

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO**

Talita Maiara Sampaio Batalha

**DA POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DEFETOS
ANENCEFÁLICOS: ANÁLISE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Fortaleza

2010

**DA POSSIBILIDADE DE INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE FETOS
ANENCEFÁLICOS: ANÁLISE DA COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Graduação no Curso de Direito da Universidade Federal do Ceará, sob a orientação do Professor Victor Hugo Medeiros de Alencar.

Fortaleza

2010

UNIVERSIDADE FEDERAL CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
MONOGRAFIA DE CONCLUSÃO DO CURSO DE GRADUAÇÃO

Talita Maiara Sampaio Batalha

Apresentada em 30/11/2010.

BANCA EXAMINADORA

PROF. VICTOR HUGO MEDEIROS ALENCAR
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

PROF. SAMUEL MIRANDA ARRUDA
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

PRO. FRANCISCO DE ARAÚJO MACEDO FILHO
UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ

AGRADECIMENTOS

Antes de tudo, agradeço a Deus, que apaziguou minha alma e me deu ânimo novo quando parecia impossível superar os obstáculos.

Em especial, aos meus pais, Francisco e Margarida, pelas lições de humildade, esforço, fé e sabedoria, que me formaram como estudante e como pessoa.

À minha irmã, pela disponibilidade nas horas difíceis.

Aos meus amigos, presentes que a vida me deu, que comigo riram e choraram durante estes quase cinco anos de vida acadêmica, dentre os quais cito: Jamile Virgínio, Karoline Santos e Rosa Cavalcante.

Ao meu orientador, professor Victor Hugo, pela disponibilidade, prontidão e pela dedicação à academia, em especial na Faculdade de Direito.

Ao professor Samuel Miranda por ter aceitado participar de minha banca e pelas aulas inspiradoras que me fizeram ver o Direito Penal com outros olhos.

Ao professor Francisco Macedo Filho por ser um exemplo de profissional dedicado.

*Quanto mais nos elevamos, menores parecemos
aos olhos daqueles que não sabem voar.*
(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

Versa sobre a possibilidade jurídica de ser assegurada à gestante a liberdade de licitamente interromper a gravidez em caso de feto anencefálico. O objetivo geral desse trabalho foi investigar a colisão entre o direito à vida do feto, de um lado, direito fundamental dos mais importantes, garantido expressamente pela Constituição Federal de 1988, e de outro, os direitos da gestante, dentre os quais os direitos sexuais e reprodutivos, o direito à saúde física e psíquica, direito à liberdade, a sua capacidade de se autodeterminar. O método de compilação fora utilizado de forma predominante. Não se optou por uma pesquisa reduzida meramente ao âmbito do direito, uma vez que, ao lidar com tema de conotação tão profunda, inevitavelmente se enveredou pelo âmbito da biologia e da filosofia. Apresenta-se o princípio do *balancing* como adequado para a resolução de tal conflito, comprovando-se que a antecipação terapêutica de parto é o método mais apto para solver a colisão, posto que meio idôneo, necessário e proporcional em sentido estrito.

Palavras-chaves: Colisão de direitos fundamentais. Anencefalia. Aborto. Direito Fundamental à vida.

ABSTRACT

Deals with the legal possibility to be provided to pregnant women the freedom to lawfully terminate a pregnancy in case of anencephalic fetus. The general objective of this study was to investigate the collision between the right to life of the fetus, on the one hand, the most important fundamental right expressly guaranteed by the Constitution of 1988, and secondly, the rights of pregnant women, among them the sexual and reproductive rights, the right to physical and mental health, right to freedom, their ability to self-determination. The method used to build out is prevalent. We did not choose a search merely reduced the scope of the law, since, when dealing with the subject of such profound connotations inevitably got into the scope of biology and philosophy. Shows the principle of balancing as appropriate for the resolution of such conflict, proving that early therapy is the delivery method best suited to solve the collision, since it means suitable, necessary and proportional in the strict sense.

Keywords: Collision of fundamental rights. Anencephaly. Abortion. Fundamental right to life.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	16
1 ANENCEFALIA	19
1.1 Conceito	19
1.2 Riscos pré e pós-parto	22
1.3 Trajetória da anencefalia no Poder Judiciário	23
1.3.1 Análise da decisão da Suprema Corte Argentina	23
<i>1.3.2 Anencefalia no poder judiciário brasileiro</i>	25
<i>1.3.2.1 Caso Gabriela</i>	28
<i>1.3.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54</i>	30
2 VIDA E MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	33
2.1 Teorias acerca do início da vida humana	33
2.2 O início da vida humana e sua proteção jurídica	36
2.3 Morte no ordenamento jurídico nacional	39
2.4 Aplicação dos critérios de morte encefálica nos portadores de anencefalia	41
2.5 Transplantes de órgãos e a coisificação da mulher	43
3 ANENCEFALIA E ABORTO	46
3.1 Interpretação evolutiva do Código Penal Brasileiro	46
3.2 Projetos de lei e a reforma da parte especial do Código Penal	50
3.3 Aborto eugênico e a anencefalia	54
3.4 Aborto nos casos de anencefalia à luz dos princípios da bioética	57
4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	61

4.1 Constatação de colisão real de direitos fundamentais no caso dos fetos anencefálicos	61
4.1.1 Direito à saúde	62
4.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana	67
4.1.2.1 A titularidade do princípio da dignidade da pessoa humana	69
4.1.3 Laicidade do Estado e Razões Públicas	74
4.1.4 Direitos sexuais e reprodutivos.....	77
4.2 Impossibilidade de aplicação do princípio da concordância prática na colisão de direitos fundamentais envolvidos	80
4.3 O balanceamento entre direitos fundamentais do feto e da gestante.....	82
4.4 Análise da antecipação terapêutica de parto sobre o prisma do princípio da proporcionalidade.....	84
<i>4.4.1 Aplicação do subprincípio da adequação</i>	<i>86</i>
<i>4.4.2 Aplicação do subprincípio da necessidade</i>	<i>87</i>
<i>4.4.3 Aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito</i>	<i>88</i>
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	89
REFERÊNCIAS	93

INTRODUÇÃO

Entre tantos temas que suscitam atenção, a questão da interrupção da gravidez no caso dos fetos com anencefalia é matéria de constante debate na sociedade, possivelmente pelo fato de o Brasil ser o quarto país do mundo em prevalência de anencefalia, daí a percepção constante de notícias de gestantes que buscam alvarás com juízes de instâncias inferiores para realizar a interrupção terapêutica do parto, o que, na prática, se mostra inviável, pois a própria jurisprudência pátria não é pacífica sobre o tema.

Com efeito, não havendo norma que expressamente autorize ou proíba a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, instalou-se uma enorme insegurança jurídica. Cada juiz, desembargador ou promotor, desse enorme país atua de acordo com suas próprias convicções, nem sempre lastreadas em pressupostos laicos.

Além do constante debate na sociedade, despertou ainda mais o interesse na pesquisa do referido assunto, a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, formulada pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde. Na referida ação, questionam-se os arts. 124, 126 e 128, I e II do Código Penal Brasileiro em face dos preceitos fundamentais expressos em nossa Carta Magna: a Dignidade da Pessoa Humana, a Legalidade, a Liberdade, Autonomia da Vontade e o Direito à Saúde.

Por meio do remédio constitucional, os trabalhadores da saúde visam à declaração de inconstitucionalidade dos citados artigos, os quais tipificam como crime de aborto a antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos.

Destarte, o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ação supracitada, não encerrará a discussão sobre o tema, uma vez que se discutirá, e, muito, sobre a questão da existência e da qualidade de vida dos anencéfalos.

Por outro prisma, a temática também é discutida no âmbito do Poder Legislativo com a propositura de vários projetos de lei, já em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, que inserem mais uma causa de exclusão da ilicitude ao art. 128 do Código Penal, isentando de pena a mulher que desejar interromper a gravidez em caso de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina e o médico que realizar esse procedimento.

Trata-se de tema delicado, gerando emoções e frustrações por parte de diversos

setores, uma vez que se está lidando com um dos valores mais caros para a sociedade atual: a vida. Nesse tipo de questão não pode o intérprete da lei simplesmente cobrir os olhos como se utilizasse a própria venda da deusa Têmis, personificadora da justiça para os gregos. Não pode o intérprete/julgador fugir ou esconder-se.

Não se optou por uma pesquisa reduzida meramente ao âmbito do direito, uma vez que, ao lidar com tema de conotação tão profunda, inevitavelmente se enveredou pelo âmbito da biologia e da filosofia.

Procedeu-se a uma pesquisa eminentemente bibliográfica, na qual se destaca a consulta ao acervo do Ministério Público Federal e instituições privadas de Ensino Superior, ao que se somou o acesso a fontes bibliográficas catalogadas na Biblioteca de Direito, a Biblioteca de Saúde e na Biblioteca de Ciências Humanas da Universidade Federal do Ceará, justamente em face da supracitada interdisciplinaridade.

A orientação jurisprudencial tem igual pertinência para a compreensão e o desenvolvimento do trabalho, permitindo que se observe, no plano fático, a efetivação dos preceitos técnicos estudados na doutrina. Para isso, foram selecionados os julgados nacionais e estrangeiros, como a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Roe Vs. Wade* e a decisão da Corte Suprema de Justiça da República Argentina em 2001 relativas a interrupção da gravidez no caso dos fetos anencéfalos.

Por fim, cumpre ressaltar que a autora também se valeu da Internet, de fontes jornalísticas e de um filme curta-metragem como fontes secundárias de pesquisa.

O método de compilação fora utilizado de forma predominante, aduzindo-se apenas pontualmente a estatísticas formuladas pela Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) e da Organização Mundial de Saúde (OMS).

O trabalho foi dividido em quatro capítulos. No primeiro, investigou-se, com os aportes da medicina, em que consiste a anencefalia, quais são suas causas, perspectivas de vida, as formas de prevenção e os seus efeitos sobre o corpo da gestante. Na sequência, analisou-se a decisão proferida pela Suprema Corte da Argentina, país cuja legislação criminal acerca do aborto muito se assemelha à brasileira, no caso em que se discutia a possibilidade de se interromper uma gestação de feto anencefálico.

No que tange à temática no Brasil, salientou-se a utilização de alvarás judiciais como meio hábil para se obter a autorização necessária à interrupção da gravidez de feto com anencefalia, a atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), que

desenvolveu um célere sistema de concessão de autorizações não-judiciais, bem como os casos mais emblemáticos apreciados pelo Poder Judiciário: o Caso Gabriela (primeira ação sobre feto anencéfalo a chegar ao Supremo Tribunal Federal) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54.

Já no segundo capítulo, inicialmente, buscou-se compreender os conceitos de vida e de morte e, a partir desses pressupostos, analisou-se onde o anencéfalo se encaixa, isto é, se é ser vivo ou morto. Posteriormente, abordou-se a polêmica Resolução nº 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina, mediante a qual houve autorização para o uso de órgãos e tecidos do anencéfalo para transplantes, e a impossibilidade de coisificação da mulher.

O terceiro capítulo versa sobre a necessidade de uma interpretação evolutiva do Código Penal Brasileiro, datado de 1940, quando a tecnologia existente não possibilitava o diagnóstico preciso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. A seguir, apresentou-se os Projetos de Lei em tramitação na Câmara dos Deputados e no Senado, que inserem mais uma causa de exclusão de ilicitude ao artigo 128 do Código Penal, isentando de pena a mulher que desejar interromper a gravidez em caso de anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina e o médico que realizar o procedimento. Por fim, investigou-se se a interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo seria um tipo de aborto eugênico.

No último capítulo, analisou-se a distinção entre ser humano e pessoa humana e tratou-se da colisão real de direitos fundamentais da gestante e do anencéfalo, posto que de um lado, residiria do direito à vida, garantido a todos os seres humanos, e de outro, os diversos direitos fundamentais da gestante (dignidade da pessoa humana, direito à saúde, direitos sexuais e reprodutivos e direito à liberdade religiosa) Apresentou-se o princípio do *balancing* como adequado para a resolução de tal conflito, comprovando-se que a antecipação terapêutica de parto é o método mais apto para solver a colisão, posto que meio idôneo, necessário e proporcional em sentido estrito.

1 ANENCEFALIA

1.1 Conceito

Dentre os casos de má-formação fetal incompatível com a vida, a anencefalia, sem dúvida, é a mais comum. Segundo a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), a estimativa é de 1 caso a cada 1.600 nascidos vivos. Acrescente-se que o número de casos comprovados de gestação de fetos anencéfalos tem aumentado de forma significativa, colocando o Brasil, segundo a Organização Mundial de Saúde (OMS), na posição de quarto país do mundo em ocorrência desse tipo de anomalia fetal.¹

Conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”, tal anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central-responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal.²

Para Mario Sebastiani,³ entende-se por anencefalia uma malformação fetal congênita caracterizada pela ausência de uma grande parte do cérebro, da pele que teria de revestir o crânio na zona do cérebro anterior, dos hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico.

Esses defeitos ocorrem quando o tubo neural, em sua porção anterior, não se fecha por volta da vigésima quarta semana após a concepção quando o embrião possui o tamanho de 4,5 mm, ocasionando que fique exposto, na maioria dos casos, o tecido cerebral restante. Em

¹ FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 114.

² BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs.). In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Editora Renovar: 2006, p. 671.

³ SEBASTIANI, Mario, *Analisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia*, Lexis Nexis- Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 23 de julio 2003, p.78/82.

linguagem coloquial, “como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face”.⁴

Assim, tem o feto anencéfalo a aparência de uma rã na medida em que é totalmente carente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana. Não é a toa que, para a ciência médica, a anencefalia já foi descrita como “monstruosidade caracterizada pela ausência de cérebro e da medula.”⁵

Ocorre que a anencefalia é muito mais do que a ausência de cérebro, até porque partes dele, ainda que irrisórias, podem existir. Na realidade, não há estruturas cerebrais (hemisfério e córtex), havendo apenas tronco cerebral.⁶

Sobre o tema, o médico argentino Sebastiani⁷ ainda destaca que embora os olhos do anencéfalo parecem normais, o nervo óptico, quando existente, não se estende até o cérebro e que, embora, em alguns casos, os anencéfalos possam apresentar reações de pressão, sucção e resposta a estímulos dolosos, tais atos são apenas reflexos produzidos pelo tronco cerebral.

Por todas essas graves carências no processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade com a vida extra-uterina.⁸

Sobre a vida extra-uterina, Francisco Davi Fernandes Peixoto⁹, em artigo sobre a matéria, ressaltou que nenhum anencéfalo sobreviveu mais que um tempo irrisório quando fora do corpo da mãe e que cerca de 75% (setenta e cinco por cento) dos anencéfalos nascem mortos e os 25% (vinte cinco por cento) restantes só sobrevivem poucas horas, dias e, em casos raríssimos, semanas.¹⁰ Esse também é o entendimento de Débora Diniz, que ao tratar da

⁴ ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org.) *Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, Brasília: Editora Letras Livres, 2004, p. 91.

⁵ GHERARDI, Carlos e KURLAT Isabel, *Apud FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia-Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Revista dos Tribunais n. 833, de março de 2005, p. 689.

⁶⁶ DINIZ, Débora e Ribeiro, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Barsília: Letraslivres, 2004, p.101-102.

⁷ SEBASTIANI, *op. cit.*, p. 78/82.

⁸ FRANCO, *op. cit.*, p. 691.

⁹ PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. *Considerações jurídicas acerca da problemática da anencefalia*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, p. 144.

