono dia. O período embrionário termina na oitava semana depois da fecundação, quando o conceito passa a ser denominado de feto até o final da gestação. Ou seja, tratam-se de fases desencadeadas após a concepção. Para Lilian Maria José Albano: “Todavia, ao menos do ponto de vista biológico, a emergência da pessoa não poderia ser anterior à fecundação, já que só depois da fusão dos gametas vivos é que se origina um indivíduo novo”.<sup>111</sup>

A reflexão deve ser feita no sentido de se afastar do ponto de vista neutro da ciência, que não conhece no mundo pessoas, mas apenas indivíduos, verificar a maneira contemporânea de pensar o embrião humano, de atribuir-lhe ou não valor e as justificações que fazem valer em seu lugar. Nesse sentido, para Vicent Bourguet, “tratar da personalidade do embrião exige, com efeito, que nos afastemos do ponto de vista em princípio axiologicamente neutro da ciência – que não conhece, no mundo, pessoas, mas apenas indivíduos”.<sup>112</sup>

Porém, questão importante quando se trata do aborto, mesmo que eugênico, é a definição acerca do início da vida, de quando realmente biologicamente e filosoficamente poderia considerar o ser humano em gestação sujeito apto a ter respeitado sua dignidade ou a partir de que momento se deve

---

<sup>111</sup> ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 39.

<sup>112</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 85.

ter o cuidado para não discriminação do ser em gestação e seu tratamento como pessoa humana.

Dessa forma, assinala Frediano José Momesso Teodoro:

A identificação do verdadeiro momento do início da vida mostra-se extremamente importante para toda a humanidade. Trata-se de uma informação que vem interferir diretamente no desenvolvimento científico, obstruindo a realização de experiências, em razão do temor de se atingir indiscriminadamente uma vida humana, e também buscando evitar a prática de graves crimes contra as pessoas em suas diversas fases de desenvolvimento.<sup>113</sup>

A importância dessa investigação é direta na questão dos fetos com má formação congênita, pois considerado como sujeito de direitos devido a ter adquirido sua personalidade jurídica desde o momento da concepção, o feto, mesmo que anencéfalo, gozará do princípio da dignidade da pessoa humana, existindo, portanto, um conflito direto com autonomia da gestante em optar pelo aborto.

Com base nos valores morais da sociedade moderna, sob a égide do princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, para propiciar a proteção do próprio homem, há que se considerar como um ser protegido pelo princípio constitucional em comento, como um fim em si mesmo, até para que não se equipare a um objeto de direito, o que certamente não é, mas sim ter consciência da importância de uma proteção ao ser humano mais vulnerável desde o início da vida.

Para Darnival da Silva Brandão:

---

<sup>113</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26.

A Embriologia humana demonstra que a nova vida tem início com a fusão dos gametas – espermatozóide e óvulo – duas células germinativas extraordinariamente especializadas e teleologicamente programadas, ordenadas uma a outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismo de extraordinária precisão.<sup>114</sup>

O autor aduz que desde a concepção se trata de um ser vivo humano e completo, onde justifica a qualidade de humano por ter constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano; e completo no sentido de que nada mais de essencial a sua constituição lhe é acrescentado após a concepção.<sup>115</sup>

Não pretende se analisar apenas como uma etapa de desenvolvimento ou de quando teria valor o ser humano em gestação: se um segundo após a concepção ou se no sexto mês de gestação, mas sim respeitá-lo como uma realidade moral. Lilian Maria José Albano explana que, no caso da discussão acerca da manipulação genética, em todas essas discussões sobre

o início da vida, na verdade, o que se está tentando fazer, como pano de fundo, é determinar um momento ético e moralmente aceitável, até o qual a manipulação genética será permitida e, além do qual, proibida.<sup>116</sup>

Para a Igreja Católica, por exemplo,

a vida humana deve ser respeitada e protegida de maneira absoluta a partir do momento da concepção, consoante que desde o primeiro momento de sua existência, o ser humano deve ver reconhecidos os seus direitos de pessoa, sendo um desses direito é o de todo inocente poder viver.<sup>117</sup>

<sup>114</sup> BRANDÃO, Dornival da Silva. O Embrião e os Direitos Humanos: o aborto terapêutico. p. 15-58. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (orgs.). **A Vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 22.

<sup>115</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>116</sup> ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 37.

<sup>117</sup> GUIMARÃES, Almir Ribeiro. **A Vida Vale Mais!**: o tema do aborto. São Paulo: Loyola, 1994. p. 21.

Essa visão se coaduna com a chamada teoria concepcionista, ou seja, em que o ser humano adquire os direitos atinentes à personalidade da pessoa natural desde a concepção, merecendo então a proteção, tendo direito ao nascimento e a uma gestação saudável.

Não é coerente declarar simplesmente constitucional ou inconstitucional o direito de opção da gestante na realização do aborto em casos de anencefalia, pois diz respeito diretamente com o futuro da humanidade quanto às decisões desse gênero, no qual poderá alcançar indiretamente um número infinito de possibilidades análogas. Ou mesmo, no caso dos anencéfalos um número indeterminado de pessoas, tendo que existir um limitador ético que é a essência da convivência social, mas sim se torna necessária uma reflexão maior quanto às consequências da decisão na sociedade.

Vicent Bourguet traz que:

Em uma primeira abordagem, pode-se dizer que, para os antigos, é a natureza do indivíduo humano que faz dele uma “pessoa”, que lhe confere um “valor interior absoluto”, para empregar aqui a expressão kantiana de personalidade.<sup>118</sup>

Todavia, o ser humano individualizado, seja em gestação ou após ela, é digno de respeito por sua natureza humana, consoante a matriz teórica kantiana. Quanto ao fato da dinâmica da vida humana, especialmente quando do início da vida, tem-se que a vida humana é de um organismo autônomo, vindo a se desenvolver automaticamente após a concepção intrauterina, ao passar pela fase da nidificação e tantas outras, todas concatenadas, independentemente da vontade humana se desenvolverá, exceto é claro, em havendo algum ato voluntário contra esse desenvolvimento. No caso do aborto ou em algumas situações a ocorrência do aborto espontâneo causado no início da gravidez por questões de complicações de saúde leves ou graves da própria gestante.

---

<sup>118</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 94.

### 3.1.1 Da Sacralidade da Vida Humana

A sacralidade é a qualidade do que é sagrado, seria como uma condição de possibilidade para que possam estudar o ser humano em gestação. Como aduz Bourguet:

O ser humano tem, com efeito, algo de divino e esse algo não é um acréscimo supérfluo – pois participa essencialmente de sua individuação, de sua biologia. Compreende-se por que, na tradição cristã, a pessoa “aparece” quando o espírito assume a carne, o composto formando indissociavelmente um indivíduo humano e uma pessoa: é a problemática da animação da alma tal como ela se impôs no Ocidente durante a era cristã.<sup>119</sup>

Modernamente, porém a questão da sacralidade pode ter se enfraquecido ou em outras palavras não tem a força que outrora possuía, conquanto, no Brasil tem a presença da religiosidade no cotidiano da sociedade, sendo levada ao patamar de cláusula pétrea na Constituição da República Federativa do Brasil, como inviolável a liberdade de crença, assegurado o livre exercício dos cultos religiosos.

Para Ronald Dworkin:

Uma coisa é sagrada ou inviolável quando sua destruição deliberada desonra o que deve ser honrado... até mesmo o patriota com fixação cívica pela bandeira de seu país não acredita que devam existir tantas bandeiras quanto possível. Ele valoriza a bandeira por seu valor sagrado, e não incremental, e seu caráter sagrado é uma questão de associação.<sup>120</sup>

Dworkin aduz um exemplo fantástico quanto ao respeito à bandeira, que em alguns países é um símbolo sagrado, aludindo que o cidadão valoriza a bandeira pelo seu valor sagrado, não que devem existir milhares de bandeiras, mas o respeito à própria. No caso, não significa que devem existir milhares de seres humanos ou de gestações, mas que exista uma reverência a cada um, como um ser humano pelo simples fato de o ser, uma questão de princípios.

<sup>119</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 96.

<sup>120</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103.

Observa-se que ao tratar da vida humana como o que é sagrado, de certa forma intocável, digna de respeito, por meio da racionalidade seria possível, conforme ensina Junges, defender a vida humana:

Numa sociedade de mentalidade religiosa, é normal que a vida seja concebida como intocável. Tabuizar a vida era a única maneira de defendê-la. Hoje o contexto é outro. A humanidade chegou à sua maioria e tem condições de defender a vida com critérios racionais.<sup>121</sup>

No caso, pode-se verificar quando da abordagem acerca da dignidade da pessoa humana, que toda pessoa é merecedora de respeito, como um fim em si mesmo, conforme a matriz teórica kantiana, não lhe sendo encontrado equivalente. Na sociedade brasileira ainda é forte a questão da sacralidade da vida humana, embora com a mudança de valores constantes na contemporaneidade e com a quebra de tabus, mas ainda é muito forte a chamada religiosidade, devido à formação cultural da sociedade brasileira, devendo ser levado em consideração este aspecto quanto ao debate do tema.

Pois bem, conforme José Roque Junges:

O conceito de “pessoa” aponta para uma antropologia específica que o sustenta e explicita. Esta antropologia pode ser chamada personalista; ela oferece uma interpretação do ser humano como pessoa e serve de pano de fundo para qualquer decisão sobre a vida humana.<sup>122</sup>

Portanto, para entender o significado da vida humana, não se pode reduzi-la a um puro fato biológico, pois ela é antes de tudo um evento pessoal digno de respeito.

Contudo, as pessoas não são simplesmente um organismo biológico, mas têm um valor moral. Para José Roque Junges: “A compreensão do corpo como objeto o reduz à dimensão físico-material, limitando a vida a seu significado biológico”.<sup>123</sup> Biologicamente teriam o mesmo valor do que qualquer outro animal ou qualquer órgão ou tecido humano isolado, mas na realidade o

---

<sup>121</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 114.

<sup>122</sup> Ibidem, p. 72.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 78.

ser humano é bem mais do que um simples corpo, é merecedor de uma análise mais aprofundada de seu valor.

Sobre o assunto se destaca o posicionamento, caso da ADI 3510,<sup>124</sup> do Ministro Menezes de Direito, esse fez menção a Kant no que diz respeito da moral ser uma exigência racional nos seguintes termos:

A idéia central era a de a moral não decorre da mera experiência, porque esta apenas nos fornece o ser, jamais o dever-ser. Kant escreveu no seu clássico *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* (1785) que a moral não é um fato, mas uma exigência da vontade humana livre. Isso faz com que a moral seja uma exigência racional, embora sem experiências confirmadoras... Uma verdade epistêmica ou uma certeza moral não dependem diretamente do clamor unânime das comunidades empíricas por mais insistente que tal clamor possa ser.<sup>125</sup>

Quando fala em moral como exigência racional sem exigências confirmadoras no sentido de serem independentes de qualquer fator externo a elas próprias, não dependente das causas empíricas, independentes do desejo externo, sem inclinações, no sentido de não serem reféns da experiência. Para verificar a questão da constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo há que se considerar ser o nascituro digno de proteção com base no princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, se é considerado pessoa humana ou apenas tem perspectivas de direito. Nesse último caso, seria considerado “quase-pessoa” ou uma pessoa em potencial, ou qual a diferença entre um conjunto de células e um feto.

Para Maria Casado, por exemplo,

---

<sup>124</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República contra o art. 5º da Lei federal 11.105/2005 (Lei da Biossegurança), que permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro e não usados no respectivo procedimento, e estabelece condições para essa utilização.

<sup>125</sup> STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2011.

é frequente aceitar-se que o tecido fetal e embrionário tem um valor maior que o sangue, ou que qualquer órgão ou tecido humano isolado, e que isto justifica certo grau de proteção ao embrião e ao feto, que, na maioria dos estados, não é absoluta, uma vez que se permite o aborto em circunstâncias geralmente limitadas.<sup>126</sup>

No Brasil, por exemplo, é autorizado o aborto quando não há outro meio para salvar a vida da mãe e quando a gravidez resulta de estupro, há que se considerar o valor sagrado do ser humano, isso em uma análise legal da questão, que enfrentaria outro debate ético filosófico acerca de tal autorização.

Isso significa que a vida é sagrada, independentemente de se tratar de um ser humano em gestação ou já nascido, com vida saudável/viável ou com limitadas condições de saúde. Conforme Junges:

A vida, por um lado, é um bem em si mesmo e por si mesmo, sem referência a outro bem ou valor, porque é à base de todos os outros. A vida humana deve gozar de uma valorização igual e independente de circunstâncias e situações.<sup>127</sup>

No caso a importância desse valor não se refere apenas ao início da vida, mas também quanto à vida em todas as suas fases de desenvolvimento, bem como após o nascimento até a morte. Veja-se que a pessoa humana é digna de respeito mesmo após sua morte, quanto à proteção e respeito a sua imagem, ao seu corpo, podendo a família do falecido pleitear que cesse a ameaça ou lesão a esses direitos.

Com propriedade, Ronald Dworkin argumenta acerca dos valores e do porque o aborto é moralmente condenável, esclarecendo que tal assunto não pode ser explicado “tentando descobrir seus pontos de vista sobre o feto ser ou não uma pessoa”.<sup>128</sup> No caso, o autor trata dos valores intrínsecos, como por exemplo, o fato de que normalmente “acreditamos ser intrinsecamente lamentável que a vida humana, uma vez iniciada, tenha um fim prematuro. Em

<sup>126</sup> CASADO, Maria. Clonagem: uma questão de responsabilidade. Tradução de Lourenço Floriani Orlandini. p. 95-112. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 104.

<sup>127</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 117.

<sup>128</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 95.

outras palavras, acreditamos que uma morte prematura é intrinsecamente má”.<sup>129</sup> Não se sabe a causa disso, mas simplesmente intuitivamente tem esse pensamento protetivo quanto à vida humana já iniciada e talvez se sinta menos a morte de uma pessoa idosa do que uma criança.

O Supremo Tribunal Federal está enfrentando, a exemplo do julgamento da ADI 3510<sup>130</sup>, não uma questão meramente religiosa. Trata-se, na realidade, de uma questão jurídica calcada no plano constitucional. Levar o debate para uma “guerra” entre religião e ciência não é o caminho a ser trilhado, tendo em vista que essa utilização simplista tira o brio do debate, tanto quando os cientistas a alegam para rebater argumentos eclesiásticos, tanto quando os religiosos o alegam contra as teses dos cientistas. No Estado Democrático de Direito, deve-se respeitar a liberdade de crença de cada um e primar por uma decisão que venha de encontro à proteção constitucional e sob os auspícios do princípio da dignidade da pessoa humana, não no sentido de agradar A ou B, mas sim uma decisão constitucionalmente correta, tendo em vista o caráter de repercussão geral.

O critério de sacralidade da vida, para José Nedel, “implícito no Juramento Hipocrático e na cultura ética e jurídica predominante até a contemporaneidade, tem como fundamento o valor intrínseco da pessoa humana e de sua vida”.<sup>131</sup> Portanto, esse valor intrínseco é do próprio ser humano, o que o diferencia dos animais e dos objetos, ou seja, seu caráter quase que de valor além simplesmente do fator biológico, mas sim da solidariedade entre os seres humanos e sua dependência dos demais, o que se considera de certa forma sagrado, que é intrínseco mas que se exterioriza na hombridade e consideração mútuos.

Porém, para João Evangelista dos Santos Alves:

---

<sup>129</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 96.

<sup>130</sup> Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta em 2005 pelo o Procurador Geral da República Dr. Cláudio Lemos Fonteles para análise da constitucionalidade do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei n.º 11.105/05) que permite a utilização de embriões humanos para fins de pesquisa e terapia.

<sup>131</sup> NEDEL, José. **Ética Aplicada**: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 35.

Obviamente, o direito à vida é atributo de todos os seres humanos, portanto, qualquer atentado contra a vida humana inocente, desde a concepção, constitui falta condenável, quer seja praticado por pessoa religiosa, quer por ateu convicto.<sup>132</sup>

No caso em se tratando de um ato que intente contra a vida, quanto mais inocente no caso o nascituro, estar-se-ia ferindo diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana e isso independe de religião, pois trata-se de um princípio basilar do Estado Democrático de Direito o primado pela vida.

Porém, quanto à sacralidade da vida humana, tem a vida como um bem básico e fundamental em relação a todos os outros bens e valores da pessoa. Nesse caso, José Roque Junges assinala que:

O valor da vida humana consiste em ser à base de suporte de uma existência pessoal, o lugar da liberdade que se plasma a si mesma, o pressuposto e o substrato de uma história irrepetível, a condição de possibilidade de relações intersubjetivas. Portanto, a vida é o bem básico e fundamental em relação a todos os outros bens e valores da pessoa humana.<sup>133</sup>

Ou seja, a vida deve ser respeitada, pelo que é protegida constitucionalmente como cláusula pétrea como um direito e garantia fundamental, sendo condição de possibilidade para outros direitos individuais e coletivos, sendo que sem o respeito para com a vida não há como se falar em Estado Democrático de Direito.

Sobre o assunto, José Roque Junges:

Pode-se falar de uma sacralidade da vida sem referir-se ao contexto religioso-sacral antigo. Para isso, é necessário superar uma visão deturpada que opõe a onipotência de Deus e a autonomia do ser humano. Existe uma sacralidade leiga que aparece, por exemplo, no movimento ecológico. A vida continua sendo um mistério que escapa a total inteligência e determinação da ciência. A sacralidade e a intangibilidade significam sempre um princípio potente na defesa da vida, mas ele não precisa opor-se ao princípio da autodeterminação sobre a vida.<sup>134</sup>

<sup>132</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 232.

<sup>133</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 116.

<sup>134</sup> Ibidem, p. 115-116.

Coerentes são as ponderações do autor, tendo em vista a dinâmica da vida não conseguir ser respondida mesmo com Projeto Genoma que buscou decifrar todos os genes da espécie humana, não tendo logrado êxito da cura de todas as doenças ou do prolongamento da vida, sendo esse ainda um mistério que talvez não será decifrado tão facilmente.

Ronald Dworkin nos traz uma ideia do que é sagrado, esclarecendo que:

Uma coisa é intrinsecamente valiosa, ao contrário, se seu valor for independente daquilo que as pessoas apreciam, desejam ou necessitam, ou do que é bom para elas. A maioria de nós trata pelo menos alguns objetos ou acontecimentos como intrinsecamente valiosos nesse sentido: achamos que devemos admirá-los e protegê-los porque são importantes em si mesmos, e não se ou porque nós, ou outras pessoas, o desejamos ou apreciamos.<sup>135</sup>

Talvez um resgate da moral para o direito, na trajetória pela qual passa a sociedade, seja imprescindível no resgate e valorização do ser humano. A ideia de valorização da vida deve ser tomada como um dos objetivos da sociedade moderna e toda ação que não se volta para esse fim perde o seu sentido, pois irá desvalorizar o ser humano como um fim em si mesmo. Autorizar o aborto no caso de anencefalia apenas porque outros países assim o fizeram não seria talvez a melhor saída para o caso, tendo em vista ser um ato que atenta diretamente contra a vida do ser em gestação.

Nesse sentido, o respeito pelo ser humano como um fim em si mesmo passa pelo direito a vida que intrinsecamente ou instintivamente se dá preferência ao direito à vida do que a morte prematura seja de um nascituro ou de uma criança. São essas as noções de sacralidade da vida humana que são importantes para a análise do caso dos fetos portadores de anencefalia.

### **3.1.2 Do Embrião como Pessoa Humana em Potencial**

Esse termo é muito utilizado quando da abordagem acerca do início da vida ou da personalidade da pessoa natural, especialmente quando se trata das

---

<sup>135</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 99-100.

fases de desenvolvimento do ser humano em gestação. Porém, ao analisar sob o prisma social, o nascimento nada mais é do que uma exteriorização da pessoa humana já existente no ventre materno, ou seja, o início da vida social daquele ser humano, que passa a ser visto “a olho nu” e não apenas como um ser em gestação. Também no sentido de sociabilidade e interação com os demais seres, muito embora desde o ventre materno exista uma interação com a gestante e com os familiares próximos, mesmo que seja de respeito e amor.

