

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

JANAÍNA MACHADO STURZA

SÉBASTIEN KIWONGHI BIZAWU

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

B615

Biodireito e direitos dos animais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Heron José de Santana Gordilho; Janaína Machado Sturza; Sébastien Kiwonghi Bizawu – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-898-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Bio direito. 3. Direito dos animais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

Apresentação

BIODIREITO E DIREITOS DOS ANIMAIS

O VII Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) – maior encontro da pesquisa e pós-graduação jurídica do país, teve como tema “A Pesquisa Jurídica na Perspectiva da Transdisciplinaridade”, que aconteceu entre os dias 24 e 28 de junho de 2024, sendo realizado inteiramente online. O evento teve como objetivo proporcionar um espaço democrático e integrador para pesquisadores, acadêmicos e profissionais do Direito de todas as regiões do Brasil e do exterior.

Neste contexto, o GT Biodireito e Direitos dos Animais contou com 21 trabalhos de grande relevância no que concerne às mais diferentes possibilidades de interlocução com as pautas vinculadas ao biodireito e aos direitos dos animais, sendo que, para uma melhor discussão dos temas durante o evento, dividiu-se o GT em três blocos. O primeiro bloco tratou dos direitos ambientais; o segundo bloco tratou dos direitos dos animais e o terceiro e último bloco tratou sobre bioética.

As interlocuções estabelecidas a partir das discussões vinculadas às pautas do Biodireito e dos Direitos dos Animais, demonstradas pelos diferentes trabalhos apresentados, asseveram que, de fato, a sociedade está em um processo de reconstrução e de muitas transformações.

Janaína Machado Sturza – UNIJUI

Heron José de Santana Gordilho – UFB

Sébastien Kiwonghi Bizawu – Escola Superior Dom Helder Câmara

O DEBATE DO INÍCIO DA VIDA: A PARTIR DA ANÁLISE SOBRE O ABROTO DO ANENCÉFALO

THE DEBATE OF THE BEGINNING OF LIFE: FROM THE ANALYSIS OF THE ANENCEPHALIC ABORTION

**Cíntia Rosa Pereira de Lima
Marta Rodrigues Maffeis**

Resumo

O rol dos direitos da personalidade é amplo e abrange o direito à vida, que é fundamental para a efetividade de todos os direitos e obrigações que vinculam o ser humano. Por outro lado, protege-se o direito à liberdade e privacidade. Assim, o aborto envolve este polêmico debate, que foi reaberto em 2023 pela Suprema Corte norte-americana. Neste sentido, como o aborto do anencéfalo não está regulamentado em lei, mas apenas decisões judiciais e normativas deontológicas, importante reafirmar o tema para evitar retrocesso social. Portanto, o objetivo deste artigo é demonstrar que os argumentos que embasaram a ADPF 54/DF do STF continuam válidos, pois a vida do anencéfalo é inviável não justificando obrigar a gestante ao sofrimento de ultimar a gestação correndo inclusive risco de morte. Para realizar esta pesquisa, utiliza-se o método indutivo, pois se parte de situações específicas como esse julgamento e a ADI 3510 do STF (que lidou com o início da vida) para validar a possibilidade de interromper a gestação do feto anencéfalo.

Palavras-chave: Direito à vida, Direito à privacidade, Dignidade da pessoa humana, Anencefalia do feto, Aborto

Abstract/Resumen/Résumé

The list of personality rights is broad and encompasses the right to life, which is fundamental for the effectiveness of all rights and obligations that bind human beings. On the other hand, the right to liberty and privacy is protected as well. Thus, abortion involves this controversial debate, which was reopened in 2023 by the U.S. Supreme Court. In this sense, as the abortion of the anencephalic is not regulated by law, but only by judicial decisions and deontological norms, it is important to reaffirm the theme to avoid social regression. Therefore, the objective of this article is to demonstrate that the arguments that supported ADPF 54/DF of the Brazilian Supreme Court are still valid, because the life of the anencephalic is unviable, not justifying forcing the pregnant woman to suffer to end the pregnancy, including the risk of death. To carry out this research, the inductive method is used, because it is based on specific situations such as this judgment and the ADI 3510 of the Brazilian Supreme Court (which dealt with the beginning of life) to validate the possibility of interrupting the pregnancy of the anencephalic fetus.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to life, Right to privacy, Dignity of the human person, Anencephaly of the fetus, Abortion

Introdução

A tutela jurídica da vida é um tema extremamente polêmico porque sua discussão não se esgota na esfera jurídica. Ao contrário, o Direito busca em outras ciências elementos para orientar na fixação do início e término da vida, caracterizando-se como um tema altamente transdisciplinar. Além do Direito, outras ciências estudam o tema seja a partir de valores éticos, religiosos, filosóficos, morais, dentre outros. No entanto, este artigo científico procura trazer uma análise sobre o tema isenta de juízo de valor ou de convicções pessoais. Isto porque a gestação envolve um complexo jurídico de direitos em que se destacam dois núcleos irradiadores de tutela jurídica, quais sejam: o da gestante e o do feto (que está sendo gerado).