¹⁰ Sobre o tema convém destacar o caso de Marcela de Jesus Galante Ferreira, suposta anencéfala que despertou a atenção da mídia por haver sobrevivido quase dois anos. Posteriormente, uma junta médica comprovou que Marcela não era anencéfala e sim portadora de merocrania, uma outra malformação grave e igualmente fatal.

anencefalia, afirma que “há um consenso na literatura médica acerca do diagnóstico da inviabilidade fetal.¹¹”

Segundo médicos pesquisadores da *National Institute of Neurological Disorders and Stroke*, a anencefalia recebe a seguinte denominação científica:

Anencefalia é um defeito no tubo neural (uma desordem envolvendo um desenvolvimento incompleto do cérebro, medula e/ou suas coberturas protetivas). O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e a 4ª semanas de gravidez para formar o cérebro e a medula do embrião. A anencefalia ocorre quando a parte de trás da cabeça (onde se localiza o tubo neural) falha ao se formar, resultando na ausência da maior porção do cérebro, crânio e couro cabeludo. Fetos com esta disfunção nascem sem testa (a parte da frente do cérebro) e sem um *cerebrum* (a área do cérebro responsável pelo pensamento e pela coordenação). A parte remanescente do cérebro é sempre exposta, ou seja, não protegida ou coberta por ossos ou pele. A criança é comumente cega, surda, inconsciente e incapaz de sentir dor. Embora alguns indivíduos com anencefalia talvez venham a nascer com um tronco rudimentar de cérebro, a falta de um *cerebrum* em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexos tais como a respiração, audição ou tato podem se manifestar. A causa da anencefalia é desconhecida. Embora se acredite que a dieta da gestante e ingestão de vitaminas possam caracterizar uma resposta, cientistas acreditam que há muitos fatores envolvidos.¹²

Esta anomalia pode ser diagnosticada no período pré-natal através da dosagem de alfa-fetoproteína no soro materno ou no líquido amniótico ou, ainda, por ultra-som.¹³

Na lição de Maíra Costa Fernandes¹⁴, detectada a anencefalia, não há nada que possa ser feito para reverter essa anomalia fetal. Por essa razão, a prevenção é essencial, reduzindo em 50% as malformações, especialmente em casos de mulheres que já tenham dado à luz ou interrompido a gestação de um feto anencéfalo, já que, nesses casos, tal precedente pode aumentar em até 10% as chances de desenvolver outra gravidez com essa anomalia.

Essa prevenção é feita por meio da ingestão de quantidades elevadas de ácido fólico, um dos componentes vitamínicos do complexo B, ao menos três meses antes da nova gestação, além de continuar a ingestão até os três primeiros meses de gravidez.¹⁵

Sobre a temática, Débora Diniz¹⁶ lembra que, embora já esteja consolidada na literatura médica, a correlação entre a anencefalia e o ácido fólico, as causas genéticas ou desconhecias correspondem a, pelo menos, 60% dos casos.

¹¹ DINIZ, Débora. *Aborto e inviabilidade fetal: El debate brasileño*. In Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, V 21., 2005, p. 637.

¹² Tradução livre feita por Maíra Fernandes da Costa In: FERNANDES, *op. cit.*, p. 114.

¹³ LÔBO, Cecília Érika D’Almeida. *Gestantes de Fetos Anencefálicos-Mulheres que lutam. Considerações Preliminares*. In: Diálogo Jurídico. Fortaleza, Ano V. Nº 5, p. 129-152, Faculdade Farias Brito, Set. 2006, p. 135.

¹⁴ FERNANDES, *op. cit.*, p.116.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 116-117.

Modernamente, entende-se que a anencefalia é uma patologia determinada por diversos fatores chamados teratogênicos ou teratógenos, que atuam diretamente sobre o ser em formação, ampliando a probabilidade de tais patologias.

Como exemplos destes fatores, podemos citar as diversas radiações, vírus, drogas e doenças maternas existentes. Todavia, comprovadamente os fatores teratogênicos não são as únicas causas que incidem e concorrem para que ocorra a anencefalia, outros fatores como descendência e etnia também o fazem.¹⁷

1.2 Riscos pré e pós-parto

Sobre as sérias complicações que a anencefalia representa para a gestante, tomamos o entendimento de Thomaz Gollop, médico obstetra, especialista em Medicina Fetal e professor da Universidade de São Paulo:

Uma gestação de feto com anencefalia acarreta riscos de morte à mulher grávida. Sem dúvida, e sobre isso há alguns dados levantados que são muito interessantes. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâminio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de descolamento prematuro de placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter o que nós chamamos de distócia do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média e pode haver um acidente obstétrico na expulsão no parto do ombro, o que pode acarretar dificuldades muito grandes no ponto de vista obstétrico. Assim sendo, há inúmeras complicações em uma gestação cujo resultado é um feto sem nenhuma perspectiva de sobrevivida. A distócia de ombro acontece em 5% dos casos, o excesso de líquido em 50% dos casos e a atonia do útero pode ocorrer em 10% a 15% dos casos.¹⁸

Além disso, a mulher tem 25% de chances de contrair doenças hipertensivas na gravidez e, uma vez elevada a pressão arterial, ela pode apresentar pré-eclampsia. Aumentam as possibilidades de desmaios e convulsões. Diante desse quadro, aconselha-se a realização de uma consulta ao médico especialista a cada quinze dias.¹⁹

¹⁶ DINIZ, Débora. *Aborto e inviabilidade fetal: El debate brasileño*. In *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, V 21, 2005, p. 636.

¹⁷ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 143.

¹⁸ ANIS, *op. cit.*, p.27.

¹⁹ FERNANDES, *op.cit.*, p 115.

Ainda, sobre as dificuldades relativas ao parto de um feto anencéfalo, Jorge Andalaft, médico e coordenador da Comissão Violência Sexual e Interrupção da Gestação da Federação das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, alerta que as complicações são decorrentes da própria deformidade do feto, que por não possuir a caixa craniana formada, não encaixa corretamente para o parto, estando o feto sentado ou atravessado.²⁰

Na exordial da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54²¹, Luís Roberto Barroso trouxe parecer da Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO), o qual atestou que como complicações decorrentes da gestação de feto anencéfalos: a manutenção da gestação nesses casos tende a se prolongar além de 40 semanas; sua associação com polihidrâminio (aumento do volume do líquido amniótico) é muito freqüente; associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG); associação com vasculopatia periférica de êxtase; alterações de comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante; dificuldades obstétricas e complicações no desfecho da parte de anencéfalos de termo; necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério; necessidade de registro de nascimento e de sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito; necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação); puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina e maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

1.3 Trajetória da anencefalia no Poder Judiciário

1.3.1 Análise da decisão da Suprema Corte Argentina

²⁰ ANIS: (Org.). Anencefalia...*op. cit.*, p. 30-31.

²¹ Disponível em

www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=181767&tipo=TP&descricao=ADPF%2F54. Acesso em 29/09/2010

A legislação criminal da Argentina muito se assemelha à brasileira, já que não admite o abortamento por solicitação da gestante e ao permitir o aborto terapêutico e sentimental. Igualmente, não há qualquer menção à hipótese de patologia fetal.²²

Em janeiro de 2001, a Suprema Corte de Justiça da Nação Argentina proferiu decisão em caso no qual se discutia, justamente, a possibilidade de a gestante antecipar o parto de feto acometido de anencefalia, trata-se do caso Silvia Tanus.²³

Ao apreciar a questão, a Corte seguiu o parecer médico que qualificou como nula a viabilidade de vida do feto anencefálico fora do ventre materno e declarou não existir diferença, quanto a sua possibilidade de sobrevivência, entre induzir o parto naquele momento ou esperar o transcurso dos nove meses de gestação, pois o resultado seria, inevitavelmente, o mesmo: o falecimento em consequência da patologia congênita.

Nesse contexto, a decisão da Corte também destacou, em diversas passagens, a proteção constitucional atribuída ao feto, tal qual ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, mas entendeu não haver, no caso em exame, afronta ao seu direito, pois, estando-se diante de anomalia cuja única sobrevivência assegurada ao feto é a intra-uterina, não haveria de se falar em aborto, mas em antecipação do parto.

Considerou-se, ainda, aos direitos da gestante, igualmente resguardados pela Constituição e pelos tratados internacionais²⁴ e apontou-se a necessidade de que tais garantias da mulher sejam respeitadas, levando-se em conta, sobretudo, os transtornos psicológicos que a gravidez de um feto anencefálico pode causar à gestante.

²² *Art. 85.- El que causare un aborto será reprimido:*

1º. con reclusión o prisión de tres a diez años, si obrare sin consentimiento de la mujer. Esta pena podrá elevarse hasta quince años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer;

2º. con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer. El máximo de la pena se elevara a seis años, si el hecho fuere seguido de la muerte de la mujer.

Art. 86.- Incurrirán en las penas establecidas en el artículo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, los médicos, cirujanos, parteras o farmacéuticos que abusaren de su ciencia o arte para causar el aborto o cooperaren a causarlo.

El aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer encinta, no es punible:

1º. si se ha hecho con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no puede ser evitado por otros medios;

2º. si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto.

²³ Disponível em <http://www.notivida.org/fallos/CSJN,%20Caso%20Sivia%20Tanus.html>. Acesso em 08/09/2010

²⁴ Entre os tratados internacionais citados estão o Pacto de São José da Costa Rica, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, a Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem e o Pacto Internacional De Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

1.3.2 Anencefalia no poder judiciário brasileiro

O avanço de uma nova área da Medicina, voltada para o acompanhamento pré e pós-natal- derivada de seu novo segmento, a medicina diagnóstica- trouxe à tona, ainda que involuntariamente, a polêmica discussão sobre o aborto. O questionamento sobre o que fazer diante do diagnóstico de uma anomalia fetal incompatível com a vida era inevitável.²⁵

Tomamos lição do médico Marcos Valentim Frigério sobre a temática em foco:

A capacidade da Medicina em verificar a saúde do produto conceptual gerou um paradoxo: passou a ser possível a previsão de defeitos intra-uterinos incompatíveis com a vida, mas não era possível fornecer a todos os pacientes a opção de amenizar o sofrimento decorrente do diagnóstico. Se, para muitos, as convicções religiosas ou pessoais amparam o sofrimento e os complexos fenômenos psicológicos associados à gestação de um feto sem perspectivas, para outros apenas a concreta eliminação da causa de sofrimento pode abrir caminho de uma recuperação. Do mesmo modo, é penoso para o médico poder diagnosticar uma malformação incompatível com a vida e, quando cabível, não poder oferecer uma opção apropriada à gestante ou casal.²⁶

O referido médico também lembra que era comum restringir as discussões sobre aborto ao âmbito fechado do Departamento de Obstetrícia das grandes faculdades, não havia uma preocupação em propagar o tema para o meio jurídico.²⁷

Somente em 1990, reunião do Conselho Federal de Medicina resultou em uma mudança na postura de interpretar a *ipsis literis* as normas legais vigentes. Isso foi apoiado pela maioria dos Conselhos Regionais de Medicina. Compreendiam os conselheiros então ser necessário reconhecer o desenvolvimento da Medicina Fetal e reformular a postura da classe médica para embasar uma reordenação jurídica.²⁸

Uma das consequências dessa atitude foi a proposta de reformulação do Código Penal, para o acréscimo de mais uma causa de exclusão da antijuridicidade.²⁹

Por outro lado, a resposta do Poder Judiciário ao problema veio através da emissão de alvarás, autorizando a interrupção da gravidez em casos de má formação fetal incompatível com a vida.

²⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p. 121.

²⁶ FRIGÉRIO, Marcos Valentim. *Aspectos Bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v 11, jan/mar., 2003, p. 278

²⁷ *Idem, ibidem*.

²⁸ FRIGÉRIO, *op. cit.*, p. 278.

²⁹ As propostas de alteração do Código Penal serão analisadas no capítulo 3 do presente trabalho.

De acordo com a antropóloga Débora Diniz³⁰, o primeiro alvará autorizando a antecipação terapêutica de parto de feto anencéfalo data de 1989 em Rondônia. Desde então, foram concedidas cerca de 3.000 autorizações judiciais permitindo que mulheres interrompessem a gestação em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extra-uterina, não havendo, todavia, uma estatística segura de quantos pedidos foram negados.³¹

No estado do Ceará, a pesquisadora Cecília D’Almeida Lôbo relatou que a ocorrência de gestação de feto anencéfalo é considerada freqüente em Fortaleza, sendo somente no ano de 2003 registrados cinco casos. Todos, sem exceção, com pedidos de interrupção de gravidez negados pela Justiça.³²

Em sua pesquisa, D’Almeida Lôbo, a partir da análise de documentos fornecidos pela Maternidade-Escola Assis Chateaubriand, localizou 90 casos de casos de anencefalia registrados de 1996 a 2005. Desse número, apenas três mulheres ingressaram com pedido judicial para interromper a gestação, o que representa apenas 3,33% do total dos casos em análise.³³

Esse fato leva a formulação de inúmeras hipóteses em relação aos 96,67% dos casos restantes relacionadas à opção pela interrupção clandestina, desinformação, descrença no Poder Judiciário ou opção consciente pela manutenção da gestação.

Há, ainda, outro problema, como bem lembra Cecília D’Almeida Lôbo, “as autorizações judiciais para a realização do procedimento, porém, dependem do juízo de valor e da disposição pessoal de enfrentamento do *status quo* por parte de integrantes do Ministério Público e, principalmente, dos magistrados.”³⁴

Com efeito, não havendo norma que expressamente autorize ou proíba a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, instalou-se uma enorme insegurança jurídica. Cada juiz, desembargador ou promotor, desse enorme país atua de acordo com suas própria convicções, nem sempre lastreadas em pressupostos laicos.

Todavia, mesmo nos casos em que a gestante busca o Poder Judiciário e os alvarás são concedidos, o que se verifica é uma verdadeira luta contra o tempo, no qual as

³⁰ Conselho Federal de Medicina do Estado da Bahia (CREMEB). Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: LetrasLivres, 2004, p.17.

³¹ ANIS (Org), *op. cit.*, p.7.

³² LÔBO, *op. cit.*, p.140.

³³ *Idem, ibidem*, p.145-146.

³⁴ LÔBO, *op. cit.*, p.139.

gestantes tentam vencer a morosidade da justiça brasileira, sendo a espera pela autorização judicial para a antecipação do parto tão angustiante quanto o diagnóstico da anomalia fetal.

Nesse ponto, destaca-se a atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) na concessão de autorizações de antecipação de parto pela sua Promotoria especializada³⁵, sem que a questão seja analisada pelo Judiciário.

Cabe ao promotor de justiça o oferecimento de denúncia que, uma vez recebida pelo magistrado, dará início à ação penal pública. Nos casos apreciados pela Promotoria Especializada, não há apresentação de denúncia e sim de uma decisão extrajudicial autorizando a antecipação do parto.³⁶

Prevalece, assim, o entendimento de que órgão ministerial está, tão somente, antecipando sua posição no sentido da desnecessidade de persecução penal, por ausência de interesse público no atendimento ao pedido da gestante de interromper a gravidez nos casos mencionados. Defende-se, ainda, que se trata de decisão ministerial própria, de natureza administrativa, tomada fora do processo penal e que por não haver ofensa a direitos individuais, não se justificaria a intervenção do Poder Judiciário.

A solução encontrada pelo MPDFT torna o pedido de interrupção da gravidez, nos casos em estudo, infinitamente mais célere, porém a dispensa da intervenção judicial pode ensejar longa discussão acerca da competência da instituição.

Todavia, não obstante o Brasil já contar com mais de 15 anos de jurisprudência sobre o tema aqui tratado, ele já não ocupava as páginas de jornal com tanta frequência, até voltar a ser novamente o centro das atenções por conta do “Caso Gabriela” (primeira ação sobre feto anencéfalo a chegar ao Supremo Tribunal Federal) e, meses depois, em razão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 proposta pela Confederação Nacional de Trabalhadores da Saúde.³⁷ Ambas as ações serão analisadas nos subitens a seguir.

³⁵ A Promotoria de Justiça de Defesa dos Usuários dos Serviços de Saúde do MPDFT instituiu para essa finalidade o “Processo de Habilitação para a Autorização de Antecipação Terapêutica de Parto de Fetos com Inviabilidade Extra-Uterina”.em 1999. Até 2003, Débora Diniz havia contabilizado cerca de 93 autorizações do MPDFT.IN:DINIZ, Débora.Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Médicos, promotores e juízes em cena.Revista Physis vol.13 no.2 Rio de Janeiro:2003.