*In casu*, Vicent Bourguet aduz que o nascimento é um começo social e que corresponde a uma espécie de ruptura ecológica ou biológica e não uma libertação em relação ao meio em geral, tendo em vista que o nascituro já existia desde a concepção:

Concluimos que o nascimento corresponde a efetivamente a uma ruptura ecológica, mas não a uma libertação em relação ao meio em geral [...]. Além disso, e sobretudo o direito se preocupa menos com a verdade do nascimento que com sua significação social: o nascimento é um começo social, isto é, um começo para nós.<sup>136</sup>

Portanto, o fenômeno do nascimento na realidade é tido por muitos como o acontecimento que realmente fará com que toda sociedade visualize e entre em contato direto com o recém-nascido e daí em diante comece a se socializar. Apesar de que se saiba que desde a concepção até o nascimento, na realidade, o ser está evoluindo de forma dinâmica e concatenada, recebendo todo o carinho merecido da gestante e demais familiares, respondendo ao carinho materno<sup>137</sup>, merecendo pelo simples fato de sua natureza humana, proteção do Estado.

Para Bernard Keating:

---

<sup>136</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 110-111.

<sup>137</sup> “Eu estava grávida com um bebê se mexendo, chutando, e isso era muito animador. Eu podia ver o bebê contra a minha pele através da minha roupa, se mexendo pra todo lado. Este foi o período mais difícil de todos, mas o mais valioso. Eu sabia que era o tempo em que eu tinha que confiar, sem saber se o bebê sobreviveria tempo suficiente para tê-lo em meus braços.” Testemunho de genitora de Amanda Marie, criança com anencefalia, nascida em 07/01/2004 e falecida em 09/01/2004. ANENCEPHALIE. **Amanda Marie**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/amanda.php>>. Acessado em: 10 out. 2011.

Por meio da expressão pessoa potencial, pretende-se sublinhar a continuidade e a progressividade do desenvolvimento do ser humano desde a concepção e considerado uma pessoa potencial, o embrião humano nunca seria assimilável a uma coisa ou a um material biológico, independentemente do contexto ou finalidade da sua produção.<sup>138</sup>

Esse é um fator importante, qual seja, nunca se poderá comparar o ser em gestação a um objeto de direito ou a um simples material biológico, tendo em vista a proteção que se estende ao nascituro quanto à proteção ao direito a vida consagrado constitucionalmente.

No julgamento atinente à autorização para prática de aborto eugênico em fetos portadores de anencefalia, deverá o Supremo Tribunal Federal não apenas buscar uma definição científica acerca da pessoa em potencial no caso dos fetos anencéfalos, mas sim decidir a questão sob o ângulo jurídico, atento as questões que dizem respeito à realidade social e aos valores que estão sendo debatidos, buscando por meio de uma perspectiva interdisciplinar estabelecer critérios coerentes quanto à vida do ser humano. Esse conhecimento dos valores sociais e também quanto às pesquisas para se delimitar o início da vida são deveras infundáveis, por isso a importância do valor moral do ser humano, como já salientado quanto a sacralidade da vida.

Para José Nedel:

Se, pois, a vida é sagrada, por motivos filosóficos e religiosos, ela também deve ser subtraída de qualquer violação, intocável, garantida pela ordem jurídica interna e internacional. Efetivamente, da sacralidade decorre que a vida do ser humano é inviolável em cada momento da sua existência, inclusive na fase inicial que precede o nascimento.<sup>139</sup>

Entende-se que o feto portador de anencefalia, assim como todos os demais seres humanos em gestação, recebe todo tratamento de carinho e amor desde a concepção. Lógico que existem casos que desde o início da gravidez o feto é rejeitado pela gestante e/ou pelos pais, culminando pela realização ou ao

---

<sup>138</sup> KEATING, Bernard. Pessoa Potencial. p. 521-522. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 521.

<sup>139</sup> NEDEL, José. **Ética Aplicada**: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 36.

menos a pretensão de um aborto, sujeitando-se seus agentes as penalidades legais.

No caso do anencéfalo, pode-se tomar como base a regra geral de que a gestante e/ou os pais e familiares tratam com toda alegria e carinho a notícia de um novo ser que se encontra em gestação, toda proteção, cuidados, o pré-natal realizado, os exames, o início da compra das roupas e bercinho do bebê durante a gestação. O ser em gestação sente todo esse carinho e respeito a ele direcionados, o que não tem explicação científica.

Realizado o exame de ultrassonografia entre o décimo e a décima sexta semana<sup>140</sup> de gravidez, o que significa uma gestação em torno do terceiro ao quarto mês, a gestante e seus familiares podem tomar conhecimento da existência da má formação congênita, *in casu*, a anencefalia. O grande questionamento é: por que ou em nome de que, nesse caso, cessaria o amor, respeito e proteção direcionados ao feto?

Talvez uma busca pela saúde perfeita, o individualismo, os padrões de beleza e de “felicidade” lançados pela sociedade moderna. Pois bem, em se tratando do assunto quanto à viabilidade, essa pode ser considerada até certo ponto relativa ao se ater no seguinte aspecto: por um lado uma criança recém-nascida, em perfeito estado físico e mental, naturalmente saudável, será ainda dependente de todo cuidado necessário dos pais ou responsáveis, ou seja, não se torna, pelo simples fato de ser saudável, independente dos demais seres humanos.

Como bem retrata Vicent Bourguet:

---

<sup>140</sup> “Um especialista experiente usando um exame de ultra-som de alta resolução pode detectar a anencefalia logo pela 10ª semana. Em circunstâncias não ideais, contudo, a anencefalia não pode ser detectada ou excluída por um exame de ultra-som até a 16ª semana de gravidez.” ANENCEPHALIE. **Perguntas mais Frequentes sobre Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acessado em: 24 ago. 2011.

Um feto de sete meses já pode ser considerado viável e poderia viver fora do ventre materno mesmo antes de seu nascimento, porém se fosse nascido em uma aldeia de Nova Guiné não seria viável, ao passo que se realizado o parto em clínica especializada e sofisticada, seria viável, o que torna a questão da viabilidade, de certa forma, relativa e nos faz refletir até onde vai o limite do conceito que diz respeito a viabilidade.<sup>141</sup>

Hoje, devido ao dinamismo do desenvolvimento de novas tecnologias, tem-se mais precisão na verificação e no estudo científico acerca da questão do início da vida, sendo um fator certo que após a concepção tem o início de um novo ser, de um novo ciclo. Pode-se tomar esse ponto como incontroverso, muito embora seja após a nidação que realmente se fixará o ovo junto ao ventre materno, sendo uma questão que deve ser visualizada e tratada com respeito por se tratar do início da vida de todos os seres humanos, seja por procriação assistida (fertilização *in vitro* ou inseminação artificial) ou não.

No que tange à viabilidade, Vicent Bourguet aduz que:

A noção de meio exprime essa dependência – ela é seu correlato – de tal modo que, para um ser vivo, nascer é passar para outra dependência e não se libertar da dependência. Nesse sentido, o embrião viável ou ainda não-viável é tão dependente de seu meio quanto o adulto do seu – a principal diferença é que o adulto não depende da mesma maneira que o feto, nem exclusivamente de outro humano como o feto, pois para o embrião, seu meio exterior é um outro humano.<sup>142</sup>

O que se há de verificar é se a decisão judicial autorizativa do aborto em casos de feto anencéfalo, quanto a um ser humano em potencial, é ou não compatível com a proteção dispensada ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana com base nos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tendo em vista uma possibilidade de se abreviar a vida intrauterina do feto, com a antecipação do parto após o conhecimento da anomalia, uma vez que essa antecipação irá ocasionar, fatalmente, a morte do nascituro.

Ainda, no que concerne a viabilidade, Vicent Bourguet faz a seguinte indagação:

---

<sup>141</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 111-112.

<sup>142</sup> Ibidem, p. 113.

Se admite a idéia de que o desenvolvimento do ser humano é um processo em direção a uma maior autonomia, o estágio da viabilidade é um estágio entre outros, o fim de uma certa dependência biológica seguida por outra dependência (biológica e social). Nessas condições, porque não dizer que o próprio bebê é uma pessoa potencial?<sup>143</sup>

Levando a frente essa interpretação quanto ao critério de dependência, todos os seres humanos se tornariam pessoa em potencial, tendo em vista estar de certa forma dependendo do meio onde se vive seja socialmente ou até mesmo fisicamente. Igualmente, especialmente as crianças no início de sua idade escolar são totalmente dependentes, demorando ao ser humano incrementar as noções de perigo e saberem se alimentar sozinhas, por exemplo.

Até mesmo os adultos, quando atingem idade avançada, dependendo das condições físicas e psíquicas, iniciam um processo de dependência ou vulnerabilidade maior comparado aos demais seres humanos e, mesmo assim, não deixam de serem humanos. O grau de dependência ou de vulnerabilidade ou, em uma palavra, de viabilidade não faz com que a pessoa venha a perder sua dignidade. Essa dependência também pode vir a ocorrer mais cedo, em casos de doenças ou um acidente de trânsito por exemplo.

Para Vicent Bourguet:

Se a noção de potencialidade ainda conserva algum sentido, ela não poderia servir para designar um passado menos humano, mas pelo contrário um passado mais humano porque mais rico em potencialidade. Nesse sentido, quanto mais potencial o ser humano, mais humano ele seria, mais indefinido, mais ele responderia, paradoxalmente, à sua definição.<sup>144</sup>

No caso, Vicent Bourguet explica que se existe um ser humano em potencial qual seria o ser humano completo ou o que seria uma pessoa em ato? Será que quanto mais potencial tiver o ser humano mais humano é? No caso, o autor critica a definição de embrião em potencial, veja:

<sup>143</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Geração**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 114.

<sup>144</sup> Ibidem, p. 114-115.

Com efeito, essa definição de embrião é desprovida de significação se não se indica o que é uma pessoa humana em ato. Pois é em razão de certo saber da pessoa em ato que se julga poder qualificar certos seres humanos como pessoas potenciais.<sup>145</sup>

Afinal, o que definiria a pessoa como ser humano em ato: seu maior tempo de vida, a saúde mental, o dinheiro, a beleza, a força para o trabalho, a utilidade para a sociedade? Poderia estar adentrando a outra realidade, a qual já considerou os escravos como sendo objeto/coisa, os nazistas, por sua vez, consideravam os judeus como não humanos ou como uma raça inferior, fundamentando aí o genocídio. Nesse aspecto, Vicent Bourguet assinala

Essa idéia de que um ser humano não possa ser uma pessoa em razão de seu estado é uma importância ética radical: como veremos, essa separação também está na base da justificação da escravidão.<sup>146</sup>

Algumas questões devem ser ponderadas, pois muitas vezes, para o sentimento de boa parte das pessoas, o aborto poderia ser considerado mais grave em um período gestacional mais avançado do que no início da gravidez, como bem pondera Ronald Dworkin a respeito:

Tanto os conservadores quanto os liberais admitem que, em alguma circunstâncias, o aborto é mais grave, e talvez mais injustificável, do que em outras. De modo evidente, há consenso entre as duas partes quanto ao fato de que o aborto numa fase avançada da gravidez é mais grave do que o aborto feito ainda no início desta,<sup>147</sup>

o que poderia significar que os fins justificam os meios ou a existência da categoria de meia pessoa ou até mesmo uma outra modalidade, que não seria nem pessoa e nem objeto, mas sim um meio termo em potencial.

A esse respeito Vicent Bourguet afirma que:

<sup>145</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 115.

<sup>146</sup> Ibidem, p. 116-117.

<sup>147</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 123.

Destruir um embrião excedente seria, com efeito, um “mal menor” – a sua utilização como puro meio se justificaria, por não se tratar de uma pessoa, e sim de uma pessoa potencial. A noção de mal menor significa nesse contexto que o fim justifica os meios, já que o meio é a destruição de uma pessoa (“mal”) potencial (“menor”). Como se pode perceber, a noção de pessoa potencial define um estatuto inédito para certos seres humanos – um estatuto de quase-pessoa ou de quase-coisa – e justifica o tratamento de outro ser humano como um puro meio,<sup>148</sup>

mas se vê que nem objeto não existe em potencial ou é objeto ou é pessoa.

Conforme ensina Bernard Keating, “segundo os partidários da noção de pessoa potencial, não se pode dizer que o embrião seja uma pessoa, uma vez que não possui seus atributos no caso a sensibilidade, consciência, vida de relação”.<sup>149</sup> Veja-se que essa corrente confunde a questão da sociabilidade, no sentido de ruptura ecológica (que significa o ato do nascimento, onde o ser humano irá diretamente iniciar seu contato direto com o mundo) tratado por Bourguet<sup>150</sup>, pois na realidade nenhum ser humano é liberto totalmente em relação ao meio social. Nota-se que para o mesmo autor, “tão-pouco se pode afirmar que o embrião é uma simples coisa, uma vez que é indubitavelmente de origem humana e que se transformará numa pessoa humana se realizar um conjunto de condições favoráveis”.<sup>151</sup>

Pois bem, no que diz respeito ao embrião como ser humano, passa pelo crivo da ética no sentido de que deve ter respeito àqueles que as pessoas amam e aqueles que são indiferentes, ou seja, se a moral manda respeitar o outro ser humano de acordo com seu grau de humanidade; independentemente se for uma pessoa do meio de relacionamento pessoal ou qualquer outro. Para Vicent Bourguet, “esse respeito, se podemos assim nos expressar, deve ser inversamente proporcional a seu grau de humanidade. Em suma, se ele é mais fraco, o outro ser humano tem sobre mim ainda mais direitos, e não menos”.<sup>152</sup>

<sup>148</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Geração**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 117-118.

<sup>149</sup> KEATING, Bernard. Pessoa Potencial. p. 521-522. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 521.

<sup>150</sup> BOURGUET, op. cit., p. 110-111.

<sup>151</sup> KEATING, op. cit., p. 521-522.

<sup>152</sup> BOURGUET, op. cit., p. 125-126.

Se for julgada procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental e tendo em vista que a maioria da sociedade concorda com o fato de uma criança com má formação cerebral não mereça nascer, quer por sua aparência física, quer devido ao seu “sofrimento” ou pela condição da genitora; não significa que essa maioria esteja realmente respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana ao optar pela morte ao invés da vida, mesmo que sem a chamada “qualidade de vida” ou quanto ao critério temporal, com a mínima duração.

Tais argumentos entram em conflito com o dever de proteção inerente aos seres racionais. Quanto mais vulnerável a vida do ser humano, mais digno de proteção e respeito deve ser, ou seja, quanto maior for a debilidade do ser humano, mais o ser humano sem debilidade, usando de sua racionalidade, deverá protegê-lo e lutar para a sua preservação, pois digno de respeito como ser humano, assumindo a desigualdade de fato das pessoas e de suas capacidades de transgredir essa realidade pelo postulado da personalidade quaisquer que sejam as (in)capacidades.

Sobre o assunto, Vicent Bourguet tem o seguinte entendimento:

Em outros termos, ela dá conta da especificidade do mundo ético no qual as desigualdades humanas, as diferenças de capacidade devem ser objeto de uma *Aufhebung*: onde a maioridade, onde a superioridade não significam mais direitos, mas, pelo contrário, mais deveres, onde a minoridade e a fraqueza não significam menos direitos, mas ainda mais direitos.<sup>153</sup>

Um ponto a se considerar é a evolução das pesquisas nas áreas da biotecnologia em períodos de tempo cada vez menores, sendo descobertas várias soluções para os problemas anteriormente enfrentados, quebrando-se tabus, tendo a pessoa humana evoluído cada vez mais em um curto período de tempo. Poderia perguntar: qual a certeza que as pessoas têm da vida? A maior delas é que um dia todos terão o mesmo destino, que é saber da existência e incógnita quanto ao dia em que ocorrerá sua morte.

---

<sup>153</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Geração**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 165.

Mesmo se utilizar o termo pessoa em potencial nos casos que se dirige o tratamento a uma pessoa com certo grau de vulnerabilidade, mesmo assim, torna-se pejorativo e parece reduzir o outro como se houvesse alguém, tão humano quanto ele, com um grau maior de humanidade, o que vai contra o princípio da igualdade.

### 3.1.3 Reflexões Acerca do Início da Vida Humana

O Código Civil Brasileiro em seu artigo, segundo traz que a personalidade da pessoa natural começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Para Caio Mário da Silva Pereira:

Não se justifica, igualmente, que a aquisição da personalidade dependa do revestimento da forma humana e seja recusada aos seres malformados, as aberrações teratológicas, outrora abrangidas na designação genérica de monstros. Mas, por outro lado, e o argumento parece decisivo, se o direito conserva a personalidade ao que, por acidente, desprimora a forma humana, não há razão para que se negue aquele que de nascença traz um corpo malformado.<sup>154</sup>

Observa-se que nesse aspecto, mesmo para os fins civis da lei, não importaria o fator da má formação cerebral como excludente da aquisição da personalidade, tendo em vista que há casos em que a pessoa vem a ficar vulnerável ou fragilizada em sua integridade física após adulto.

Pois bem, quanto ao fato da legislação proteger, por a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, aqui sim se inserem o direito a própria gestação e a vida, direitos esses resguardados constitucionalmente tendo em vista o princípio da dignidade da pessoa humana e a proteção dos direitos da personalidade da pessoa natural, que visam o resguardo da vida.

---

<sup>154</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 220.

O termo nascituro é utilizado em nosso Código Civil<sup>155</sup> para designar o início da personalidade da pessoa natural quando do nascimento com vida, resguardando seus direitos desde a concepção. Nesse caso, refere-se ao ser em gestação antes do nascimento, independentemente de que fase de desenvolvimento se encontre, referindo-se apenas quanto aos direitos da personalidade a condição de nascer com vida, devendo ser respeitado o período gestacional para confirmação do nascimento com vida.

Os direitos referidos quanto à aquisição da personalidade civil da pessoa natural, no ramo do direito civil, dizem respeito mais a pessoa ser titular de direitos e obrigações na ordem civil (qualidade de herdeiro necessário, por exemplo), não quanto aos direitos absolutos da personalidade, tais como vida e nome. Nesse entendimento, Lilian Maria José Albano traz sobre a teoria concepcionista, onde aponta que:

A teoria concepcionista, em que o nascituro dispõe de personalidade jurídica desde a concepção, independentemente de nascer com vida (para os direitos absolutos da personalidade), ressaltando que apenas certos direitos dependem do nascimento com vida.<sup>156</sup>

No caso, o sentido seria de uma aquisição de personalidade condicionado ao nascimento com vida, mas também no sentido de ser merecedor de respeito quanto a sua integridade desde a concepção, ou seja, com o direito a vida constante no artigo quinto da Constituição da República Federativa do Brasil com direito e garantia fundamental do ser humano como primado do princípio da dignidade da pessoa humana. Se coaduna com esse entendimento Caio Mario da Silva Pereira:

A personalidade, como atributo da pessoa humana, está a ela indissolavelmente ligada. Sua duração é a vida. Desde que vive e enquanto vive, o homem é dotado de personalidade. O problema de seu início fala de perto à indagação de quando tem começo a existência do ser humano, confundindo-se numa só a resposta a ambas as perguntas.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

<sup>156</sup> ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito**: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos. São Paulo: Atheneu, 2004. p. 35.

<sup>157</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 216.

No caso da legislação civil, após a Constituição Cidadã, pode-se afirmar que sequer haveria necessidade de constar algum artigo de lei infraconstitucional protegendo o nascituro, termo esse utilizado em direito civil para designar o ser por nascer ou mesmo até quanto a proteção dos direitos da personalidade da pessoa individualizada, pois a lei, por si só, não garante a proteção. O que garantirá a proteção ao nascituro é o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

A questão de ser o embrião humano uma pessoa a ser considerada digno de respeito, independentemente da sua posição constante no direito civil pátrio, de ser titular de direitos e obrigações, mas sim a sua visualização no sentido filosófico de respeito ao ser humano como um fim em si mesmo, de se poder respeitar o direito a uma gestação e ao nascimento.

Vicente Bourguet questiona: ora, o embrião é uma pessoa ou é o que se gostaria que ele fosse? É um indivíduo da espécie humana ou um agregado de células humanas da qual surgiria, num dado momento da ontogênese, um indivíduo humano no sentido biológico?<sup>158</sup>

Mesmo que haja crença em vida após a morte, na questão da religiosidade ou não de cada um, mas essa certeza talvez faça com que a genitora rejeite seu filho anencéfalo, tendo em vista que esse irá nascer e logo morrer, contrariando uma expectativa de uma vida dinâmica com a futura criança. Fato é que ainda com todo o desenvolvimento das tecnologias ou nanotecnologias não fizeram desenvolver a fórmula mágica da imortalidade ou a cura de certas doenças. O que se verifica é a luta pela vida e a descoberta de soluções biomédicas para aliviar as tensões humanas, sempre primando pela vida e não abreviando-a para a morte.

Para Vicente Bourguet:

---

<sup>158</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 17.

