



DIVERGÊNCIA DOS PAIS QUANTO À ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO: O CONFLITO ENTRE O PODER FAMILIAR E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

Maria Luísa Emerenciano Pinto¹

RESUMO

Conforme aponta a ciência médica, nula é a probabilidade de vida extrauterina de feto anencéfalo. Isso não significa, no entanto, que desde a concepção não tenha o ente formado personalidade jurídica- na linha da teoria concepcionista- e, portanto, não titularize direitos, a estes correspondendo os deveres próprios do poder familiar. Porém, caso decida a gestante interromper a gravidez, opondo-se seu esposo ou companheiro a tanto, é de prevalecer o julgo da mulher, em prol dos seus direitos fundamentais à dignidade, integridade fisiopsíquica, liberdade reprodutiva e autonomia da vontade.

Palavras-chave: Anencefalia. Poder familiar. Direitos fundamentais da mulher.

1 INTRODUÇÃO

Continua em aceso debate no Direito brasileiro o momento de aquisição da personalidade jurídica pelo indivíduo, prevalecendo, até aqui, a teoria concepcionista.

Se assim é, o feto, conquanto portador de anencefalia, por ser ente concebido, goza do atributo da personalidade e possui direitos, a serem observados, inclusive, pelos pais. Desse modo lhes impõem os deveres emanados do poder familiar.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogada.

Na hipótese, contudo, de a gestante decidir antecipar terapeuticamente o parto, mas seu esposo ou companheiro discordar, é de prevalecer, de imediato, o juízo da mulher ou deve o pai recorrer ao Poder Judiciário, pleiteando ao magistrado a solução do impasse (art. 1.631, parágrafo único, do CC/02)², já que também detentor do poder familiar sobre o ente formado?

Esse o questionamento que se procurará responder nas páginas seguintes, enquanto resultado de pesquisas em fontes bibliográficas.

Ressalta-se, de logo, não ser proposta deste artigo discutir a licitude da antecipação do parto nos casos de anencefalia, até porque essa controvérsia já foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) N.º 54/DF.

O objetivo, aqui, é encontrar a solução jurídica mais adequada, à luz do instituto do poder familiar, dos direitos fundamentais e de uma análise do próprio acórdão proferido pela pelo STF, para a hipótese de os genitores do ente formado divergirem quanto a antecipar ou não o parto.

2 A TUTELA JURÍDICA DO INÍCIO DA PERSONALIDADE

A princípio, é necessário compreender quando se inicia a personalidade jurídica, para, partindo desse pressuposto, analisar se é nesse mesmo instante que surge o poder familiar dos pais sobre os filhos.

Pois bem, centra-se o ordenamento jurídico brasileiro no ser humano. E não haveria de ser diferente, afinal, são os *entes de existência visível*³ a grande parte dos titulares de direitos e deveres e, portanto, os aptos a estabelecerem as mais diversas relações no universo do Direito.

Porém, a dúvida a inquietar o jurista é saber o exato momento no qual o ser humano adquire personalidade jurídica e, por via de consequência, transforma-se em sujeito de direitos. Até porque a legislação não é clara nesse ponto.

Incerteza não existiria se o Código Civil de 2002, no seu artigo 2º, tivesse finalizado o enunciado normativo na seguinte oração: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”.

Se nesses termos houvesse o legislador se pronunciado, fácil seria concluir que a aquisição da personalidade se dá quando do nascimento, caracterizado no ato de respirar do recém-nascido e comprovável pelo exame *docimasia hidrostática de galeno*.⁴

2 Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

3 Na terminologia usada por Teixeira de Freitas, como mencionam Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 81): “TEIXEIRA DE FREITAS, vale lembrar, preferia a expressão *persona de existência visível*, acolhida pelo Código Civil da Argentina (arts. 31 e 32), para caracterizar a pessoa natural.”

4 “Esse exame é baseado na diferença de peso específico entre o pulmão que respirou e o que não respirou, mergulhados na água. O primeiro, por se achar com os alvéolos dilatados e impregnados de ar, sobrenada, ao passo que o segundo, compacto e vazio, com as paredes alveolares colabadas e, por conseguinte, mais denso, vai ao fundo” (Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, 2009, p. 81).

No entanto, foi-se além e, reproduzindo o teor do art. 4º, do Código Civil de 1916, acrescentou-se: “mas a lei põe a salvo os direitos do nascituro.”