³⁶ FERNANDES, *op. cit.*, p. 123.

³⁷ Maira Costa Fernandes destaca ainda que foi ajuizada no interregno das duas demandas supramencionadas, a Ação Civil Pública (processo nº 2004.51.01.006161-0 12ª VF/RJ) proposta pelo Ministério Público Federal, que tinha como pedido o reconhecimento da possibilidade de se realizar antecipações de parto em caso de anencefalia fetal, inclusive, requerendo-se que tal serviço fosse realizado pela rede pública de saúde. A ação foi extinta sem julgamento de mérito, sob o fundamento de que lhe faltariam duas das condições da ação: interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. In: FERNANDES, *ob.cit.*, , p. 124.

1.3.2.1 Caso Gabriela

Em fevereiro de 2004, um caso de anencefalia chegou pela primeira vez ao Supremo Tribunal Federal, provocando furor no meio jornalístico. Tratava-se de questão envolvendo uma jovem de 18 anos, natural de Teresópolis, interior do estado do Rio de Janeiro, chamada Gabriela de Oliveira Cordeiro, que, ao receber do diagnóstico de anencefalia do feto em seu quarto mês de gravidez, deu início a uma verdadeira saga judicial, visando a obter autorização para interromper a gestação, através de intervenção cirúrgica.

Inicialmente, Gabriela e o marido procuraram a Defensoria Pública, onde bateram em quase todas as portas e as pessoas nos corredores lhes apontavam dedos e lhes chamavam de assassinos, até que a defensora Andréia Teixeira Moret Pacheco prontificou-se a ajudá-los.

Em 6 de novembro de 2003, a Defensora Pública apresentou o pedido de autorização para a antecipação do parto à Vara Criminal da Comarca de Teresópolis/RJ. Todavia, o Juiz Paulo Rudolfo Toste negou a autorização, sob o argumento de que o Código Penal Brasileiro não previa o aborto em caso de anencefalia. Infelizmente, esta não seria a primeira negativa da Justiça ao pedido de Gabriela.³⁸

Interposto recurso de apelação perante a 2ª Câmara Criminal, com contrarrazões do Ministério Público favoráveis ao pedido, a desembargadora relatora, Giselda Leitão Teixeira, concedeu, em 19 de novembro de 2003, a medida liminar requerida, autorizando a antecipação terapêutica de parto. Gabriela já estava grávida de cinco meses.

Entretanto, antes mesmo de Gabriela ser notificada da autorização, dois advogados católicos, que souberam da história por meio de jornais diários, entraram com um agravo interno no dia 21 de novembro no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O argumento utilizado foi o da inviolabilidade da vida do feto. O sofrimento de Gabriela sequer foi mencionado.

Nessa mesma data, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento Pró-Vida da Igreja Católica, de Anápolis, interior de Goiás, entrou com um *habeas corpus* em favor do feto de Gabriela no Superior Tribunal de Justiça.

³⁸ A história de Gabriela. IN ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org.) Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade, Brasília: Editora Letras Livres, 2004;p.15-20.

Em 25 de novembro, a desembargadora Gizelda Leitão Teixeira derrubou o agravo dos advogados católicos do Rio de Janeiro e manteve a autorização prévia concedida à Gabriela, porém, no mesmo dia, a ministra Laurita Vaz, do Superior Tribunal de Justiça, em resposta ao pedido do padre, derrubou a autorização da desembargadora do Rio de Janeiro até que o Tribunal julgasse o mérito da ação. No mesmo documento, indicou que enviaria uma cópia dos autos ao procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, um confesso católico e opositor do direito à antecipação do parto.

Com efeito, o referido procurador emitiu, em 10 de dezembro, parecer contrário à possibilidade de antecipação terapêutica de parto, fazendo, inclusive, juízos de ordem religiosa, incabíveis em um Estado Democrático de Direito.³⁹

Em 26 de fevereiro de 2004, as organizações não-governamentais Anis – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero impetraram um pedido de *habeas corpus* em favor de Gabriela no Supremo Tribunal Federal com fundamento no direito à saúde, à liberdade e à dignidade da gestante em decidir sobre sua própria vida.

Sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, o pedido em favor de Gabriela entrou em pauta em tempo recorde, uma vez que o referido ministro entendeu a urgência que envolvia a questão. Todavia, já era tarde, em 28 de fevereiro, Gabriela deu à luz a uma menina, ironicamente batizada de Maria Vida, que sobreviveu apenas durante 7 minutos.

O atestado de óbito foi imediatamente apresentado ao Supremo Tribunal Federal pelas entidades que solicitaram o *habeas corpus* em favor de Gabriela. Juridicamente, o caso havia perdido o objeto, sendo extinto sem julgamento de mérito.

Na ocasião, verificou-se um prejuízo de dupla ordem: 1º) para a gestante, que não teve o seu pedido apreciado a tempo e 2º) para o Supremo Tribunal Federal, que perdeu uma grande oportunidade para firmar jurisprudência sobre a matéria, abreviando assim o sofrimento de muitas gestantes.

Apesar da extinção do feito, os ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa decidiram divulgar seus votos. O voto desse último ministro destaca-se pela extensão e pelo

³⁹ O parecer do Procurador da República Cláudio Fonteles encontra-se disponível em <http://www.providaanapolis.org.br/mpf32159.htm>. Acesso em 05/09/2010.

aprofundamento, trazendo à baila estudos sobre a matéria no Direito Comparado, com posicionamento favorável a interrupção da gravidez.⁴⁰

Ao final, estava findo parcialmente o martírio, Gabriela era mulher massacrada pelo acaso, com a vida privada devassada, torturada pela Justiça e inconformada com a morte precoce da filha que resistiu sete minutos.

Para Débora Diniz, “Maria Vida foi um feto com anencefalia que demonstrou com a força trágica de sua morte precoce o absurdo da Justiça brasileira contra sua mãe.”⁴¹

1.3.2.2 Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54

Alguns meses após o deslinde do Caso Gabriela, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde ajuizou, perante do Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54⁴², indicando como vulnerados o art.1º, IV (dignidade da pessoa humana), o art. 5º, II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade) e os arts. 6º caput e 196 (direito à saúde) todos da Constituição da República e como ato do Poder Público causador da lesão o conjunto normativo representado pelos arts. 124, 126, caput, e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/1940).

Destarte, através da referida ação pretende-se que seja declarada inconstitucional, com efeitos vinculantes e *erga omnes*, a interpretação dos supracitados artigos do Código Penal como impeditivos da antecipação terapêutica de parto nos casos de gravidez de feto anencéfalo, diagnosticada por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

A medida liminar requerida pela CNTS foi deferida pelo Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, no dia 01.07.2004, sobrestando as demandas e as decisões não

⁴⁰ O voto do ministro Joaquim Barbosa pode ser conferido em. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 73-92.

⁴¹ ANIS: (Org.).Anencefalia...*op. cit.*,p.14.

⁴² A petição inicial da ação pode ser conferida em: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III.Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.559-582.

transitadas em julgado e reconhecendo o direito da gestante de se submeter à antecipação terapêutica de parto, quando atestada a anencefalia fetal por médico habilitado. A decisão alcançou, assim, tanto a gestante quanto o médico responsável pela operação cirúrgica.⁴³

Contudo, em outubro do mesmo ano, em conturbada sessão plenária, cuja pauta previa apenas a análise da questão de ordem suscitada pelo Procurador-Geral da República (PGR) sobre o cabimento da ADPF n.º 54, foi decidida a revogação parcial da medida liminar, mantendo-se o sobrestamento dos processos e das decisões judiciais, mas afastando-se a possibilidade de antecipação de parto diante do diagnóstico de anencefalia fetal.

Em seguida, a liminar foi apreciada pelo Plenário, que decidiu, por maioria, não a referendar. Meses depois, em 27.04.2005, foi aprovada — por sete votos a quatro — a admissibilidade de tal ADPF, retornando os autos ao Ministro relator para instrução do processo.

Ao afastar a questão de ordem levantada pelo PGR, o STF rechaçou, nos dizeres de Maíra Costa Fernandes⁴⁴, a tradição do “decide-se não decidir”, capaz de abafar as mais calorosas discussões, fechando os olhos para as novas demandas da sociedade.

Os Ministros Carlos Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Sepúlveda Pertence e Nelson Jobim, assim como o Ministro Relator, Marco Aurélio Mello, posicionaram-se em sentido favorável à ação. *In verbis*, alguns dos trechos de votos de alguns desses Ministros⁴⁵:

Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas conseqüências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus. (Min. Carlos Ayres Britto) (grifos nossos)

Não tenho dúvidas de que centenas de mulheres espalhadas pelo País vêm sendo ou correm risco potencial de ser molestadas, ameaçadas, constrangidas por atos do poder público, caso venham a tomar a decisão, de profundo conteúdo autônômico, de interromper a gestação, se constatado, por atos médicos apropriados, que o feto de que são gestantes tem a deformação congênita denominada anencefalia. O risco de lesão a um direito fundamental da mulher parece-me evidente (...) (Min. Joaquim Barbosa) (grifos nossos)

⁴³ FERNANDES, *op. cit.*, p.127.

⁴⁴ *Idem, ibidem.*

⁴⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p.127.

A interpretação que se há de fazer da lei anterior, ainda que admitida a sua recepção, há de fazer-se a partir das regras, e mais do que as regras, a partir dos princípios da Constituição superveniente. Por isso, a superveniência da Constituição pode sim levar, sobretudo quando se soma — e isso é o que se sustenta — a mudança dos conhecimentos médicos a respeito da questão, pode levar sim a uma inversão do que parecia um límpido, claro, indiscutível sentido da Lei anterior, quando ao tempo de sua promulgação. (Min. Sepúlveda Pertence)

Manifestaram-se contrários à ação os Ministros Carlos Velloso, Eros Grau e Cezar Peluso. Este último, em seu voto, destacou que a vida é o mais importante bem jurídico protegido por nosso ordenamento, *in verbis*:

(...) a vida intra-uterina é também um valor constitucional. Está na lógica, portanto, da Constituição que a ofensa a este valor possa ser atingida pela estratégia normativa da criminalização, porque se trata do valor mais importante do Ordenamento jurídico, que é a vida. Não vejo, portanto, nenhuma desproporcionalidade entre o meio normativo e o objetivo visado. E mais! Isto não é sem conseqüências do ponto de vista prático, porque o nascimento com vida tem gravíssimas conseqüências, no mínimo de ordem patrimonial e de sucessão, gravíssimas conseqüências, que não podem ser desconsideradas sob fundamentos, a meu ver, menos consistentes. (Min. Cezar Peluso) (grifos nossos)

A Ministra Ellen Gracie, por sua vez, destacou que a questão deveria ser solucionada na esfera legislativa, mas reconheceu que “a sociedade brasileira precisa encarar com seriedade e consciência um problema de saúde pública que atinge principalmente as mulheres das classes menos favorecidas.”

De outra ponta, Ministro Celso de Mello se ateu a examinar a admissibilidade da ação; sendo que não é difícil supor seu posicionamento em relação ao tema, já que, ao destacar os argumentos conflitantes que serão analisados posteriormente (direito à vida *versus* direitos da gestante), ele fez menção aos Tratados Internacionais sobre Direitos Sexuais e Reprodutivos; citou trecho da decisão proferida pela Corte portuguesa, que descriminalizou o aborto, ressaltando os sentimentos e direitos da gestante e, por fim, comentou o lamentável desfecho do HC 84.025, referente ao Caso Gabriela.

Até o presente momento, não houve decisão de mérito proferida para a referida ação constitucional. Destarte, o julgamento definitivo, pelo Supremo Tribunal Federal, não encerrará a discussão sobre o tema, uma vez que se discutirá, e, muito, sobre a questão da existência e da qualidade de vida dos anencéfalos.

2 VIDA E MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Teorias acerca do início da vida humana

É salutar no presente trabalho, a adequada compreensão dos conceitos de vida e de morte, pois é a partir desses pressupostos que se analisará onde o anencéfalo se encaixa, isto é, se é ser vivo ou morto.

Nossa legislação, não obstante contenha diversos dispositivos que consagram e protegem o direito à vida, não estabelece peremptoriamente o momento em que este começa ou termina.⁴⁶

Tamanha a relevância do tema que, no julgamento da Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3510⁴⁷, o Supremo Tribunal Federal reuniu 22 especialistas nas áreas de genética, bioquímica, neurociência e biomedicina na primeira audiência pública realizada em sua história, tendo por objetivo justamente oferecer uma resposta a seguinte pergunta: Quando se dá o início da vida?⁴⁸

No referido julgamento, o Supremo debruçou-se sobre a constitucionalidade ou não do art. 5º e parágrafos da Lei de Biossegurança, os quais versavam sobre o uso de células-tronco, originárias da técnica de embriões excedentários, frutos de fertilizações *in vitro*.

Ocorre que, na visão do então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, a referida prática seria inconstitucional por ir de encontro ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à vida, tido, em seu entendimento como absoluto e iniciado desde a fecundação, impetrando, então, a referida ADI.⁴⁹

⁴⁶ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 147.

⁴⁷ O presente trabalho está centrado na possibilidade de interrupção de gravidez nos casos específicos de anencefalia. Por essa razão escapa do seu âmbito jurídico a ampla discussão em torno das pesquisas com células-tronco-embriônicas. A breve referência a tal assunto objetiva apenas delimitar o âmbito de proteção da vida humana e suas consequências jurídicas.

⁴⁸ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 146.

⁴⁹ Disponível em:

www.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=TP&docID=594135#PETI%C3%87%C3%83O%20INICIAL. Acesso em 20/09/10.

Por maioria de votos, nosso tribunal maior julgou improcedente a citada ação constitucional. O relator, Ministro Carlos Ayres Brito, em extenso e fundamentado voto, decidiu que a vida humana é confinada entre o nascimento com vida e a morte encefálica, período em que a pessoa é revestida de personalidade jurídica, que a ela confere direitos e obrigações na vida civil.⁵⁰

O conceito de vida humana e o momento em que esta se inicia são temas que pertencem às ciências médicas e biológicas. À ciência jurídica cabe, tão somente, dar-lhe enquadramento legal, ou seja, estabelecer quando se inicia e quando termina a proteção do bem vida e qual a sua abrangência.⁵¹

Nesse sentido, temos o posicionamento de Ingo Sarlet⁵², para quem é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando se inicia a vida humana e que as ciências naturais são incompetentes para responder desde quando a vida deve ser colocada sob proteção do manto constitucional.

A determinação do início da vida humana é controversa nas ciências médicas e biológicas, existindo várias teorias a esse respeito. No presente trabalho, destacaremos três das teorias que se formaram a fim de se determinar o início do processo vital humano: a teoria concepcionista, a teoria genético-desenvolvimentista e a teoria da pessoa humana em potencial.⁵³

Para a teoria concepcionista, considerando a primeira etapa do desenvolvimento embrionário humano, o embrião possui um estatuto moral semelhante ao do ser humano adulto, o que equivale a afirmar que a vida humana inicia-se com a fertilização do ovócito secundário pelo espermatozóide. A partir desse evento, o embrião já possui a condição plena de pessoa, compreendendo, nessa condição, a complexidade de valores inerentes ao ente em desenvolvimento.⁵⁴

⁵⁰Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso 20/09/10.

⁵¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 40.

⁵²SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.43.

⁵³ ROCHA, Renata da . *O direito à vida e a pesquisa com células tronco*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 74.

⁵⁴ Idem, p. 75-77.