Com efeito, que seres humanos, indivíduos humanos possam não ser reconhecidos como pessoas, como sujeitos de direito, beira a regressão escravagista, quando a idéia de igual dignidade de todo ser humano é característica de nossos costumes e de nosso sistema ético-jurídico. Eis por que, quando se trata de negar ao embrião humano sua dignidade de pessoa para justificar o ataque a sua integridade e a sua vida, é naturalmente seu estatuto de ser humano, de indivíduo que é contestado ou negado.<sup>159</sup>

Visto que nas considerações de Vicent Bourguet no que tange ao indivíduo considerado em si como um todo são as seguintes: em primeiro lugar, ser um indivíduo significa ser distinto dos outros, distinção local; em segundo lugar, por sua vez, o que faz a unidade “exterior” do indivíduo é justamente a sua unidade “interior”, ou seja, a manutenção da unidade de uma pluralidade de componentes.<sup>160</sup>

Certamente, o embrião humano está em um cenário de total dependência quanto ao ventre materno, utilizando-o naturalmente para que possa se desenvolver até o final da gestação, quando passa a ter um contato direto visível com toda a sociedade. Dessa maneira, fica fácil visualizar no ser humano adulto a figura de sua individualidade, mesmo que muitas vezes estejam dependentes de outras pessoas para a sua própria manutenção e sobrevivência.

Sendo que a tecnologia hoje existente é capaz de fazer com que se busque alternativa em respeito às pessoas, considerando-se o ser humano como uma realidade moral sob a matriz teórica kantiana, mesmo porque podem existir casos em que uma criança que seria considerada como de gestação inviável pode acabar surpreendendo e viver por muito tempo, ao passo que uma criança que nasce saudável e aparentemente viável, por muita das vezes, acaba perdendo a vida de forma prematura por motivos diversos. Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira:

---

<sup>159</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 16.

<sup>160</sup> Ibidem, p. 25.

Toda previsão a este respeito é falha e vã, desmentida por surpresas constantes, tanto num sentido quanto noutro, seja por atingir invejável longevidade quem parecia inviável, seja por apagar-se em curto prazo um ente que parecia dotado da mais franca viabilidade.<sup>161</sup>

Complementando, quanto à individualidade do embrião humano, é uma realidade por si mesma que os adultos se apresentam com certo grau autonomia, o que na realidade corresponde a melhor visualização de sua individualidade. Quanto à esse aspecto, Vicent Bourguet, assinala que:

Certamente é verdade que o adulto humano possui uma individualidade mais rica, uma independência e uma autonomia mais marcadas que o zigoto humano – isso é um truísmo. Mas isso não poderia significar que o zigoto humano e que o zigoto em geral não são indivíduo.<sup>162</sup>

Ambos são agentes morais com direito a ter protegida a sua dignidade inerente à espécie humana, onde assinala Ernest Tugendhat:

Portanto, também os direitos morais são direitos concedidos. A instância que os concede é – falando kantianamente – a própria legislação moral, ou somos nós mesmos na medida que nos colocamos sob esta legislação.<sup>163</sup>

Deve-se levar em consideração que o Brasil é país de modernidade tardia, mas que possui valores culturais e uma preponderância na proteção das pessoas com algum grau maior de dificuldade, como é o caso dos portadores de necessidades especiais, idosos e gestantes. Têm-se políticas públicas, quiçá na atualidade, voltadas a sua proteção e valorização, criando-se uma ambiente de respeito para com essas pessoas, pelo simples fato de, como seres humanos, respeitar as pessoas que por algum motivo venham passar por esse tipo de limitação, quer seja duradoura ou passageira. No sentido, a gestante do feto anencéfalo deve ter um acompanhamento especial devido ao impacto causado

<sup>161</sup> PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 220.

<sup>162</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 22.

<sup>163</sup> TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Tradução do grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 346.

em sua vida, assim como a de seus familiares, sendo também merecedor de respeito, por sua vez, o feto anencéfalo. É nesse sentido, da realização da própria legislação moral como lei universal, tratar-se-á da proteção quanto ao nascituro e o seu direito à vida.

### 3.2 PROTEÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO E O DIREITO À VIDA

No caso, para se deferir dignidade gestacional ao feto, é necessário entender toda a dinâmica do processo, desde a fecundação até a descoberta por parte da gestante dessa nova realidade. No caso, as pessoas que ficam cientes de tal fato não têm dúvidas de que se está diante de um novo ser humano que se aproxima, o qual se encontra sob total dependência do ventre materno, sob o aspecto de certa vulnerabilidade. No caso, trata-se especialmente de uma nova fase na vida da mulher.

Sobre a questão da vulnerabilidade, Gilbert Hottois esclarece que:

O ponto de partida do biodireito está no fato de as ciências biomédicas imporem uma maior proteção em relação aos indivíduos especialmente vulneráveis, quaisquer que sejam a causa ou as circunstâncias dessa vulnerabilidade, e se confrontarem, com uma frequência crescente, com situações novas difíceis de resolver por intermédio das categorias jurídicas tradicionais.<sup>164</sup>

Conforme explica Francesco D'Agostino, “para reconhecer ao nascituro o direito de nascer, é mister reconhecer primeiramente a sua subjetividade, autônoma e distinta daquela da mãe que o carrega no ventre”.<sup>165</sup> Analisar que, muito embora o feto dependa diretamente da gestante para ser gerado e para sobreviver, ele pode ser considerado como um ser único, com dignidade própria, diversa da sua própria genitora que o carrega. Aduz Dernival da Silva Brandão que “o novo ser é distinto de sua mãe e não uma parte do corpo dela. Tem

---

<sup>164</sup> HOTTOIS, Gilbert. Biodireito. p. 95. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 95.

<sup>165</sup> D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 279.

sistemas e aparelhos distintos dos do organismo materno, com quem mantém uma associação harmônica”.<sup>166</sup>

O fato do ser em gestação ser distinto da personalidade de sua genitora não se tem dúvida. Pois bem, não obstante a passagem bíblica pregar “frutificai e multiplicai-vos e encheis a terra”<sup>167</sup>, nos dias atuais a dinâmica do crescimento da população de seres humanos tem causado impacto até mesmo nas questões ambientais e de equilíbrio na relação entre o homem e a natureza, devido aos recursos naturais serem finitos. Porém, tal fato não significa que o ser humano venha perder o seu valor ou até mesmo ser coisificado ou passível de descarte. No que diz respeito ao ecossistema e ao meio ambiente, pode até ser que não é interessante para a humanidade, a médio e longo prazo, o aumento populacional, entretanto, como aduz Vicent Bourguet: “Mas, uma vez que uma vida humana tenha começado, é muito importante que floresça e não se perca”.<sup>168</sup>

No caso, as novas tecnologias permitem ao ser humano uma gama de possibilidades de se reproduzir, a exemplo da fertilização *in vitro*. Para essa modalidade de início da vida, ou seja, uma concepção fora do ventre materno e realizada em laboratório, mesmo nesse caso, está diante de uma modalidade de vida. Sobre o assunto, Vicent Bourguet traz que:

Assim, o ovo fecundado tem propriedades emergentes em relação aos elementos dos quais proveem: as de desenvolver um organismo completo. Desse modo, a potencialidade do embrião é essencialmente de uma ordem diferente da potencialidade de um gameta.<sup>169</sup>

No caso, a individualidade do nascituro é fruto de sua diferença com o ambiente em que vive, bem como por ser autônomo, dependente do ventre materno para o desenvolvimento, não que a mulher seja um objeto de

---

<sup>166</sup> BRANDÃO, Dernalva da Silva. O Embrião e os Direitos Humanos: o aborto terapêutico. p. 15-58. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (orgs.). **A Vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 24.

<sup>167</sup> Genesis 1:28.

<sup>168</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 102.

<sup>169</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 34-35.

procriação, mas no sentido de que é o sexo feminino determinado para esse nobre mister, qual seja, de dar guarida ao embrião humano, o qual não se confunde com uma parte do corpo materno, mas sim um ser individualizado e independente sob o prisma da moralidade.

Conforme ensina Vicente Bourguet:

Em compensação, é possível identificar a penetração pelo espermatozóide na zona peluginosa como o fim da existência independente dos gametas. É um limite negativo, mas ele nos basta. A partir desse momento, existe um indivíduo biológico que não existia anteriormente, um indivíduo dotado de um metabolismo próprio e de qualidades emergentes em relação aos gametas.<sup>170</sup>

Pois bem, em uma análise quanto às teorias do início da vida, no direito civil chamada de teoria para aquisição da personalidade da pessoa natural, nas quais se destaca especialmente a teoria da concepção, onde se coaduna a ideia central de que é no momento da concepção o ser humano adquire a personalidade, no caso, digno de respeito e sujeito de direitos e obrigações na ordem da vida civil. Frediano José Momesso Teodoro ensina que:

Para os defensores dessa teoria, a única mudança concreta alcançada com o desenvolvimento da ciência foi a capacidade de se fecundar os gametas femininos e masculinos fora do organismo da mulher; porém, o início da vida sempre foi e sempre será o exato instante em que os gametas se encontram e se fundem.<sup>171</sup>

Quanto aos direitos da personalidade da pessoa natural, dizem respeito ao fator determinante que distingue as pessoas das coisas, ou seja, a capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações e, ainda, o fato de serem merecedores de respeito dos demais seres humanos. Não somente quanto aos atos negociais, mas sim quanto aos direitos que vêm desde sua formação como a gestação, os alimentos, a imagem, etc. No caso, para a teoria concepcionista o ser humano seria digno de respeito, a partir da concepção independentemente de se *in vitro* ou *in vivo*.

<sup>170</sup> BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002. p. 37.

<sup>171</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26.

Quanto à aquisição da personalidade ou do *status* de ser humano, tem-se ainda a teoria da nidação, que seria o momento em que o embrião é implantado ou fixado na parede do útero. Então, Frediano José Momesso Teodoro ensina que “segundo esta teoria, a vida é iniciada no momento da nidação, isto é, no momento em que o embrião é implantado na parede do útero, o que ocorre por volta do sexto dia após a concepção”.<sup>172</sup> Na realidade essa teoria fixa mais o início da gravidez do que propriamente o início da vida, ou seja, antes da fixação do concepto não existiria a possibilidade de desenvolvimento, pois, “de acordo com esta teoria, todas as técnicas praticadas antes da fase da nidação são consideradas contraceptivas e não, abortivas. Enquanto para a tese da fecundação, todas são formas de abortamento”.<sup>173</sup>

A teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central toma profunda importância no tema do aborto eugênico no caso dos anencéfalos, tendo em vista que trata do início da vida como sendo aquele em que já se iniciou a formação do córtex cerebral ou sistema nervoso central:

Outro momento considerado como o marco do início da vida é aquele em que surgem os rudimentos (a linha primitiva) do que será o córtex cerebral, ou seja, o começo do desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central. A manifestação da linha primitiva do sulco neural se dá entre o décimo quinto e o quadragésimo dia de evolução embrionária, sendo que as maiores transformações ocorrem nos primeiros dez dias do período.<sup>174</sup>

Nesse caso, usa-se o seguinte raciocínio:

Caracterizada a morte cerebral de um adulto quanto o cérebro deixa de emitir sinais de atividade, da mesma forma, deve-se considerar vivo o feto no instante em que o cérebro emite os primeiros sinais elétricos.<sup>175</sup>

Pois bem, cumpre destacar que a vida, por si só é um bem em si mesmo, tendo em vista que toda a evolução da sociedade e a busca por melhoramentos na biomedicina, por exemplo, são criados com o objetivo de melhorar e

---

<sup>172</sup> TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico**: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação. Curitiba: Juruá, 2011. p. 26.

<sup>173</sup> Ibidem, p. 28.

<sup>174</sup> Ibidem, p. 29-30.

<sup>175</sup> Ibidem, p. 30.

aprimorar a vida do ser humano. Lógico que existe o interesse econômico por trás das pesquisas, porém essa é outra discussão.

Mas se percebe que se existe um interesse econômico, é porque as pessoas em geral terão interesse em se beneficiar dos novos medicamentos, por exemplo, e das novas tecnologias para ter uma vida melhor ou até para poder ter condição de gerar uma nova vida. O que não pode é haver uma desvalorização da pessoa humana, tendo em vista o valor insubstituível da vida. Entretanto, sobre o bem da vida, seu valor e desvalorização, José Roque Junges ensina com propriedade:

A vida, por um lado, é um bem em si mesmo e por si mesmo, sem referências a outro bem ou valor, porque é a base de todos os outros. A vida humana deve gozar de uma valorização igual e independente de circunstâncias e situações. É necessário ser coerente no apreço à vida. Não se pode, por exemplo, lutar contra o aborto e ser a favor da pena de morte. Todo tipo de discriminação é uma forma velada de desvalorização da vida, porque afirma que a vida de uns vale mais que a de outros.<sup>176</sup>

Essa valorização da vida deve ser buscada, independentemente do estado de saúde física ou mental do ser humano, isso com uma coerência quando se trata do assunto, tendo em vista ser a vida realmente à base de todos os demais direitos. A valorização do ser humano passa pela busca da própria autoestima, com cooperação de toda sociedade no sentido de cumprimento de seu dever moral. Anne Langlois assevera que:

Por conseguinte, em teoria, uma coisa é pretender que, por meio das suas instituições, a sociedade reforce a autoestima, sem a qual, realmente, a vida é sentida como pouco digna de ser vivida; outra coisa é pretender que um respeito universal, enquanto atitude de princípios para lá de qualquer estimativa e sentimentos subjetivos, leve a tratar como semelhantes, do ponto de vista da sua dignidade, mesmo aqueles que perdem toda a autoestima, ou quase todas as razões para essa estima.<sup>177</sup>

<sup>176</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: UNISINOS, 1999. p. 117.

<sup>177</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 234.

Toda decisão humana diante de uma situação que aproxima da morte, seja própria ou de um ente querido, ou ainda, do feto com má formação cerebral deve ser sopesada, no caso, não se levando em consideração alguma atitude utilitarista ou impensada. De certa forma individualista ao enfrentar o problema vivenciado, pensando apenas na saúde psicológica da gestante, pois não se trata de uma simples solução clínica no sentido da técnica do procedimento a ser utilizado (uma cirurgia cesariana para antecipação de parto) que resolverá a questão, pois de tudo isso irão incontestavelmente restar marcas e os sintomas ou marcas no estado psíquico da pessoa não desaparecerão com o ato.

Ronald Dworkin assinala que:

Se tratarmos qualquer forma de vida humana como algo que devemos respeitar, reverenciar e proteger por ser maravilhosa em si mesma –, teremos, então que o aborto é moralmente problemático. Se for uma terrível profanação destruir uma pintura, por exemplo, ainda que uma pintura não seja uma pessoa, por que não deveria ser uma profanação ainda maior destruir uma coisa cujo valor intrínseco pode ser tão imensamente maior.<sup>178</sup>

Algo semelhante ocorre com certa inversão de valores, onde existe, por exemplo, um mercado rentável na venda de roupas e grifes para cachorros, quando os donos adquirem por elevados valores vestimentas diversas para seus bichanos, ao passo que existem pessoas que não tem sequer o que comer no dia de hoje, quiçá no dia seguinte. Talvez a mesma sensibilidade para com o animal de estimação não se tem com o ser humano. Por isso que no caso da pintura, como obra de arte, terá para a humanidade um valor inestimável, quanto mais a vida humana deveria tê-lo, já que são seres únicos. Vencidas essas indagações acerca do início da vida, passar-se-á a investigação quanto ao feto anencéfalo.

---

<sup>178</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 102.

## 4 FETO ANENCÉFALO

Antes de conceituar a questão biológica do feto anencéfalo, é necessária a reflexão da inexistência constitucional e moral de que cada pessoa tenha direito a ter um filho saudável. Seria um direito constitucional ou um fato da natureza? Em contrapartida, existe o chamado nascimento prejudicial que significa, no sentido estrito, a expressão vida prejudicial que designa o facto de nascer com anomalias incuráveis ou uma doença hereditária incurável de tal gravidade que o próprio nascimento constitui um prejuízo para o recém-nascido. De acordo com Jean-Yves Goffi: “A expressão nascimento prejudicial designa o prejuízo que os pais e os familiares de uma criança cuja vida é prejudicial sofrem devido ao seu nascimento”.<sup>179</sup>

Com isso, a própria existência de anomalias, sendo a anencefalia talvez a mais conhecida, seja um fato até hoje cientificamente inexplicado, propiciando uma reflexão acerca dos valores da vida humana. É, pois, ainda hoje, impossível prever que uma mulher que engravidar terá um bebê anencéfalo ou que seria este um problema no espermatozóide do pai. Nada disso é possível identificar ou prever. O que fica certo é que a anomalia aparece após a concepção na fase de desenvolvimento do tubo neural. O simples fato de existirem defeitos genéticos ou má formação fetal faz refletir em alguns aspectos.

Quem sabe uma das razões da curta existência do feto anencéfalo seja para propiciar as pessoas maior reflexão acerca do valor da vida humana, do respeito da pessoa humana como ser da mesma espécie, com a idêntica origem de todos os seres humanos, com igual natureza, porém portador de séria e comprometedora deficiência física ocorrida no decorrer da gestação e descoberta através do exame de ultrassom. Essa debilidade o torna um ser especial, merecedor de todo cuidado, o que de igual forma deverá ser propiciado a gestante.

---

<sup>179</sup> GOFFI, Jean-Yves. Vida e Nascimento Prejudiciais. p. 675-677. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 675.

Diante disso, ver-se-á uma definição técnica acerca da anencefalia, sem deixar de trazer a discussão quanto ao aspecto jurídico e filosófico. A definição da medicina deve ser respeitada, porém com a ressalva de que o parâmetro técnico trará consequências para o dia a dia da sociedade, tendo em vista que existe a possibilidade de qualquer gestante vir a conceber um feto anencéfalo, o que não é requisito proibitivo da análise constitucional e moral sobre o tema.

#### 4.1 DEFINIÇÃO DE ANENCEFALIA

Consta na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS – a qual busca consolidar que a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo não é aborto, em trâmite no Supremo Tribunal Federal uma definição de anencefalia como sendo a má-formação congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.

Na Arguição consta nesse contexto:

Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, sendo incompatível com a vida extra-uterina e fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura científica ou na experiência médica. Embora haja relatos esparsos sobre fetos anencefálicos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno, o prognóstico nessas hipóteses é de algumas horas de sobrevivência após o parto. Não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa. Aproximadamente 65% dos fetos anencefálicos morrem ainda no período intra-uterino.<sup>180</sup>

Conforme consta na ADPF-54, uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. Conforme consta da argumentação do jurista Luis Roberto Barroso, advogado da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, a permanência do feto

---

<sup>180</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições**. 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_70/Artigos/Art\\_Luis.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm). Acesso em: 01 set. 2011.

anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos, tal como:

De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que o inerente a uma gravidez normal. Assim, a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da paciente (a gestante), já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.<sup>181</sup>

#### Conforme Anelise Tessaro a anencefalia

é uma malformação fetal decorrente de um erro de fechamento do tubo neural, que, por sua vez, é responsável pela formação dos componentes do sistema nervoso central, quais sejam: cérebro e medula espinhal.<sup>182</sup>

Segundo a autora, “pesquisas indicam que esta patologia está associada a uma deficiência de ácido fólico durante a gestação”.<sup>183</sup>

Em síntese, a má formação ocorre quando do fechamento do tubo neural, sendo que:

As células da placa neural constituem o sistema nervoso do embrião. Em um desenvolvimento normal, elas dobram sobre si mesmas a fim de criarem o chamado tubo neural, que então se torna a coluna vertebral e dentro dela a medula espinhal. Depois de muitas transformações, o polo superior do tubo neural finalmente torna-se o cérebro. Pode-se comparar esse processo com uma moeda cujas bordas unem-se ao centro. A anencefalia ocorre quando o final da extremidade superior do tubo neural deixa de se fechar. Crianças com esse distúrbio nascem sem couro cabeludo, calota craniana, meninges, cérebro com seus hemisférios e cerebelo, embora normalmente tenham preservado o tronco cerebral. O tecido cerebral restante é protegido somente por uma fina membrana.<sup>184</sup>

#### Para Anelise Tessaro:

---

<sup>181</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições**. 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_70/Artigos/Art\\_Luis.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm). Acesso em: 01 set. 2011.

<sup>182</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102.

<sup>183</sup> Ibidem, p. 102.

<sup>184</sup> ANENCEPHALIE. **Perguntas mais Frequentes sobre Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acessado em: 24 ago. 2011.

