

DIREITOS FUNDAMENTAIS DO NASCITURO

Mariana VOLPI

Sergio Tibiriçá AMARAL

Resumo: Objetiva-se com o presente artigo propor reflexões acerca do aborto eugênico, aborto de fetos anencefalos no que diz respeito o conflito dos direitos entre a vida humana e a Dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Vida humana, aborto, aborto eugênico, anencefalia, direitos fundamentais e vida.

1 Direitos humanos fundamentais

Os direitos humanos fundamentais são aqueles sem os quais a pessoa humana não consegue existir ou não é capaz de se desenvolver e de participar plenamente da vida numa sociedade democrática. Direitos que são caracterizados pela universalidade, indivisibilidade e irrevogabilidade. Os direitos humanos ou fundamentais são os mais importantes, assim devem eles prevalecer frente aos outros direitos. São no Brasil, “clausulas pétreas”, isto é, não podem ser supridos da Constituição, embora possam ser acrescentados novos direitos.

Sobre a origem de tais direitos há uma grande divergência na doutrina, Para o doutrinador Alexandre de Moraes esses direitos surgiram até mesmo antes de Cristo, no antigo Egito. Também estavam presentes no Código de Hamurabi, que talvez seja a primeira codificação a consagrar os direitos humanos comuns a todos os homens, tais como, a vida e a dignidade, embora naquele momento não houvessem direitos oponíveis ao Estado e eles estivessem

presentes apenas para a classe dominante. Haviam escravos e estrangeiros, que não tinham tais direitos. A doutrina é unânime em dizer que não há uma hierarquia entre os direitos, portanto, cada um deles deve ser analisado dentro de uma interpretação sistemática e principiológica para cada caso, respeitando a razoabilidade e a proporcionalidade.

2 O Direito à Vida

Trata-se de um direito irrenunciável, que se manifesta desde a concepção para parte da doutrina, na qual nos filiamos. Outros entendem que com o nascimento com vida e outros apenas com o nascimento. Um direito indisponível, assim não sendo um direito sobre a vida, mais um direito à permanecer vivo e viver com dignidade. E ainda inviolável, de forma que ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida. Esta inviolabilidade está assegurada na Constituição e ainda pelo Código Penal brasileiro, que prevê penas para aquele que violar este direito. Essa inviolabilidade do direito à vida, quer dizer que se trata de um direito protegido, que não pode ser de forma alguma desrespeitado, porém a exceção em casos estabelecidos na própria legislação, como legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal e outros casos.

Não é apenas a Constituição do Brasil que declara essa inviolabilidade do direito à vida, como também os acordos internacionais de direitos humanos, que foram recepcionados dentro do que estabelece nossa legislação, independente da discussão doutrinária de que nível adentrem esses tratados.

O principal desses acordos humanitários é o Pacto de São José da Costa Rica, que entrou no ordenamento jurídico como decreto n 678-92, protegendo o direito à vida desde a concepção; “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida, esse direito deve estar protegido por lei, em geral,

desde o momento da concepção”.

No Código civil em seu artigo 2º prescreve: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Tal dispositivo nos dá a entender que até o nascituro tem assegurado o direito à vida, portanto, todo ataque contra embrião significa uma violação ao direito à vida, assim tipificado como aborto no Código penal em seu artigo 124, consagrado no título 1 da parte especial (que trata dos crimes contra a pessoa) e no capítulo 1 daquele título (que trata dos crimes contra a vida), assim visivelmente nos dá a entender que a lei penal Brasileira reconhece o embrião como um ser vivo.

3 Aborto Eugênico

Aborto eugênico é tratado pelos doutrinadores com uma certa polêmica, apesar de não ser nenhuma novidade, somente nos dias atuais é possível visualizá-lo e diagnosticá-lo, assim certificando que a mulher está esperando uma criança que é incompatível com a vida.

O aborto Eugênico, portanto é aquele praticado com o fim de evitar que se leve a termo gravidez em que o feto não terá chance de sobrevivência fora do útero materno, a ultra-sonografia e outros exames de alta precisão como o diagnóstico pré-natal, fornecem hoje com muito mais detalhes dados sobre a saúde do feto nos casos de risco.

Warley Rodrigues Belo ensina que (200.pag 79):

[...] o aborto eugênico é a interrupção do processo de gravidez com a conseqüente morte do feto, por ter sido detectado nesse, através de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina.