A referida teoria advoga a tese de que, a partir da fusão das células germinativas, provenientes de organismos diferentes, deve ser aceita a existência de um novo ser, dotado de um sistema único e completamente diferente daqueles que lhe deram origem.⁵⁵

Já a teoria genético-desenvolvimentista relaciona o início da vida humana à eleição das fases que vão se impondo no decorrer do processo embrionário. Para os partidários dessa corrente, o embrião humano adquire *status* jurídico e moral gradualmente na medida em que seu desenvolvimento avança no tempo.⁵⁶

De outra ponta, a teoria da pessoa humana em potencial apresenta-se como alternativa às duas teorias anteriormente apresentadas.⁵⁷

Sob a ótica da teoria da pessoa humana em potencial, não é possível identificar totalmente o embrião humano como pessoa humana, uma vez que ainda não é dotado de personalidade e, para tanto, o embrião teria que ser capaz de exercer direitos e de contrair obrigações. Por outro lado, também não se admite reduzir seu *status* um mero aglomerado de células, uma vez que o seu desenvolvimento destina-se à formação de um ente humano.⁵⁸

Desse modo, as propriedades relacionadas à pessoa humana, como consciência e inteligência, entre outras, encontravam-se no embrião desde a concepção, contudo apresentavam-se nele em um estado de latência. Seria um estatuto progressivo, no qual a proteção jurídica se amplia na medida em que o embrião se desenvolve.⁵⁹

Para Elio Sgreccia⁶⁰, essa teoria mostra-se ineficaz no sentido de salvaguardar a vida humana que a ciência demonstrou existir, inexoravelmente, desde a concepção. Ademais, seria inadmissível ver representada no embrião simples potência, pois mesmo encontrando-se em fase particular de seu desenvolvimento, corresponde à substância viva e individualizada.

Carolina Alves de Souza Lima⁶¹, citando Dernival da Silva Brandão, defende que vem prevalecendo o entendimento de que a concepção inaugura o início da vida humana:

A partir da fecundação, há um novo ser, com individualidade própria e com carga genética já definida. O conceito se diferencia desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai, como de qualquer pessoa. Ele é ser humano, porque já traz em si germe de todas as características do ser racional.

⁵⁵ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso 20/09/10.

⁵⁶ ROCHA, *op. cit.*, p.79.

⁵⁷ *Idem, ibidem*, p.88-89.

⁵⁸ Sgreccia, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 1996, p. 365.

⁵⁹ ROCHA, *op. cit.*, p. 88-89.

⁶⁰ *Idem, ibidem*.

⁶¹ LIMA, *op. cit.*, p. 42-43.

2.2 O início da vida humana e sua proteção jurídica

Estabelece a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, garantidos aos brasileiros e estrangeiros a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

Nesse sentido, Carolina Alves de Souza Lima aduz que, ao consagrar o direito à vida, a nossa Carta Magna não fez qualquer distinção entre a vida intra e extra-uterina, além de não atribuir valor maior à vida extra-uterina em relação à intra-uterina, como fez a legislação infraconstitucional, destacando-se aí a legislação penal.⁶²

Além disso, a República Federativa do Brasil é signatária de tratados internacionais de proteção dos direitos humanos que tutelam o direito à vida. Dentre eles, destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que preceitua, em seu art. 3º, que “toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Já o art. 6º, I do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, estabelece que: “O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deve ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente”.

Nesse sentido, o Pacto de San Jose da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, incorporado à legislação nacional com a promulgação do Decreto nº 678/92, é taxativo ao determinar, em seu art. 1º, § 2º, que “pessoa é todo ser humano”, não estabelecendo, assim, qualquer desigualdade de trato para com a vida intra ou extra uterina.

Mais adiante em seu art. 4º, § 1º, expressamente anuncia: “Toda pessoa tem direito a 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.”

Para o constitucionalista José Afonso da Silva⁶³, a vida constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, se não erigisse a vida humana em um desses direitos.

⁶² LIMA, *op. cit.*, p.35.

⁶³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 198.

Na lição de Maria Helena Diniz⁶⁴, a vida tem prioridade sobre todas as coisas, uma vez que a dinâmica do mundo nela se contém e sem ela nada terá sentido. Logo, o direito à vida prevalecerá sobre qualquer outro, seja ele o de liberdade religiosa, de integridade física ou mental.

Para Ives Gandra da Silva Martins⁶⁵, o direito à vida é primário, personalíssimo, essencial, absoluto, irrenunciável, inviolável, imprescritível, indisponível e intangível, sem o qual todos os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo.

Contrariamente, destacamos a posição do professor José Roque Junges⁶⁶ para quem “a possibilidade de a vida ser um valor moral absoluto só se daria se a vida nunca entrasse em conflito com outros bens e valores e superasse sempre em valor todo bem ou conjunto de bens que conflitassem com ela. Ora, isto não acontece. Ocorre antes o contrário.”

Com efeito, adotando o raciocínio de Diniz e Gandra, teríamos que os dispositivos normativos do Código Penal Brasileiro que tratam da possibilidade de aborto legal não teriam sequer sido recepcionados pela Constituição Federal de 1988, posto que equivalentes ao assassinato.⁶⁷

Como já bem destacou o Ministro Joaquim Barbosa Gomes⁶⁸, a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados, de modo que as diversas fases do ciclo vital, desde a fecundação do óvulo, com a posterior gestação, o nascimento, o desenvolvimento e, finalmente, a morte do ser humano, recebem do ordenamento jurídico regimes jurídicos diferenciados.

Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio.⁶⁹

No que tange ao absolutismo do direito à vida, a histórica demonstra que esse direito fundamental não é nem nunca foi tido como supremo. Entre os povos antigos, por

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *O estatuto atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.24-25.

⁶⁵ MARTINS, Ives Gandra da Silva. O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFe, 1999, p. 133-137.

⁶⁶ JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995, p.117.

⁶⁷ PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. *Direitos fundamentais da mulher: um olhar sobre a anencefalia*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI, p. 3608.

⁶⁸ GOMES, Joaquim Barbosa, In, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 90.

⁶⁹ *Idem, ibidem*.

exemplo, os valores espirituais ou sagrados eram tidos como superiores aos valores inerentes à vida.⁷⁰

Aliás, na clássica obra *O Federalista*, Alexander Hamilton⁷¹, citando o jurista britânico Blackstone, salienta que mais grave e perigoso do que matar um homem é prendê-lo secretamente, confiando ao esquecimento em seus tormentos particulares, o que demonstra que a liberdade foi, durante muito tempo, mais valorizada do que a vida.

Ora, como bem aduz Carolina Alves de Souza Lima⁷² não se discute que o ordenamento jurídico brasileiro proteja o direito à vida como fundamental. Entretanto, cabe à legislação infraconstitucional regulamentar essa proteção, sempre com respeito à Constituição.

A título de exemplo, a legislação penal tipifica os crimes contra a vida e concomitantemente permite a incidência das causas de exclusão da ilicitude, comprovando que os direitos fundamentais, quando em situação real de conflito, podem ser restringidos.⁷³

Assim, pode-se afirmar que o bem jurídico vida nem sempre prevalece quando em conflito como outros bens também constitucionalmente protegidos, como se verá ao longo do presente trabalho. Tratam-se de situações específicas e excepcionais; no entanto, acolhidas pela ordem jurídica constitucional.

Aliás, destaca-se que o fato de a Constituição ter estabelecido a inviolabilidade do direito à vida não significa que seja absoluto. Inviolabilidade não é sinônimo de absolutismo, uma vez que a própria Carta Magna, em seu art. 5º. XLVII, admite a pena de morte em caso de guerra declarada por agressão estrangeira.⁷⁴

Reforçando esse entendimento, temos a já citada Convenção Americana de Direitos Humanos, que aponta mais uma hipótese de exceção, ao preceituar que “o direito à vida deve ser protegido pela lei e, em geral, desde a concepção”.

No que concerne a expressão “em geral”, constante do referido artigo, existe a possibilidade de se interpretar que se há uma regra geral que implica a observância do respeito do direito à vida desde a concepção, há da mesma forma, uma exceção que autoriza, em certos

⁷⁰ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 3608.

⁷¹ HAMILTON, Alexander. *O Federalista*-Número LXXXIV: Sobre outras objeções diversas. In MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. Os artigos federalistas. Maria Luisa de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p.520.

⁷² LIMA, *op. cit.*, p.39.

⁷³ *Idem, ibidem.*

⁷⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 113-116

casos, a não observação do preceito. É nesse sentido a interpretação de muitos Estados tendentes a legalizar o aborto.⁷⁵

Em sentido contrário a esse entendimento, em voz isolada, posiciona-se Hélio Bicudo⁷⁶, para quem “...a Convenção de 1969 quis simplesmente afirmar que o direito à vida deve ser protegido ordinariamente, comumente (em geral) a partir do momento da concepção.”

Destarte, pode-se afirmar que, inegavelmente a Convenção Americana de Direitos Humanos posicionou-se a favor da teoria concepcionista, porém não impôs que os países signatários adotassem essa teoria, mas apenas em geral, ou seja, admitindo exceções. Esse é o entendimento de Julian Emmerick⁷⁷, que aduz que tal redação foi adotada a fim de harmonizar-se com as legislações vigentes nos países que admitiam o aborto em algumas hipóteses.

Nesse sentido, posiciona-se também Reinaldo Pereira e Silva⁷⁸, que defende que, embora a Constituição de 1988 não tenha definido a partir de que momento é garantida a proteção do direito à vida, tal momento estaria indicado no art. 4º do Pacto de San Jose da Costa Rica. Assim, o Brasil teria adotado a teoria concepcionista.

Conclui-se, portanto que, à luz do ordenamento jurídico pátrio, o anencéfalo, como qualquer ser humano, goza de proteção à vida desde o momento da concepção, todavia podem existir situações excepcionais nas quais prevaleceram outros bens também constitucionalmente protegidos.⁷⁹

2.3 Morte no ordenamento jurídico nacional

⁷⁵ ROCHA, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁶ BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e a sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997, p.62.

⁷⁷ EMMERICK, Julian. *Aborto: descriminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

⁷⁸ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigação político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, São Paulo: LTr, 2002, p. 33.

⁷⁹ LIMA, *op. cit.*, p.42.

Com relação à morte, seu conceito também é controverso nas ciências médicas.⁸⁰ Para Genival França⁸¹, isso ocorre porque a realidade empírica demonstra e a ciência médica comprova que a morte não é um fenômeno instantâneo, mas sim uma sequência de fenômenos gradativamente processados nos vários órgãos e sistemas de manutenção da vida.

O referido médico paraibano ainda destaca que a morte, como fenômeno definidor do fim da pessoa, não pode ser explicada pela parada ou falência de um único órgão, por mais hierarquizado e indispensável que ele seja. Trata-se de “extinção do complexo pessoal, representado por um conjunto, que não era constituído só de estruturas e funções, mas de uma representação inteira.”⁸²

Quanto aos critérios para a constatação da morte, também há grande divergência nas ciências médicas. Até metade do século passado, como bem lembra Carolina Alves de Souza Lima⁸³, dominava como válido para o diagnóstico da morte humana o critério da parada cardiorrespiratória. A cessação das atividades pulmonares e da circulação sanguínea representava a morte humana. Com base nesse critério, o anencéfalo seria considerado um ser vivo, em pé de igualdade com o direito.

Hélio Gomes⁸⁴ reconhecia que esse critério era insatisfatório e incompleto, mas, por falta de conhecimentos científicos, os problemas de identificação da morte e os éticos, quanto aos suportes devidos para a manutenção da vida, eram menos inquietantes.⁸⁵

Entretanto, os avanços médicos, por meio das técnicas de reanimação, de transplantes e o aparecimento de meios aptos a substituir as funções cardíacas e respiratórias, demonstraram a necessidade de se encontrar novos critérios para o diagnóstico da morte.⁸⁶

Assim, por meio de novos estudos e pesquisas na área, a comunidade científica passou a adotar o critério da morte encefálica. Segundo Getúlio Daré Rabello⁸⁷, é de larga aceitação atual o conceito de que a confirmação da morte encefálica deve se basear em três

⁸⁰O conceito de morte pode variar conforme critérios culturais, religiosos, filosóficos e científicos. Consideraremos, no presente trabalho, apenas os critérios científicos, os quais também apresentam substanciais divergências em seus critérios de definição da morte.

⁸¹ FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 2008, p.344.

⁸² *Idem, ibidem*.

⁸³ LIMA, *op. cit.*, p. 79-80.

⁸⁴ GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978. p. 604.

⁸⁵ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

⁸⁶ *Idem, ibidem*.

⁸⁷ RABELLO, Getúlio Daré. *Coma e estados alterados de consciência*. In : NITRITI, Ricardo; BACHESHI, Luiz Alberto (Orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2ª ed, São Paulo: Atheneu, 2003, p. 167.

princípios fundamentais: irreversibilidade do estado de coma, ausência de reflexos do tronco encefálico e ausência de atividade cortical.

No Brasil, a Lei nº 9.434, de 04.02.1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, preceitua em seu art. 3º, *caput*, que:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento **deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.**
(grifos nossos)

Diante da referida lei, constata-se que o ordenamento jurídico brasileiro elegeu o critério da morte encefálica, o que já era esperado, uma vez que se trata de critério aceito pela comunidade mundial como momento da morte.

Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina (CFM) editou a Resolução nº 1.480/97 e estabeleceu quais são os critérios para diagnosticar a morte encefálica, a qual se dar com a parada total e irreversível das funções encefálicas e, por isso, engloba as funções do tronco encefálico, parte preservada pelos anencéfalos.⁸⁸

2.4 Aplicação dos critérios de morte encefálica nos portadores de anencefalia

Estabelecido o conceito de morte e os critérios para a sua identificação indaga-se se os mesmos podem ser aplicados no caso dos anencéfalos.

Verifica-se, inicialmente, que Resolução nº 1.480/97 do CFM, no que tange à constatação da morte, não trata do período de vida inferior a 7 dias⁸⁹, o que incide em quase

⁸⁸ LIMA, *op. cit.*, p 82.

⁸⁹ Art. 6º da Resolução nº 1.480/97: Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização de morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas
- d) acima de 2 anos – 6 horas

todos os casos de anencefalia, devido à brevidade da sobrevivência dos portadores dessa malformação.⁹⁰

No entanto, diante do disposto na referida resolução, alguns doutrinadores, na seara jurídica, vêm defendendo o entendimento de que a eleição da morte encefálica como momento da morte humana representa que o anencéfalo é um ser morto.

Nesse sentido, posiciona-se Maíra Costa Fernandes:

A questão é que, embora haja diferenças conceituais entre a anencefalia e a morte encefálica, a analogia é inevitável, diante do fato de que em ambos os casos não há atividade cerebral. O Conselho foi claro ao destacar serem, inclusive, desnecessários os conceitos de morte cerebral, diante da inquestionável inviabilidade vital do anencéfalo, em decorrência da sua gravíssima má-formação fetal. É certo que existem mínimos reflexos cerebrais que fazem com que o feto consiga sobreviver no útero materno, mas é absolutamente certo que ele não resistirá após o nascimento. Assim como na morte cerebral, nenhum recurso médico será capaz de salvá-lo.⁹¹

Corroborando com esse posicionamento, temos a Resolução nº 1.752/04 do CFM⁹², mediante a qual houve autorização para o uso de órgãos e tecidos do anencéfalo para transplantes. O primeiro “considerando” da Resolução afirma que estes seres são natimortos, por não possuírem hemisférios cerebrais.

No caso, o Conselho Federal de Medicina extrapolou da atribuição que lhe conferiu a Lei dos Transplantes. Em nenhum momento, a lei utiliza a expressão “morte cerebral”, o que daria a entender que a simples parada de funcionamento do cérebro (ou do córtex cerebral) seria um sinal suficiente de morte. A lei sempre fala em ‘morte encefálica’ (art. 3º, *caput*, seus parágrafos 1º e 3º e art. 13), o que significa que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que um paciente seja considerado morto⁹³.