O fechamento do tubo neural deverá ocorrer, aproximadamente, no 24º dia após a concepção, sendo que os defeitos no fechamento acarretam malformações embrionárias com sérias consequências anatômicas, como por exemplo, a anencefalia que é caracterizada pela ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio.<sup>185</sup>

Para Dalton Paula Ramos:

Os quadros de anencefalia variam muito de extensão: Não existem um tipo só. Alguns são leves, outros mais graves. Mesmo nos mais graves estão preservadas estruturas importantes do tecido nervoso, assim, não se pode falar de “morte cerebral” pois existem tecidos nervosos vivos e em atividade. Os fetos com diagnóstico de anencefalia estão vivos; alguns chegarão até o final da gravidez, podendo viver alguns dias ou meses após o parto.<sup>186</sup>

No sentido de existirem casos mais graves e outros mais leves, não sendo correto falar em morte cerebral devido existirem tecidos nervosos em atividade. No mesmo sentido, ou seja, para Ives Gandra Martins Filho:

Existem vários graus de anencefalia. Será que apenas a vida humana saudável e consciente seria passível de defesa? Há diversos graus de anencefalia (parcial ou total). Como os casos de anencefalia total são reduzidos e apenas se dão no estágio final de desenvolvimento fetal, a admissão do aborto com base nessa patologia levaria a admitir a supressão inclusive dos casos de anencefalia parcial, apenas por se ter um defeito indesejável para os pais e perspectiva de uma curta existência.<sup>187</sup>

Verifica-se nesse caso que sendo a hipótese de anencefalia total os que menos ocorrem e podem ser percebidos apenas no estágio final da gestação, não justificaria o aborto eugênico devido somente pelo fato de se tratar de um defeito indesejável para os genitores e a perspectiva de vida em pouco lapso temporal.

---

<sup>185</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 102.

<sup>186</sup> RAMOS, Dalton Paula. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 19.

<sup>187</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 118.

## 4.2 QUALIDADE DE VIDA E VIABILIDADE NESTES CASOS

É necessário trazer a lume que a questão da viabilidade fora enfocada em outros aspectos no tópico a respeito do embrião humano como pessoa em potencial, no caso de quando se iria considerar realmente um ser humano completo e se existiria alguma diferença entre ser humano em potencial e como um todo. Além disso, quando o ser humano passaria de potencial para pessoa em ato, usando das palavras de Bourguet. Esse tópico, porém, irá tratar mais precisamente da qualidade de vida e da questão chamada de viabilidade, ou, no caso do anencéfalo, a inviabilidade ou incompatibilidade com a vida ou com a qualidade de vida.

Hoje se fala muito em qualidade de vida, o que faz com que a condição de inviolabilidade da vida possa ser discutida e tocada, ou seja, chegam as discussões acerca de que uma vida realmente vale a pena ser vivida, no sentido de uma preponderância da satisfação pessoal, tanto buscada na modernidade, tal como a incessante busca pela felicidade propalada pelo utilitarismo, na busca pelo prazer e satisfação quanto às ações humanas:

A expressão ética utilitarista designa as teorias éticas Segundo as quais uma acção é moralmente justa se, e só se, for conforme com o princípio da utilidade – isto é, se a sua realização produzir mais prazer, felicidade ou preferências satisfeitas que a realização de qualquer outra acção.<sup>188</sup>

Para H. Tristram Engelhardt Jr.:

Existem pessoas que podem desejar investir significativos recursos para trazer pessoas a existência apenas se a vida delas oferecer suficiente qualidade e quantidade. O conceito de qualidade do resultado é complexo por sua própria natureza, pois deve incluir tanto a qualidade de vida, da maneira como provavelmente será considerada por aqueles ligados a essa vida, como a qualidade de vida do modo como a percebera o indivíduo que vai vivê-la.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> GOFFI, Jean-Yves. Ética Utilitarista. p. 669-672. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 669.

<sup>189</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 323.

Por isso, vários exemplos poderiam ser dados no que tange à vida que não valeria a pena ser vivida, pelo menos no pensamento das pessoas que não viveram essa situação, mas o que vem a mente é acerca de uma pessoa em estado vegetativo, devido a um acidente de trânsito ou derrame cerebral, onde as pessoas comentam que tal ser humano não teria mais prazer em viver. Essas considerações são feitas talvez por medo de se chegar a essa situação, talvez por pena de quem vê o outro passando por tal problema.

No caso do nascimento de uma criança com certa anomalia as pessoas comentam também no jargão popular que “não valeria a pena o nascimento” ou “vai nascer para sofrer”. Por outro lado, sabe-se que a sociedade contemporânea passa por um momento histórico em que as pessoas portadoras de alguma deficiência física ou vulnerabilidade, seja pela idade ou por situação especial vivenciada, mesmo que momentânea, o Estado Democrático de Direito tem buscado efetivar uma atenção especial para essas pessoas, isso como retrato de uma sociedade civilizada.

Porém, sabe-se que esses grupos (idosos, portadores de necessidades especiais, etc), ou pessoalmente ou por meio de seus representantes e ou associações legalmente constituídas acabaram buscando, muitas vezes, pressionando o próprio Estado para que lhe dessem melhores condições de vida, o que resultou em legislações e administração de recursos públicos mais direcionados para essas pessoas.

No caso de uma criança com má formação cerebral, por exemplo, resta-lhe a quem socorrer quando se trata do direito personalíssimo a uma gestação saudável ou ao respeito ao seu direito de nascer? Vejam que existem discussões também no sentido do direito à morte:

A expressão direito à morte é geralmente utilizada em referência a um processo de obstinação terapêutica, mediante a utilização de técnicas médicas desproporcionadas, que o doente ou os seus próximos desejarem não prolongar?<sup>190</sup>

---

<sup>190</sup> KENIS, Yvon. Direito à morte. p. 488-489. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 488.

Aliás, existiria um direito constitucional ao nascimento? Ou um direito constitucional a não nascer (direito de não nascer)? Segundo Danielle Blondeau:

A sua principal objecção reside na questão: com que direito se decreta que uma vida vale ou não a pena ser vivida? Que uma vida tem menos qualidade ou importância do que outra? Como formular um juízo sobre algo que usufrui de um estatuto de inviolabilidade e que, por conseguinte, deveria ser preservado de qualquer discriminação? No fundo, a crítica baseia-se numa suspeita permanente do perigo de relativismo e de subjectivismo contido na argumentação em termos de qualidade.<sup>191</sup>

A dificuldade em se estipular um conceito padrão no que tange à qualidade de vida e quem determinaria isso, se a gestante ou se o Estado, certamente é uma difícil decisão.

José Nedel aduz acerca da qualidade de vida que:

Será usada para redução dos danos a serem causados nas pessoas envolvidas, ou seja, que a prioridade é estabelecida com base na qualidade de vida, em busca da minimização dos danos das pessoas envolvidas e do respeito à sua autonomia.<sup>192</sup>

Nesse contexto, o apontamento de Nedel se perfaz quanto à busca pelo menor dano, respeitando-se a autonomia de vontade de cada ser.

No caso dos anencéfalos a questão é intrigante, tendo em vista o aspecto da qualidade de vida pelo qual passará a gestante ter que respeitar o período gestacional, tanto é que fora abordado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 em trâmite no Supremo Tribunal Federal a questão da afronta à saúde psicológica da gestante. Em outras palavras, quer dizer um embate direto em sua qualidade de vida, durante e após o período gestacional. “É notório que a noção de vida indigna de ser vivida serviu no século XX, de

---

<sup>191</sup> BLONDEAU, Danielle. Qualidade de Vida. p. 561-562. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noël (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 561.

<sup>192</sup> NEDEL, José. **Ética Aplicada**: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 38.

cobertura para todos os tipos de abominações”.<sup>193</sup> Esse assunto será mais bem tratado no tópico eugenia.

Talvez o que seria considerado qualidade de vida para uma determinada pessoa, para outra certamente não o seria, é um conceito indefinido, mas retrata a busca pela felicidade característica da humanidade.

No entanto, a noção de qualidade de vida é frequentemente imprecisa e delicada de manusear. A sua recente popularidade assim como a sua aplicação a contextos variados que vão, por exemplo, das ciências biomédicas à sociologia, passando pela ecologia, são as principais causas.<sup>194</sup>

Mas fica desde já a reflexão:

Se é verdade que a dignidade/respeito próprio é uma questão pessoal e que a gestão do próprio corpo diz respeito a responsabilidade individual, as normas internacionais de bioética, que restringem a liberdade de dispor do corpo vendendo os próprios órgãos, e a Convenção Europeia de Bioética (1997), que proíbe o diagnóstico pré-natal para a seleção de sexo, impõem restrições em nome de um imperativo de respeito ou de um princípio de dignidade que transcende as vontades individuais tomadas isoladamente<sup>195</sup>.

Ou seja, o perigo reside na relativização dos valores da dignidade da pessoa humana sob o manto da qualidade de vida ou de que determinada vida não valeria a pena ser vivida, tendo em vista que tais decisões recaem sobre a vida de outro ser humano.

A qualidade de vida remete ao pensamento acerca de uma vida saudável, em um meio ambiente equilibrado com desenvolvimento sustentável, ao direito a moradia, ao trabalho digno, ao estudo, ao respeito, ao acesso aos meios de comunicação, à prática de esportes, à renda, à família, enfim, tudo que na teoria parece muito promissor ou até certo ponto se pode concluir que uma

---

<sup>193</sup> GOFFI, Jean-Yves. Vida e Nascimento Prejudiciais. p. 675-677. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 677.

<sup>194</sup> BLONDEAU, Danielle. Qualidade de Vida. p. 561-562. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noël (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 562.

<sup>195</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 234.

pessoa que consegue conciliar todos ou a maioria desses itens parece um ser humano extremamente feliz.

Seria a qualidade de vida uma forma de busca pela felicidade? Pois bem, para Immanuel Kant, “infelizmente o conceito de felicidade é tão indeterminado que, se bem que todo o homem a deseje alcançar, ele nunca pode dizer ao certo e de acordo consigo mesmo o que é que propriamente deseja e quer”.<sup>196</sup>

Immanuel Kant explica esta dificuldade em se alegar um estado de felicidade plena tendo em vista que:

É necessário um todo absoluto, um máximo de bem-estar, no meu estado presente e futuro. Ora é impossível que um ser, mesmo o mais perspicaz e simultaneamente o mais poderoso, mas finito, possa fazer ideia exacta daquilo que aqui quer propriamente.<sup>197</sup>

O que Kant quis dizer é que nem todas as benesses da vida vêm acompanhadas apenas de felicidade, mas que a vida em sociedade trará por vezes algumas intempéries próprias da vida humana.

Se para algumas gestantes o fato de estar trazendo em seu ventre um bebê anencéfalo é uma afronta a sua autonomia e saúde psicológica, para outras mulheres certamente será um privilégio ao menos de realizar o sonho de ser mãe. Tendo em vista que o comportamento do ser em gestação é idêntico a de uma criança normal (responde aos estímulos, tal como mexer na barriga da mãe), o estado psicológico mais sensível apresentado pela gestante (sensibilidade) e sintomas (enjoo, etc.) são os mesmos. Para Ronald Dworkin o embrião humano é considerado um triunfo da criação, mesmo o mais imaturo, sendo cada ser diferente dos demais seres humanos, no caso não fazendo diferenciação quanto alguma anomalia ou má-formação que venha a ter, como:

---

<sup>196</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 57.

<sup>197</sup> Ibidem, p. 57-58.

Qualquer criatura humana, inclusive o embrião mais imaturo, é um triunfo da criação, divina ou evolutiva que produz, como se fosse do nada, um ser complexo e racional, e igualmente um triunfo daquilo que comumente chamamos de “milagre” da reprodução humana, que faz com que cada novo ser humano seja, ao mesmo tempo, diferente dos seres humanos que o criaram e uma continuação deles.<sup>198</sup>

Para Anne Langlois:

Por um lado, o dever abstrato de respeito pelo outro exige que se atue de forma a favorecer a autoestima em todas as pessoas (pôr termo a tratamentos humilhantes e a atitudes arrogantes), embora a imagem particular que cada um tem da sua dignidade possa entrar em conflito com normas gerais de respeito pela dignidade do ser humano.<sup>199</sup>

Isso significa dizer que embora particularmente, para a gestante que irá enfrentar o problema, em sua consciência acredita que o feto anencéfalo é um “peso” para sua vida e que a decisão mais correta seria realmente o aborto, ou como queira, a antecipação terapêutica do parto, entraria em conflito com o direito de nascer do anencéfalo e assim a imagem particular que ela tem de sua dignidade estaria em conflito com o mandamento da moral, mesmo que particularmente a gestante pense de forma diversa.

Anelise Tessaro aborda o assunto parcialmente sob outro viés, qual seja, no sentido de afirmar que a anomalia fetal é de fato incompatível com a vida, sendo o cerne da questão a qualidade de vida, vejamos:

Dessa maneira, constata-se que a interrupção da gestação por anomalia fetal incompatível com a vida produz debates bioéticos onde o cerne da questão é a qualidade de vida e dignidade da pessoa, que devem complementar o conceito de direito à vida.<sup>200</sup>

Quanto ao argumento de incompatibilidade com a vida, a autora entende diversamente do aqui abordado, pois de fato o ser está vivo e nascerá com vida, não sendo anomalia fetal incompatível com a vida. Já no que concerne a

<sup>198</sup> DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115.

<sup>199</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 234.

<sup>200</sup> TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 71.

qualidade de vida, realmente o debate se centraliza nesta questão: o que seria considerado qualidade de vida ou até que ponto pode ser utilizado a incompatibilidade do anencéfalo com qualidade de vida ou vida promissora, como fundamento para abreviar sua existência.

Por outro lado, existem entendimentos no sentido de que, “em certos casos, a ausência de vida parece preferível à própria vida quando esta se encontra extremamente deteriorada, quer à nascença, quer devido a quaisquer circunstâncias”.<sup>201</sup> Trata-se dos casos relacionados ao estudo da eutanásia e do aborto eugênico, esse retratado nesta pesquisa, cuja análise se dará com alicerce na matriz teórica kantiana.

Ensina Danielle Blondeau que “a objeção fundamental continua a ser o risco do subjetivismo – e, portanto, de relativismo ou de arbitrário – se cede exclusivamente aos profissionais da saúde a apreciação da qualidade de vida”.<sup>202</sup> Certamente se trata de uma matéria pluridisciplinar, ensejando a análise por diversos profissionais, não somente dos profissionais da saúde, os quais também serão importantes para o debate.

#### 4.3 MORTE CARDIOVASCULAR E CEREBRAL

Uma certeza que sonda a humanidade desde sempre é chamada de única certeza como seres vivos: a de que um dia se irá morrer. Pois bem, para evitar riscos de ter um velório de uma pessoa que se acreditava estar morta, mas que na realidade poderia estar viva foram construídos critérios ao longo dos tempos para a definição exata do que seria considerado morte. Para Patrick Verspieren:

---

<sup>201</sup> GOFFI, Jean-Yves. Vida e Nascimento Prejudiciais. p. 675-677. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 677.

<sup>202</sup> BLONDEAU, Danielle. Qualidade de Vida. p. 561-562. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noël (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 562.

A questão da verificação da morte sempre preocupou a humanidade; qualquer erro cometido nesse domínio podia ter consequências trágicas, nomeadamente a inumação de pessoas, em estado de morte aparente, num caixão.<sup>203</sup>

De certa forma a busca do ser humano por uma verdade ou por uma certeza matemática sobre o assunto, com precauções que indicam um desejo de não se confirmar a morte sem um grau de confiabilidade suficiente. As coisas mais simples e óbvias são as mais difíceis de definir, como ocorre com a morte, sempre rodeada de incertezas, dúvidas, temores e superstições. Para Maria Celeste Cordeiro Leite Santos “trata-se de um fenômeno complexo que pode ser analisado sob diferentes ângulos: como fenômeno social, histórico, biológico, antropológico, bioético, religioso, cultural, médico e legal”.<sup>204</sup>

Sobre o assunto se destaca o posicionamento, caso da ADI 3510, do Ministro Menezes de Direito, fez menção acerca dos avanços da pesquisa científica e seus resultados na sociedade, as quais por mais promissoras que sejam não chegam a afastar a certeza da morte que paira sobre as vidas das pessoas:

Por outro lado, é indiscutível que a partir da descoberta do código genético a pesquisa científica alcançou resultados significativos. O avanço da ciência neste campo traduz a expectativa de aumentar o nível de invasão científica no mistério da vida. E a discussão que pode alcançar tanto representa esperança quanto preocupação. Esperança, porquanto as pessoas humanas buscam expandir o seu tempo de vida com a cura das doenças e a redução do sofrimento, que são, em duvida, mananciais de felicidade. Claro que tantas doenças ainda permanecem, embora muitas pesquisas há muitos anos estejam em andamento sem nenhuma solução, desde um simples resfriado ate o flagelo da AIDS. Isto está a revelar que a morte é uma certeza da vida, e a ciência, por mais valiosa que seja, não é o absoluto para afastá-la.<sup>205</sup>

Dessa forma, no caso de declarada a morte cerebral, por questão de ordem prática, toda pessoa tem direito de saber, por meio de regras claras e

---

<sup>203</sup> VERSPIEREN, Patrick. Critérios de Morte. p. 485-488. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 485.

<sup>204</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 02.

<sup>205</sup> STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

precisas, em se tratando de pessoa de sua família, quais foram os critérios utilizados para declarar a morte, já que notadamente a pessoa não está com o corpo gelado e tem uma aparência normal, como se estivesse dormindo. No caso, relata Patrick Verspieren que:

Parece impossível que esse doente ou ferido, geralmente ainda jovem, já esteja morto. Essa negação é acentuada pela aparência de vida que subsiste: o corpo está quente e flexível, o peito ergue-se a intervalos regulares [...].<sup>206</sup>

Na mesma esteira, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos aduz que “até pouco tempo uma das grandes questões era poder determinar se uma pessoa, realmente, estava morta ou se encontrava em um estado de morte aparente”.<sup>207</sup>

Nesses casos, há que se considerar, ainda, o estado emocional e psicológico dos familiares, tendo em vista que as pessoas preferem ouvir que existe um por cento de chances de sobrevivência ao invés de que existem noventa e nove por cento de chances de irreversibilidade caminhar para a morte, ou seja, sempre se espera uma notícia de vida, seja pela dúvida de ter de desligar os aparelhos sabedores de que fizeram tudo o que podiam para salvar a vida da pessoa, ou seja, é uma questão de consciência.

Porém, interessante ater que o ser humano, nos dizeres de José Roque Junges:

A temporalidade aponta para outra constante antropológica, que é a condição mortal. O ser humano é um ser-para-a-morte. Todos os seres vivos são votados à morte. O processo de morte faz parte do surgimento da vida. Para viver é preciso continuamente morrer.<sup>208</sup>

Ou seja, mais cedo ou mais tarde, todos passarão por esse quadro. Assim como existem discussões acerca do início da vida, também quanto ao momento exato da morte, onde com propriedade Jean-Noël Missa:

<sup>206</sup> VERSPIEREN, Patrick. Critérios de Morte. p. 485-488. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 485.

<sup>207</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 04.

<sup>208</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006. p. 216.

As fronteiras entre a vida e a morte não são claramente delimitadas. São móveis. À semelhança do começo da vida, a morte é um processo. Pretender fixar o momento em que a vida termina representa, necessariamente, um carácter arbitrário.<sup>209</sup>

Historicamente, a descoberta do fenómeno da circulação sanguínea permitiu afirmar que o critério procurado residia na paragem dessa circulação e da respiração, sendo que “era necessário ainda garantir que essa dupla paragem era total e definitiva”.<sup>210</sup> Essa é a chamada morte cardiovascular, modalidade de morte natural (em uma diferenciação direta da morte ficta ou jurídica – declaração de ausência ou justificação de óbito), considerada como um envelhecimento natural da pessoa, lembrando que a morte cerebral é considerada como tal um fenómeno natural.

A definição de morte estendida para chamada morte cerebral ganhou maior espaço na doutrina médica nos últimos anos, onde antes apenas era confirmada a morte de uma pessoa com o critério cardiovascular. Isso se dá tendo em vista a revolução tecnocientífica propiciar, com base nos avanços tecnológicos, detectar casos em que o cérebro já não mais comanda as funções essenciais do corpo.