Portanto, o início da vida não é um dado a ser determinado por uma manifestação do tribunal, o que foi destacado no julgamento da ADI 3510 do STF, que será analisada neste artigo. Na verdade, este tema vai além, pois o Judiciário carece de conhecimento técnico e biomédico para definir o início da vida humana. Quanto ao término da vida humana, em razão de política legislativa, a Lei de Transplantes de Órgãos (Lei n. 9.434/97) definiu o critério da morte encefálica (art. 3º). Neste sentido, com o diagnóstico da morte encefálica, autoriza-se o desligamento dos aparelhos e a retirada dos órgãos para fins de transplantes.

Neste contexto, discute-se a tormentosa possibilidade de aborto do feto anencéfalo. Isto porque envolve os direitos da gestante em optar pela interrupção da gestação fundamentando no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por outro lado, para rebater a possibilidade de aborto do feto anencéfalo, defende-se os direitos do embrião que está sendo gerado, ainda que cientificamente não haja expectativa de sobrevivência do embrião nestas condições.

Assim, a hipótese de pesquisa é a interrupção da gestação inviável deve ser (in)admitida pelo direito. A partir do levantamento doutrinário e jurisprudencial, o artigo evidencia a dificuldade de se definir o início da vida, ideia que por vezes oscila nas orientações dos tribunais.

O aborto tem sido debatido desde o famoso caso *Roe vs. Wade* (410 US 113, 1973), uma bandeira levantada por algumas advogadas recém graduadas da faculdade de direito da Universidade do Texas (Linda Coffee e Sarah Weddington), que em defesa de Jane Roe, sustentaram ser o aborto um direito da mulher. No caso, Jane Roe alegava que não era casada e que estava grávida, desejando interromper sua gravidez por um médico sob condições clínicas e

seguras, sendo que o Estado do Texas não o permitia e que ela não tinha recursos financeiros para se locomover a outro Estado da federação que permitia esta intervenção médica. O Tribunal do Distrito do condado de Dallas (Texas) entendeu ser possível a interrupção da gestação de Jane Roe, no entanto, opinou contrariamente à legalização do aborto.

O caso foi levado até a Suprema Corte Norte Americana, tendo arguido o caso em 13 de dezembro de 1971, e decidido em 22 de janeiro de 1973 favoravelmente ao direito da mulher em interromper a gestação com base no direito à privacidade, sob o fundamento do devido processo legal (14ª emenda à Constituição Norte Americana). Assim, permitiu-se o aborto dentro do primeiro trimestre de gestação, declarando inconstitucionais os arts. 1.191 – 1.194 e art. 1.196 do Código Penal do Estado do Texas, que tipificava a prática do aborto como crime.

O fundamento da decisão que permitiu o aborto foi a 14ª emenda da Constituição norte-americana que traz o conceito de privacidade pessoal como sendo a liberdade de conduzir sua vida privada sem interferências do Poder Público. Combinando com o disposto na 19ª emenda, estabelece-se o direito da mulher de decidir se quer ou não interromper sua gravidez

Todavia, o Estado do Texas aprovou uma lei proibindo o aborto após a 24ª semana de gestação (respeitando o primeiro trimestre de gestação, em que a Suprema Corte declarou que o aborto era permitido).

O tema foi rediscutido em diversas ocasiões (tendo sido reafirmado em 1992 no caso *Casey*), sendo a mais recente em 24 de junho de 2022, quando aquela Corte anulou a decisão anterior, concluindo que o aborto não era um direito assegurado pela Constituição dos Estados Unidos, numa votação de 6 a 4, gerando uma grande repercussão nacional.

No Brasil, o aborto não é reconhecido como um direito subjetivo da mulher, salvo em situações de risco à vida da gestante e gestação resultante de crime sexual. Também não se menciona a possibilidade de aborto por inviabilidade de sobrevivência do feto, como ocorre no caso da anencefalia, hipótese essa que gerou intensos debates jurídicos.

No mesmo sentido, o Código de Ética Médica brasileiro reconheceu a possibilidade do médico praticar aborto apenas nas hipóteses em que o Código Penal admite a prática, excluindo sua ilicitude, ou seja, quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gestação for fruto de crime sexual

Portanto, este artigo científico é desenvolvido com base nos métodos dedutivo, indutivo e dialético. O método dedutivo revelou-se útil por partir de uma generalização, ou seja, o início

da vida dá-se com o nascimento com vida para demonstrar a omissão em se reconhecer o direito à interrupção da gestação. O método indutivo é relevante para a construção da conclusão em que se reconhece que o anencéfalo não tem perspectiva de vida, portanto, não seria uma afronta ao direito à vida. E o método dialético é importante para se levar em consideração diversos argumentos a fim de construção de um silogismo maduro e conectado com a dinâmica social.

1 O debate acerca do aborto no Brasil

Para os antigos, o aborto era permitido porque o feto era visto como **parte do corpo da mãe** (*pars viscerum matris*) que dele podia dispor.¹

Com o advento do *telescópio eletrônico*, por volta da Segunda Guerra Mundial, os estudos sobre a *biologia molecular e celular* puderam ser aprofundados, e a polêmica questão acerca do início da vida obteve alicerces científicos. Hodiernamente, está comprovado de forma científica que desde a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, em que a carga genética do óvulo combinada com a carga genética do espermatozoide, resulta em um indivíduo único, com sua própria carga genética (*DNA*).

O problema todo se resume em se definir o momento em que se inicia a vida. Se a vida começa desde a concepção, então a ordem constitucional da inviolabilidade da vida deve ser tutelada também para o nascituro. Este é um sujeito de direito, e tem seus direitos assegurados desde a concepção (art. 2º CC/02). Neste sentido é a posição de Carlos Alberto Bittar (1999, p. 66).