Diante disso, surgiram três teorias principais no intuito de estabelecer o termo inicial da personalidade: *natalista, da personalidade condicional e concepcionista*.

Conforme a teoria natalista, a personalidade civil só começa no nascimento com vida, de modo a ter o nascituro apenas expectativas de direito, vez se tratar de ente concebido, mas não nascido.

Já segundo os defensores da personalidade condicional, de fato, a personalidade civil só é adquirida no nascimento com vida, mas os nascituros possuem direito sob condição suspensiva.

Esta, vale salientar, é a teoria incorporada pelo Código Civil português, em cujo art. 66 aduz: “*Começo da personalidade* 1- A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2- Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento”.

Em 2014, porém, o Supremo Tribunal de Justiça português, procedendo a uma releitura desse mesmo art. 66, filiou-se à teoria concepcionista⁵.

Como é intuitivo, a teoria concepcionista defende que o nascituro é, sim, pessoa humana, titularizando direitos e não meras expectativas. Fundam-se os seguidores dessa teoria no art. 1º da Consolidação das Leis Cíveis, elaborada por Teixeira de Freitas, assim redigido: “As pessoas consideram-se como nascidas apenas formadas no ventre materno; a Lei lhes conserva seus direitos de sucessão ao tempo do nascimento”.

Com efeito, a última compreensão tem o apoio de Pontes de Miranda, Silmara Juny Chinellato e Rubens Limongi França, dentre outros (CHAVES DE FARIAS e ROSENVALD, 2010).

O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, adotou a teoria concepcionista, reconhecendo ao nascituro direito à indenização, decorrente de danos morais. Nesse sentido, trecho da decisão monocrática do Min. Luís Felipe Salomão no REsp 1.415.727-SC, julgado em 04.09.14:

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro natalista e da personalidade condicional fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.⁶

5 PINHEIRO, Aline. Nascituro tem personalidade jurídica, decide STJ português. **Consultor Jurídico**, Europa, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-abr-26/nascituro-personalidade-juridica-stj-portugal>>. Acesso em 26 de abril de 2014.

6 STJ. REsp 1.415.727-SC. Rel. Min. Luís Felipe Salomão. j. 04.09.14. DJe 29.09.14.

Por sua vez, os ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.510/DF, ainda quando não tenham definido a exata ocasião do alcance da personalidade civil- até porque não era esse o objeto do controle abstrato de constitucionalidade- se manifestaram a respeito, demonstrando entendimentos divergentes sobre a matéria. A título ilustrativo, confirmam-se trechos dos votos do então Ministro Carlos Ayres Brito, Relator, e do Ministro Ricardo Lewandowski, respectivamente:

19. (...) Donde a interpretação de que é preciso vida pós-parto para o ganho de uma personalidade perante o Direito (teoria ‘natalista’, portanto, em oposição às teorias da ‘personalidade condicional’ e da ‘concepcionista’).

Ainda que se queira relativizar a força desse comando em face da expressão ‘em geral’ nele abrigada, tal locução não afasta a idéia de que, para os efeitos legais, a vida começa na concepção, iniciada quer *in útero*, quer *in vitro*, podendo a lei do Estado signatário da Convenção deixar, eventualmente, de protegê-la, em situações excepcionais, caso outros valores estejam em jogo.⁷

Ao que se vê, o assunto permanece controverso no Direito nacional. Entretanto, na linha da doutrina contemporânea majoritária e dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, é a teoria concepcionista a que melhor se adequa à sistemática jurídica brasileira.

Ademais, lembre-se que da Convenção Americana de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, promulgada no Brasil pelo Decreto nº. 678, de 06 de novembro de 1992, consta: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, *desde o momento da concepção*. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente” (destacou-se).

Dúvida não há, portanto, que aquele instrumento internacional deferiu ao nascituro personalidade jurídica; e, se o fez, apenas uma norma constitucional ou com força de emenda constitucional, na forma do art. 5º, § 3º,⁸ da Constituição Republicana, poderia dispor em contrário.