Ao mesmo tempo, as próprias descobertas científicas criaram mecanismos para manutenção artificial da respiração em pessoas com sinais da morte. “Em 1959, Mollaret e Goulon chamam de ‘coma ultrapassado’ a esse estado em que é possível manter artificialmente a circulação sanguínea e a respiração, estando abolidas as funções cerebrais”.<sup>211</sup> Posteriormente, em 1968, na Faculdade de Medicina de Harvard, uma comissão pública relatou sobre a morte do cérebro ou como chamavam coma ultrapassado, que explicavam a necessidade de uma nova definição de morte.<sup>212</sup> Salienta-se que também nessa época estava em voga à questão dos transplantes de órgãos e uma nova definição de morte seria essencial para propiciar a retirada de órgãos de

---

<sup>209</sup> MISSA, Jean-Noël. Morte Cerebral. p. 489-492. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 489.

<sup>210</sup> VERSPIEREN, Patrick. Critérios de Morte. p. 485-488. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 485.

<sup>211</sup> MISSA, op. cit., p. 489.

<sup>212</sup> Ibidem, p. 489.

peessoas que se encontravam nesse estado, além de uma resposta satisfatória para a família do paciente que teria uma certeza científica de que seu ente querido realmente havia morrido.

Dentre as razões que motivaram a classe médica a buscar uma nova definição uma era o fato das novas tecnologias propiciarem aos pacientes em estado clínico delicado novos esforços com pouco êxito, sendo que o resultado era apenas fazer com que suas funções cardiovasculares funcionassem sem uma reanimação do cérebro, criando uma situação difícil para o paciente, sua família e para hospitais que necessitam das camas ocupadas por esses. A falta de critérios cria um problema no que tange transplantes de órgãos.<sup>213</sup> Esses fatores foram preponderantes para a comissão de Harvard recomendar que os sinais clínicos da morte cerebral, tais como a “ausência de resposta aos estímulos exteriores, abolição da atividade muscular espontânea e caráter inteiramente artificial da respiração, e abolição dos reflexos passe a constituir o critério de morte”.<sup>214</sup>

Nesse quadro se iniciaram uma preocupação médica e da sociedade para se definir os critérios do novo conceito de morte, qual seja a abolição da totalidade das funções cerebrais. Mas o problema não é tão fácil de ser solucionado. Conforme ensina Patrick Verspieren:

É mais difícil declarar a abolição do conjunto das funções cerebrais nos doentes tratados em unidades de cuidado intensivo, pois os sinais dessa abolição são múltiplos, importando escolher um número suficiente, de modo que a sua concordância permita afirmar o facto que se pretende verificar.<sup>215</sup>

Conforme ensina Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

---

<sup>213</sup> MISSA, Jean-Noël. Morte Cerebral. p. 489-492. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 489.

<sup>214</sup> Ibidem, p. 489-490.

<sup>215</sup> VERSPIEREN, Patrick. Critérios de Morte. p. 485-488. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 486.

A definição médica e legal da morte mudou da parada cardiorrespiratória, para a chamada morte neurológica. Embora estas alterações tenham sido sancionadas pela maioria das autoridades médicas e jurídicas, persiste um clima de muita controvérsia, reflexo do desarranjo conceitual da literatura sobre o que se deva entender por morte.<sup>216</sup>

No caso, o debate ético se dá quando até que ponto se pode aceitar a definição de morte cerebral que é trazida pela medicina, tendo em vista que se dá *status* de falecido a uma pessoa cujas funções cardiovasculares estão em pleno funcionamento. Para Elizabeth Kipman Cerqueira:

Para ser declarada a morte cerebral em uma pessoa, mesmo quando esta sendo mantida por aparelhos é preciso que haja a paralisação de todas as funções cerebrais inclusive do tronco encefálico. Na criança anencéfala, enquanto estiver respirando e o seu coração bater sem a ajuda de aparelhos, ela esta viva, com o tronco cerebral funcionando. Não se recomenda tentar mantê-la viva artificialmente, mas ninguém nega que abortá-la ou retirar seus órgãos para transplante após o parto, antes que pare espontaneamente de respirar, quer dizer matá-la. Com certeza, é um ser humano portador de um grave defeito neurológico e com previsão de pouco tempo de vida.<sup>217</sup>

Conforme esclarece Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

A chamada morte cortical é entendida quando é irrecuperável a atividade cerebral superior, isto é, aquela do centro cortical e subcortical que condiciona a vida intelectual e é a sede da vida sensitiva que possibilita as relações, valores e significados sociais, embora resultem conservadas as funções vegetativas e, em particular, a função cardiorrespiratória.<sup>218</sup>

O problema maior é saber se “a questão em jogo aqui é se o cérebro ou alguma parte do cérebro é o único lugar responsável pelo tipo de vida cuja morte procuramos determinar”.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 06.

<sup>217</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 19.

<sup>218</sup> SANTOS, op. cit., p. 23.

<sup>219</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 292.

No caso da anencefalia, como a má formação cerebral pode não se dar totalmente ou ao menos com cem por cento de certeza que não se pode verificar qual o nível de formação do cérebro, não se teria uma certeza científica de que realmente não existiria função cerebral ativa. Os argumentos para a realização do aborto são no sentido de que não existe um tratamento para propiciar ao anencéfalo uma vida longa ou com maior qualidade, sendo um caso em que o recém-nascido morrerá em poucas horas, dias ou semanas. No caso dos fetos portadores de anencefalia, não se sabe exatamente qual o nível de percepção da dor e dos sentimentos que as crianças anencefálicas possuem:

Existem experiências demonstrando que os animais sentem e até as plantas expressam sofrimento. A criança, seguramente, não é menos do que um vegetal. No caso, não se trata de risco para a saúde física da gestante e sim do feto. Ele sim corre riscos.<sup>220</sup>

Por sua vez, Darnival da Silva Brandão esclarece qual seria a situação dos bebês anencéfalos e se esses teriam morte cerebral, informando que:

O termo anencéfalo é impróprio e equívoco porquanto, como pode parecer, não há ausência do encéfalo, mas só parte dele. O cérebro, parte do encéfalo, geralmente esta ausente, mas não se pode dizer que está morto, já que não existe um critério técnico científico para dar suporte a esta afirmação.<sup>221</sup>

Em sentido contrário, H. Tristram Engelhardt Jr. aduz que:

Em termos morais seculares gerais, não há bases para afirmar que seja errado pretender a morte daqueles bebês cuja vida não temos mais liberdade de preservar por meio de tratamentos de sustentação de vida. Dentro dessas interpretações também é conveniente considerar a possibilidade de sucesso. Deste modo, podemos identificar uma classe de bebês recém-nascidos para os quais o tratamento seria tão custoso e tão cheio de possibilidades de não dar resultado que permitiria, com base na maior parte das visões morais, que nos recusássemos a proporcionar ou aceitar tratamento.<sup>222</sup>

<sup>220</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 23.

<sup>221</sup> BRANDÃO, Darnival da Silva. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 18.

<sup>222</sup> ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998. p. 330.

Dernival da Silva Brandão, por sua vez, continua afirmando que:

O critério de morte encefálica que se refere a morte do tronco encefálico não pode ser aplicado por razões técnico científicas, ao bebê anencefálico. O fato é que a maioria nasce viva, com funções cardiorrespiratórias presentes. Não há suporte científico para criar uma nova entidade nosológica.<sup>223</sup>

No Ordenamento Jurídico brasileiro, o art. 3º da Lei 9.434/97 dispõe que a morte ocorre com a cessação da atividade encefálica e como o feto anencéfalo possui pelo menos em parte essa atividade, trata-se de um ser merecedor de consideração e respeito, não havendo que se falar em morte cerebral, pois são distintos os casos. Para Maria Celeste Cordeiro Leite Santos:

O Comitê de Harvard conhecia bem esta dificuldade e procurou encontrar para ela uma solução, fixando alguns critérios médicos mínimos para definir a morte encefálica, pelo que se conclui que sob o ponto de vista geral da medicina o organismo do homem morre quando morre todo o encéfalo.<sup>224</sup>

A grande dificuldade no caso de anencefalia é identificar através de um exame de ultrassom se o encéfalo está presente ao menos parcialmente.

O referido artigo 3º da Lei 9.434/97 traz que a retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina. Pois bem, nesse caso, normalmente ocorrem em pacientes adultos. No caso de um nascituro, enfrentar-se-iam grandes problemas e dúvidas quanto a essa certeza de ausência de atividade do encéfalo.

Igualou-se, portanto, a definição médica quanto à morte, no caso designada de morte encefálica/cerebral, idêntica aos critérios da comunidade científica mundial. Para tanto, Maria Celeste Cordeiro Leite Santos acredita

---

<sup>223</sup> BRANDÃO, Dernival da Silva. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 19.

<sup>224</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 25.

necessário a adoção de critérios indiscutíveis de constatação de morte, afastando-se do risco de aceitar os critérios internacionais tendo em vista não haver consenso, especialmente quanto a crianças menores de sete dias e prematuros,<sup>225</sup>

Se existe esta dúvida para os nascidos, quem dirá quanto aos nascituros.

#### 4.4 ABORTO

O tema é muito debatido a nível mundial e até hoje não se chegou a um consenso a respeito. Pois bem, quanto ao significado, à luz médico-legal e jurídica, “o abortamento é a interrupção da gravidez antes de ter logrado o limite fisiológico normal, entendendo-se por fruto da concepção o ovo em sua evolução normal, desde o momento da concepção até o parto a termo”.<sup>226</sup> Certo é que esse fato social sempre existiu e o debate ético sobre o assunto talvez esteja longe de se encerrar, sendo “o aborto é um fenômeno universal tão antigo quanto a civilização”.<sup>227</sup>

Como bem define, Caetano Zamitti Mammana:

A palavra abortar, significa perecer, nascer antes do tempo, malograr o fruto produzido, etc. empregava-se outrora o termo abactus ou abigeatos, quando a interrupção da gravidez era procurada por arte ou por força de medicamentos, e o de aborto quando se processava ao natural, não sendo, porém, líquida a distinção.<sup>228</sup>

Enfim, no caso dos anencéfalos, mister trazer a baila algumas definições sobre o aborto, muito embora tratado na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF 54 – como antecipação terapêutica de parto. Tal denominação é veementemente criticada por Roberto Vidal da Silva Martins, jurista que se posiciona contrário ao aborto em geral e também em casos de anencefalia, vejam:

<sup>225</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 36.

<sup>226</sup> MAMMANA, Caetano Zamitti. **O Aborto**. São Paulo: Letras, 1969. p. 85.

<sup>227</sup> JUNGES, José Roque. Aborto. p. 19-23. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 19.

<sup>228</sup> MAMMANA, op. cit., p. 85.

O delito de matar um inocente no ventre materno torna-se “direito da mulher sobre o próprio corpo”, “direito reprodutivo”, “direito a interromper uma gravidez indesejada”, “direito a antecipar terapêuticamente o parto” e tantas outras expressões que pululam nos artigos de jornais e no mundo televisivo, tentando encobrir a realidade do aborto, com vocábulos que escondem a verdade de que o aborto é um crime covarde de suprimir a vida do ser humano que não tem nenhuma chance de defesa.<sup>229</sup>

Quanto ao aborto, Ives Gandra Martins se refere a algumas técnicas, dentre elas

o método de corte utilizado nas décadas de 60 e 70 para interromper a vida no início da gestação, onde um raspador é introduzido para separar o feto e cortá-lo em pedaços, provocando grande hemorragia na mãe. O médico tem que ter o cuidado de verificar se nenhuma parte do nascituro fica no ventre materno, para não provocar uma infecção.<sup>230</sup>

Certamente não seria essa a técnica a ser utilizada caso seja autorizado o aborto nos casos de anencefalia.

O autor traz ainda o método da injeção com substância salina onde seria injetado o veneno no feto de aproximadamente quatro meses de gestação que morre em pouco mais de uma hora, sendo expelido 24 (vinte e quatro) horas depois:

No método da injeção com substância salina, injeta-se o veneno no feto quase sempre com mais de 18 semanas, e este leva mais de uma hora para morrer, expelindo a mãe um filho morto por envenenamento, em torno de 24 horas depois.<sup>231</sup>

Já quanto ao aborto de crianças com mais de um quilograma traz o autor o método da cesariana:

Nos abortos em que a criança já tem cerca de 1kg, o método aconselhado é a cesariana, e depois - como ocorre nos abortários americanos - deixa-se a criança morrer, numa lata de lixo, apesar de ter nascido viva. Já menos usado é o processo de queimar o nascituro, como se fosse atingido por uma bomba de napalm.<sup>232</sup>

<sup>229</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 14.

<sup>230</sup> MARTINS, Ives Gandra. **Como se Faz um Aborto**. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/scpainel/cart015.shtml>>. Acesso em: 04 out. 2011.

<sup>231</sup> Ibidem.

<sup>232</sup> Ibidem.

Existem inúmeras técnicas de aborto, porém se citaram aqui as mais conhecidas com o fito exemplificativo.

No caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, observa-se que estariam diante de uma cirurgia de cesariana para antecipação do parto, ou seja, ao invés de sua realização ao final do período gestacional de quarenta semanas, seria realizada após a decisão da gestante em realizar o procedimento. O que se examina não é o método a ser utilizado, por meio de uma cirurgia de cesariana, antecipando-se o parto em casos de anencefalia, mas sim a sua representatividade no campo da moral kantiana, com fulcro no imperativo categórico.

Como a anencefalia pode ser detectada a partir da décima semana, em se tratando de um exame de ultrassom mais sofisticado ou normalmente verificado a partir da décima sexta semana gestacional, entende-se que a partir daí, caso autorizado o procedimento de antecipação de parto nos casos de anencefalia, seria realizada a cesariana. Porém, normalmente a antecipação do parto ocorre para se um nascimento com maiores propensões para a vida e não como no caso em tela, em que se pretende antecipar o parto visando à antecipação da morte do anencéfalo.

Pois bem, João Evangelista dos Santos Alves define o aborto sob a seguinte égide:

Aborto, em termos gerais, consistente na morte do novo ser humano dentro do ventre materno ou na sua expulsão ainda vivo, porém antes da viabilidade extrauterina, isto é, sem maturidade suficiente para sobreviver fora do útero.<sup>233</sup>

Existem vários desdobramentos ou modalidades de aborto, no caso quando provocado, espontâneo ou natural, indireto (em consequência de alguma cirurgia de emergência na gestante, por exemplo, que acarrete indiretamente um aborto). Importante a distinção entre o aborto terapêutico (para salvar a vida da gestante) que é autorizado legalmente no Brasil do aborto eugênico que se trata

---

<sup>233</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 218.

de patologias no nascituro, esse último será mais bem explicado no tópico seguinte.

Importante frisar que as investigações realizadas se direcionam mais para a pesquisa do aborto eugênico, na modalidade de antecipação terapêutica do parto, sem adentrar no mérito das discussões acerca do aborto provocado independentemente da pessoa do nascituro, outrossim, fixa-se especificamente no caso da má formação congênita denominada anencefalia, muito embora existam pretensões de autorização de aborto no caso de outras doenças, a exemplo do que ocorre em outros países (feto portador da síndrome de Down, gestante com rubéola que ocasiona problemas diversos ao nascituro).

#### 4.4.1 Aborto Eugênico e Eugenia

Importante mencionar, inicialmente, para evitar confusão entre as modalidades de aborto que, aborto eugênico, não se confunde com aborto terapêutico. No caso da realização de um aborto terapêutico se faz tendo em vista a proteção da vida da gestante, nos casos em que essa poderá passar por algum problema de saúde, precisando realizar alguma cirurgia de emergência no colo do útero, por exemplo, correndo risco de morrer, o que via indireta irá ocasionar um aborto. Nesse caso não há qualquer intensão da gestante em realizar o aborto, porém trata-se de um procedimento necessário, tendo em vista que não realizado, poderá acarretar o óbito da gestante e do bebê.

Observa-se que o aborto terapêutico se caracteriza justamente no momento de sua realização, infelizmente, não há chance de sobrevivência para o feto. Então, “a título de exemplo, uma mulher com um cancro invasivo do colo do útero poderá sofrer uma ablação cirúrgica do órgão atingido (histerectomia), sendo a morte do embrião (do feto) a consequência indireta do tratamento”.<sup>234</sup>

---

<sup>234</sup> AMY, Jean-Jacques. Aborto Eugênico e Terapêutico. p. 37-39. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). Tradução de Maria Carvalho. **Nova Enciclopédia da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 38.

Ainda, “no caso do aborto terapêutico, importante frisar que a criança é retirada antes da viabilidade extrauterina, sem nenhuma chance de salvação”.<sup>235</sup>

Pois bem, fora levantada essa possibilidade tendo em vista outra situação, qual seja, a antecipação do parto, também chamado de parto prematuro terapêutico, conforme aduz João Evangelista dos Santos:

Assinala-se, inclusive, que, atingida a viabilidade fetal extrauterina – em torno do 6º mês de gestação – é lícito, e as vezes imperativo, a antecipação do parto (parto prematuro terapêutico) em caso com indicação clínica, por motivo grave, de origem materna ou fetal, devendo a criança receber adequada assistência médica especializada (Neonatologia) visando a sua sobrevivência.<sup>236</sup>

No caso, ocorrerá após a viabilidade do feto, existindo a necessidade de realização de alguma cirurgia na gestante que acarrete risco a sua vida e conseqüentemente atingirá o nascituro, tendo em vista que esse já está viável ou “maduro”, realiza-se uma cirurgia cesariana se antecipando o parto. Nesse caso, o objetivo é a proteção da vida da gestante e do bebê, pois a antecipação do parto protegerá o ser em gestação que já encontra condições fisiológicas para sobreviver fora do ventre materno.

Utilizando-se de forma analógica a esse procedimento (antecipação de parto e não aborto terapêutico) é que fora proposta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, ou seja, retirando o termo aborto e substituindo-o por antecipação terapêutica de parto. Porém, esse procedimento é utilizado para antecipar o nascimento do bebê e não com o objetivo de aborto terapêutico (antecipar a morte do bebê).

Daí a diferenciação entre aborto terapêutico (risco de vida para a gestante antes da viabilidade extrauterina do feto), antecipação do parto ou parto prematuro terapêutico (risco de vida para a gestante ou feto após a viabilidade extrauterina do feto), tentando-se por meio da Arguição criar uma nova

---

<sup>235</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 227.

<sup>236</sup> Ibidem, p. 227.

modalidade. Tendo como nomenclatura “antecipação terapêutica de parto” ao invés de aborto, que seria o termo mais apropriado, pois irá encurtar a vida do feto anencéfalo ou antecipar sua morte, mas com base na saúde psicológica da gestante e não risco à vida da gestante.

Os casos em que o médico havia de decidir entre a vida da gestante ou a vida do nascituro praticamente são exíguos, tendo em vista a evolução das técnicas da medicina o que justifica não mais se tratar de risco para a vida da mãe, mas sim para a saúde da gestante. Tentando-se alargar o conceito para não apenas a integridade física, mas querendo induzir a prática de aborto quando ocorrer uma afronta à saúde psicológica da gestante, o que faz refletir quanto ao peso dessa opção frente ao direito a vida do feto portador de anencefalia, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana.

Passa-se a análise do aborto eugênico, real objeto desse tópico. Para João Evangelista dos Santos Alves: “O aborto eugênico (caso de má formação congênita) consiste no extermínio, em nome da Eugenia, de fetos defeituosos”.<sup>237</sup> Para Jean-Jacques Amy a conceituação seria a de que “aborto eugênico designa a eliminação do embrião (do feto) atingido (ou com fortes probabilidades de o ser) por uma grave deficiência”.<sup>238</sup>

Os termos não só parecem como são pesados, mas fazem parte do conceito do aborto eugênico: extermínio, eliminação, enfim. Porém, todos esses fatores têm como resultado a questão já relatada acerca da qualidade de vida e, ainda, conforme reflexão de José Roque Junges, são resultado de uma utopia contemporânea em busca de uma saúde perfeita:

Hoje desponta uma nova utopia em nossa roupagem não mais política e nem comunicacional, mas sanitária, prometendo uma saúde perfeita e elevando a medicina ao papel de ciência que promete a realização de um mundo sem males e sem dor.<sup>239</sup>

<sup>237</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 229.

<sup>238</sup> AMY, Jean-Jacques. Aborto Eugênico e Terapêutico. p. 37-39. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). Tradução de Maria Carvalho. **Nova Enciclopédia da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 37.

<sup>239</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 233.

Nesse sentido, Junges tem sido um grande crítico acerca desse pensamento “moderno”, que faz lembrar das ideologias nazistas exteriorizadas no século XVIII.