Todavia, há uma divergência entre a ciência do Direito e a Medicina: para os médicos, a vida tem início com a nidação (fixação do zigoto no colo uterino), só a partir deste momento é que se pode falar em aborto; entretanto, o Direito, como mencionado, considera aborto a eliminação do zigoto a partir da fecundação.

O aborto pode ser conceituado segundo Mirabete (2000, p. 93) como a “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção”, compreendendo tanto a destruição do ovo (até três semanas de gestação), como do embrião (de três semanas a três meses de gestação) ou do feto (após três meses de gestação), sendo irrelevante sua expulsão, que pode ocorrer

¹ “*Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur [...] antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*”. *Digesto* 25. 2.9.1

posteriormente em um procedimento de curetagem, por exemplo, ou quando o organismo da mulher expelle naturalmente o produto da concepção destruído.

Existem três espécies de aborto, que no Direito Brasileiro são tipificados como crime pelo Código Penal: a) auto-aborto, praticado pela própria gestante em si mesma; b) aborto consentido pela gestante, aquele que é praticado por outrem com o consentimento da gestante, geralmente, a pedido desta; e c) aborto dissensiente, provocado por terceiro e sem o consentimento da gestante.

Os dois primeiros estão tipificados no art. 124 do Código Penal: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos”. A gestante responde pelo crime do art. 124. Já aquele que provocou o aborto com o consentimento da gestante responde no art. 126 do Código Penal, que prevê uma pena maior: “Pena – reclusão de um a quatro anos”.²

Já o aborto dissensiente é punido com maior rigor (pena de reclusão de três a dez anos, segundo o art. 125 do Código Penal: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante: Pena – reclusão de três a dez anos”).³

O parágrafo único do art. 126 do Código Penal presume sem consentimento o aborto realizado em quem não é maior de 14 anos, e se for “alienada ou débil mental”⁴. Da mesma forma responde se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Nestas modalidades de aborto, no âmbito do direito civil, o direito à vida é tutelado pelo art. 12 do CC/02. Mas se foi provocado pela gestante ou com o consentimento dela, por óbvio que a própria gestante não poderá reclamar a tutela do direito da personalidade do feto abortado com fundamento na vedação do *venire contra factum proprium*. Neste caso, terão legitimidade os elencados no parágrafo único deste mesmo artigo: o pai do feto e os demais parentes consanguíneos ou colaterais até o quarto grau.

Mas há alguns abortos que são permitidos por lei, trazendo à tona a polêmica e infundável discussão acerca da disponibilidade da vida de um ser humano. No Brasil, há duas

² O Anteprojeto do Código Penal atenua a pena para a gestante que provocou o aborto ou consentiu que outrem o fizesse no art. 124: “Pena – detenção, de seis meses a dois anos, **podendo o juiz, conforme as circunstâncias, deixar de aplicar a pena.**” O Anteprojeto do Código Penal atenua a pena para aquele que provoca o aborto no art. 125, inciso I, que de reclusão passou para detenção de um a quatro anos.

³ Esta pena também é alterada pelo Anteprojeto de Código Penal no inciso II do art. 125: “Pena – reclusão, de quatro a oito anos.”

⁴ Expressões ainda mantidas pela lei, mas que caíram em desuso no ordenamento jurídico brasileiro diante da publicação do Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146/2015.

espécies de abortos permitidos: a) **aborto terapêutico ou necessário**, previsto no art. 128, I do CP. Neste caso há dois “valores-vida”, o da mãe e o do feto, sendo que nesta hipótese, a lei privilegia o da mãe, mesmo porque esta poderá gerar outras vidas, além disso, configura-se o estado de necessidade da mãe;⁵ e b) **aborto sentimental ou humanitário**, previsto no art. 128, II do CP. Esta hipótese é ainda mais polêmica, já que certos setores da sociedade não o admitem afirmando que não há motivos que o justifique, já que nesse caso a gravidez resulta de estupro e o aborto só poderá ser realizado por médico se precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.⁶

O Anteprojeto de Código Penal, no inciso III do art. 127 acrescenta mais uma modalidade de aborto que será permitido pela legislação brasileira – o **aborto piedoso ou eugênico**, tornando lícita a prática quando houver fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de que o nascituro apresente graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável para a vida extrauterina, mas para tanto requer-se o consentimento da gestante (§ 1º, art. 127 do Anteprojeto do Código Penal).

O Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito desse tema no julgamento da ADPF n. 54 de junho de 2004, julgada em 12 de abril de 2012, em que por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente.