Isso porque, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal (HC 87.585/TO e RE 466.343/SP), os tratados ou convenções internacionais versantes sobre direitos humanos, mas não aprovados por cada Casa do Congresso Nacional em dois turnos, por 3/5 dos membros correspondentes, tem *status* supralegal, ou até mesmo constitucional, caso se filie ao entendimento de Valerio de Oliveira Mazzuoli (2011, pág. 70):

(...) *todos* os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Estado brasileiro e em vigor entre nós têm *nível* de normas constitucionais, quer seja uma hierarquia somente *material* (o que chamamos de ‘*status* de norma constitucional’), quer seja tal hierarquia *material e formal* (que nominamos de ‘equivalência de emenda

7 STF. ADI nº. 3510-DF. Rel. Min. Ayres Britto. j. 29.05.08. DJe 28.05.10.

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

constitucional’).

Dessarte, conquanto se entenda ter o Código Civil de 2002 adotado a teoria natalista, o Pacto de São José da Costa Rica, norma supralegal que é, àquele se sobrepõe.

Entrementes, incorrem em erro os que enxergam no art. 2º do Código Civil de 2002 o reflexo da teoria natalista.

Não deve o intérprete examinar o enunciado normativo, baseando-se apenas na interpretação gramatical, mas na conjugação dos vários métodos interpretativos.

Na espécie, o estudo sistemático do Código Civil vigente, assim da legislação brasileira configura-se indispensável para compreender o art. 2º.

O próprio legislador civilista permitiu a doação ao nascituro (art. 542) e a legitimidade para suceder (art. 1798). Também o Código Penal, nos arts. 124 a 126, ao penalizar o aborto, o fez por considerar a vida do nascituro bem jurídico penal tutelável.

Demais, vem-se reconhecendo ao nascituro o direito à filiação, conferindo-lhe legitimidade para a ação investigatória de paternidade. É o que afirmam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2012, p. 708 e 709):

Sem dúvida, o nascituro também está legitimado para a propositura da ação (...), por conta do expresso permissivo constante do art. 26 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Com isso, percebe-se uma inclinação do ordenamento jurídico brasileiro para o acolhimento da teoria concepcionista (mais adequada com o atual estágio do Direito Civil e com a afirmação constitucional da *dignidade da pessoa humana*), reconhecendo a aplicação dos direitos da personalidade ao nascituro.

E, como se está a falar em legitimidade – que nada mais é senão capacidade processual – inevitavelmente se reconhece ao nascituro a personalidade, verdadeira premissa do instituto da capacidade de gozo e de exercício.

Todos esses institutos jurídicos comprovam a filiação do direito positivo nacional à teoria concepcionista.

3 O MOMENTO INICIAL DO PODER FAMILIAR

Dado que a personalidade jurídica surge no instante da concepção, ver-se-á ser esse também o momento de início do poder familiar. Restará examinar, em seguida, se assim igualmente ocorre em se tratando de fetos anencéfalos.

Como se sabe, aos direitos do nascituro correspondem deveres, em regra, atribuídos aos pais. É o exemplo do dever destes de prestar alimentos, na forma determinada na Lei nº. 11.804, de 05 de novembro de 2008.

A despeito de o art. 1º da Lei dos Alimentos Gravídicos referir-se aos alimentos da mulher gestante, o direito é, na realidade, do ente concebido; ele que é o carecedor de cuidados

médicos e alimentação adequada, a fim de lograr um saudável desenvolvimento intrauterino.

E todos esses deveres fazem parte do poder familiar, o qual, antes de prerrogativas, significa obrigação a se desincumbirem os pais.

Poder-se-ia cogitar iniciar-se o poder familiar apenas no nascimento da criança, até em vista do estampado no art. 1.630 do Código Civil: “os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores”.

Todavia, se, como visto, o nascituro já possui direitos, aos quais se contrapõem deveres dos pais, não há porque postergar o surgimento do poder familiar ao nascimento do filho.

Além disso, veja-se a redação do art. 1.779 do Código Civil: “Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar (...)”.

Outra não pode ser a interpretação desse dispositivo senão a de que os pais detêm sobre o nascituro o poder familiar, tanto mais porque, na eventualidade de o pai falecer e a mãe não possuir a autoridade parental, deverá ser nomeado um curador.

O poder familiar – é importante se rememore – deve ser exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, e em prol da criança ou adolescente, muito diferentemente do que ocorria nos remotos tempos históricos⁹.

O Código Civil de 1916, no seu art. 380, outorgava ao pai, com exclusividade, o exercício do pátrio poder, só cabendo à mulher desempenhá-lo na falta ou impedimento do chefe de família.