Deve-se trazer a baila a questão do afeto quanto ao nascituro, seja ele portador de anencefalia ou não. Quanto essa questão do afeto, Ives Gandra da Silva Martins explica que:

Afeto, todavia, é também aceitar o filho que vem ao mundo inesperadamente e não destruí-lo na barriga da mãe porque ele não estava previsto, ou porque no caso da anencefalia ou malformação fetal, ele não é como a gestante gostaria que fosse. Afeto é não matá-lo covardemente sem que o nascituro possa esboçar qualquer defesa.<sup>240</sup>

No caso do aborto eugênico a gestante estaria rejeitando a criança talvez pelo fato dessa, caso haja parto, não nascer com uma saúde perfeita ou uma aparência física que fosse a almejada ou com uma aparência física que não lembra a sua imagem e semelhança (força, vigor, beleza e racionalidade).

Para Junges:

O eugenismo é a própria expressão dessa fé secular no progresso contínuo e na possibilidade de criar o ser humano perfeito e quem, segundo o autor, não corresponde com este ideal de perfeição é alijado e discriminado.<sup>241</sup>

A crítica é no sentido não de menosprezar as benesses dos avanços das pesquisas genéticas, mas não deixar de lado essa informação que é um retrato da sociedade moderna. Sobre o assunto se destaca o posicionamento, caso da ADI 3510, do Ministro Menezes de Direito, esse fez menção a eugenia nos seguintes termos:

A busca da eugenia, da raça pura, do ser humano programado em laboratórios, não é, certamente, um ideal para a humanidade. Ao contrário, a diversidade que torna iguais os desiguais e transplanta a noção de igualdade para o tratamento jurídico dos desiguais como iguais na sua diversidade é um valor ético que não pode ser menosprezado.<sup>242</sup>

---

<sup>240</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73-74.

<sup>241</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 237.

<sup>242</sup> STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

Na realidade fica fácil lançar críticas e ser contrários às práticas nazistas nos campos de concentração, porém muitas vezes passa despercebido essa realidade quando de uma busca por uma saúde perfeita, onde indiretamente chegam a discutir nos tribunais a possibilidade de aborto quando de um feto mal formado. Para Junges:

Hoje o eugenismo pode fundamentar-se em pressupostos científicos. Não se concebem anomalias biológicas e psíquicas no ser humano. Elas devem ser detectadas com antecedência e eliminadas. Os novos métodos de procriação assistida, os sempre mais sofisticados testes pré-natais, as intervenções cirúrgicas corretivas sobre fetos pretendem gerar um ser humano sempre mais perfeito e eliminar os que não correspondem ao ideal de perfeição.<sup>243</sup>

Estando de certa forma presente sob o argumento da busca por um corpo ideal, talvez uma criança saudável.

Uma reflexão é válida:

Mas, na realidade, o que se pretende com essa afirmação é bem outra coisa: é que só as crianças perfeitas e saudáveis tenham o direito de nascer, as deficientes não! Se são cegas, se são defeituosas, se são aleijadas, devem ser destruídas no ventre materno?<sup>244</sup>

Esses fatores deverão ser levados em consideração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, muito embora pouco fora relatado sobre esse enfoque nas audiências públicas realizadas, onde se percebeu que o debate pouco se aprofundou quanto essa realidade social ou o que representará para a sociedade brasileira uma decisão favorável, autorizando o aborto nesses casos.

No caso da ADI 3510, no voto de vista do Ministro Menezes de Direito, esse fez menção a eugenia nos seguintes termos:

---

<sup>243</sup> JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 238.

<sup>244</sup> ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999. p. 229.

Quando o decreto regulamentar da lei sob exame menciona, por exemplo, a qualificação da viabilidade do embrião com alterações genéticas ou alterações morfológicas, abre campo minado para a eugenia, que sob nenhum aspecto pode ser tolerada.<sup>245</sup>

No caso o Ministro criticou o fato das clínicas de reprodução assistida serem responsáveis pela identificação das alterações genéticas morfológicas como base para descarte dos embriões, concluindo o Ministro que isso equivaleria “a investi-las de poder absoluto sobre o que pode, ou não, desenvolver-se automaticamente até o nascimento com vida. Esse poder, certamente, não nos pertence”.<sup>246</sup>

#### 4.5 AUTONOMIA REPRODUTIVA E SAÚDE PSICOLÓGICA DA MULHER

O aborto do feto anencéfalo está sendo um tema muito discutido nesses últimos anos e os fundamentos do debate vão desde a consideração acerca do início da vida, a consideração da antecipação terapêutica de parto como aborto eugênico, a autonomia de vontade da mulher e a saúde psicológica. O interesse, ainda, dos profissionais da saúde em realizarem o procedimento sem submissão a um processo criminal é outro ponto do debate.

No caso, importante destacar o que seria realmente a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Pois bem, para Alexandre Fabiano Mendes:

O conceito de liberdade possui diversas acepções e sua utilização pode assumir inúmeros significados na história da filosofia e da política, entre os quais: autodomínio, ausência de coação externa, possibilidade de participação na vida pública, vontade livre, livre-arbítrio e capacidade de autodeterminação.<sup>247</sup>

Todo ser humano tem o livre arbítrio. No caso, a gestante de um feto anencéfalo tem sua liberdade como ser humano, ou seja, utilizando-se de sua

---

<sup>245</sup> STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 10 out. 2011.

<sup>246</sup> Ibidem.

<sup>247</sup> MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. p. 534-538. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 534.

autonomia e racionalidade considerada como um fim em si mesmo e não como um meio.

Por isso, importante ressaltar que a mulher em estado de gravidez merece uma especial atenção, pois essa é quem tem a dádiva da gestação de um ser. A gravidez é um momento sublime para mulher, sendo certo, que por muitas vezes esse período é imaginado desde os tempos de menina. Para Carol Gilligan:

É evidente que tudo remonta a Adão e Eva – uma história que mostra, entre outras coisas, que, se faz uma mulher a partir de um homem, as complicações não faltarão. No ciclo de vida, tal como no jardim do Éden, a mulher tem sido o ente que diverge.<sup>248</sup>

Essa citação fora feita mais para lembrar a questão histórica pela qual as mulheres sempre passaram, visto apenas como submissa ao esposo, como no caso bíblico, mas que hoje conquistou socialmente seu espaço na sociedade contemporânea. Exemplo disso é ter atualmente na Presidência da República uma mulher. A não autorização do aborto nos casos de anencefalia, por exemplo, não significa dizer que existe um complô contra as mulheres em geral, pois a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher diz respeito a sua autonomia de procriar e de ter seus filhos, enfim. Porém, quando já grávida, deve ser observado o primado da paternidade responsável. Utilizando-se da precaução, poderia ter evitado a gravidez, mas, uma vez está ocorrendo, há de existir o respeito pelo ser em gestação.

No caso da gestação do anencéfalo, sabe-se que a mulher ficara ciente de que seu filho é portador de uma deformidade irremediável que culminará com seu nascimento com vida, mas posterior falecimento na totalidade dos casos, sendo que algumas vezes essa vida extrauterina irá durar algumas semanas no máximo. Tendo em vista esse aspecto, deverá estar psicologicamente preparada para, após o parto, encarar a morte do filho. Essa deverá estar preparada, pois soa difícil de efetivação na realidade prática, dependendo muito da condição pessoal em assimilar o desafio pelo qual estará passando.

---

<sup>248</sup> GILLIGAN, Carol. **Teoria Psicológica e Desenvolvimento da Mulher**. Tradução de Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 17.

Certamente, a mulher ao passar por uma gravidez de feto com má formação cerebral sofrerá um impacto em sua saúde psicológica que poderá levar para o restante de sua vida. Por exemplo, em se tratando do primeiro ou do único filho, vindo a nascer com anencefalia e após alguns dias, com a morte do filho, certamente deixará um vazio na vida dessa mulher. Esse vazio muitas vezes será preenchido com uma nova gravidez que poderá contribuir para superar o drama vivido.

De outra banda, não se pode deixar de abordar acerca dos aspectos psicológicos, onde muitas vezes a própria gestante, que pela gravidez já fica naturalmente com uma sensibilidade maior, poderá carregar certo complexo de culpa pela situação, acreditando ser causadora da deformidade ou não ter um corpo saudável capaz de gerar um “filho perfeito”. Muitas são as variáveis nesse caso, podendo também se verificar o fato da gestante perceber que o filho que carrega no ventre precisa de toda proteção possível, pois se encontra com sérias dificuldades quanto a sua formação congênita.

No caso, uma análise mais aprofundada há que se fazer com uma atenção especial voltada para essas gestantes. Verifica-se que a notícia de que o feto é portador de anencefalia é uma questão de responsabilidade do próprio profissional da saúde, que deverá observar a ética médica e estar atento aos princípios da bioética, não podendo influenciar na decisão. O tempo passa muito rápido e quando se vê já se passaram mais algumas semanas da gestação até se tomar alguma decisão. O impacto da notícia irá gerar certamente um descontrole emocional, especialmente quando da realização do ultrassom, um dos momentos mais esperados da gravidez, onde se ouvirá o coração do bebê, por exemplo, verificação do tamanho e do peso, etc. É uma responsabilidade lançada sobre os ombros dos profissionais da medicina.

O feto anencéfalo que nascerá com vida e, de certa forma, não irá destruir o sonho da gestante de ser mãe, pois esse se realizará, mesmo que por poucos dias, existindo um afeto da gestante para com seu filho que está por vir. O que haverá, muitas das vezes, é uma inconformidade com o fato, ou seja, uma frustração ou pensamentos de porque teria acontecido justamente com ela ou com a família dela. É um caso delicado que não só a gestante, mas a sua família

deverá ter acompanhamento psicológico para enfrentar. Ao mesmo tempo, a frustração e a angústia serão fatores presentes diuturnamente, culminando em danos a integridade psicológica da mulher, que poderão culminar em depressão.

*In casu*, há de se perguntar, fora das considerações quanto aos danos à saúde psicológica da mulher, se a gravidez de feto anencéfalo acarreta risco para a saúde da mulher, ou seja, coloca-se em risco a vida da gestante? Para Hebert Praxedes a resposta é não:

A gestação de um anencéfalo não é de risco e ocasionalmente, como efeito colateral pode haver excesso de líquido amniótico – o polihidramnios – que pode ser tratado sem que se constitua risco materno maior. Segundo o autor qualquer obstetra pode manejar esta situação, que também pode ocorrer em gestações sem que o feto tenha qualquer malformação.<sup>249</sup>

No caso, não existe um risco à saúde física da gestante. O impacto é estritamente psicológico. No caso, o risco da gravidez de anencéfalo é o mesmo de uma gravidez normal.

Para Elizabeth Kipman:

O risco durante o momento do parto é o mesmo de toda gestante. Embora o risco físico não seja de grande preocupação, o risco psicológico, afetivo e emocional é muito grande. O susto, a decepção, a preocupação, o sentimento de culpa causam grande dor e a mãe pode ser levada a seguir impulsos para abreviar a situação, esperando que isto anule a sua tristeza, dependendo, em grande parte, de como lhe é apresentada a realidade de seu bebê.<sup>250</sup>

No mesmo sentido, para Paulo Silveira Martins Leão Junior:

A gravidez de um feto anencefálico não coloca em risco a vida da mãe. O sofrimento psicológico de saber que o filho terá sobrevivência breve deverá ser superado não mediante o abortamento, que matará a criança, mas pelo conforto e apoio familiar especializado.<sup>251</sup>

---

<sup>249</sup> PRAXEDES, Herbert. *Vida: o primeiro Direito da Cidadania*. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p.19.

<sup>250</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. *Vida: o primeiro Direito da Cidadania*. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 21-22.

<sup>251</sup> LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira da Silva. *Vida: o primeiro Direito da Cidadania*. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 22.

Porém, a gravidez faz da mulher um ser humano especialíssimo, pois traz dentro de si outro ser humano, também passível de respeito como ser humano que é passível de proteção, pois depende totalmente do ventre materno para que possa se desenvolver. Quando portador de uma má formação, a discussão se inicia para saber se nesse caso, toda a expectativa que traz a gravidez possa ter como consequência um feto com sua saúde física e mental comprometida, o que fatalmente traz inúmeras incertezas para a gestante. O fato de o bebê nascer e pouco tempo depois vir a morrer é pesado para a gestante. Como bem salienta Maria Celeste Cordeiro Leite Santos: “Qualquer aproximação da morte determina substanciais alterações no sentido de nossas vidas”.<sup>252</sup>

Para Roberto Vidal da Silva Martins: “Há estudos que demonstram que o aborto é uma agressão à própria mulher, não só ao nascituro, que, mais cedo ou mais tarde, se manifesta sob os mais diversos traumas físicos e psicológicos”.<sup>253</sup> Essa talvez seja a grande questão, ou seja, optando pela antecipação terapêutica do parto (aborto eugênico), a mulher, infelizmente, não estará livre dos danos psicológicos pelos quais certamente já está passando e continuará a passar, tendo muitas das vezes um complicador futuro, em caso de arrependimento, de ter contribuído diretamente para a abreviação da vida do nascituro.

Com propriedade, Elizabeth Kipman Cerqueira traz acerca do sofrimento das mães que aduzem ter que levar a gravidez até o nono mês sabendo que seu filho não terá chances de ficar muito tempo vivo, a autora esclarece que ninguém tem o direito de acusar a mãe que se desespera diante de tal previsão. Mas, se seu filho tem pouca chance de ficar vivo, ele está vivo nesse momento:

---

<sup>252</sup> SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. p. 02.

<sup>253</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 75.

Qual a única certeza da mãe em relação a um filho que está gestando? A única certeza para todo ser vivo, é de que um dia irá morrer. Se o fato de poder morrer tirasse o valor de uma gestação, nenhuma gravidez valeria a pena [...] A mãe o percebe vivo. Ele é um filho vivo, embora irremediavelmente deficiente. Pode afirmar que a vida de seu filho é “uma vida sem valor”? Pode ser difícil conviver dia-a-dia com esta gestação, porém a capacidade de intuir o valor e de captar o significado de cada situação é algo especificamente humano e a mãe pode descobrir um por que de seu sofrimento, sem agredir ainda mais aquele “ser que traz em seu ser”.<sup>254</sup>

Roberto Vidal da Silva Martins, sobre o assunto afirma que “o aborto, é, antes de mais nada, uma agressão à própria mulher, enfim, é a mulher que sai perdendo e muito”.<sup>255</sup>

Existe também o enfrentamento do caso ante a sociedade, perante a família, diante do esposo, poderá haver um conflito de ideias, onde, para Carol Gilligan: “A linha comum a estes depoimentos é o desejo de não magoar os outros e a esperança de que, na moralidade, esteja o caminho para a solução destes conflitos de forma a que ninguém seja magoado”.<sup>256</sup>

#### 4.6 O ABORTO DO ANENCÉFALO SOB A MATRIZ TEÓRICA KANTIANA

Uma análise da moralidade sobre o tema se faz necessária, tendo em vista que poderá estar diante de uma questão eugênica a respeito da seleção de raças ou daquele que detém o poder de decisão em detrimento do que é mais fraco.

---

<sup>254</sup> CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005. p. 23.

<sup>255</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 79.

<sup>256</sup> GILLIGAN, Carol. **Teoria Psicológica e Desenvolvimento da Mulher**. Tradução de Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 107.

O que se deseja é tomar a filosofia kantiana como base para um esforço de análise autocrítica, na qual a razão volta-se sistematicamente sobre si própria, a fim de esclarecer da forma mais precisa possível o fundamento e os limites da validade científica e/ou normativa.<sup>257</sup>

Para Maria Casado, por exemplo, ao escrever sobre o instituto da clonagem humana chega à conclusão de que em se tratando de uma clonagem para selecionar a raça por questões eugênicas é um caso de extrema reprovação, pois poderá pressupor a instrumentalização do ser humano:

Na primeira hipótese, a seleção das pessoas e a sua produção em série se fazem credoras de grande reprovação, seja porque supõem a instrumentalização e a coisificação do ser humano, seja em razão da necessidade de se manter a diversidade como garantia da sobrevivência da espécie.<sup>258</sup>

Assim, utilizando-se do mesmo alicerce que vincula por meio de um imperativo categórico de não instrumentalização do ser humano, ao verificar o aborto eugênico como uma técnica impeditiva do direito à vida do nascituro em face da liberdade de autonomia reprodutiva da gestante e da afronta a saúde psicológica, veja-se que se estaria indo contra o imperativo categórico: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”<sup>259</sup>, pois tal prática instrumentaliza o ser humano ao ponto de não se considerar o respeito para com o ser em gestação.

Um dos aspectos que devem ser levados em consideração é a tentativa da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CTNS – na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 em trâmite no Supremo Tribunal Federal em amenizar o tema ao tratar o caso como “antecipação terapêutica de parto”, destacando uma nota prévia de que não é aborto.

<sup>257</sup> BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000. p. 28.

<sup>258</sup> CASADO, Maria. Clonagem: uma questão de responsabilidade. Tradução de Lourenço Floriani Orlandini. p. 95-112. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 100.

<sup>259</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 62.

Para Roberto Vidal da Silva Martins existiram casos em que governos tentaram amenizar palavras que soavam mais pesadas na opinião pública por outros trocadilhos mais leves, como substituir o termo “caixa dois” por “recursos não contabilizados”:

Aborto tem que ser chamado de aborto. Uma questão menos grave por se tratar de crimes patrimoniais (no caso do aborto o crime é contra a vida), vimos da parte de um governo recente na história de nosso país, uma tentativa continua de mudar realidades por meio de simples palavras como se estas tivessem tal poder. O que sempre foi “caixa dois”, passou a ser “recursos não-contabilizados”, o que sempre foi “crime” passou a ser chamado por um governo de “erro”, como se a apropriação privada de recursos públicos não passasse de um erro ortográfico.<sup>260</sup>

Para embasar essa conclusão, colaborando nesse sentido, Carol Gilligan traz que: “Uma pessoa moral é aquela que, na maior parte das vezes, decide em pé de igualdade. Uma pessoa realmente moral deverá sempre considerar a outra pessoa como seu igual”.<sup>261</sup> Em se considerando o nascituro em pé de igualdade com a pessoa da gestante, ambos como um fim em si mesmo, certamente que o direito à vida, mesmo que transitória, prevalece.

A ansiedade por uma autorização do aborto no caso de anencefalia, consubstanciada na vontade da gestante que assim deseja se livrar do “problema”, mesmo não tendo a mulher e o pai de seu futuro filho culpa alguma quanto à ocorrência da má formação congênita. Sendo esse um fato da vida ou um risco em toda gravidez, deve ceder espaço a tolerância com os limites éticos que lhe permitirão tomar uma decisão, tendo em vista a indisponibilidade do direito a vida, bem como um apoio do Estado quanto ao acompanhamento médico necessário para contornar a situação.

Para Anne Langlois:

---

<sup>260</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Grandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 73-74.

<sup>261</sup> GILLIGAN, Carol. **Teoria Psicológica e Desenvolvimento da Mulher**. Tradução de Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 105.

A sua dignidade enraíza-se na solidariedade de todos os seres dotados de consciência e de liberdade, com bons motivos para pensar e desejar que a sua unidade transcenda as contingências da educação, da doença, das deficiências e das histórias singulares.<sup>262</sup>

Para Junges:

O aborto é sempre um mal porque elimina ao menos a potencialidade de uma vida humana personalizada. Os atos de aborto, para o autor, sempre aconteceram, mas nunca foram considerados como algo desejável. Eram sempre fruto de uma situação limite em que não havia outra saída para a ocorrência do mal.<sup>263</sup>

No caso aqui se pode imaginar os casos de gravidez indesejada, notadamente ocorridos na adolescência, durante o curso superior, o incesto, a problemática das condições sociais em que a gestante não teria como trabalhar para o seu sustento e quiçá da criança.

Nessa linha de raciocínio, Junges aponta com propriedade que “o aborto é proposto como solução para a questão da natalidade, da pobreza, da promoção e da independência da mulher”<sup>264</sup>, quando na realidade a simples opção pelo aborto não solucionará esses problemas. O caso do feto anencéfalo seria apenas um viés a ser analisado quando se trata de prática abortiva. Nota-se que se juntados todos esses problemas sociais e ainda o fato de se tratar de uma gestação de feto anencéfalo qual seria a diferença? A análise se dá filosoficamente, considerando sempre o ser humano como um fim e nunca como um meio, onde a responsabilidade caberá a cada um, no cumprimento do dever moral de respeito à vida, independentemente da opinião particular.

Para Junges, “se o aborto é um mal, ele não pode ser exigido como um direito, pois o mal não é objeto de direito; nem um outro ser humano, mesmo potencial, pode ser um meio para realização de um direito”.<sup>265</sup> Sendo possível

<sup>262</sup> LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003. p. 233.