No Brasil houve várias tentativas no sentido de descriminalizar o aborto, mas nenhuma delas logrou êxito. *Eva Blay*, quando senadora, apresentou o Projeto de Lei n.º 78/93 (junho de 1993) que descriminalizaria o aborto. Apresentando outro Projeto de Lei n.º 28/93 sobre o planejamento familiar, enfatizando o acesso à educação e orientação para homens e mulheres para todas as camadas sociais. O art. 1º do Projeto n.º 78/93 permitia livremente a prática do aborto até a 12ª semana de gestação, sendo que a partir de então o aborto seria ainda permitido

⁵ Art. 128, inciso I: “Não se pune o aborto **praticado por médico**: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;”

⁶ O Anteprojeto de Código Penal é mais amplo, pois isenta de pena o aborto se a gravidez se resulta da prática de crime contra a liberdade sexual (inciso II do art. 127).

até a 25ª semana de gestação, desde que o feto estivesse acometido de anomalias graves. (CHAVES, 1994, p. 48)

Na exaurida oportunidade de revisão constitucional (art. 3º do Ato das Disposições Transitórias), houve muitas discussões sobre a possibilidade de se permitir o aborto. Mas apesar das posições que eram favoráveis à descriminalização, Ives Granda Martins, dentre outros, posicionou-se contra o aborto, justificando que a vida é um direito natural, e o direito positivo não pode lhe contrariar. Por isso se mantiveram proibidas a pena de morte,⁷ o aborto e a eutanásia quando da revisão constitucional.

José Genuíno, quando deputado, apresentou o Projeto de Lei n.º 3.465/89 **a favor do aborto**, em 1991, este projeto permitia o aborto até 90 dias após a concepção, mediante simples reivindicação da gestante, assegurando que esta cirurgia pudesse ser realizada em qualquer hospital da rede pública. Entretanto, não se deu seguimento a este projeto de lei, que foi retirado pelo então deputado em 1993.

A grande maioria da doutrina brasileira posiciona-se contrária à descriminalização do aborto, dentre estes, Maria Helena Diniz (2002, p. 102) e Maria Garcia (1998, p. 82), sob o principal argumento de tutela do direito à vida.

2. Direito à vida:

É difícil elaborar um conceito do termo “*vida*”. José Afonso da Silva (1998, pp. 196 – 197) a define como um *processo dinâmico*, que se transforma incessantemente, segundo ele: “A vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, *caput*, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais).”

O direito à vida é um dos direitos da personalidade, via de regra, básico e necessário para que se possibilite o exercício dos demais direitos da personalidade, como o direito sobre o próprio corpo, direito à honra, direito à liberdade, direito ao recato, direito à imagem, direito ao nome, direito moral de autor, etc., já que há possibilidade destes direitos serem tutelados após a

⁷ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 202: “Houve três tendências no seio da Constituinte. Uma queria assegurar o direito à vida, *desde a concepção*, o que importava em proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo que a concebesse ou a recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. A terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando nem admitindo o aborto.” A nosso ver, esta terceira corrente predominou, pois não há dispositivos em específico sobre o aborto na Constituição Federal de 1988.

morte de seu titular. Tanto é assim que o parágrafo único do art. 12 do CC/02, que trata sobre a **tutela geral dos direitos da personalidade**, elenca um rol dos legitimados para requerer tal tutela em se tratando de morto, que seriam o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Para guiar esta investigação, faz-se mister expor os principais princípios que regem o direito à vida, o que será feito a seguir.

2.1 Princípio da inviolabilidade do direito à vida

O direito à vida é importante porque ele condiciona todos os demais direitos da personalidade. Por isso o constituinte inseriu-o, dentre outros (liberdade, igualdade, segurança e propriedade), como um *direito fundamental básico*.

Na CF de 1824 o art. 179, que tratava dos direitos e garantias fundamentais, nada constou sobre o direito à vida em específico. Já na CF de 1891 (Constituição Republicana) no art. 72 continha expressamente a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à segurança individual e à propriedade, mas, também, não mencionou nada expressamente a respeito do direito à vida. O mesmo ocorreu no art. 113 da CF de 1934, sendo seu texto repetido no art. 122 da CF de 1937.

Isto se deve ao fato de que a vida era vista como algo imanente ao ser humano, isto é, um *direito inato, originário, imemorial, natural*, sendo um direito natural, não necessitava de positivação para ser protegido.

O termo direito à vida surgiu pela primeira vez na CF de 1967, art. 150, que foi repetido pelo art. 153 da Emenda 1ª de 1969, e, hoje o art. 5º, *caput*, da CF de 1988. A Magna Carta vigente consagrou a inviolabilidade do direito à vida como um direito e garantia fundamental, protegido sob o manto das *cláusulas pétreas* por força do § 4º, inc. IV, do art. 60 da CF/88.

Para Carlos Alberto Bittar (1999, p. 97), a indisponibilidade do direito à vida é absoluta, não podendo fazer distinções se o nascimento foi natural ou artificial (*in vitro* ou inseminação artificial), se a pessoa esteja em estado de vida vegetativo, ou se está acometida de uma moléstia grave que lhe cause imenso sofrimento. Mesmo nestes casos o direito à vida deve ser respeitado acima de tudo. Aliás, ele faz a distinção de que não se trata de *direito sobre a vida, mas sim de*

*direito à vida*⁸, em que se entende que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir sua missão própria dentro da sociedade.

Para Adriano de Cupis (1961, p. 51), os direitos da personalidade (dentre estes, o direito à vida) são intransmissíveis e indisponíveis, não podendo alterar seu titular pela própria natureza do objeto, nem mesmo com a anuência do titular. Portanto, incluiu este direito na categoria *excepcional de direitos sobre os quais o sujeito não tem poder jurídico*, sendo classificados “*como direitos com conteúdo mais restrito que o normal, ou como direitos que não são acompanhados por uma faculdade paralela de disposição*”.

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Este princípio deve ser o norte para os aplicadores do direito, pois é o fundamento do Estado Democrático de Direito segundo consta do art. 1º, inciso III da CF/88.