Cenário com tantos e profundos caracteres patriarcais, porém, sucumbiu ante o reconhecimento dos direitos fundamentais, no influxo do neoconstitucionalismo.

Desta feita, a igualdade entre homens e mulheres retratada no art. 5º, enunciado da lei, da Constituição Republicana, e reiterado no seu inciso I, irradiou-se ao Código Civil de 2002, de modo que o poder familiar, na atual conjuntura, é de ser levado a efeito por ambos os pais, em isonômicas condições. Sobrevindo divergência, caberá ao juiz dirimi-la (art. 1.631 do CC/02)¹⁰.

4 ANENCEFALIA: HÁ VIDA?

Considerando que o poder familiar é instituto aplicável desde o momento da concepção, tem ele cabimento também nos casos de fetos anencéfalos. Daí surgem algumas problemáticas, como a divergência dos pais quanto à antecipação terapêutica do parto – a qual se verá

9 Lembra Clóvis Beviláqua (19-- , p. 365): “ Em Roma, apesar do que diz Justiniano (Inst., 1,4, § 2º), não apareceu o pátrio poder sob feição especial; mas é certo que manteve mais longamente sua rude feição primitiva. Era de uma amplitude que se nos afigura hoje odiosa a autoridade conferida aos pais, tendo mais em vista o egoísmo dos chefes da sociedade doméstica, do que o benéfico altruísmo em arrimo à debilidade dos filhos. É certo que muitas e profundas alterações se foram introduzindo, ao tempo do império, e principalmente sob o influxo do cristianismo, porém, mesmo ao tempo de Justiniano, os pais em miséria extrema, podiam vender seus filhos recém-nascidos, ainda sanguinolentos, restando a estes o direito de recobrar a própria ingenuidade, desinteressando o comprador (Cód., 4, 43,1,2).”

10 Art. 1.631. Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade. Parágrafo único. Divergindo os pais quanto ao exercício do poder familiar, é assegurado a qualquer deles recorrer ao juiz para solução do desacordo.

logo mais.

A anencefalia consiste em moléstia caracterizada pela má formação do tubo neural do feto, impossibilitando que se constituam por completo o encéfalo e o crânio, de sorte a ser o anencéfalo considerado “(...) um morto cerebral, que tem batimento cardíaco e respiração”.¹¹

A ausência de vida, sequer de vida em potencial, foi utilizada como argumento nos votos quase unânimes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF nº. 54/DF, para permitir a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, sem necessidade de autorização judicial.

Imprescindível, porém, atentar quanto a uma peculiaridade.

A baixa ou inexistente viabilidade extrauterina de um feto anencéfalo não anula o fato de ter ele resultado da concepção. Isso significa que, desde os primeiros instantes conceptivos, aquele feto adquiriu personalidade jurídica e todos os direitos correspondentes. De sua parte, detêm os pais os encargos inerentes ao poder familiar manifestáveis ao longo da gestação.

Mesmo quando nasce morto o anencéfalo (o que acontece na grande maioria dos casos, segundo os profissionais de saúde ouvidos pelo STF antes de julgar a ADPF nº. 54), não se deve negar a um ente concebido a salvaguarda destinada a todos os fetos, desde a concepção—como visto linhas atrás.

Outrossim, não se esqueça do Enunciado nº 1, da primeira jornada de Direito Civil, organizada pelo Conselho da Justiça Federal: “ a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura”.

A toda evidência, se um natimorto goza dos direitos da personalidade, não há razão para um feto anencéfalo não os titularizar.

E, muito embora os enunciados das Jornadas de Direito Civil não carreguem força normativa, têm caráter doutrinário e traduzem norte interpretativo do Código Civil.

Diante disso, poderia a mulher, grávida de feto anencéfalo, optar pela antecipação terapêutica do parto, sem qualquer autorização judicial, conquanto o pai insista na permanência da gestação?

Se houvesse o oposto? É dizer: se a mãe decide levar à frente a gravidez e o pai deseja o inverso, tem ele o dever de continuar a prestar alimentos e, logo, a exercer a função do poder familiar?

Analise-se uma a uma.

4.1 Decisão materna pela antecipação terapêutica do parto

Uma vez diagnosticada a anencefalia, coloca-se aos pais a difícil decisão quanto a antecipar ou não o parto do feto. E convém examinar qual a solução jurídica a ser dada na hipótese de a gestante desejar interromper a gravidez, mesmo que o genitor não concorde com isso.