Ora, conforme demonstrado no presente capítulo, o anencéfalo, como qualquer ser humano, goza de proteção à vida desde o momento da concepção. Segundo Maria Auxiliadora Minahim⁹⁴, a presença do tronco encefálico permite que as funções vegetativas sejam preservadas, o que marca a diferença entre a morte encefálica e a anencefalia.

Um ser desprovido de encéfalo, com certeza, não poderia sobreviver ou mesmo existir. No entanto, não é o caso do anencéfalo. Ele sobrevive por curto período de tempo, na

⁹⁰ LIMA, *op. cit.*, p.84.

⁹¹ FERNANDES, *op. cit.*, p. 153.

⁹² Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2004/1752_2004.htm. Acesso em 30/09/10.

⁹³ LUZ, Michelline Soares Bittencourt. *Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de uma resolução sob a ótica do Direito Penal*. In: Revista do programa de pós graduação em direito da Universidade Federal da Bahia nº 16, 2008, p. 290-291.

⁹⁴ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no Direito Penal*. Revista da Associação de Professores de Ciências Penais, p. 119.

maioria dos casos porque preserva o tronco encefálico ou parte dele. Assim, não pode o anencéfalo ser considerado morto conforme os critérios de morte clínica brasileira.⁹⁵

Ademais, argumentar que a ausência de parte do cérebro equivale à ausência de vida humana é totalmente incoerente. Como já abordado neste capítulo, a partir da concepção, já existe vida, que deve ser protegida.

Cumprе ressaltar também a lição de Carolina Alves de Souza Lima⁹⁶, para quem a relevância da discussão quanto à permissão legal para se interromper a gestação do anencéfalo só existe e faz-se essencial por que se trata de ser humano vivo. Caso fosse ser morto, não caberia indagar se houve ou não crime de aborto e não haveria questão ética a ser levantada

2.5 Transplantes de órgãos e a coisificação da mulher

A já citada Resolução n.º 1.752/04, ao autorizar que os médicos realizassem transplantes de órgãos de fetos portadores de anencefalia, como era de se esperar, causou polêmica.

Maíra Costa Fernandes⁹⁷ afirma que se por um lado foi reforçada a tese dos que defendiam a ausência de vida dos anencéfalos, por outro, abriu-se espaço à argumentação de que a mulher teria o dever moral, de levar a gravidez a termo para doar os órgãos do filho, tese esta endossada pelo então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, em seu parecer, conforme transcrição abaixo:

Noutro giro de argumentação, é de se ter presente que o artigo 3º, inciso I da Constituição de nossa República expressa como objetivo seu, perene, verbis: ‘I — construir uma sociedade livre, justa e **solidária**.’ (grifos no original).

Ora, o pleito da autora, titulado por órgão que representa profissionais da área de saúde, **impede possa acontecer a doação de órgãos do bebê anencéfalo a tantos outros bebês** que, se têm normal formação do cérebro, todavia têm grave deficiência nos olhos, nos pulmões, nos rins, no coração, **órgãos estes plenamente saudáveis no bebê anencéfalo**, cuja morte prematura frustrará a vida de outros bebês, assim também condenados a morrer, ou a não ver. O pleito da autora, por certo, **vai na contramão da construção da sociedade solidária** a que tanto nós,

⁹⁵ MINAHIM, *op. cit.*, p.119.

⁹⁶ LIMA, *op. cit.*, p. 88

⁹⁷ FERNANDES, *op. cit.*, p 149-150.

brasileiras e brasileiros, aspiramos, e o ser solidário é modo eficaz de instituir a cultura da vida.”⁹⁸ (mantidos os grifos originais)

Fernandes⁹⁹ destaca que o heróico ato de levar adiante uma gravidez cujo desfecho trágico é inevitável, com o nobre objetivo de doar os órgãos do recém-nascido deve ser voluntário, jamais imposto às gestantes.

Desse modo, a benemerência da gestante que, em vez de optar pela interrupção, escolhe manter a gravidez, com o objetivo de doar os órgãos do recém-nascido, apesar de louvável, não pode servir como imposição moral para que as demais mulheres procedam da mesma maneira.¹⁰⁰

Além disso, como bem lembra a referida autora nem mesmo as doações de sangue ou de medula óssea, capazes de salvar incontáveis vidas e não comparáveis ao sacrifício da mulher grávida de anencéfalo podem ser obrigatórias. Da mesma forma, o transplante de órgãos não é compulsório, ao contrário: deve ser autorizado pela própria pessoa em vida ou por seus familiares, quando falecida.¹⁰¹

Nessa toada, forçoso reconhecer que obrigar a gestante a levar a termo uma gravidez de feto anencéfalo apenas com o objetivo de fornecer órgãos para transplantes é coisificá-la, reduzi-la a uma mero objeto. Assim, a gestante acabaria por ser meio (um depósito temporário de órgãos) para um fim (fornecer esses órgãos para transplantes).¹⁰²

Nesse sentido, como bem lembra Kant¹⁰³, o ser humano existe como um fim em si mesmo e não como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-se ao seu desejo ou interesse. Ao distinguir coisas e pessoas, o filósofo alemão afirmava que as primeiras eram irracionais e tinham valor relativo como meios, ao passo que as segundas são seres racionais e marcados pela sua própria natureza como fins em si mesmos.

⁹⁸. Disponível em: www.providaanapolis.org.br/parefont.htm. Acesso em: 02/10/10

⁹⁹ FERNANDES, *op. cit.*, p.151.

¹⁰⁰ *Idem, ibidem.*

¹⁰¹ Nos casos de morte encefálica, a Lei de Transplantes é clara: em seu artigo 4º, exige a autorização do cônjuge ou parente para a doação. E, naturalmente, no caso de feto anencefálico, não podia ser diverso. A permissão dos pais é imprescindível para a realização do transplantes, conforme a Resolução aprovada pelo CFM:

Art. 1º: Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.

Art. 2º A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento

¹⁰² MACHADO, Lia Zanotta. *Audiência Pública: Anencefalia-STF-ADPF 54*. In: *Séries Anis*, N. 58, Brasília: LetrasLivres, 2008, p-1-2.

¹⁰³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 2 ed. São Paulo: abril Cultural, 1984, p. 141.

Além disso, Anelise Tessaro¹⁰⁴ aduz que os transplantes de órgãos de fetos anencéfalos teriam pouca taxa de sucesso em face do dano causado nos órgãos pela falta de oxigenação resultante na lentidão da sua morte.

É preocupante toda essa argumentação, quase uma campanha “pró-doação de órgãos de anencéfalos”, que diviniza as gestantes que se sacrificam em prol de um bem maior, sem, contudo, nada informar sobre as dificuldades da cirurgia, o que pode acabar por distribuir ilusões, levando a mulher a uma desolação incomensurável, se vier a constatar que, após todo o sofrimento, não conseguiu atingir o fim almejado. Há de se ter em mente que as chances de sucesso desses transplantes ainda são muito pequenas, sobretudo em virtude da falta de tecnologia adequada¹⁰⁵.

No mesmo sentido, tem-se o Parecer nº 24/2003¹⁰⁶ do CFM, o qual expressa que:

Os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida; nesse estado, os órgãos estão em franca hipoxemia, tornando-os inúteis para uso em transplantes.

Vários métodos foram propostos para conservar viáveis os órgãos dos anencéfalos, incluindo intensivos cuidados para protegê-los até que ocorra a morte de todo o cérebro e congelamento gradual do anencéfalo, visando a evitar a isquemia. Esses métodos, na nossa opinião, não encontram guarida nem no princípio bioético da beneficência - pois prolongam princípios vitais de um ente permanentemente inconsciente, sem as mínimas possibilidades de sobrevivência - nem no princípio da justiça, uma vez que, além de dispendiosos, são controvertidos nas searas técnica e ética.

Com efeito, recentemente, considerando os precários resultados obtidos com os órgãos transplantados, o Conselho Federal de Medicina editou a Resolução nº 1949, de 06 de julho de 2010¹⁰⁷, por meio da qual decidiu revogar a Resolução nº 1.752/2004.

¹⁰⁴ TESSARO, Anelise. *Aborto Seletivo*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008, p.108-109.

¹⁰⁵ FERNANDES, *op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁶ Disponível em :http://www.portalmedico.org.br/pareceres/cfm/2003/24_2003.htm. Acesso em 02/10/10.

¹⁰⁷ Disponível em http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2010/1949_2010.htm. Acesso em 02/10/10.

3 ANENCEFALIA E ABORTO

3. 1 Interpretação evolutiva do Código Penal Brasileiro

No sentido etimológico, aborto significa privação do nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. Júlio Fabrinni Mirabete¹⁰⁸ prefere o termo abortamento, para designar o ato de abortar, e o termo aborto, para designar o produto da interrupção da gestação.

Magalhães Noronha¹⁰⁹ conceitua aborto como a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. Essa interrupção há de ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica apenas o aborto na forma dolosa.

O bem jurídico tutelado é a vida humana intra-uterina, em primeiro plano, e a vida e integridade física da gestante no aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento, em segundo plano.¹¹⁰

A legislação penal prevê, ainda, duas hipóteses expressas de aborto legal.¹¹¹ Para a maioria dos doutrinadores, trata-se de modalidade especial de causa de exclusão da ilicitude.¹¹²

A primeira hipótese é conhecida como aborto necessário ou terapêutico. Nesse caso, não se pune o aborto provocado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante. Assim, a interrupção da gravidez deve ser absolutamente necessária para se evitar o perigo fatal à gestante. Considera-se perigo fatal o risco de morte, sendo insuficiente o perigo

¹⁰⁸ MIRABETE, Julio Fabrinni. *Manual de Direito Penal*. 24.ed.São Paulo:Atlas, 2006, p.62.

¹⁰⁹ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*.25 ed.São Paulo: Saraiva, 1991, p.49.

¹¹⁰ MIRABETE, *op. cit.*, p. 62-63.

¹¹¹ Art. 128 do Código Penal- Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

¹¹² Nesse sentido, posicionam-se Damásio de Jesus (*Direito Penal.Parte Especial.p.128*), Celso Delmanto (*Código Penal Comentado. 7 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 374*) e Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de Direito Penal: Parte Especial, p. 136-140*).

à saúde, mesmo que seja muito grave, o que pode ser questionado, devido às conseqüências à futura qualidade de vida da mulher.¹¹³

Não é necessário que o perigo seja atual, bastando haver certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. Por essa razão, alguns autores, a exemplo de Paulo José da Costa Júnior¹¹⁴, denominam o referido aborto como terapêutico, quando com fim curativo, e profilático, quando com fim preventivo.

A autorização do aborto necessário expõe uma situação de conflito entre direitos fundamentais. Há por um lado, a vida da gestante e, por outro, a vida do concepto. Nesse conflito de direitos, o ordenamento jurídico infraconstitucional, recepcionado pela atual Carta Magna, optou por salvar a vida da gestante em detrimento da vida do feto. Verifica-se, assim, que, nessa situação, a legislação penal confere maior valor à vida humana extra-uterina do que à intra-uterina.¹¹⁵

A outra permissão legal é o aborto humanitário, também conhecido como sentimental, ético ou piedoso¹¹⁶. Nesse caso, não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

Segundo Nelson Hungria¹¹⁷, “nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida”.

O aborto humanitário tem razões históricas que levaram a permissão por fundamentos éticos. É o que expõe Aníbal Bruno:

No curso das duas grandes guerras, os inúmeros atos de violência sexual praticados por soldados inimigos nos países invadidos, com a conseqüência de numerosas concepções ilegítimas, deram ao problema uma dimensão particular, fazendo-o sair do domínio do interesse privado para o interesse público, político, suscitando, sobretudo, depois da primeira guerra, ardorosos debates. Foi, então, legitimada a intervenção abortiva nos casos de concepção resultante de violência. A solução estende-se aos fatos individuais, esporádicos, sob alegação dos sentimentos de revolta e vergonha da mulher violentada, criando-se a justificativa que se chamou de sentimental ou ética.¹¹⁸

¹¹³ LIMA, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁴ COSTA, JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 321.

¹¹⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 65.

¹¹⁶ LISBOA, Roberto Senise. O aborto e os direitos da personalidade do nascituro. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v.3, p. 397.

¹¹⁷ HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 5, p. 312.

¹¹⁸ BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Rio, 1983, p. 173.

No caso, a legislação infraconstitucional optou por preservar a autonomia reprodutiva da mulher em detrimento da vida do concepto.¹¹⁹

É evidente que a hipótese de anencefalia não se acomoda a nenhuma das duas indicações. No caso, não se trata de aborto terapêutico, posto que, embora a gestante possa vir a sofrer agravos na sua saúde física, psíquica e social, sua vida não está em jogo. Já, na segunda hipótese, a do aborto sentimental, fica exposta, à plena luz, a hipocrisia com que se lida com a questão do aborto do anencéfalo.¹²⁰

Nesse ponto, verifica-se que no aborto sentimental, coloca-se em cena a liberdade de autodeterminação da mulher, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade. Assim, no conflito de interesses entre a vida intra-uterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas, e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua liberdade, dá-se preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro.¹²¹

O balanceamento dos bens jurídicos em jogo não é, contudo, o mesmo, como bem lembra Alberto Silva Franco, quando, de um lado, está um embrião ou feto condenados irreversivelmente à morte e de outro, posto que inaptos para a vida extra-uterina, uma gestante seriamente agravada em sua saúde física, psíquica ou social. É manifesto o tratamento desigual e hipócrita que se dá à mulher grávida no caso de anencefalia.¹²²

Por outro lado, analisando nosso Código Penal de 1940, constata-se que o legislador de então, ao criminalizar o aborto, não foi radical, pois admitiu, ainda que excepcionalmente, o aborto necessário e o aborto sentimental como lícitos. Isso permite concluir, no entendimento de Cezar Roberto Bitencourt¹²³, que, se na época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente, também teria o legislador admitido o denominado aborto anencefálico, diante da absoluta certeza da inviabilidade da vida extra-uterina, como ocorre na atualidade.

Essa também é a posição do Ministro Joaquim Barbosa¹²⁴, para quem há razão histórica para o aborto eugênico¹²⁵ não ser considerado lícito: “quando da promulgação do

¹¹⁹ LIMA, *op. cit.*, p.66.

¹²⁰ FRANCO, *op. cit.*, p. 658.

¹²¹ *Idem, ibidem.*

¹²² *Idem, ibidem.*

¹²³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2: Crimes contra a pessoa. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.174.

¹²⁴ BARBOSA, Joaquim Gomes. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC nº 84.025/2004. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 73-92.

Código Penal de 1940, não havia tecnologia médica apta a diagnosticar com certeza, a viabilidade do desenvolvimento do nascituro pós-parto”.

Para contextualizarmos o tema, convém examinar o entendimento doutrinário vigente na primeira metade do século XX, quando nosso código entrou em vigor, para tanto trazemos à baila o pensamento de Nelson Hungria:

Andou acertadamente o nosso legislador em repelir a legitimidade do aborto eugenésico, que não passa de uma das muitas *trouvailles* dessa pretensiosa charlatanice que dá pelo nome de “eugenia”. Consiste esta num amontoado de hipóteses e conjeturas, sem nenhuma sólida base científica. Nenhuma prova irrefutável pode ela fornecer no sentido da previsão de que um feto será, fatalmente, um produto degenerado. Eis a lição de Von Franqué: ‘Não há doença alguma da mãe ou do pai, em virtude da qual a ciência, de modo geral ou em algum caso particular, possa, com segurança, prever o nascimento de um produto degenerado, que mereça, sem maior indagação, ser sacrificado... Os enfermos mentais, posto que capazes de reprodução podem ter descendentes interinamente sãos e de alta espiritualidade... A grande maioria dos tuberculosos gera filhos perfeitamente sãos e até mesmo robustos.’¹²⁶

Com uma rápida leitura desse texto de Hungria¹²⁷, constata-se, de plano, que os tempos eram outros, que a ciência médica ainda desconhecia a anatomia humana e ignorava os avanços que em pouco tempo se poderia atingir¹²⁸. Nesse aspecto, é importante lembrar que os estudos acerca da medicina fetal datam da década de 1950, somente vindo a alcançar a sofisticação hoje conhecida há pouco mais dez anos. Explica-se, assim, a lacuna do Código Penal.¹²⁹

Com efeito, como bem leciona Bitencourt¹³⁰, o Direito Penal não pode ficar alheio ao desenvolvimento tanto da ciência quanto dos usos e costumes, bem como da evolução histórica do pensamento, da cultura e da ética em uma sociedade em constante mutação, de tal sorte que aquele texto publicado em 1940 deve adaptar-se à realidade atual através dos

¹²⁵ Aqui deve-se entender aborto eugênico como a interrupção voluntária da gravidez, por terem sido detectadas, cientificamente, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina. A discussão acerca do significado do referido termo será abordada no ponto 3.3 Aborto eugênico e anencefalia do presente trabalho.