Tal princípio é de importância ímpar para o estudo dos direitos da personalidade, tanto é assim, que Orlando Gomes (2001, p. 148) insere-o em sua definição da expressão “*direitos da personalidade*”.

O princípio da dignidade da pessoa humana está na ordem do dia, e isso se deve muito aos grandes avanços científicos e tecnológicos, mas já na década de 70 a Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu uma Declaração sobre a Utilização do Progresso Científico e Tecnológico no Interesse da Paz e em Benefício da Humanidade – Res. 30/22, de 10 de novembro de 1975⁹.

Sendo assim, como bem assinala Maria Helena Diniz (2002, p. 18): “Para a bioética e o biodireito a vida humana não pode ser uma questão de mera sobrevivência física, mas sim de vida com dignidade.”

Aliás, o fundamento constitucional dos direitos da personalidade é a *dignidade da pessoa humana*, segundo aponta a doutrina (NÉRY JÚNIOR; NÉRY, 2003, p. 157).

⁸ Distinção feita pela primeira vez por: CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Morais, 1961. p. 63.

⁹ Declaration sur l'utilisation du progrès de la science et de la technique dans l'intérêt de la paix au profit de l'humanité. (tradução livre)

2.3 Princípio da ampla tutela do direito à vida

Diz-se que há uma ampla tutela do direito à vida por ser este um *direito irrenunciável e inviolável*. Assim goza de proteção tanto no âmbito do Direito Público (Penal e Constitucional), como no âmbito do Direito Privado.

O direito à vida sempre foi tutelado pelo Direito Penal, que prevê penas restritivas de liberdade àqueles indivíduos que matarem alguém (homicídio – art. 121 do CP); que iniciarem a idéia em alguém de tirar sua própria vida ou fornecendo-lhe meios para tanto (induzimento, instigação ou auxílio a suicídio – art. 122); que matarem seu próprio filho durante ou logo após o parto sob estado puerperal (infanticídio – art. 123 do CP); que interromperem a sua própria gestação ou de outrem (aborto – arts. 124 – 128 do CP), etc.

O grande problema da tutela publicista do direito à vida é a tipicidade fechada, ou seja, as infrações que não se enquadrarem nos moldes das letras das leis ficariam sem resguardo pelo direito.

Já a tutela civilística destes direitos alarga as hipóteses de atuação do direito na proteção dos mesmos, esta é a maior vantagem de se assegurar a **tutela geral do direito à vida** (MATTIA, 1978, p. 35). No âmbito do Direito Civil, o direito à vida é tutelado como um direito da personalidade pelo art. 12 do CC/02.

Hodiernamente, pode-se afirmar que o direito à vida goza de ampla tutela. O problema está no direito de reclamar perdas e danos que traz à tona a antiga discussão da valoração do dano moral. No que se refere ao direito à vida, tal questionamento intensifica-se, vez que o direito à vida é indisponível e extrapatrimonial, dificultando sua expressão em moeda corrente.

Desta forma, estes princípios devem ser aplicados em convivência harmoniosa. No entanto, estes princípios não respondem à questão sobre o início da vida, que foi abordada superficialmente pela ADI 3510 do STF.

3 Início da vida (ADI 3510)

O problema de se determinar o início da vida não se resume ao aspecto jurídico. Esta questão já foi objeto de debate entre os civilistas que se dividem entre algumas teorias sobre a tutela jurídica dos direitos do nascituro.

O vocábulo nascituro deriva do latim *nasciturus*¹⁰, também tido no Direito Romano como sinônimo de *conceptus*, segundo o brocardo latino *conceptus pro iam nato habetur*, significando que a capacidade jurídica da pessoa é determinada desde o momento da concepção.

Não se deve confundir a figura do nascituro, que é a prole já concebida, com a *prole eventual*, que é a que pode vir a ser concebida ou não, que também é tutelada pelo Direito (arts. 1.799, inciso I e 1.952 do CC/02).

Quanto a isto, a doutrina francesa se divide em duas correntes (POUSSON-PETIT, 1998, p. 505). A primeira enfatiza o **caráter fictício do nascituro** como sujeito de direito, porque para tanto ele deve nascer com vida, e esta deve ser viável, para só então se lhe atribuir direitos retroativamente, isto é, desde sua concepção. Para esta corrente, o nascituro seria um *non-sujet de droit*, o que leva à conclusão de que faz parte do corpo de sua mãe. Sendo assim, esta corrente concebe o nascituro como um **sujeito de direito condicional**, ou seja, só será verdadeiramente um sujeito de direito se nascer com vida e esta for viável.

A segunda corrente adota a posição de que o **nascituro é um ser humano**, e assim, é **um sujeito de direito** cuja capacidade de gozo é parcial, ou seja, é uma situação peculiar, pois ele só é titular de direitos, não contrai obrigações. Além disso, seus direitos são relativos, já que por vezes podem conflitar com os de sua mãe.

Para Orlando Gomes (2001, p. 144), o nascituro é equiparado à pessoa porque o art. 2º do CC/02 ressalva seus direitos desde a concepção. Assim, para esta teoria, a vida inicia desde a concepção. No entanto, o nascituro não é pessoa, não tem direito adquirido, mas só **expectativa de direitos** (*direitos in fieri*), isto é, tem **direitos condicionais** ou **eventuais**, sob a condição de nascer com vida. Há poucas exceções a esta regra, como a possibilidade de doação para nascituro; de um nascituro figurar em testamento; e do reconhecimento do nascituro como filho antes mesmo de seu nascimento.