<sup>263</sup> JUNGES, José Roque. Aborto. p. 19-23. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 21.

<sup>264</sup> Ibidem, p. 21.

<sup>265</sup> Ibidem, p. 21.

deixar a cargo de cada um, individualmente, a decisão sobre o assunto, matar, por exemplo, poderia tornar-se uma opção de foro íntimo, ou seja, uma decisão que caberia a cada um sem intromissão do Estado.

Na discussão sobre o aborto de feto anencéfalo se discute justamente deixar a cargo da gestante decidir. Porém, como se trata de uma conduta que não poderá se tornar uma lei universal, exigível de todos os seres humanos, já que fere o imperativo categórico no sentido de afronta à dignidade da pessoa humana, pode-se entender a proteção a vida como um imperativo categórico.

Autorizado o aborto e optando a gestante por essa via, não terá como se arrepender das consequências de sua conduta futuramente, o que ocasionará também um problema de consciência moral que afrontara a saúde psicológica da gestante diuturnamente. Ao passo que deixando a gravidez seguir seu curso normal, não terá do que se arrepender e o tempo dirá que tomou a decisão correta, respeitando o ciclo natural das coisas, apenas tendo que se sujeitar a resguardar o tempo restante de gestação e o nascimento de seu filho, sendo essa uma escolha ética e responsável, com a consciência de que a vida prega peças, mas tem racionalmente como superá-las.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O aborto do feto anencéfalo está sendo um tema muito discutido no Brasil nesses últimos anos e os fundamentos do debate vão desde a consideração acerca do início da vida, a consideração da antecipação terapêutica de parto como aborto eugênico, a autonomia de vontade da mulher e a saúde psicológica.

É importante fazer a seguinte análise hipotética, por exemplo: se existisse hoje uma decisão do Supremo Tribunal Federal, em nível de repercussão geral, considerando um direito constitucional dos pais, por requerimento judicial, cometer infanticídio até seus filhos completarem um ano de vida. Essa decisão do Supremo faria com que fosse negado seguimento ao recurso perpetrado pelo Ministério Público diante de uma decisão judicial em primeira instância deferindo o pedido dos pais, pois se trata de um tema já pacificado, o da sentença que está em acordo com o entendimento consolidado.

Muito embora tal fato não deixa de ter repercussão quanto à questão moral, sob o enfoque da matriz teórica kantiana e à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, o peso da decisão do Supremo Tribunal Federal será direto em toda a sociedade, não existindo meios jurídicos para que se impeça o cometimento do infanticídio referido no exemplo hipotético acima.

Quanto ao caso dos anencéfalos o mesmo ocorrerá, ou seja, sob o ponto de vista jurídico estará resolvida a questão, quer pela autorização do aborto quer pela sua proibição. Mas moralmente a conduta continuará a ser relevante. O foco da questão não está em quem tem mais direito, mas na relação que se estabelece. Essa posição precisa estar bem atenta, por um lado, ao significado humano do feto como um dos polos da relação e suas condições depois de ter nascido e, por outro, pela situação e promoção da mulher que arcará com a gravidez.<sup>266</sup>

---

<sup>266</sup> JUNGES, José Roque. Aborto. p. 19-23. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 20.

Um importante questionamento se for autorizado o aborto no caso de anencéfalo: a afronta à saúde psicológica da gestante cessará? É um caso delicado, observando que a ideia do princípio da beneficência é realizar um tratamento que seja benéfico ou que traga algum benefício ao paciente. De certa forma, o feto anencéfalo se desenvolverá, nascerá com vida e posteriormente morrerá, devendo se respeitar em sua integridade corporal e moral, protegendo via de consequência, a sua dignidade, dando-se um tratamento digno também a gestante, que estará passando por uma fase delicada de sua vida.

Conforme Immanuel Kant, “o imperativo categórico seria aquele que nos representasse uma acção como objectivamente necessária por si mesma, sem relação com qualquer outra finalidade”.<sup>267</sup> Realizando o aborto, a gestante continuará a sofrer psicologicamente, seja por alguns meses, seja com reflexos por toda a sua vida.

Outra indagação a ser feita: o feto se tornaria desnecessário para o casal ou para a gestante a partir do momento em que se descobre ser portador de má formação congênita? Em se tratando o feto anencéfalo, o qual possui natureza e dignidade humana, tendo em conta o respeito a sua integridade como um fim em si mesmo, no caso da interrupção da gestação estaria diante do denominado aborto eugênico, em que há comprovação médica de ser o feto portador de irreversíveis anomalias (anencéfalo) que inviabilizariam uma vida saudável e promissora.

Para Vicente de Paulo Barretto, não se pode chegar a um acordo racional geral sobre o aborto como sendo um grave erro moral, isso por que existem sobre o assunto concepções diversas.<sup>268</sup> Porém, com um cuidado maior da sociedade atual quanto aos rumos a serem tomados devido aos avanços da medicina na sociedade tecnocientífica, com a possibilidade e o anseio da sociedade em ter um maior controle nas condutas que vão contra a segurança de todos e da vida humana, há que se ponderar acerca da possibilidade de uma

---

<sup>267</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 52.

<sup>268</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 106.

pessoa decidir acerca da realização do aborto do feto anencéfalo, pois o direito à vida é primordial e considerado essencial para a preservação da espécie humana, sendo protegido *a priori* pela Constituição do Estado brasileiro.

Com uma análise racional do impasse se pode chegar nesse momento histórico, em que muitos problemas sociais acerca do aborto entram em cena até por se tratar de um problema de saúde pública. No caso do aborto realizado independentemente de má formação congênita, pois como fato social, acaba acontecendo e restando para o Sistema Único de Saúde o cuidado das mulheres que assim o fizeram, tanto é que lidera o *ranking* de cirurgias.<sup>269</sup>

Corre-se o risco de uma autorização constitucional de aborto de anencéfalo se transformar em um precedente para outros casos de deficiência verificada junto ao nascituro, tendo em vista hoje a possibilidade dessa constatação de forma prematura, por meio das novas descobertas das biotecnologias.

O art. 128, inciso I do Código Penal trata do aborto necessário onde não se pune o aborto praticado pelo médico se não há outro meio para salvar a vida da gestante. Quanto ao viés criminal, o Código Penal, em seu artigo 128 cita as causas especiais de exclusão do delito do aborto. Assevera-se que a legislação é antiga, pois surgiram ao decorrer dos anos situações novas, tal qual quando um feto gerado é anencéfalo, não há autorização legal que venha garantir que a gestante tenha o direito de escolha de querer ou não que o feto gere em seu corpo. No caso é sabido que o feto não terá uma perspectiva de vida longa, após o nascimento.

Portanto, deve haver uma valorização do feto anencéfalo, sendo fundamental para a reflexão e o debate da questão, pelo menos um valor condizente com um ser humano digno de respeito devido a sua situação de vulnerabilidade. Não se tratando de um objeto, mas sim um sujeito de direito,

---

<sup>269</sup> “A curetagem após aborto foi a cirurgia mais realizada no Sistema Único de Saúde (SUS) entre 1995 e 2007, segundo levantamento do Instituto do Coração (InCor), da Universidade de São Paulo. Com base em dados do Ministério da Saúde, os pesquisadores analisaram mais de 32 milhões de procedimentos nesse período. Os dados foram publicados na revista Plos One”. VEJA. **Curetagem após Aborto Lidera Cirurgias no SUS**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/curetagem-apos-aborto-lidera-cirurgias-no-sus>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

valor que supera a de um tecido humano ou de uma mera probabilidade de vida, pois se trata de um ser vivo muito além de um mero material biológico.

O objetivo da pesquisa não foi verificar o ser humano apenas como uma etapa de desenvolvimento ou em que período de sua existência teria valor, seja com a concepção, com um dia de vida após o nascimento ou aos noventa anos de idade (quando com vulnerabilidade), mas sim respeitá-lo como uma realidade moral, independentemente do problema físico que enfrente.

Não resolverá filosoficamente a questão, ao se declarar constitucional ou inconstitucional o direito de opção da gestante na realização do aborto em casos de anencefalia. Uma reflexão neste momento histórico é substancial, pois diz respeito diretamente com o futuro da humanidade quanto às decisões desse gênero, no qual poderá alcançar um número infinito de possibilidades análogas, como o aborto em casos de criança com Síndrome de Down.

No complexo julgamento a ser realizado pelo Supremo Tribunal Federal será importante levar em consideração que o Brasil tem uma forte presença da religiosidade no dia a dia de seus cidadãos. O direito a liberdade de crença, garantido constitucionalmente como cláusula pétrea, assegura o livre exercício dos cultos religiosos. Tal prerrogativa fez com que historicamente se tenha certa influência deste sentimento religioso junto as decisões que surtirão efeito para toda sociedade brasileira.

Na difícil decisão acerca da autorização ou não do aborto de feto anencéfalo, o Supremo Tribunal Federal deverá estar atento que se trata de uma decisão quanto a moralidade, como exigência racional, sem exigências confirmadoras, no sentido de serem independentes de qualquer fator externo a elas próprias, não dependente das causas empíricas, independentes do desejo externo, sem inclinações, no sentido de não serem reféns da experiência, porém com respeito à cultura do nosso país.

Para verificar a questão da constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo devemos considerar a pessoa da gestante, como merecedora de total atenção do Estado, além do nascituro, ambos dignos de proteção com base no princípio da dignidade da pessoa humana. em outras palavras, a mulher é

considerada digna de respeito quanto a sua dignidade assim como o feto anencéfalo.

Isso significa que a vida é sagrada, independentemente de se tratar de um ser humano em gestação ou já nascido, com vida saudável/viável ou com limitadas condições de saúde. Ao mesmo passo que a gestante também é um ser humano digno de respeito, muito mais presente quando se trata de uma gravidez delicada como de um feto com má formação congênita.

Insta salientar que o Supremo Tribunal Federal está enfrentando não uma questão meramente religiosa. Trata-se, na realidade, de uma questão jurídica calcada no plano constitucional. Não se resolverá a questão levando-se o debate a nível de uma briga entre religião e ciência, como tem ocorrido em vários setores midiáticos, pois isto só contribui para acirrar os ânimos e não resolver de forma coerente e racional o problema social enfrentado. Sob a matriz teórica kantiana existem fundamentos para não se autorizar o aborto de feto anencéfalo, independentemente da opinião de grupos religiosos ou cientistas, isto sob uma análise filosófica.

Portanto, o ser humano individualizado, seja em gestação ou após ela, é digno de respeito por sua natureza humana, consoante a matriz teórica kantiana. Esse valor intrínseco é do próprio homem, o que de certa forma o diferencia dos animais e dos objetos, ou seja, seu caráter de valor além do fator biológico, mas sim da solidariedade entre os seres humanos e sua dependência dos demais, o que se considera sagrado, que é intrínseco e próprio da humanidade, mas que se exterioriza no respeito e consideração mútuos.

A vida deve ser respeitada, pois protegida constitucionalmente como mandamento da moral ou imperativo categórico, como um direito e garantia fundamental, sendo condição de possibilidade para a conquista e deleite de outros direitos individuais e coletivos, pois sem o respeito `a vida não há que se falar em Estado Democrático de Direito.

Necessário o retorno da moral no direito, neste momento histórico em que vivemos, fundamental na busca pela valorização do ser humano. A ideia de valorização da vida deve ser tomada como um dos objetivos da sociedade

moderna, não devendo ser aceita com bons olhos as ações que não se voltam para esse fim, uma vez que irá desvalorizar o ser humano como um fim em si mesmo. Autorizar a antecipação de parto para a morte de um feto com anencefalia talvez não seria a melhor saída para o caso, pois vai de encontro com o respeito ao ser humano como uma realidade moral, tendo em vista ser um ato que atenta diretamente contra a vida do nascituro.

Foi pesquisado e verificado que de certa forma a diferença entre o ser em gestação e o já nascido, sob o prisma social, é apenas que este último está exteriorizado para a sociedade, de forma direta. O fato do ser em gestação não estar sendo visualizado ou exteriorizado não lhe retira a dignidade. O mesmo se diga quanto ao fato de possuir uma má formação congênita. Não é o início da vida social (fora do ventre materno) que qualifica a pessoa como sendo ser humano digno de respeito. Veja que desde o ventre materno existe uma diferença de tratamento, pois a simples notícia da gravidez já traz mudanças na vida da gestante, onde esta irá interagir com o futuro filho, seja aceitando-o ou rejeitando-o.

Sob a matriz teórica kantiana não se conseguirá comparar o ser em gestação a um objeto de direito ou a um simples material biológico, pois como um fim em si mesmo não poderá ser tido como um meio, ou seja, como um objeto, sendo o nascituro protegido quanto ao seu direito à vida, tal preceito é também consagrado constitucionalmente.

No julgamento atinente à autorização para prática de aborto em fetos portadores de anencefalia, o Supremo Tribunal Federal não poderá se ater a definição científica acerca da pessoa em potencial. O objetivo das audiências públicas, por exemplo, fora dar azo ao entendimento para poder decidir a questão sob o ângulo jurídico, atento as questões que dizem respeito à realidade social e aos valores que estão sendo debatidos, buscando por meio de uma perspectiva interdisciplinar estabelecer critérios coerentes quanto à vida do ser humano.

O amor e o carinho, ou, melhor dizendo, o respeito da gestante e de seus familiares com o feto, ao se descobrir ser portador de anencefalia, certamente

não irá acabar do dia para a noite. O que existe, normalmente, é uma insegurança e talvez a idéia de que se realizar o aborto, estará se tomando uma decisão em favor do nascituro, para que não sofra ou que não venha a nascer com tamanha má formação congênita. Mas como se trata de um ser individualizado, independente da pessoa da gestante, não teríamos o condão de decidir sobre sua vida, antecipando sua existência.

O sentimento pela busca por uma saúde perfeita, o individualismo, os padrões de beleza e a busca incessante pela felicidade, são sentimentos que nos são impostos pela sociedade moderna, porém não devem prevalecer sobre a dignidade da pessoa humana. Observando atentamente, no que tange ao critério de dependência ou viabilidade debatido na pesquisa, verifica-se que todos os seres humanos se tornariam pessoa em potencial, tendo em vista que sempre dependemos de outros fatores e de outras pessoas para continuarmos vivos e mantendo-nos com dignidade, com uma vida de qualidade, seja socialmente ou fisicamente.

As crianças em geral são totalmente dependentes de seus pais ou responsáveis, seguindo um ciclo natural de sua vida ao ser humano incrementar ao seu amadurecimento nas relações sociais. Tal fato se coaduna contra o argumento de que o feto anencéfalo é um ser humano inviável, tendo em vista que, mesmo com toda sua má formação congênita, ainda assim chega a nascer com vida.

Por outro viés, os seres humanos adultos também tornam-se dependentes por condições físicas e psíquicas, pois iniciam um processo de dependência ou vulnerabilidade maior comparado aos demais seres humanos e, mesmo assim, não deixam de serem humanos. O grau de dependência ou de vulnerabilidade ou, em uma palavra, de viabilidade não faz com que a pessoa venha a perder sua dignidade. O ser humano é digno de respeito e isto não tem preço pelo simples fato de ser considerado como um fim em si mesmo, não retirando-lhe o caráter de digno de respeito estar com algum problema físico.

Conforme debatido, o que definiria a pessoa como ser humano: seu maior tempo de vida, a saúde mental, o dinheiro, a beleza, a força para o

trabalho, a utilidade para a sociedade? Se levarmos estes critérios como base para retirar de determinados seres humanos sua dignidade, estaria voltando a tempos passados onde já se considerou os escravos como sendo objeto/coisa. Os nazistas, por sua vez, consideravam os judeus como não humanos ou como uma raça inferior, fundamentando aí, juridicamente, a possibilidade de genocídio.

A análise do ser humano como digno de respeito, mesmo se tratando de um embrião, passa pelo crivo da ética no sentido de que deve ter respeito aos seres humanos em geral, seja aqueles que amamos por estarem próximos, seja outros aos quais somos indiferentes, ou seja, que não participam de nossa vida diretamente. Neste sentido existe um interesse social na análise do julgamento da autorização ou não de aborto em casos de anencefalia. Não se torna um problema apenas da gestante e sua família, mas sim um dilema ético universal. Se a moral manda respeitar o outro ser humano de acordo com seu grau de humanidade, independe que seja uma pessoa próxima ou não do meio de relacionamento do indivíduo.

Não chegou a ser realizada alguma pesquisa ante a sociedade para se verificar se a opinião pública é a favor ou contra o aborto em casos de má formação congênita. Mas caso fosse a maioria da população de opinião favorável ao aborto e, com base neste aspecto, se julgar procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, não significaria que essa maioria esteja realmente respeitando o princípio da dignidade da pessoa humana ao optar pela antecipação da morte ao invés da vida. No caso, uma vida que viria ao mundo fora dos padrões de “qualidade de vida” esperados e com uma duração curta de sua vida.

O que se pode investigar é que o ser humano que está vulnerável, é mais digno de respeito e proteção, ou seja, quanto maior for a deficiência do ser humano, mais os demais seres devem se ater a isto e respeitá-lo na medida da sua debilidade, usando de sua racionalidade, deverá protegê-lo e lutar para a sua preservação, pois digno de respeito como ser humano, assumindo na desigualdade de fato das pessoas serem consideradas como um fim em si mesmas.

Pode-se verificar que uma das únicas certezas as pessoas têm da vida é que um dia todos terão o mesmo destino, qual seja, o perecimento. O que não sabemos é o tempo exato que ela irá ocorrer, permanecendo a incógnita quanto ao dia em que ocorrerá a morte, mas certo é que ela virá. No caso dos fetos anencéfalos também temos esta certeza.

O que a ciência pôde descobrir é justamente que nestes casos teremos uma curta duração, não se sabendo precisar se o feto irá sobreviver até o parto ou se semanas após o nascimento. O que se tem certeza é que se trata de um ser humano vivo, mas com pouco tempo de vida.

Buscou-se verificar as implicações morais justamente, também, pelo fato de que as quanto aos fins legais ou para a lei civil como um todo, não importaria o fator da má formação cerebral como excludente da aquisição da personalidade, tendo em vista que há casos em que a pessoa vem a ficar vulnerável ou fragilizada em sua integridade física após adulto. Ou seja, não se faz uma análise filosófica ou social da questão do início da vida simplesmente com a sua definição legal, mas sim com um estudo acerca do respeito de que todos os seres humanos são detentores.

Veja que após o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pode-se entender que nem haveria necessidade de fixação legal de quando inicia a vida, pois ela é um bem inato e fundamental ao Estado Democrático de Direito. A lei, por si só, não garante a proteção. O que pode garantir a proteção ao ser em gestação é o imperativo categórico kantiano em que devemos respeitar a humanidade sempre como um fim e nunca como um meio, primado esta do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Um fato social verificável em nossa sociedade moderna é que mesmo com toda a tecnologia desenvolvida o ser humano não foi ainda capaz de descobrir uma maneira de tornar o homem imortal. Nem mesmo a cura de determinadas doenças graves como o câncer e a AIDS não foram descobertas. O que demonstra de certa maneira a vulnerabilidade de todos os seres humanos quanto a este risco eminente em suas vidas.

O mesmo se dá quanto ao feto com anencefalia, pois não há como evitar que o feto seja gerado sem esta má formação congênita, nem se saber em qual gestante irá se manifestar a anomalia. O que se verifica é uma luta em prol da vida e a descoberta de soluções biomédicas para aliviar as tensões humanas, sempre primando pela vida e não abreviando-a para a morte.

Certamente, feto portador de anencefalia está em total dependência quanto ao ventre materno, utilizando-o naturalmente para que possa se desenvolver até o final da gestação, quando passa a ter um contato direto visível com toda a sociedade. A tecnologia hoje existente deve ser utilizada para a proteção do ser humano. As alternativas que mais respeitam o ser humano como um fim em si mesmo é preservando-lhe a vida, considerando-se o ser humano como uma realidade moral sob a matriz teórica kantiana. Nota-se que muitas vezes superam-se as expectativas e uma criança que seria considerada como de gestação inviável pode acabar surpreendendo e viver por muito tempo, ao passo que uma criança que nasce saudável e aparentemente viável, por muita das vezes, acaba perdendo a vida de forma prematura.

O Brasil, muitas vezes colocado como país de terceiro mundo ou emergente, realmente tem uma cultura de miscigenação de raças, o que o diferencia de muitos países, sendo ainda um país de modernidade tardia, porém com valores culturais e prepondera a proteção do ser humano, quem dirá quando possuir um grau maior de dificuldade, como é o caso dos portadores de necessidades especiais, idosos, enfim. Talvez considerar o feto anencéfalo como sendo portador de uma patologia inconciliável com a vida seja uma decisão arbitrária e na contramão do desenvolvimento social, contrariando o princípio da proibição do retrocesso social.