¹²⁶ HUNGRIA, *op. cit.*, p. 314.

¹²⁷ Cumpre esclarecer que quando Hungria fez tais afirmações, a expressão "eugenia" carregava, em seu bojo uma profunda carga de rejeição social, emocional e até racial, refletindo-se no pensamento não só da ciência médica como dos próprios penalistas da época, como ocorria com o próprio Hungria.

¹²⁸ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 174

¹²⁹ GOMES, *op. cit.*, p.91.

¹³⁰ BITENCOURT, *op. cit.*, p.173.

métodos de interpretação, dando-se-lhe vida e atualidade para disciplinar as relações sociais deste início de novo milênio

O referido penalista lembra ainda que o Direito Penal, não se ignora essa realidade, é um fenômeno histórico-cultural que se submete permanentemente a um interminável processo de ajustamento de uma sociedade dinâmica e por natureza transformadora.¹³¹

A sociedade moderna se caracteriza por um turbilhão de mutações, o que reclama permanente atualização do direito positivo que, via de regra, foi ditado e editado em outros tempos, e somente pela interpretação do aplicador do direito ganha vida e atualidade, evoluindo de acordo com as necessidades e aspirações sociais, respondendo às necessidades da civilização humana.¹³²

É nessa sociedade que, através da hermenêutica, deve-se encontrar o verdadeiro sentido de normas que ganharam vida através do legislador, mesmo em outro século, objetivando normatizar uma sociedade que se pautava por outro padrão de comportamento.¹³³

Como destaca Bitencourt¹³⁴, citando Giménez de Asúa, os juízes não podem ficar alheios às transformações sociais, jurídicas e científicas, daí porque a vontade da lei não deve ser investigada somente em relação à época em que nasceu o preceito, mas sim tendo em consideração o momento de sua aplicação. O magistrado adapta o texto da lei às evoluções sofridas pela vida, da qual, em última consideração, o Direito é forma. Decorre daí o dever de ajustá-la a situações que não foram imaginadas na remota hora de seu nascimento.

3.2 Projetos de lei e a reforma da parte especial do Código Penal

¹³¹ BITENCOURT, *op. cit.*, p.173.

¹³² *Idem, ibidem.*

¹³³ *Idem, ibidem.*

¹³⁴ *Idem, ibidem.*

A antropóloga Débora Diniz¹³⁵ afirma que de 1972 a 2004 foram apresentados doze projetos de lei para descriminalização do aborto nos casos de malformação fetal grave, todavia nenhum logrou sucesso.

Em 2004, ano em que foi ajuizada a Arguição de Preceito Fundamental nº 54 perante o Supremo Tribunal Federal, foram propostos os Projetos de Lei nº 4.360/04¹³⁶ e nº 4.403/04¹³⁷, que buscavam inserir uma terceira causa de exclusão da ilicitude no art. 128 do Código Penal.

O Projeto de Lei nº 4.360/04, de autoria do Deputado José Aristodemo Pinotti, isentava de pena o aborto quando o feto era portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos. Já o Projeto de Lei nº 4.403/04, de autoria da Deputada Jandira Feghali, isentava de pena a prática do aborto terapêutico, quando houvesse evidência clínica embasada por técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresentava grave e incurável anomalia, que implicasse na impossibilidade de vida extra uterina. Ambos os projetos, porém, foram arquivados.

Em 2005, o Governo Brasileiro, em louvável iniciativa, instituiu a Comissão Tripartite, composta de representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e a sociedade civil, destinada a repensar o posicionamento do nosso Estado sobre o aborto, visando discutir a legislação criminalizante e sua possível revisão.¹³⁸

Na ocasião, a relatora da Comissão, Jandira Feghali, elaborou um substituto ao Projeto de Lei nº 1.135/91, que tramitava há mais de 14 anos no Congresso Nacional e previa a legalização da interrupção voluntária da gravidez em várias hipóteses, aperfeiçoando sua redação a fim de garantir sua plena efetividade.

De acordo com o projeto substituto¹³⁹, seria permitido o aborto até a 12ª semana de gestação, com ampliação para a 20ª semana, no caso de gravidez resultante de violência sexual, e em qualquer momento, nas hipóteses de fundado risco à vida ou à saúde da gestante ou, ainda, grave anomalia fetal incompatível com a vida.

¹³⁵ DINIZ, *op. cit.*, p. 635.

¹³⁶ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/249178.pdf>. Acesso em 12/10/10.

¹³⁷ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/249949.pdf>. Acesso em 12/10/10.

¹³⁸ SARMENTO, *op. cit.*, p.3.

¹³⁹ Disponível em <http://www.institutobuzios.org.br/documentos/PROJETO%20DE%20LEI%201135-91%20DESCRIMINALIZA%C3%87%C3%83O%20DO%20ABORTO.pdf>. Acesso em 12/10/10.

Em 2008, todavia, o referido projeto substituto foi rejeitado, possivelmente por influência da então recém-criada Frente Parlamentar em Defesa da Vida,¹⁴⁰ que contava com representantes em mais de 14 estados da Federação, além de apoio de várias de entidades civis e religiosas.

A referida frente também contou com o apoio de nomes ilustres, como o Cláudio Fonteles, ex-procurador geral da República, Ives Gandra Martins, professor emérito da Faculdades Mackenzie e Zalmino Zimmermann, presidente da ABRAME (Associação Brasileira dos Magistrados Espíritas), que afirmaram categoricamente inconstitucionalidade de toda e qualquer proposição que intentasse a legalização do aborto no Brasil.¹⁴¹

Foram, ainda, trazidos à baila, pela referida Frente, argumentos científicos e religiosos contra o aborto em qualquer de suas modalidades, inclusive as que hoje não são punidas, a saber, a gravidez resultante de estupro ou de risco de vida da mãe.¹⁴²

No presente trabalho, não se pode deixar de mencionar alguns dos projetos de lei apresentados no legislativo que criminalizam ou dificultam o aborto, inclusive de fetos anencéfalos.

Nesse sentido, o Projeto de Lei nº 849/03¹⁴³ criava uma central de denúncias do aborto ilegal, em sua justificativa, o Deputado Elimar Damasceno, autor do projeto, afirmava que uma nação que permitisse o aborto não mereceria sequer subsistir.

No mesmo ano, foi proposto o Projeto de Lei nº 1.459/03¹⁴⁴, que acrescentava o § 2º ao art. 126 do Código Penal para punir de forma expressa o aborto provocado em razão de

¹⁴⁰ A Frente Parlamentar em Defesa da Vida – contra o aborto, foi lançada em 25 de agosto de 2005, com a adesão inicial de 54 deputados e 3 senadores de vários partidos. Atualmente, a referida frente goza do apoio de 198 deputados e 12 senadores. Dentre seus objetivos, podemos destacar:

- Mobilizar a opinião pública brasileira contra a legalização do aborto e quaisquer outras formas de atentado à vida;
- Atuar junto a deputados e senadores, conscientizando-os a se mobilizarem de modo a impedir a aprovação de projetos de lei que, mesmo que por formas oblíquas, possam permitir o aborto, como nos casos específicos (por exemplo, dos anencéfalos);
- Estimular a implementação de políticas de adoção de crianças recém-nascidas de mães vítimas de estupro que, em razão da violência sofrida, possam vir a abdicar dos filhos nascidos nessas circunstâncias;
- Propor junto à Mesa Diretora da Câmara dos Deputados a criação de uma Comissão Especial para analisar todos os projetos de lei sobre o aborto que tramitem na Casa.

Disponível em http://www.amebrasil.org.br/html/aborto_frente.htm. Acesso em 01/10/10.

¹⁴¹ Disponível em http://www.defesadavida.com/?pg=noticias/n_07122005.

¹⁴² *Idem*.

¹⁴³ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/129080.pdf>. Acesso em 02/10/10.

¹⁴⁴ O Projeto de Lei nº 1.459 foi arquivado. Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/147011.pdf>. Acesso em 02/10/10.

¹⁴⁵ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/490988.pdf>. Atualmente, referido projeto tramita em conjunto com o PL nº 478/07, que dispõe sobre o estatuto do nascituro.

anomalia na formação do feto, classificado como eugênico pelo Deputado autor do projeto Severino Cavalcanti.

Na justificativa, o referido deputado alegou que, embora o aborto praticado fora das hipóteses do art. 128 do Código Penal seja punido como crime com aplicação das penas previstas em lei, o que se tem observado é o uso de subterfúgios para fugir dessa prática por meio de alvarás judiciais.

Assim, o citado projeto de lei, ao fixar pena para a prática de aborto eugênico, visa eliminar “esse odioso procedimento de higiene racial autorizado pelos alvarás que se contrapõe ao princípio da dignidade da pessoa humana”. Alegava, ainda, que a Medicina em todo o mundo vem demonstrando estágios tão avançados de desenvolvimento que milhares de crianças, que antes estavam condenadas a uma vida vegetativa, hoje contam com uma vida normal.

Já o Projeto de Lei nº 1.763/07¹⁴⁵ criava a polêmica “bolsa estupro”, propondo um auxílio no valor de um salário mínimo para a mãe que tivesse o filho gerado pelo estupro.

Considerando que até o presente momento, nenhuma das iniciativas legislativas em descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos logrou êxito, seja pelo conservadorismo, seja pela presença de fortes bancadas religiosas, é patente a falta de interesse do Poder Legislativo em revisar o art. 128 do Código Penal.

Destaque-se que as principais vítimas dessa omissão terminam sendo as mulheres despojadas de recursos suficientes para realização do aborto em lugares seguros. Acabam ficando entre a cruz ou a espada, pois ou levam a questão ao Poder Judiciário para a obtenção de um alvará a fim de realizar o aborto junto ao Sistema Único de Saúde-SUS, percorrendo uma verdadeira *via crucis*, ou realizam o aborto de forma clandestina, submetendo-se a métodos que dispensam quaisquer cuidados básicos de assepsia médica.¹⁴⁶

Todavia, para o aborto nos casos de anencefalia, caso haja efetiva alteração do Código Penal, a autorização legal apenas irá se concretizar no âmbito infraconstitucional, posto já existir a permissão decorrente dos princípios norteadores da interpretação e da

¹⁴⁵ Disponível em <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/490988.pdf> . Atualmente, referido projeto tramita em conjunto com o PL nº 478/07, que dispõe sobre o estatuto do nascituro.

¹⁴⁶ PIMENTEL, Sílvia. Um pouco de história da luta pelo Direito Constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações Assim temos falado há décadas. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 159-163.

aplicação dos direitos fundamentais na Lei Maior, o que será abordado no último capítulo desse trabalho.

3.3 Aborto eugênico e a anencefalia

A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é um tipo de aborto eugênico? Essa é uma indagação bastante freqüente no debate em torno do tema. A expressão eugenia, indubitavelmente, é um termo carregado de rejeição emocional, decorrente da freqüente remissão ao Holocausto, um dos maiores horrores da História mundial, quando as práticas eugênicas utilizadas pelo Nazismo tinham por fim a busca da raça pura ariana.¹⁴⁷

Alberto Silva Franco, a respeito do termo eugenia, aduz que:

Não se desconhece que inúmeras palavras, além de seu sentido puramente descritivo, têm o condão de provocar nas pessoas, que as ouvem, ou que as lêem, reações emocionais. fala-se, então, do “significado emotivo” dessas palavras que se adiciona ao seu “significado descritivo”. “Eugenia” é um dos vocábulos capazes de gerar, além de restrições a respeito de seu significado descritivo, um nível extremamente alto de rejeição emocional, e tal razão está veiculada ao uso que dele foi feito, na Alemanha, durante o período nacional-socialista. A “lei para purificação da raça” introduziu, por motivos da chamada saúde do povo”, a justificação dos casos de indicação eugênica (esterilização, interrupção da gravidez, extirpação das glândulas sexuais). “Eugenia” tornou-se uma palavra tabu.¹⁴⁸

Para o penalista César Roberto Bitencourt¹⁴⁹, deve-se, de plano, afastar-se aquela concepção que lhe concedeu o nacional-socialismo alemão: não se pode mais falar em aborto eugênico com a finalidade de obter-se uma raça de "super-homens" e tampouco para a conservação da "pureza" de uma raça superior. Esse período, o mais negro de todos os tempos da civilização humana, está morto e enterrado, e somente deve ser lembrado para impedir o seu ressurgimento, em qualquer circunstância.

Todavia, diante da indiscutível carga negativa da palavra eugenia, alguns autores, a exemplo de Maíra Costa Fernandes¹⁵⁰ preferem a expressão “aborto por anomalia fetal”, utilizada por várias legislações do mundo, justamente para diferenciar da prática eugênica

¹⁴⁷ FERNANDES, *op. cit.*, p. 163-164.

¹⁴⁸ FRANCO, *op. cit.*, p. 679.

¹⁴⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p.175.

¹⁵⁰ FERNANDES, *op. cit.*, p. 164.

utilizada por Hitler. O aborto, nesses casos, tem por fundamento critérios que levam em conta a saúde fetal e os riscos à saúde da gestante.

A referida autora¹⁵¹ destaca, ainda, que o aborto por anomalia fetal é realizado não por imposição à gestante, como forma de seleção da espécie, mas por livre decisão dela, em respeito a sua autonomia reprodutiva, levando em conta valores individuais.

Nessa toada, Débora Diniz e Diaulas Costa Ribeiro¹⁵² apontam também que “aborto por anomalia fetal” seria a expressão mais adequada. Aduzem que, diferentemente do passado, quando o correto seria falar em aborto eugênico, pois as mulheres eram forçadas a abortar por questões raciais, étnicas ou religiosas, hoje, o pressuposto ético do aborto por anomalia fetal é o da autonomia reprodutiva, ou seja, a decisão sobre o aborto é de caráter estritamente individual e não deve haver qualquer tipo de constrangimento em torno dela.

Já Genival Veloso França¹⁵³, provavelmente influenciado pela carga negativa do termo eugenia, entende que o aborto em fetos anencefálicos não pode ser incluído entre os abortos eugênicos, posto que estes evitam o nascimento de crianças com defeitos físicos ou perturbações psíquicas, enquanto aquele promove apenas a interrupção da gravidez cujo feto não tem nenhuma condição de vida autônoma.

Em sentido contrário, temos Alberto Silva Franco¹⁵⁴, defensor da expressão “aborto eugênico”, por entender que este tem por fundamento o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano, devendo ocorrer quando existem fundados riscos de que o feto esteja gravemente afetado, dando origem a uma criança com graves anomalias ou malformações.

Nesse sentido, também se posiciona Carolina Alves de Souza Lima¹⁵⁵, para quem a expressão “aborto por indicação eugênica” deve ser compreendida à luz dos fundamentos e dos princípios bioética, baseada na busca da melhor qualidade de vida dos seres humanos.

Por seu turno, Warley Rodrigues Belo¹⁵⁶ conceitua aborto eugênico como a interrupção voluntária da gravidez, por terem sido detectadas, cientificamente, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina. Tal pretensão não se

¹⁵¹ FERNANDES, *op. cit.*, p. 164.

¹⁵² DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa, *op. cit.*, p. 59-60.