A solução deve mudar com relação aos **embriões**, questão moderna, na medida em que proliferaram **as técnicas de reprodução assistida**, como a fertilização *in vitro*, e como consequência vários óvulos fecundados, ou seja, vários embriões estão armazenados (congelados), denominados de *embriões pré-implantatórios*, à espera de uma chance de vir a serem implantados no útero para poderem se desenvolver e adquirir uma viabilidade de vida.

¹⁰ D. 1.5.7. Papin.

Para a doutrina tradicional a vida tem início no ventre materno, isto porque não contava com o desenvolvimento da biomedicina. Assim, o embrião humano sempre foi o resultado da fecundação do óvulo pelo espermatozóide, todavia só com a *nidação* do zigoto ou ovo, que é o momento em que o ovo se prende no colo do útero materno, é que se verificava a viabilidade da vida deste embrião.

Contudo esta posição não é pacífica, principalmente a partir das técnicas de fertilização *in vitro*, ocasionando o congelamento de milhões de embriões humanos.

Assim, a divisão da doutrina se acentuou:

A **Teoria Natalista** (Vicente Ráo, Sílvio Rodrigues) afirma que a personalidade começa com a existência, isto é, com o nascimento.

Outra, a **Teoria da Personalidade Condicional** (Miguel Maria de Serpa Lopes e Orlando Gomes) diz que a personalidade jurídica se subordina ao nascimento com vida, a este evento futuro e incerto.

Por sua vez, a **Teoria Concepcionista**¹¹ entende que a vida tem início com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, seja esta fecundação feita *in vitro* ou *in vivo*. Assim, o embrião humano deve ter seus direitos amparados pela legislação da mesma forma que o nascituro. Tanto é assim, que os adeptos desta corrente alegam os incisos IV e V do art. 1.597 do CC/02 ao mencionar na presunção de paternidade os filhos havidos na constância do casamento: os embriões excedentários decorrentes de concepção artificial homóloga e heteróloga, esta com a prévia autorização do marido.

Devido a estas argumentações, Maria Helena Diniz propôs a inclusão do embrião ao art. 2º do CC/02 no Projeto de Lei n.º 6.960 do Deputado Ricardo Fiuza.

A Lei de Biossegurança, Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, em seu artigo 5º traz as regras de utilização das células-tronco dos embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados. Em suma permite-se a utilização dos embriões congelados há três anos ou mais:

Artigo 5º - É permitida, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, atendidas as seguintes condições:

I – sejam embriões inviáveis; ou

¹¹ Dentre os adeptos desta teoria: DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2. ed. aum. e atual. Conforme o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.p. 06.

II – sejam embriões congelados há 3 (três) anos ou mais, na data da publicação desta Lei, ou que, já congelados na data da publicação desta Lei, depois de completarem 3 (três) anos, contados a partir da data de congelamento.

§ 1º Em qualquer caso, é necessário o consentimento dos genitores.

O STF decidiu sobre a alegação de inconstitucionalidade deste dispositivo, pois atenta contra a inviolabilidade de vida estabelecida no art. 5º da CF/88.

O STF não definiu, nesta oportunidade, o momento no qual se inicia a vida humana, mas sustentou que para haver vida, não basta a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, mas também que deve haver viabilidade. Ainda, determinou que o descarte de embriões excedentários não caracteriza o aborto.

4 Aborto por anencefalia do feto

A definição sobre a possibilidade de aborto por anencefalia do feto levantou muitos debates na doutrina e jurisprudência. A primeira sentença que autorizou o aborto por anencefalia do feto foi proferida em Rondônia em 1989, em que se destacou a inviabilidade da vida com base nos dados científicos a seguir tratados.

4.1 Caracterização da anencefalia do feto

A biomedicina caracteriza a anencefalia como a ausência do encéfalo devido a má formação do tubo neural, o que ocorre entre o 16º e o 26º dia de gestação, quando se verifica a ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos que a ele se sobrepõem e grau variado de má formação e destruição dos esboços do cérebro exposto. (LEMIRE, 1978)

O diagnóstico é facilmente feito por um ultrassom com 100% de certeza. É uma doença rara, entretanto, segundo dados da Organização Mundial de Saúde, o Brasil é o quarto país no mundo com maior incidência desta anomalia. Daí a urgente necessidade de regulamentação desta situação.

Os médicos destacam que o diagnóstico de anencefalia é irreversível, tem-se o mesmo resultado do exame de eletroencefalograma feito em um indivíduo com morte cerebral. Os dados estatísticos comprovam que cerca de 75% dos fetos anencefálicos morrem dentro do útero, sendo que dos 25% que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa que cessa na maioria dos casos **dentro de 24 horas** e os demais nas primeiras semanas de sobrevida. (GALLOP, 2004)

4.2. Consequências biológicas do feto anencéfalo

O resultado morte é certo para o embrião diagnosticado com anencefalia. Isto ocorre porque há ausência anatômica das estruturas que dão origem aos potenciais elétricos (córtex). O que inviabiliza a vida deste embrião, daí a grande incidência de aborto no decorrer da gestação nestas condições.