¹¹ Trecho extraído do voto do Min. Marco Aurélio Mello, do STF, proferido no julgamento da ADPF nº. 54/DF.

Logo, esta parte do estudo se propõe a responder duas indagações: qual das decisões deve prevalecer (a da gestante ou a do genitor) e se, constatada essa divergência, o médico pode proceder à antecipação do parto ou se é necessária uma autorização judicial específica para tanto.

Iniciando a análise da primeira problemática, lembre-se que o poder familiar outorga aos pais direitos e deveres sobre o feto desde o início da concepção. Daí se deduz possuir o genitor do feto anencéfalo o direito/dever de preservar-lhe a vida no útero materno, conquanto a possibilidade de vida no mundo extrauterino seja remota.

Afinal, o pai pode ter esperança de que o seu filho venha a nascer e, em face disso, oponha-se à antecipação terapêutica do parto.

Se, por um lado, o pai quer preservar a gestação em prol do direito à vida do feto anencéfalo (sobre o qual tem direitos/deveres oriundos do poder familiar), de outro se encontram os direitos fundamentais da mulher à vida, à saúde, à integridade físico-psicológica e à liberdade.

Os direitos fundamentais, cláusulas pétreas trazidas pela Constituição Republicana no seu art. 60, § 4º, IV, correspondem a importante instrumento de promoção da dignidade da pessoa humana, que é, por sua vez, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF).

Assim sendo, só é cabível a restrição de um direito fundamental se, no caso concreto, for devida a prevalência de outro direito de mesma natureza, segundo um juízo de proporcionalidade.

O direito à vida, no sentido biológico, vem previsto no art. 5º, enunciado da lei, da CF/88, afigurando-se, segundo o próprio texto constitucional, como direito inviolável; é dizer, o constituinte originário protege a vida contra intervenções por parte do Estado (eficácia vertical) e de terceiros (eficácia horizontal).

Ora, se o Estado, guardião maior dos direitos e garantias fundamentais, não pode impor à mulher a manutenção da gravidez de feto anencéfalo, com maior razão, o particular (o genitor do feto) não poderá fazê-lo.

E, caso a gestante tivesse de levar à frente a gestação de um feto anencéfalo, em face de discordância do genitor com a antecipação do parto, haveria flagrante desrespeito a essa inviolabilidade do direito à vida.

Isso porque, conforme discutido pelos ministros do STF quando do julgamento da ADPF nº. 54/DF, a permanência da gestação de feto anencéfalo pode acarretar graves riscos à vida e à saúde biológica e psicológica da gestante. A propósito, manifestaram-se, respectivamente, o Min. Luiz Fux e a Min. Cármen Lúcia:

A literatura médica aponta que o prosseguimento da gestação-isso também é importante- causa riscos à saúde física da mulher. No citado estudo, realizado com dados coligidos durante dez anos no Hospital da Mulher da Unicamp, verificou-se que 38% dos fetos morreram espontaneamente dentro do útero materno. (...)

Outra complicação comumente observada foi o denominado polihidrâmnio, o aumento excessivo do volume do líquido amniótico, identificado em 15% (quinze por cento) dos casos.

É até desumano ler esses efeitos nocivos e deletérios para a saúde da mulher aqui apontados. (...)

Há ainda registro impressionante – esse registro é realmente impressionante e vou pedir perdão para lê-lo, pois é importante- a de que a ausência de pescoço e o tamanho da cabeça do feto fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto junto com a cabeça, provocando, assim, uma grave distorce, ou seja, um alto risco para a parturiente.

Professor Pedro Lauterslager, fazendo considerações sobre a bioética, na versão Argentina, deixa entrever que, com essa deformação, é necessária a realização da prática da cesariana. É impossível se realizar um parto normal. Por isso que aquela cicatriz fica para o resto da vida e é uma lembrança indelével dessa tragédia que essa mulher vivenciou”. (Fls. 10 e 11 do voto do Min. Luiz Fux). Destacou-se.

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é medida de proteção à saúde física e emocional da mulher, evitando-se transtornos psicológicos que sofreria se se visse obrigada a levar adiante gestação que sabe não ter chance de vida. Note-se que a interrupção da gestação é escolha, havendode se respeitar, como é obvio. Também a opção daquela que prefere levar a diante e viver a experiência até o final. (...). (Fl. 58 do voto da Min. Cármen Lúcia). Destacou-se.