¹⁵³ FRANÇA, *op. cit.*, p.

¹⁵⁴ FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. Revista de Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. V. 132, p. 238.

¹⁵⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 97.

¹⁵⁶ BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: DelRey, 199, p. 235.

confunde com o extermínio indiscriminado de fetos, como tentativa para o aperfeiçoamento de uma raça, nem com a eliminação de crianças doentes ou deficientes, posto que nestes casos não há incompatibilidade com a vida, mas uma limitação de vida.

Importante destacar que, nesse ponto, o aborto eugênico defendido por Alberto Silva, Carolina Alves de Souza Lima e Warley Rodrigues Belo difere totalmente do aborto eugênico autorizado pela legislação alemã.

Segundo Claus Roxin¹⁵⁷, o direito alemão permite o aborto de fetos que apresentem sérias lesões hereditárias e cuja vida relacional, em razão da deficiência a ser apresentada pela criança após o nascimento, significará uma sobrecarga anímica e física para a mãe, renunciando o Estado o direito de exigir tal sacrifício da mãe e das famílias. A mãe que decida dar a luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência realiza uma conduta de elevado valor ético, merecendo admiração, mas isso deve ocorrer voluntariamente e não sob coação estatal.

O aborto eugênico com fundamento no o interesse social na qualidade de vida independente de todo ser humano não tem guarida no ordenamento jurídico pátrio. Esse é o entendimento de Alberto Silva Franco:

O enquadramento na indicação eugênica só guardaria pertinência se o Código Penal brasileiro dispusesse de redação semelhante a do art. 142-1,c do Código Penal de Portugal o qual considera não punível, obedecidos determinados pressupostos, a interrupção da gravidez quando “houver seguros motivos para prever que o nascituro virá a sofrer, de forma incurável, de grave doença ou malformação congênita, e for realizada nas primeiras 24 semanas de gravidez, comprovadas ecograficamente ou por outro meio adequado de acordo com as *leges artis*, excepcionando-se as situações de fetos inviáveis, caso em que a interrupção poderá ser praticada a todo tempo”¹⁵⁸.

Acerca da possibilidade de a interrupção da gestação de anencéfalos estimular políticas discriminatórias em relação aos deficientes físicos, a antropóloga Débora Diniz esclarece como solucionou a questão:

Só fui solucionar esse dilema em 2001, quando participei de um programa nos EUA sobre os desafios da deficiência e da Justiça. Esse programa era coordenado por duas grandes teóricas americanas. Uma delas era Anita Silvers, filósofa e deficiente física. A outra, Eva Kittay, filósofa, cuidava de uma filha com paralisia cerebral grave. A minha apresentação era a penúltima e eu não sabia como fazê-la. Anita percebeu a minha tensão e fomos conversar. (...) Ela disse: Você não está falando de mim em seu debate, está falando de alguém que não está entre nós. **Olhe ao redor, não há pessoas anencéfalas no mundo. É um desrespeito à comunidade deficiente nos comparar aos anencéfalos.**¹⁵⁹

¹⁵⁷ FERNANDES, *op. cit.*, p. 155.

¹⁵⁸ FRANCO, *ob. cit.*, p. 670.

¹⁵⁹ DINIZ, Débora. *Apud* FERNANDES, *op. cit.*, p. 156.

Com efeito, não há motivos para que haja equiparação entre anencefalia e deficiência¹⁶⁰. A anencefalia é uma malformação incompatível com a vida extra-uterina, não havendo registro de adulto vivo não possuidor da parte principal do cérebro, contudo nos deparamos diariamente com pessoas portadoras de deficiência, que, no Brasil, correspondem a 14,5 % da população.¹⁶¹

Já há algumas décadas, há um extenso consenso entre as comunidades de deficientes e de direitos humanos que deficiência não significa incompatibilidade com a vida. Os termos descritivos mudaram não apenas como parte de uma sensibilidade linguística de romper com a desigualdade expressa na linguagem, mas principalmente como resultado de uma mudança de mentalidades diante da deficiência.¹⁶²

Deficiência é uma manifestação da diversidade humana, é parte natural da biologia humana. Assim, um feto anencefálico é um feto sem capacidade de viver a vida, ao passo que uma futura criança deficiente é a expressão da diversidade humana que provoca os limites de nossa estrutura social diante da inclusão.¹⁶³

3.4 Aborto nos casos de anencefalia à luz dos princípios da bioética

O termo bioética significa ética da vida. Trata-se de ramo da filosofia que busca encontrar respostas para os problemas contemporâneos surgidos em virtude dos novos descobrimentos das ciências médicas e biológicas e da tecnologia a elas aliadas e que interferem na vida humana. Busca encontrar regras éticas que estabeleçam, nessa nova realidade, o respeito ao ser humano e à sua dignidade.¹⁶⁴

¹⁶⁰ A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, ratificada pelo Congresso Nacional em 09/07/2008 por meio do Decreto nº 186/2008, define, em seu artigo 1º, que : "Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas".

¹⁶¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar, p. 38.

¹⁶² *Idem, ibidem*.

¹⁶³ *Idem, ibidem*, p. 35.

¹⁶⁴ LIMA, *ob. cit.*, p. 95.

A bioética é, segundo a *Encyclopedia of Bioethics*, o “estudo sistemático das dimensões morais das ciências da vida e do cuidado da saúde, utilizando uma variedade de metodologias éticas num contexto multidisciplinar”.¹⁶⁵

Os princípios fundamentais da bioética foram regulamentados no âmbito internacional, por meio da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos¹⁶⁶, cujo preâmbulo preceitua que as questões éticas, suscitadas pelos rápidos avanços na ciência, e suas aplicações tecnológicas devem se examinar com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos. No âmbito nacional, o Conselho Nacional de Saúde editou a Resolução nº 196, em 10.10.1996¹⁶⁷, e acolheu os princípios da bioética, ao aprovar as diretrizes e as normas regulamentadoras de pesquisas que envolvem seres humanos.¹⁶⁸

A bioética alicerça-se no respeito à dignidade da pessoa humana e é regida pela aplicação dos seguintes princípios: o da beneficência, o da não-malefência, o da autonomia e o da justiça.¹⁶⁹

Stella Maris Martínez acentua, com inteira razão, que, na hipótese em que a mãe gestante opta pela interrupção da gravidez do feto anencefálico, os quatro princípios que sedimentam a bioética se fazem presentes.¹⁷⁰

O princípio da autonomia estabelece o respeito à liberdade de escolha do paciente. Determina o respeito à capacidade de gerir e conduzir sua própria vida, por meio de escolhas e opções. Assim, cada ser humano deve ter respeitado no comando e na autoridade sobre sua própria vida.¹⁷¹

Segundo Matilde Carone Slaid¹⁷², nas situações em que o paciente tem condições de exercer seu livre-arbítrio, pensar, escolher, decidir e agir de modo livre e independente, ele tem direito de consentir ou não, nas decisões médicas que lhe digam respeito.

Ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeita-se a autonomia de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para

¹⁶⁵ DINIZ, *op. cit.*, p.10.

¹⁶⁶ A Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos encontra-se disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001461/146180por.pdf>. Acesso em 12/10/2010.

¹⁶⁷ A Resolução nº 196 encontra-se disponível em <http://conselho.saude.gov.br/docs/RESO196.DOC>. Acesso em 12/10/10.

¹⁶⁸ LIMA, *op. cit.*, p.95.

¹⁶⁹ *Idem, ibidem*, p. 99.

¹⁷⁰ MARTÍNEZ, Stella Maris. La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 13, n. 54., maio/jun. 2005, p. 270.

¹⁷¹ DINIZ, *op. cit.*, p.76-77.

¹⁷² SLAID, Matilde Carone. *Ética e Direito na Manipulação do genoma humano* Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 19.

seu grupo familiar. É evidente que a manifestação de vontade da mãe, portadora de feto anencéfalo, no sentido de pôr fim à sua gravidez, não pode ser imposta por ninguém, muito menos pelo Estado.¹⁷³

Isto significa que cada mulher, no exercício de seu direito de liberdade e da sua autonomia de vontade pode, desde que devidamente informada, adotar qualquer direção. Tanto pode legitimamente optar pela expulsão do anencéfalo como pode querer levar a gravidez a termo. Do ponto de vista ético, uma e outra hipótese merecem respeito. O que não pode ser admitido, é que o Estado, a qualquer título, possa impedir à mulher o exercício do seu direito de opção.¹⁷⁴

O princípio de justiça alude à proporcionalidade das contribuições das partes, à equidade. Decorre do direito à vida, inerente a toda pessoa humana, no sentido de lhe assegurar todos os recursos médicos-científicos disponíveis no âmbito do conhecimento a fim de lhe preservar ou resguardar.¹⁷⁵

No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento, nem em qualquer outro para otimizar as possibilidades de sobrevivência do *nasciturus*. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada.¹⁷⁶

O princípio da beneficência, etimologicamente, já traduz sua intenção de *bonum facere* ou “fazer o bem”¹⁷⁷. Demanda dos profissionais da área da saúde, no exercício de seus ofícios, a realização do tratamento ou da intervenção médica, visando sempre ao bem-estar do paciente e evitando, na medida do possível, a ocorrência de danos.¹⁷⁸

No entendimento de Frankena,¹⁷⁹ o princípio da beneficência não diz como distribuir o bem e o mal. “Só manda promover o primeiro e evitar o segundo. Quando se manifestam exigências conflitantes, o mais que se pode fazer é aconselhar-se a conseguir a maior porção possível de bem em relação ao mal”.

O princípio da não maleficência, por seu turno, é um desdobramento da beneficência, por determinar o dever de não causar dano intencional ao paciente e por derivar

¹⁷³ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 267.

¹⁷⁴ *Idem, ibidem*.

¹⁷⁵ GUERRA, Arthur Magno e. *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005

¹⁷⁶ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p. 259.

¹⁷⁷ GUERRA, *op. cit.*, p.8.

¹⁷⁸ LIMA, *op. cit.*, p.99.

¹⁷⁹ FRANKENA, William. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar,1981, p. 85.

da máxima da ética médica *primum non nocere*, que estabelece o dever do médico de abster-se de prejudicar o enfermo.¹⁸⁰

Adotar a solução reclamada por quem a pleiteia é, na lição de Stella Martínez, autorizar um bem que não apenas atinge a quem solicita, mas também a todo um grupo familiar que, com ela, padece. Desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da não-maleficência, já que, indubiosamente, lhe causaria um sensível prejuízo. A partir da ótica do anencéfalo, não se viola o princípio da não maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal que era uma conseqüência inevitável de sua gravíssima patologia.¹⁸¹

¹⁸⁰ GUERRA, *op. cit.*, p. 8-9.

¹⁸¹ MARTÍNEZ, *op. cit.*, p.263.

4. COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

4.1 Constatação de colisão real de direitos fundamentais no caso dos fetos anencefálicos

Como bem lembra Wilson Antônio Steinmetz¹⁸², os direitos fundamentais, cujas normas possuem típica índole principiológica, em razão do forte conteúdo valorativo dos bens jurídicos que visam a resguardar, tendem naturalmente a colidir em face de sua natureza aberta e da pluralidade de valores neles expostos. Assim, onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizado, há colisões *in concreto*.

Ao analisar a questão atinente a possibilidade ou não de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos, percebe-se claramente uma colisão de direitos fundamentais. De um lado, há o feto, que tem assegurado, desde a concepção, o direito à vida, ainda que esta seja muito breve. E de outro, há uma mulher psicologicamente abalada ao se ver obrigada a manter uma gestação, cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, tendo sua dignidade de pessoa humana, sua autonomia reprodutiva e sexual e direito à saúde violados.

Todavia, existem posicionamentos no sentido de que não haveria um colisão real de direitos fundamentais, pois o anencéfalo não seria titular do direito à vida, de modo que a colisão com os direitos da gestante seria meramente aparente.¹⁸³

Nesse sentido, tomamos lição de Luís Roberto Barroso, que afirma na petição inicial da ADPF nº 54 que não se vislumbra colisão no caso aqui estudado, mas sim uma situação de não subsunção ao Código Penal, vale dizer, de atipicidade da conduta.¹⁸⁴

O referido constitucionalista aduz ainda que não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma que criminaliza o

¹⁸² STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisões de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001, p. 63.

¹⁸³ FERNANDES, *op. cit.*, p. 135.

¹⁸⁴ A petição inicial da ação pode ser conferida em: BARROSO, Luís Roberto. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p.559-582.

aborto, uma vez que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Assim, no seu entender, não há como imprimir à antecipação do parto nesses casos qualquer repercussão jurídico-penal, posto que somente a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa ou que causa danos à integridade física ou à vida da gestante tipifica o referido delito.¹⁸⁵

Essa também é a posição de Maíra Costa Fernandes¹⁸⁶, para quem não há aqui ponderação possível: *“Trata-se apenas de um aparente conflito entre princípios. Aparente, pois de modo diverso do aborto de feto viável, não há que se falar em direito à vida do feto em contraposição aos direitos da gestante, já que ele não sobreviverá fora do útero materno.”*

Entretanto não se concorda com essa posição. Não se trata, no caso, de gravidez molar ou extra-uterina¹⁸⁷, hipóteses em que sabidamente não há feto viável. Aí sim inexistente colisão real de direitos fundamentais, mas meramente aparente por se tratar de crime impossível por absoluta impropriedade do objeto, ou seja, pela ausência de bem jurídico a ser protegido.

Conforme já observado no presente trabalho, o anencéfalo titulariza o direito à vida¹⁸⁸, possuindo vida intra e extra-uterina, ainda que esta última seja precária e brevíssima. Assim, esse direito fundamental à vida entraria em colisão com os diversos direitos da gestante, sobre os quais se versará a seguir.

4.1.1 Direito à saúde

¹⁸⁵ BARROSO, *op. cit.*, p. 559-582.

¹⁸⁶ FERNANDES, *op. cit.*, p.135.

¹⁸⁷ Na gravidez extra-uterina, o óvulo não se desenvolve no útero, apresentando variedades (intersticial, tubária etc), anotando Nelson Hungria, na obra citada, págs. 284/285: "Em tais casos, o desenvolvimento fetal não se opera senão por breve tempo; ou sobrevêm complicações por abundante hemorragia, ou ruptura da trompa, etc, que produzem naturalmente a morte da mulher. Outras vezes, o feto permanece no lugar, mas vem logo a deter-se no seu desenvolvimento e sofre processos progressivos, entre os quais o da calcificação, apresentando-se a formação de um *litopédio*". Quanto à gravidez molar, escreve o mesmo Hungria (*op. cit.*, pág. 286): "Igualmente, e com mais forte razão, a expulsão de uma mola não pode concretizar crime de aborto. (...). As molas verdadeiras *não são fetos*, e, quanto às molas falsas, nada têm a ver com o processo gestativo".

¹⁸⁸ Vide capítulo 2- VIDA E MORTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.

Conforme já exposto, inúmeras e graves são as conseqüências da gestação de um feto anencefálico para a saúde da mulher. Entretanto, a maioria da doutrina entende que tal fato não é suficiente para enquadrar a antecipação terapêutica de parto dentre as discriminantes de ilicitude trazidas pela legislação penal brasileira.

Nesse sentido, tomamos a lição de C zar Roberto Bitencourt¹⁸⁹, para quem, no aborto necessário ou terapêutico, “  requisito básico e fundamental o iminente perigo   vida da gestante, sendo insuficiente o perigo   sua saúde, ainda que muito grave”.

Todavia,   palmar que a ausência de autoriza o   interrup o da gravidez de feto anencefálico constitui viola o grave ao direito fundamental   saúde, esculpido no art. 6  da vigente Constitui o, como direito social, e destrinchado nos artigos 196 a 200. Ressalte-se, neste ponto, que saúde, na concep o da própria Organiza o Mundial da Saúde,   o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença.¹⁹⁰

Gla cia Rosana Guerra Benute¹⁹¹ afirma que em busca de informa es sobre a doença, em uma tentativa irracional de modificar a realidade, a gestante tende a ignorar interesses e obriga es, como as profissionais e familiares, o que pode levar a conflitos entre a gestante e aqueles que a cercam, especialmente o seu companheiro. Parte dos casais chega a se autocensurar, acreditando que a gravidez fora um castigo divino.