Este, não é reconhecido pelo direito brasileiro, porém é possível verificarmos autorizações jurisprudenciais, assim como está em discussão no ante projeto de reforma do código penal a introdução “Não constituir o crime de aborto quando houver fundada probabilidade, atestado por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais” (artigo 128,3 do ante projeto de reforma do código penal), assim poderia neste inciso considerar aborto terapêutico.

Este ante projeto será objeto de estudo, onde se encere em um dos dispositivos a possibilidade da prática do aborto, quando houver fundada probabilidade, e ainda atestada por dois médicos de que o feto apresenta graves e irreversíveis anomalias.

Portanto esse ante-projeto vem com o fundamento de evitar que se leva a termo a gravidez de um feto que não terá a chance de sobrevivência fora do útero materno.

A questão sobre esse tipo de aborto é muito tormentosa, pelo fato de expor conflitos tanto de ordem moral e principalmente jurídica.

Sob o aspecto jurídico, se argumentam que a vida surge desde a concepção e que a nossa constituição brasileira assegura o Direito à vida como um direito inviolável, indisponível e ainda irrenunciável, assim sendo inaceitável em que se retire a própria vida, menos ainda a vida de outrem.

Por sua vez, os que pregam a legitimidade da antecipação terapêutica em casos de anomalias congênitas irreversíveis devidamente comprovadas por análise médica (como nos casos de feto anencefálico) também se esgrimam em argumentos de toda ordem, inclusive jurídicos, afirmando em especial que para se reconhecer a ocorrência de aborto é necessário que exista a potencialidade de vida extra-uterina para o feto, o que não ocorre no caso; e que a nossa constituição garante, ao lado do direito á vida, o direito à dignidade da pessoa humana (no caso o direito da mãe) assim sendo admissível que se prive a mãe daquele prolongamento da dor e do sofrimento decorrente da certeza de que está gestando um ser que inevitavelmente será morto após o parto.

É uma questão jurídica que coloca dois direitos humanos fundamentais em conflitos, de um lado o direito à vida a todos assegurados após a concepção, e, de outro o direito à dignidade expressamente consagrado na constituição e que busca por uma vida humana a salvo de todo tipo de dor e injustiça. “Não basta viver, é necessário viver com dignidade.” São direitos que se completam e que agora se conflitam.

Neste embate entre VIDA X DIGNIDADE, direitos igualmente fundamentais do homem, a questão é qual deve preponderar sobre o outro. Importante, que não se trata de um confronto de apenas vida contra dignidade, pois não há vida sem dignidade. Por isso, se autoriza o aborto nos casos de estupro.

O direito à vida deve prevalecer, por ser um direito irrenunciável, indisponível e inviolável a qual é consagrada como a mais fundamental dos direitos, a que deve prevalecer à frente de qualquer outro direito indisponível, porquanto sem vida não há o que falar-se em sociedade, ou mesmo em direito de espécie alguma. A vida seria o maior dos bens Humanos.

Se é crime abominável matar um ser humano inocente e sadio, então porque deixaria de sê-lo se o indefeso inocente apresentar deficiência física ou mental? Assim, uma vida que tem certa deficiência necessita de ajuda, de proteção e não de violência de agressão. Um ser humano não pode ser julgado pela integridade de seus órgãos ou de suas funções vitais.

4 CONCLUSÃO

Cabe a sociedade buscar soluções justas, assim compatíveis com a dignidade da pessoa humana, sobre os valores humanos que no caso devem preponderar no seio de uma sociedade. Não se ignora o fato de existir certas

situações dramáticas, delicadas, porém não se faz digna e muito menos eficaz o extermínio pré-natal do deficiente. Agindo desta forma estaremos infringindo o devido respeito á dignidade da vida humana, que não permite a injusta distinção de normais e anormais (estes seriam dignos de existir e aqueles não seriam).

Referências bibliográficas

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. Vol. 2. São Paulo: RT, 2002

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 23ª edição, Ed. Atlas, 2008;

Belo, Warley Rodrigues. Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte. Del Rey 2000. pag 79

Anteprojeto do código penal. Disponível em <http://www.jus.com.br>

Tagliaferro, Kleber. Aborto ou terapêutica?. Disponível em <http://www.jus.com.br>

Hungria, Nelson. comentários do código Penal- artigos 121 a 136. Vol 5. Rio de Janeiro.