Poder-se-ia – é verdade – opor o contra-argumento de que o genitor está defendendo o direito à vida do feto anencéfalo. Dessa feita, haveria um conflito de direitos fundamentais: de um lado, o direito à vida da mãe; do outro, o direito à vida do feto anencéfalo.

E ante a colisão entre tais direitos, a solução há de ser dada pelo postulado da proporcionalidade e seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

A despeito de a continuada gestação do feto anencéfalo até poder ser considerada medida *necessária e adequada* ao intento do pai, *não é proporcional em sentido estrito*.

Explica-se.

Como o que deseja o genitor é o nascimento do feto, a permanência da gravidez é medida adequada a produzir esse resultado; é também necessária, pois inexiste modo diverso de se alcançar o mesmo fim. Entretanto, não é proporcional em sentido estrito, posto os benefícios gerados (prolongamento da esperança de o feto nascer com vida) não superarem os consequentes malefícios (contínuo desgaste físico e psicológico da mulher).

Ademais, o Código Penal, no art. 128, exclui a ilicitude do aborto, quando a vida da gestante estiver em risco.

Veja-se bem. Se o legislador permitiu o aborto de um feto sem anencefalia – logo, com probabilidade de vida extrauterina –, dando primazia à vida da mulher, com maior razão, esta deve prevalecer, em se tratando de parto de anencéfalos, cujas chances de sobrevivência do feto mundo externo são praticamente nulas.

Ainda, a decisão materna pela interrupção deve prevalecer à opinião em sentido contrário do pai, porque, se assim não fosse, haveria violação ao direito à liberdade feminina (ar. 5º, enunciado da lei, CF/88), entendida esta no seu sentido positivo ou como sinônimo de autodeterminação.

Deve ser assegurado à mulher o direito de, por si só, orientar seu querer, tanto mais quando relacionado ao seu corpo, à sua integridade física, não podendo ser obrigada a passar por dores e modificações biológicas e fisiológicas que não deseje.

Nesse sentido, palavras dos Ministros do STF, Marco Aurélio e Joaquim Barbosa, respectivamente:

É possível objetar, tal qual o fez a Dra. Elizabeth Kipman Cerqueira [102] em audiência pública, o sentimento de culpa que poderá advir da decisão de antecipar o parto. Na mesma linha, em memorial, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil defendeu que o gesto não reduz a dor. Em resposta a essas objeções, vale ressaltar caber à mulher, e não ao Estado, sopesar valores e sentimentos de ordem estritamente privada, para deliberar pela interrupção, ou não, da gravidez. Cumprir à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado- no exercício do direito à privacidade-, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante”. (Fl. 35 do seu voto). Destacou-se.

Nesse ponto, portanto, cumpre ressaltar que a procriação, a gestação enfim os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal, particularmente da mulher, razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados.”. (Fl. 04 do seu voto). Destacou-se.

Ademais, consoante art. 5º, II, CF, ninguém pode ser obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei. Logo, uma pessoa, ainda que seja pai do feto anencéfalo, não pode impor à mãe a continuidade da gestação. Não há qualquer norma jurídica a amparar essa conduta.

Muito ao contrário: o STF, interpretando o art. 128 do CP, decidiu não tipificar como crime de aborto a antecipação do parto de feto anencéfalo.

Portanto, seja porque, a partir de um juízo de proporcionalidade, o direito à vida da gestante deve prevalecer à da remota vida extrauterina do feto anencéfalo, defendida pelo pai a partir do poder familiar; seja em virtude do direito à liberdade e à autodeterminação da mulher, deve prevalecer sua decisão por antecipar o parto.

Passa-se agora à análise da segunda problemática, de natureza processual; é dizer, se, ante a discordância entre os genitores sobre a antecipação do parto de feto anencéfalo, o médico pode proceder à intervenção cirúrgica ou se, para tanto, se faz necessária autorização judicial específica.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF nº. 54/DF não se manifestou de forma particular quanto a este ponto.

No entanto, como se viu dos fragmentos dos votos de alguns Ministros, o Supremo Tribunal Federal entendeu caber somente à mulher decidir se interrompe ou não a gestação. E, se assim foi, é de se estender essa conclusão à hipótese de divergência entre os pais quanto à antecipação do parto.