A relação de dependência do anencéfalo para com o corpo da gestante não é um impeditivo de aferição de sua dignidade própria. Não se justificaria o aborto nestes casos, pois haverá de igual forma uma afronta quanto a saúde psicológica da gestante. Vejamos que o que se necessita é um tratamento de respeito para com a gestante, com acompanhamento profissional adequado para que supere este momento vivido, sem desrespeitar a outro ser humano, qual

seja, o ser em gestação, que pode ser considerado como um ser único, com dignidade própria, diversa da sua própria mãe.

Recentemente fora ultrapassada a marca de sete bilhões de seres humanos e a dinâmica do crescimento populacional tem causado impacto direto nas questões ambientais, causando preocupação de todos para o equilíbrio na relação entre o homem e a natureza, devido aos recursos naturais serem finitos. Porém, tal fato não significa que o ser humano venha perder o seu valor ou ser coisificado, passível de genocídio. No que diz respeito ao ecossistema e ao meio ambiente, pode até ser que não é interessante para a humanidade, a médio e longo prazo, o aumento populacional tão gritante nas últimas décadas, porém, a valorização quanto ao uso da razão prática é que deve prevalecer.

Toda a evolução da sociedade e a busca por melhoramentos na biomedicina, por exemplo, são criados com o objetivo de melhorar e aprimorar a vida do ser humano, que por si só é um bem em si mesmo, tendo em vista que merecedor de respeito. Sabe-se que por trás destas conquistas existe certo interesse econômico quanto as pesquisas, porém esse seria uma assunto para um outro debate. O feto anencéfalo deve ser analisado com base na realidade social vivenciada, onde temos uma busca incessante por maior qualidade de vida e, por outro lado, uma maior valorização dos seres humanos com debilidade.

A humanidade de uma maneira geral terá interesse em se beneficiar das novas tecnologias e de uma vida com maior qualidade. Ao deficiente físico, por exemplo, será melhor estar com uma cadeira de roda elétrica do que uma manual. Ao caso da gestante de um feto anencéfalo, deverá se dar um tratamento diferenciado para a gestação, tendo em vista o presente risco de morte do feto até mesmo antes do nascimento e, fatalmente algum período após ter nascido.

Sabe-se que no Brasil existe a desigualdade social, que faz com que este tratamento não seja, ainda, ministrado de uma maneira ideal, assim como boa parte dos deficientes físicos ainda não alcançam os benefícios das novas tecnologias que foram desenvolvidas a seu favor. O que não se pode aceitar é o

uso das novas tecnologias para desvalorização da pessoa humana, tendo em vista o valor insubstituível da vida, ainda que em condições precárias.

A valorização do ser humano passa pela busca da própria autoestima, com cooperação de toda sociedade no sentido de cumprimento de seu dever moral. Deve-se levar em consideração que a decisão da gestante em uma situação delicada como a do feto anencéfalo, fatalmente estará comprometida, tendo em vista seu estado psicológico estar abalado. A decisão humana diante de uma situação que diz respeito a morte deve ser avaliada com ressalvas, para que não seja tomada de forma irracional.

Não se trata de uma simples solução clínica no sentido da técnica do procedimento a ser utilizado (uma cirurgia cesariana para antecipação de parto), pois de tudo isso irão indubitavelmente restar marcas na vida das pessoas envolvidas. Pugna-se por uma proteção a saúde psicológica da gestante pelos meios tecnológicos e humanos existentes, sem desrespeitar o anencéfalo.

Se verifica que com base nos avanços tecnológicos, se pode detectar os casos em que o cérebro já não mais comanda as funções essenciais do corpo, ocasionando a morte cerebral. Quanto ao feto anencéfalo, tal fato não pode ser considerado uma certeza, pois existem casos em que a anencefalia ocorre em diferentes graus. Nesse aspecto se coaduna com as pesquisas na área médica para se definir os critérios do novo conceito de morte, qual seja a abolição da totalidade das funções cerebrais, o que pode não ter ocorrido com o anencéfalo.

No caso da anencefalia, como a má formação cerebral pode não se dar totalmente ou, ao menos com cem por cento de certeza, não se pode verificar qual o nível de formação do encéfalo, não se teria uma certeza científica de que realmente não existiria função cerebral ativa.

Vejamos que parte dos argumentos trazidos para a liberação do aborto nestes casos de anencefalia é no sentido de que não existe um tratamento para propiciar ao anencéfalo uma vida longa ou com maior qualidade, sendo um caso em que o recém-nascido morrerá em poucas horas, dias ou semanas e que neste período de sua existência não existe função cerebral ativa, o que não está correto, pois não se tem como precisar tal intento. No caso dos fetos portadores

de anencefalia, não se sabe exatamente qual o nível de percepção da dor e dos sentimentos que possuem.

Muito embora na legislação pátria consta que a morte ocorre com a cessação da atividade encefálica, no caso da anencefalia está presente ao menos em parte a atividade encefálica. Mas vejamos que filosoficamente, mesmo que não houvesse, por se tratar de um ser humano em gestação, é merecedor de consideração e respeito, não havendo que se falar em morte cerebral, pois são distintos os casos. Seria o anencéfalo um ser racional? Não teria como saber precisamente, mas, neste caso percebe-se que a racionalidade no que tange a pessoa da gestante está presente e é esta que deve fazer jus e utilizá-la para a proteção da vida, mantendo a gestação como respeito ao ser humano em gestação.

No caso da arguição de descumprimento de preceito fundamental, observa-se que estariam diante de uma cirurgia de cesariana para antecipação do parto, ou seja, ao invés de sua realização ao final do período gestacional de quarenta semanas, seria realizada após a decisão da gestante em realizar o procedimento. Isto representaria no campo da moral kantiana um desrespeito ao imperativo categórico, pois trata-se de uma conduta que não pode ser tida como uma lei universal.

Verifica-se que a antecipação do parto (parto prematuro terapêutico) ocorre para que se realize um nascimento com maiores possibilidades de vida. No caso do anencéfalo, a antecipação do parto se daria para antecipar a chegada da morte do ser, o que afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, que estará sendo utilizada como um meio para “cessar” a chamada tortura psicológica da gestante. A intenção da ADPF 54-8 é utilizar-se da antecipação de parto com o objetivo de aborto terapêutico, antecipando a morte do bebê.

Trata-se de aborto eugênico, pois fundo na má formação congênita do anencéfalo, caso em que a gestante estaria rejeitando a criança pelo fato dessa não nascer com uma saúde perfeita ou uma aparência física que fosse a

almejada, que não faz lembrar a sua imagem e semelhança, pois trata-se de um bebe, como se dizia antigamente, com a aparência monstruosa ou defeituosa.

Normalmente as pessoas criticam de forma contundente a atitude nazista pelas práticas realizadas nos campos de concentração, porém se esquece e acaba passando despercebido a incongruência dos argumentos pois estas mesmas pessoas acabam concordando com o primado de uma busca por uma saúde perfeita, doa a quem doer, ou ao fato de estar vivendo intensamente todos os momentos de sua vida. No caso, as pessoas talvez acabem se esquecendo que a vida do ser humano não é vivida em sua totalidade de momentos sublimes de alegria ou de divertimentos, ou seja, de felicidade plena. Nos esquecemos as vezes que a realidade e os problemas sociais são diversos. Chegamos ao ponto de estar em discussão no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de aborto quando de um feto mal formado.

Esses fatores deverão ser levados em consideração na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 em trâmite no Supremo Tribunal Federal. O livre arbítrio do ser humano sofre limites? A resposta seria afirmativa, no sentido de que a dignidade do ser humano é o limitador moral da sociedade. No caso, a gestante de um feto anencéfalo tem sua liberdade como ser humano, ou seja, utilizando-se de sua autonomia e racionalidade considerada como um fim em si mesmo e não como um meio. Porém a autonomia da vontade não pode ultrapassar os limites e prejudicar a outro ser humano, muito embora sabe-se que a mulher grávida, quiçá de feto anencéfalo, merece especial atenção.

A não autorização do aborto nos casos de anencefalia não significa dizer que existe uma conduta contra a autonomia reprodutiva da mulher e muito menos discriminatória. Esta questão concerne à autonomia de procriar e escolher livremente quantos filhos terá, por exemplo. O que se aduz é que após a concepção, existe um dever de respeito para com o ser em gestação, como digno de proteção constitucional.

Infelizmente, optando pela antecipação terapêutica do parto (aborto eugênico), a mulher, não estará livre dos danos psicológicos pelos quais certamente já está passando e continuará a passar, tendo muitas das vezes um

complicador futuro, em caso de arrependimento, de ter contribuído diretamente para a abreviação da vida do nascituro.

Os argumentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54-8 suscitam que a antecipação terapêutica de parto na hipótese de gravidez de feto anencéfalo não está vedada no ordenamento jurídico e que, *in casu*, não se justifica a restrição a liberdade de escolha e à autonomia de vontade da gestante.

Nesse aspecto, não fora abordado suficientemente nas audiências públicas acerca do impacto causado na vida da mulher ou a diferença desse impacto caso realize o parto respeitado no período gestacional e também caso antecipe o parto (aborto eugênico), no sentido do que isso representará para a gestante. Também não foi suficientemente esclarecido nas audiências públicas como se realizarão os procedimentos e em que tempo ou se o sistema de saúde pública do país está preparado para realizar a antecipação terapêutica do parto (aborto eugênico).

Tendo por base, por meio do imperativo categórico, de uma tendência a não coisificação do ser humano, quando se trata de um aborto eugênico utilizado como uma técnica impeditiva do direito à vida, frente a autonomia reprodutiva da mulher e a uma conseqüente a afronta a saúde psicológica, percebe-se que moralmente estaria se atingindo diretamente as reflexões racionais quanto ao imperativo categórico: “Age como se a máxima da tua acção se devesse tornar, pela tua vontade, em lei universal da natureza”<sup>270</sup>, pois tal prática instrumentaliza o ser humano ao ponto de não se considerar o respeito para com o ser em gestação.

Sob outro viés, sendo a gestação um fato social em que toda gestante poderá estar sujeita, que acarreta um risco para quem está grávida a possibilidade de estar gestante de um feto com anencefalia, a autonomia reprodutiva da mulher deve ceder espaço à tolerância com os limites éticos que lhe permitirão tomar uma decisão pela permanência da sua gravidez, tendo em

---

<sup>270</sup> KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005. p. 62.

vista a indisponibilidade do direito a vida, bem como um apoio do Estado quanto ao acompanhamento médico necessário para contornar a situação. Não vejo como coerente o argumento de que existe a afronta a saúde psicológica da gestante como fundamento do aborto eugênico, tendo em vista que se fosse autorizado o aborto, existiria todo o impacto psicológico a saúde da mulher que terá que passar por uma cirurgia cesariana para antecipar a morte de seu filho.

Porém, o que se deve ter em mente é um acompanhamento especial para a mulher, respeitando-se o direito a vida do anencéfalo, como ser humano a ser respeitado como um fim em si mesmo, e concomitantemente, acompanhar-se essa gestante por meio de um corpo clínico e psicológico especializado, respeitando-se a situação vivida e a dignidade da gestante. Ou seja, o pré-natal que, bem ou mal, já está implantado no Sistema Único de Saúde, deve estar preparado para encaminhar a gestante nesses casos e dar especial atenção.

O caso do ser em gestação portador de anencefalia é apenas o início do debate quando se trata de práticas abortivas. Nota-se que, verificando os inúmeros problemas sociais que o aborto acarreta para a sociedade, não será a autorização ou a desautorização do aborto que resolverá a questão.

A análise realizada na pesquisa é no sentido de sempre valorizar o ser humano, não autorizando exceções quanto se trata de proteção ao ser humano como um fim em si mesmo, sob a matriz teórica kantiana, considerando sempre o ser humano como digno de respeito por ser uma realidade moral, onde a responsabilidade caberá a cada um de nós, no cumprimento do dever moral de respeito à vida, independentemente da opinião particular, contra ou a favor do aborto.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Roberto. "Liberdade" e "Dignidade" da Pessoa: dois paradigmas opostos ou complementares na Bioética?. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLER, Ieticia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Tradução de Fernanda Muraro Bonatto. Revisão de Judith Martins-Costa. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ALBANO, Lilian Maria José. **Biodireito: os avanços da genética e seus efeitos ético-jurídicos**. São Paulo: Atheneu, 2004.

ALVES, João Evangelista dos Santos. Direitos Humanos, Sexualidade e Integridade na Transmissão da Vida. p. 217-233. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (org.). **A Vida dos Direitos Humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1999.

AMY, Jean-Jacques. Aborto Eugênico e Terapêutico. p. 37-39. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). Tradução de Maria Carvalho. **Nova Enciclopédia da Bioética**. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

ANENCEPHALIE. **Amanda Marie**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/amanda.php>>. Acessado em: 10 out. 2011.

\_\_\_\_\_. **Perguntas mais Frequentes sobre Anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acessado em: 24 ago. 2011.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio Filosófico sobre a Dignidade: antropologia e ética das biotecnologias**. Tradução de Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **A Idéia de Pessoa Humana e os Limites da Bioética: novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro / São Paulo: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. Bioética, Liberdade e a Heurística do Medo. P. 233-248. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, Jose Luiz Bolzan de (orgs.). Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

\_\_\_\_\_. Bioética, Responsabilidade e Sociedade Tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith; MOLLEER, Letícia Ludwig (orgs.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética. p. 104-108. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. **O Fetiche dos Direitos Humanos e Outros Temas**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

\_\_\_\_\_. O Vaso de Pandora da Biotecnologia: impasses éticos e jurídicos. p. 663-683 In: TORRES, Heleno Taveira (coord.). **Direito e Poder**: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos, estudos em homenagem a Nelson Saldanha. São Paulo: Manole, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Artigos, Pareceres, Memoriais e Petições**. 2005. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/revista/Rev\\_70/Artigos/Art\\_Luis.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/Artigos/Art_Luis.htm). Acesso em: 01 set. 2011.

BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et al (orgs.). **Teoria da Constituição**: estudos sobre o lugar da política no Direito Constitucional. v. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BEUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. **Princípios de Ética Biomédica**. São Paulo: Loyola, 2002.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. Tradução de Dankwart Bernsmüller. São Leopoldo: Unisinos, 2000.

BLONDEAU, Danielle. Qualidade de Vida. p. 561-562. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noël (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis. A Jurisprudencialização da Constituição: de que estado estamos falando?. p. 41-52. In: STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. PPGD – Anuário n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BOURGUET, Vicent. **O Ser em Gestação**: reflexões bioéticas sobre o embrião humano. São Paulo: Loyola, 2002.

BRAGATO, Fernanda. Individualismo. p. 468-471. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

BRANDÃO, Dornival da Silva. O Embrião e os Direitos Humanos: o aborto terapêutico. p. 15-58. In: PENTEADO, Jaques de Camargo; DIP, Ricardo Henry Marques (orgs.). **A Vida dos Direitos Humanos**: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999.

BRANDÃO, Darnival da Silva. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

CASADO, Maria. Clonagem: uma questão de responsabilidade. Tradução de Lourenço Floriani Orlandini. p. 95-112. In: MARTINS-COSTA, Judith; MÖLLER, Letícia Ludwig (org.). **Bioética e Responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CERQUEIRA, Elizabeth Kipman. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética Segundo o Enfoque da Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da Vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ENGELHARDT, H. Tristram; ILTIS JR., Ana Smith. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. São Paulo: Loyola, 1998.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. Princípio da Beneficência. p. 495-498. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

ENGELMANN, Wilson. **Direitos Bio-Humano-Éticos: os humanos buscando 'direitos' para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias**. Acesso em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2011.

FIGUEIREDO, Eurico de Lima. Utilitarismo. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

GILLIGAN, Carol. **Teoria Psicológica e Desenvolvimento da Mulher**. Tradução de Natércia Rocha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

GOFFI, Jean-Yves. Ética Utilitarista. p. 669-672. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

\_\_\_\_\_. Vida e Nascimento Prejudiciais. p. 675-677. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

GUIMARÃES, Almir Ribeiro. **A Vida Vale Mais! o tema do aborto**. São Paulo: Loyola, 1994.

HABERMAS, Jürgen. **O Futuro da Natureza Humana: a caminho de uma eugenia liberal?**. Tradução de Karina Nannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HANSON, Bernard. Princípio da Autonomia. p. 70-72. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **A Questão da Técnica**. Disponível em: <[http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05\\_03\\_05.pdf](http://www.scientiaestudia.org.br/revista/PDF/05_03_05.pdf)>. Acesso em: 05 out. 2011.

HOTTOIS, Gilbert. Biodireito. p. 95. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

\_\_\_\_\_. Bioética. p. 109-115. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

JUNGES, José Roque. A Concepção Kantiana de Dignidade Humana. **Estudos Jurídicos**. São Leopoldo: Unisinos, v. 1. quadr. 1971-2005 / sem. 2006.

\_\_\_\_\_. Aborto. p. 19-23. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

\_\_\_\_\_. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006.

\_\_\_\_\_. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Introdução de Pedro Galvão e Edições 70. Lisboa: Biblioteca Nacional de Portugal, 2005.

KEATING, Bernard. Pessoa Potencial. p. 521-522. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

KENIS, Yvon. Direito à morte. p. 488-489. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LANGLOIS, Anne. Dignidade Humana. p. 232-235. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

LEÃO JUNIOR, Paulo Silveira da Silva. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

MAMMANA, Caetano Zamitti. **O Aborto**. São Paulo: Letras, 1969.

MARTINS, Roberto Vidal da Silva. **Como se Faz um Aborto**. Disponível em: <<http://www.portaldafamilia.org/scpainel/cart015.shtml>>. Acesso em: 04 out. 2011.

\_\_\_\_\_; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

\_\_\_\_\_. Direito a Vida desde a Concepção versus Aborto: do fim do século XX aos primórdios do século XXI. p. 09-84. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MARTINS, Roberto Vidal da Silva; MARTINS FILHO, Ives Gandra. **A Questão do Aborto**: aspectos jurídicos fundamentais. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

MENDES, Alexandre Fabiano. Liberdade. p. 534-538. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MILOVIC, Miroslav. Kant, Immanuel. p. 498-501. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

MISSA, Jean-Noël. Morte Cerebral. p. 489-492. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

NEDEL, José. **Ética Aplicada**: pontos e contrapontos. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

NOUR, Soraya. Autonomia. p. 76-80. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

OLIVEIRA, Luciano Santa Rita. **Tecnólogo em Radiologia**. Disponível em: <[http://www.lucianosantarita.pro.br/ultra\\_som.html](http://www.lucianosantarita.pro.br/ultra_som.html)>. Acesso em: 06 out. 2011.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PESSINI, Leocir; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Problemas Atuais de Bioética**. São Paulo: Loyola, 1991.

PRAXEDES, Herbert. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

RAMOS, Dalton Paula. Vida: o primeiro Direito da Cidadania. In: FERREIRA, Alice Teixeira et al. **Vida: o primeiro Direito da Cidadania**. Goiânia: Bandeirante, 2005.

RESISTIMOS. **Tribunais Condenam o “Erro de ter Nascido”**. Disponível em: <<http://resistimos.blogspot.com/search?q=erro+de+ter+nascido>>. Acessado em: 08 jul. 2011.

RIBEIRO, Luiz Antônio cunha. Responsabilidade. p. 720-723. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SALVI, Maurizio. Princípio da Justiça. p. 49-51. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite. **Morte Encefálica e a Lei de Transplante de Órgãos**. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana Parte I. p. 212-220. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (coord.). **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

STF – Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)>. Acesso em: 10 out. 2011.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto Eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2011.

TESSARO, Anelise. **Aborto Seletivo**. Curitiba: Juruá, 2008.

TUGENDHAT, Ernst. **Lições sobre Ética**. Tradução do grupo de doutorandos do curso de pós-graduação em Filosofia da Universidade do Rio Grande do Sul. Revisão e organização da tradução de Ernildo Stein. Petrópolis: Vozes, 2009.

VEJA. **Curetagem após Aborto Lidera Cirurgias no SUS**. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/saude/curetagem-apos-aborto-lidera-cirurgias-no-sus>>. Acesso em: 20 abr. 2011.

VERSPIEREN, Patrick. Critérios de Morte. p. 485-488. In: HOTTOIS, Gilbert; MISSA, Jean Noel (orgs.). **Nova Enciclopédia da Bioética**. Tradução de Maria Carvalho. Lisboa: Instituto Piaget, 2003.