No entanto, devido a esta ausência não é correto diagnosticar morte cerebral do anencéfalo (“*brain dead*”); mas, sim ausência cerebral (“*brain absence*”). Contudo, a consequência deveria ser a mesma, ou seja, se a já mencionada Lei n. 9.434/97 determina a morte com a morte encefálica para fins de doação de órgãos. O judiciário deveria autorizar a interrupção da gestação do feto anencéfalo. O que se pretende demonstrar neste breve trabalho.

A morte do anencéfalo é certa que muitos processos judiciais em que os pais pedem, através de alvará judicial, a autorização para interromper a gestação acabam com a perda do objeto da ação em razão do aborto espontâneo.

4.3 Argumentos contrários ao aborto por anencefalia do feto

Os argumentos contrários à autorização do aborto do feto anencéfalo podem ser sintetizados: a) ausência de lei que permita tal autorização tendo em vista o art. 128 do CP não ter previsto tal possibilidade; b) falibilidade dos diagnósticos médicos, como todo ato humano; c) contrariedade à inviolabilidade da vida prevista no art. 5º da CF/88; d) início da vida dá-se com a nidação do óvulo fecundado no útero da mãe (posição predominante); dentre outros argumentos de natureza ética, religiosa e filosófica.

Estes argumentos que fundamentam as decisões do judiciário que não concedem o alvará para autorizar a interrupção da gestação do feto anencéfalo:

Autorização judicial de aborto. Feto anencéfalo. Inviabilidade. Embora constatada a anencefalia ou microcefalia do feto, inviável a autorização do aborto ante a garantia constitucional da vida humana no período de gestação. (Tribunal de Justiça de Rondônia, APR 10001220050027591 RO 100.012.2005.002759-1, 1ª vara criminal, rel. Desembargadora Ivanira Feitosa Borges).

O Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul manifestou-se na Apelação Criminal n. 70.021.944.020, que tramita na 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, cujo relator é o Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, contra a autorização do aborto do feto anencéfalo:

Com efeito, o Código Penal trata apenas do aborto necessário, também chamado de terapêutico, e do sentimental (art. 128 do Estatuto Repressivo). Conseqüentemente, com a devida vênia dos que pensam o contrário, “a autorização para a realização do aborto eugenésico, fundamentado na anencefalia do feto, não é contemplada pelo direito infraconstitucional como uma das hipóteses de aborto legal, razão pela qual seu deferimento resultaria em afronta à Lei Maior” (2ª Câmara Criminal do TJSP, in REVISTA DOS TRIBUNAIS, 806/540). Decidir em contrário colocaria o Poder Judiciário na condição de fixar juízo de natureza normativa, substituindo indevidamente os Poderes Legislativo e Executivo.

4.4 Argumentos favoráveis ao aborto por anencefalia do feto

Em sentido contrário, outra parcela da sociedade argumenta em sentido favorável à interrupção da gestação por anencefalia do feto argumentando: a) dignidade da pessoa humana, da gestante; b) não há vida, nem viabilidade de vida extra-uterina do anencéfalo em razão da ausência de cérebro; c) o diagnóstico é feito com um simples ultrassom com 100% de certeza; d) risco para a gestante, que, fatalmente, terá um aborto espontâneo antes mesmo do nascimento, podendo causar danos irreversíveis a seus órgãos reprodutores e integridade física; e) se é permitido transplantes com o diagnóstico de morte encefálica (art. 3º da Lei n. 9.434/97), deve-se, sob o mesmo fundamento, permitir a interrupção da gestação do feto anencéfalo; dentre outros argumentos filosóficos.

Estes argumentos exercem influência no judiciário que, em muitos casos, concedem o alvará para a gestante interromper a gestação¹²:

É verdade que, em tese, o caso concreto não se enquadra nas hipóteses do artigo 128, do CP. Todavia, o parecer médico aponta que o risco da gestante é grande, levando a termo a gravidez, com a periclitacão de sua vida, além de que nula a possibilidade do conceito sobreviver. Imperativa a interrupção da gestação, pois, se conduzida a termo, a retirada do feto será laboriosa e de alto risco para a gestante, que poderá morrer no ato.

¹² Sentença do I. Juiz de Direito Rafael Pagnon Cunha publicada no site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sentença publicada no dia 12/05/2005.

A jurisprudência desta Corte vem admitindo a interrupção da gravidez, em casos assemelhados, como se constata do agravo nº 70.002.099.836, relatado pelo Des. Carlos Cini Marchionatti, perante a Câmara Criminal de Férias, em sessão de 09 de março de 2001 e da apelação nº 70.005.037.072, da lavra do Des. José Antônio Hirt Preiss, julgada na sessão de 12 de setembro de 2002, da egrégia 3ª Câmara Criminal.

5 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)

Este tema foi tratado no Supremo Tribunal Federal, na ADPF n. 54, que iniciou em junho de 2004. No início, o Des. Relator Ministro Marco Aurélio de Mello conferiu a liminar. Nesta oportunidade o Ministro afirmou:

Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (...) Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

Contudo, tendo em vista o descontentamento de algumas parcelas da sociedade, esta decisão foi reformada para que fosse julgada pelo pleno:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (ADPF 54 QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 27/04/2005, DJe-092 DIVULG 30-08-2007

Ao enunciar seu voto, o Ministro Relator Marco Aurélio, que foi seguido pelo pleno, pontuou que as expressões “aborto eugênico ou eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação” não eram adequadas para tratar as hipóteses de aborto de feto anencéfalo, diante da carga ideológica e política impregnada na palavra *eugenia*.