Caso contrário, a decisão do STF acabaria por esvaziada; afinal, a cada vez que existisse dissenso entre os genitores, a mulher necessitaria provocar o Poder Judiciário para interromper a gravidez, prolongando ainda mais sua dor e eventuais problemas biológicos e psicológicos.

Manifestando-se sobre caso semelhante ao analisado, argumentou a Procuradoria Federal atuante na UFRN :

16. Logo, em se configurando dissonância entre cônjuges ou companheiros quanto à continuação da gravidez de feto anencefálico, é de preponderar o juízo da mulher. Não porque a Administração Pública Executiva assim entende (tanto não se insere dentre suas atribuições), mas porque o Poder Judiciário, na ADPF 54/DF, julgou, com efeito vinculante e eficácia *erga omnes*, caber à gestante optar pela interrupção, independentemente de específico autorizativo judicial.¹²

Na mesma linha, a Resolução nº. 1.989, de 14 de maio de 2012, do Conselho Federal de Medicina, ao disciplinar o procedimento de antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, faz referência exclusiva à gestante quanto à tomada de decisão. Confira-se:

Art. 4º. Será lavrada ata da antecipação terapêutica do parto, na qual deve constar o *consentimento da gestante e/ou, se for o caso, de seu representante legal*.
Parágrafo único: A ata, as fotografias e o laudo do exame referido no art. 2º desta resolução integrarão o prontuário do paciente. Destacou-se.

Observe-se que o enunciado da lei do art. 4º menciona o consentimento da gestante e não de ambos os genitores. Apenas excepcionalmente é que a concordância deverá ser emitida por representante legal (por exemplo, se a gestante for incapaz).

Não se trata, pois, de aplicar o art. 1.631 do CC, segundo o qual, diante de conflito entre os pais no exercício do poder familiar, o juiz decidirá. Isso porque já há uma manifestação do STF, em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), com eficácia contra todos e efeito vinculante, da qual se extrai competir à mãe decidir se interrompe a gestação, afigurando-se despidendo invocar o Poder Judiciário.

Mas, se, mesmo assim, o genitor valer-se da jurisdição, pode a mãe propor Reclamação, com vistas a garantir a observância de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade (art. 988, III, CPC/2015).

4.2 Decisão paterna pela antecipação terapêutica do parto

¹² Fls. 5 e 6 do Parecer nº. 294/2013/PF-UFRN/PGF/AGU.

Agora, imagine-se que a mãe deseja dar continuidade à gravidez, com isso não assentindo o pai. Poderia este deixar de exercer o poder familiar, descumprindo os deveres de, por exemplo, prestar alimentos ao anencéfalo?

A resposta há de ser negativa, tendo-se em conta os deveres do pai para com o feto anencéfalo, bem como em relação à esposa ou companheira.

Consoante se viu, os deveres do poder familiar surgem no instante da concepção. Se a mulher decide seguir gestando o feto anencéfalo, não pode o pai se isentar do cumprimento desses deveres, persistentes enquanto o ente é formado.

Ora, se assim não fosse, o pai estaria desincumbido de prestar alimentos ao feto, caso diagnosticada qualquer patologia que reduzisse a probabilidade de vida extrauterina, quando, na verdade, o seu dever é auxiliar a gestante, psicológica e materialmente, ao longo da gravidez, dure quanto tempo durar, venha o feto a nascer com vida ou não.

Ressalte-se ainda que o pai não poderá, após o parto de feto anencéfalo, pleitear da gestante o ressarcimento dos valores pagos a título de alimentos, fundamentando seu pedido no não consentimento na manutenção da gravidez. Isso porque, além de se afigurar um dever imposto pelo poder familiar, é característica dos alimentos sua irrepetibilidade.

Além disso, é dever do pai, enquanto marido ou companheiro da mãe de seu filho, prestar-lha assistências moral e material (art. 1.566, III e V, e art. 1.724, ambos do CC/02)¹³.

A despeito de inexistir relação de parentesco entre marido e mulher ou companheiro e companheira, há entre eles um elo de solidariedade; tanto que, mesmo divorciados, e já tendo o ex-marido constituído nova relação conjugal, este pode ser obrigado a prestar alimentos à ex-esposa se comprovadas a necessidade e incapacidade desta de se autosustentar.