A hipótese de anencefalia não leva à discussão de legalizar aborto de forma irrestrita e ampla, como se fosse caso de interrupção de uma gravidez de feto sadio. Aqui o enfoque é outro, qual seja, a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, deixando de haver obrigação legal da mulher ter de levar a fim uma gravidez de um ser que não terá qualquer expectativa de vida.

Ademais, sequer de aborto se trata, uma vez que anencefalia e vida são termos *antitéticos*, como bem pronunciado pelo Ministro. O Conselho Federal de Medicina reconheceu que o feto anencéfalo é um *natimorto cerebral*. O que se põe a discutir aqui não é um confronto entre a liberdade de escolha da mulher e sua dignidade *versus* o direito à vida do feto anencéfalo, simplesmente porque não existe qualquer expectativa de vida, não há um porvir de uma pessoa a nascer. E aborto é um crime contra a vida.

O Ministro sustenta que não há tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo, uma vez que eventual tipificação não se coaduna com a Constituição Federal.

Conforme assentou o Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus nº 84.025/RJ, “o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal”.

Enfim, assenta o Ministro Marco Aurélio que não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. Busca-se sim assegurar às mulheres o direito “o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina.” Até porque a Constituição Federal professa a laicidade do Estado brasileiro, consagrando a separação entre Igreja e Estado, já contemplada na Constituição anterior, de 1891.

Nesse passo, assevera o Ministro: “a garantia do Estado laico obsta que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais. Vale dizer: concepções morais religiosas, quer unânimes,

quer majoritárias, quer minoritárias, não podem guiar as decisões estatais, devendo ficar circunscritas à esfera privada”. Sendo assim, cabe à mulher grávida de feto anencéfalo, a partir de suas crenças e sistemas de valores, optar ou não pela antecipação do parto, sem que isso implique, juridicamente, qualquer fato típico equivalente à prática de aborto.

Sob esses argumentos, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a ADPF 54, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro.

Conclusões

A falta de regulamentação legal sobre a possibilidade de aborto do feto anencéfalo traz uma insegurança na medida em que há decisões judiciais conflitantes, umas autorizando a interrupção da gestação do feto anencéfalo; outras proibindo.

Esta discussão está calcada na polêmica definição do início da vida, em que não é tarefa dos juristas tal definição conforme consignou-se no julgamento da ADI 3510 pelo STF.

No entanto, cabe ao Legislativo estabelecer critérios, tendo em vista os valores sociais conjugados com os avanços científicos, para o aborto do feto anencéfalo. O atual art. 128 do CP não contempla esta possibilidade; muito embora, no anteprojeto de alteração do Código Penal, exista tal previsão.

Diante da omissão do Legislativo, cabe ao Judiciário suprir esta lacuna através dos princípios gerais do direito e analogia, objeto da ADPF n. 54, na qual o STF entendeu possível o aborto do feto anencéfalo, desde 12 de abril de 2012.

Conclui-se, portanto, com base em muitos precedentes de tribunais estaduais brasileiros, pela possibilidade do aborto do feto anencéfalo pela certeza do diagnóstico de 100%, pelos riscos à integridade física e moral da gestante e, por analogia, ao art. 3º da Lei n. 9.434/97 que determina a morte encefálica como critério para a retirada de órgãos, sendo, portanto, um contrassenso, proibir o aborto do feto anencéfalo.

Atualmente, os juristas que estão revisando o Código Civil poderiam fazer essa referência no art. 1º do Código Civil, para determinar que não se considera nascituro o embrião que tenha alguma anomalia irreversível e incompatível com a vida.

Referências bibliográficas:

- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da Personalidade*. 3. ed. Rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
- CAPELO DE SOUSA, Rabidranath V. Aleixo. *O Direito Geral da Personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995.
- CHAVES, Antônio. *Direito à vida e ao próprio corpo*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Trad. de Adriano Vera Jardim e Antônio Miguel Caeiro. Lisboa: Moraes, 1961.
- DINIZ, Maria Helena. *O estado atual do Biodireito*. 2. ed. aum. e atual. Conforme o Novo Código Civil (Lei n. 10.406/2002). São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. Direitos da personalidade. In: FIUZA, Ricardo (coord.) *Novo Código Civil Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 22 – 34.
- GALLOP, Thomaz Rafael. O STF e a Anencefalia: Perspectivas. In: *Revista Femina*, Nov/Dez 2004, vol. 32 nº 10.
- GARCIA, Maria. A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 24/73 – 83, julho/setembro de 1998.
- LEMIRE, R. J., BECKWITH J. B., WAR KANY J. *Anencephaly*. Nova Iorque: Raven Press, 1978.
- MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da Personalidade: aspectos gerais*. In: *Revista de Direito Civil*. Ano 2, jan./mar. de 1978. vol. 3, p. 35 - 51. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. Parte Especial: arts. 121 a 234 do CP. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.
- NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- POUSSON-PETIT, Jacqueline. La Personne Humaine sur la scène d'un Théâtre d'Ombres. In: POUSSON-PETIT, Jacqueline (org.). *Droit Comparé des Personnes et de la Famille*. Bruxelles: Bruylant, 1998. pp. 505 – 548.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.