Logo, mesmo rompido o vínculo matrimonial, a solidariedade persiste.

E assim também deve se dar no caso sob análise. Inclusive, tem a mulher interesse de agir em propor ação de alimentos gravídicos, caso se encontre impossibilitada de sozinha prover seu sustento e o do feto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, a anencefalia anula as possibilidades de vida extrauterina do feto. É o que afirma a ciência médica, ao se posicionar acerca da enfermidade.

Viu-se, todavia, que, conforme a teoria concepcionista (encampada pela doutrina ma-

¹³ Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...)III - mútua assistência; V - respeito e consideração mútuos. Art. 1.724. As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

goritária¹⁴ e alguns julgados dos tribunais superiores), a personalidade jurídica da pessoa humana se inicia no momento da concepção e não apenas quando do nascimento com vida.

Sendo assim, o feto anencéfalo, a despeito da inviabilidade no mundo externo, detém personalidade e é sujeito de direitos; afinal, trata-se de ente concebido. Devem os pais, portanto, cumprir todos os deveres resultantes do poder familiar, este também surgido no momento da concepção.

No entanto, na hipótese de a mãe desejar antecipar o parto e o genitor discordar, deve prevalecer a decisão feminina, considerando que, estando em conflito o seu direito fundamental à vida com o direito fundamental à vida do feto, defendido pelo pai, como consectário do dever familiar, o postulado da proporcionalidade recomenda a prevalência do direito da primeira. Afinal, como já se disse, a probabilidade de vida extrauterina do feto é praticamente nula.

Demais disso, deve ser preservado o direito fundamental da mulher à liberdade e à autodeterminação de prosseguir ou não com algo que repercute no seu bem estar físico e emocional, não podendo ser obrigada a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

É desnecessária, para tanto, qualquer decisão judicial específica, considerando o precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº. 54/DF e a Resolução 1989/2012, do Conselho Federal de Medicina.

De outro norte, se a mãe optar por levar à diante a gestação e o pai discordar, este deve continuar prestando alimentos ao feto, pois é dever oriundo do poder familiar, persistente até o fim da gestação, afigurando-se desimportante, para tanto, a viabilidade extrauterina do feto.

Outrossim, o genitor tem deveres de solidariedade, assistência moral e material para com a mãe, originados da relação de casamento ou união estável.

Por tudo que se viu, diante da divergência entre o poder familiar e os direitos fundamentais da mulher, revelada na antecipação de parto de feto anencéfalo, estes devem prevalecer.

REFERÊNCIAS

BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito de Família**. 7.ed. Editora Rio, 19--.

CHAVES DE FARIAS, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil**: parte geral. 8.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de Direito Civil**: Parte Geral. Vol. I. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

14 De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, pág. 105): “(...) surgindo então a *teoria concepcionista*, sob influência do direito francês. Para os adeptos dessa corrente, dentre os quais se encontram TEIXEIRA DE FREITAS E CLÓVIS BEVILÁQUA (...)”. E, mais à frente, continua: “No direito contemporâneo, defendem a teoria concepcionista, dentre outros, PIERANGELO CATALANO, Professor da Universidade de Roma, e Silmara J.A. CHINELATO E ALMEIDA, Professora da Universidade de São Paulo”.

E. no mesmo sentido, aduz Flávio Tartuce (2012, pág. 75): “Esclarecida e consolidada a prevalência da teoria concepcionista no Direito Civil contemporâneo, (...)”.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: parte geral**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O Controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 2.ed. São Paulo: Método, 2012.

DIVERGENCE OF PARENTS AS TO THE ADVANCEMENT OF CHILDBIRTH ANENCEPHALIC FETUS: THE CONFLICT BETWEEN PARENTAL AUTHORITY AND THE FUNDAMENTAL RIGHTS OF WOMEN.

ABSTRACT

As pointed out by the medical, science is the null probability of extra-uterine life anencephalic fetus. This does not mean, however, that since the design does not have legal personality being formed in-line theory Conceptionist and therefore titularize rights, these opposing the very duties of family power. However, if the mother decides to terminate the pregnancy, opposing both the father, the judge is to prevail woman, for the sake of their fundamental dignity, physical and psychic integrity, reproductive freedom and freedom of choice rights.

Keywords: Anencephaly. Family power. Women rights.