Nesse sentido tomamos li o de Cecília D’Almeida Lôbo que, citando Bowlby, aduz que:

Segundo Bowlby (1998), para os pais de crianças que sofrem de doenças fatais, o luto começa no momento em que lhes comunicam o diagnóstico. O sentimento começa com uma fase de torpor muitas vezes interrompida por explosões de raiva. A seguir, vem o período de descrença da exatidão do diagnóstico e especialmente dos prognósticos e como conseq ncia a tentativa de conservar o filho provando que os médicos estão errados. Acentua que, além da descrença e ligados a ela, estão a irrita o para com os responsáveis pelo diagnóstico e prognóstico e períodos de atividade intensa, manifestando-se como uma busca desordenada de informa es médicas sobre a doença. Como conseq ncia da procura incessante de contraditar o diagnóstico, percebe-se a tendência de negligenciar tudo o mais, como o trabalho doméstico, o cuidado com os outros filhos, a recrea o. Também são comuns a ins nia e a perda de apetite.¹⁹²

No que tange   saúde psíquica, ainda,   inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico dessa anomalia já se

¹⁸⁹ BITENCOURT, *op. cit.*, p. 168.

¹⁹⁰ Preâmbulo do ato fundador da OMS, assinado em 22 de julho de 1946 por 61 Estados, dentre os quais o Brasil.

¹⁹¹ BENUTE, Gla cia Rosana Guerra. *Do diagnóstico de malforma o fetal letal   interrup o da gravidez*. Tese de Doutorado apresentada   Faculdade de medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2005, p. 148-151.

¹⁹² LÔBO, *op. cit.*, p. 135.

mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade.¹⁹³

Cecília Lôbo¹⁹⁴ afirma que os pais de crianças que saem mortas do ventre ou que morrem dias ou meses após o nascimento, apesar do laço entre estes pais e o filho ser recente, apresentam os mesmos padrões gerais de reação daqueles que perdem entes com os quais conviveram e compartilharam suas vidas, como os viúvos. O torpor, seguido de aflição somática, anseio, raiva e subseqüentes depressão e irritabilidade são comuns, bem como as preocupações com a imagem do bebê morto e os sonhos com ele.

A referida autora aduz, ainda, que os pais, especialmente as mães, mesmo que recebam a devida assistência, podem ser consumidos por um sentimento de vergonha por não terem sido capazes de gerar uma criança sadia, ou de culpa por não terem sido bem-sucedidos nos cuidados com o bebê que morreu.¹⁹⁵

No tocante a esse tema, o filme curta-metragem “Quem são elas?”¹⁹⁶, produzido pela ANIS e dirigido por Débora Diniz, trouxe ao público as vozes, os rostos e os sentimentos das mulheres que se defrontam com uma gravidez com diagnóstico de anencefalia fetal, ao relatar depoimentos de cerca de cinco mulheres que passaram por essa experiência, mas, graças a liminar concedida em julho de 2004 pelo STF, conseguiram autorização para interromper a gravidez.

Nesse filme, pode-se constatar, por meio da análise dos depoimentos, o prejuízo à saúde psicológica da gestante e de suas famílias. Apenas para citar um exemplo, uma das gestantes relatou “*Fiquei dez dias em casa sem fazer nada. Não me penteava. Não me levantava. Era como se eu não quisesse mais viver*”. Outra contou que: “*(...) Me senti a pior mulher do mundo. Foram os piores momentos do mundo. É que ele foi esperado, desejado, amado, antes de ser gerado.*”

¹⁹³ FRANCO, *op. cit.*, p. 678.

¹⁹⁴ LÔBO, *op. cit.*, p. 133.

¹⁹⁵ *Idem, ibidem.*

¹⁹⁶ DINIZ, Débora. *Quem são elas?* Brasil, Imagens Livres; ANIS, 2006. DVD, 20 min. Som, cor, legendado.

Lia Zanotta Machado, antropóloga e professora da Universidade de Brasília, classifica como tortura a imposição estatal de levar a gravidez de feto anencefálico a termo.¹⁹⁷

Esse também é a posição de Luís Roberto Barroso¹⁹⁸, para quem impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, que não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana, posto que evidente a potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem, assim, ser comparadas à tortura psicológica.

Destarte, a tortura é expressamente vedada pelo ordenamento jurídico internacional, bem como pelo brasileiro.

Nesse sentido, a Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes¹⁹⁹, aprovada pela Assembléia Geral da ONU em 10 de dezembro de 1984, define o termo tortura em seu art. 1º:

Para fins da presente Convenção, **o termo "tortura" designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa** a fim de obter, dela ou de terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de Ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram.(grifos nossos).

Por seu turno, a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura²⁰⁰ assim prevê em seu art. 2º que:

Para os efeitos desta Convenção, **entender-se-á por tortura todo ato pelo qual são infligidos intencionalmente a uma pessoa penas ou sofrimentos físicos ou mentais,** com fins de investigação criminal, como meio de intimidação, como castigo pessoal, como medida preventiva, como pena ou com qualquer outro fim. Entender-se-á também como tortura a aplicação sobre uma pessoa, de métodos tendentes a anular a personalidade da vítima, ou a diminuir sua capacidade física ou mental, embora não causem dor física ou angústia psíquica.(grifos nossos).

Não estarão compreendidos no conceito de tortura as penas ou sofrimentos físicos ou mentais que sejam consequência de medidas legais ou inerentes a elas, contanto que não incluam a realização dos atos ou a aplicação dos métodos a que se refere este artigo.

¹⁹⁷ MACHADO, Lia Zanotta. *Audiência Pública: Anencefalia-STF-ADPF 54*. In Série Anis, n. 58, Brasília: Letraslivres, 2008, p. 2.

¹⁹⁸ A petição inicial da ação pode ser conferida em: BARROSO, *op. cit.*, p. 559-582.

¹⁹⁹ Disponível em http://www.onu-brasil.org.br/doc_penas.php. Acesso em 09.10.10.

²⁰⁰ Disponível em <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/i.Tortura.htm>. Acesso em 10.10.10.

No Brasil, a Lei nº 9.455/97²⁰¹, por sua vez, definiu, em seu art. 1º, o que seria o crime de tortura, considerado delito inafiançável e insuscetível de graça ou anistia, nos moldes da CF/88, XLIII:

Art. 1º **Constitui crime de tortura:**

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

- a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;
- b) para provocar ação ou omissão de natureza criminosa;
- c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Data venia a opinião de Luís Roberto Barroso e Lia Zanotta não se pode considerar a imposição estatal de levar a gravidez de feto anencefálico a termo como situação análoga à tortura. Não obstante o intenso e grave sofrimento físico e psicológico da gestante infligido por autoridades estatais ainda que indiretamente, aqui não se pode falar que há um motivo determinado previsto em lei, elemento essencial para a configuração desse crime.²⁰²

A análise da Lei nº 9.455/97, permite concluir que há crime de tortura quando o sofrimento físico ou mental for gerado por um dos seguintes motivos: a obtenção de informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa; para provocar ação ou omissão de natureza criminosa; em razão de discriminação racial ou religiosa ou para aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo. É evidente que nenhum desses fins pode se aplicado no caso da imposição estatal de levar a termo a gestação de anencéfalos.

Embora não seja situação análoga da tortura, é patente que a gestação nos casos de fetos anencefálicos pode comprometer a saúde física, psíquica e social da mulher, configurando a sua imposição uma violação ao seu direito fundamental à saúde.

Esse, porém, não é o único direito fundamental de titularidade da gestante que entra em conflito com o direito à vida do anencéfalo. A seguir serão analisados o princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos sexuais e reprodutivos, frontalmente vinculados com o direito fundamental à liberdade e à capacidade de se autodeterminar das gestantes.

²⁰¹ Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9455.htm>. Acesso em 10.10.10.

²⁰² GIFFARD, Camille. Manual de denúncia da tortura. Disponível em <http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/portuguese/torturehandbook-pr.pdf>. Acesso em 09/10/10.

4.1.2 Princípio da dignidade da pessoa humana

Cumprido ressaltar de início, que a idéia do valor da pessoa humana encontra suas raízes já no pensamento clássico e na ideologia cristã. Tanto no Antigo quanto no Novo Testamento podemos encontrar referências no sentido de que o homem foi criado à imagem e à semelhança de Deus, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é intrínseco, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. No pensamento clássico, dignidade da pessoa humana significava a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade.²⁰³

Todavia, é ponto pacífico na doutrina que, o conceito da dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas, baseadas no ideal de pureza racial, perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial. De fato, se é que se pode extrair uma experiência positiva do regime nacional socialista alemão, é a dignificação que se deu à pessoa humana.²⁰⁴

Nesse sentido, é o entendimento de Carmem Lúcia Antunes da Rocha

Sem Auschwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse ainda princípio-matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o Holocausto, não havia como deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder.

Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigirem fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói.

Os desastres humanos das guerras, especialmente aquilo a que assistiu o mundo no período da II Grande Guerra, trouxe a dignidade da pessoa humana para o mundo do Direito, como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sociopolítico a ser traduzido no sistema jurídico.

A revivificação do antropocentrismo político e jurídico volta o foco das preocupações à dignidade humana, porque se constatou ser necessário, especialmente a partir da experiência do holocausto, proteger o homem, não apenas garantindo que ele permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade. A história, especialmente no curso do século XX, mostrou que se pode romper o ato de viver e mais ainda, de viver com dignidade, sem se eliminar fisicamente, ou apenas fisicamente, a pessoa. Nesse século se demonstrou também que toda forma de desumanização atinge não apenas uma pessoa, mas toda a humanidade representada em cada homem. Por isso se erigiu em axioma jurídico,

²⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 115

²⁰⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes da. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 4, 1999, p. 29.

princípio matricial do constitucionalismo contemporâneo, o da dignidade da pessoa humana.²⁰⁵

Para Ingo Wolfgang Sarlet²⁰⁶, uma definição clara do que seja efetivamente dignidade da pessoa humana parece impossível, uma vez que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos. Mesmo assim, não restam dúvidas de que a dignidade é algo real, já que não se verifica maior dificuldade em identificar as situações em que é espezinhada e agredida. Não é à toa que já se afirmou até mesmo ser mais fácil desvendar e dizer o que a dignidade não é do que expressar o que ela é.

Com efeito, reduzir a uma fórmula abstrata e genérica aquilo que constitui o conteúdo da dignidade da pessoa humana, seu âmbito de proteção, não parece ser possível, a não ser mediante a efetiva análise do caso concreto.²⁰⁷

Como ponto de partida, vale citar a fórmula desenvolvida na Alemanha por G. Düring, para quem a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como coisa, em outras palavras, na descaracterização da pessoa humana como sujeitos de direitos.²⁰⁸

Esta fórmula, por evidente, não fornece uma solução global para o problema (já que não se define previamente o que deve ser protegido), mas permite a verificação, no caso concreto, da existência de efetiva agressão contra a dignidade da pessoa humana, fornecendo, ao menos, uma direção a ser seguida.²⁰⁹

Após estas breves considerações em torno da definição do princípio da dignidade da pessoa humana, importa avaliar seu *status* jurídico-normativo no âmbito de nosso ordenamento constitucional.

Entre nós, convém salientar, a dignidade humana, não só constitui o cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República, conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de

²⁰⁵ ROCHA, *op. cit.*, p.29.

²⁰⁶ SARLET, *op. cit.*, p. 117.

²⁰⁷ MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 139-140.

²⁰⁸ SARLET, *op. cit.*, p.121.

²⁰⁹ *Idem, ibidem.*

um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais.²¹⁰

Assim, inspirando-se no constitucionalismo português e espanhol, o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, dando-lhe o tratamento de princípio (art. 1º, inciso III). Atua cumprindo papel de referencial hermenêutico ao configurar e orientar a interpretação e aplicação dos direitos fundamentais. Aliás não apenas destes, mas de todo o ordem constitucional. Nesse contexto, a dignidade constitui valor-guia de toda a ordem jurídica.²¹¹

Além disso, há se destacar o papel do princípio da dignidade da pessoa humana como instrumento para a abertura constitucional, expresso no art. 5º, § 2º da CF/88. Nessa toada, o referido princípio atua junto à recepção de novos direitos fundamentais que, embora não sejam expressamente reconhecidos, decorrem diretamente do regime de princípios da Constituição, que tem como vetor a dignidade da pessoa humana.²¹²

Destaque-se, ainda, que se discorda, no presente trabalho da corrente seguida pelo Tribunal Constitucional Alemão que afirma que a vida humana é a base da dignidade humana não podendo uma ser entendida sem a necessária correlação da outra.²¹³

Ora, a Constituição Federal Brasileira traz como valor a dignidade da *pessoa* humana e não da *vida* humana. A intervenção no bem jurídico vida não implica, necessariamente, uma lesão à dignidade. Os valores envolvidos são diversos e podem, inclusive, entrar em conflito, a exemplo do que ocorre nos casos dos fetos anencefálicos ou da eutanásia.²¹⁴

4.1.2.1 A titularidade do princípio da dignidade da pessoa humana

²¹⁰ Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADI 3510. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510RL.pdf>. Acesso em 09/10/10.

²¹¹ SARLET, *op. cit.*, p. 123-124.

²¹² Vide nota de rodapé 207.

²¹³ SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Renning. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2006, p. 269.

²¹⁴ NEUMANN, Ulfried. A dignidade como frado do ser humano ou como utilizar o direito contra o respectivo titular. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e de direito constitucional*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 231-232.

Para José Renato Nalini²¹⁵, o ser humano desde o momento de sua concepção, já é pessoa humana. Nesse sentido, o Pacto de San Jose da Costa Rica²¹⁶ é taxativo ao determinar, em seu art. 1º, § 2º, que “pessoa é todo ser humano”, não estabelecendo, assim, qualquer desigualdade de trato para com a vida intra ou extra uterina.

Esse não foi, contudo, o posicionamento adotado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres de Brito no julgamento da ADI nº 3510:

Não estou a ajuizar senão isto: a potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-lo, infraconstitucionalmente, contra tentativas esdrúxulas, levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. **Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Esta não se antecipa à metamorfose dos outros dois organismos.** É o produto final dessa metamorfose(...). Tal como se dá entre a planta e a semente, a chuva e a nuvem, a borboleta e a crisálida, a crisálida e a lagarta (e ninguém afirma que a semente já seja a planta, a nuvem, a chuva, a lagarta, a crisálida, a crisálida, a borboleta). O elemento anterior como que tendo de se imolar para o nascimento do posterior. **Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana, passando necessariamente por essa entidade a que chamamos “feto”.** Este e o embrião a merecer tutela infraconstitucional, por derivação da tutela que a própria Constituição dispensa à pessoa humana propriamente dita. Essa pessoa humana, agora sim, que tanto é parte do todo social quanto um todo à parte²¹⁷. (grifos nossos)

No referido voto, o Ministro Carlos Ayres Britto destacou, ainda, que não há pessoa humana sem o aparato neural que lhe dá acesso às complexas funções do sentimento e do pensar (cogito, *ergo sum*, sentenciou Descartes), da consciência e da memorização, das sensações “e até do instinto de quem quer que se eleve ao ponto ômega de toda a escala animal, que é o caso do ser humano”.

Nesse sentido, Carmem Lúcia Antunes Rocha²¹⁸ também diferencia ser humano e pessoa humana, ao afirmar que pessoas humanas são sujeitos de direitos e deveres constitucionalmente reconhecidos e seres humanos, por sua vez, seriam indivíduos que, embora não titulares de direitos e deveres, a exemplo dos embriões humanos, possuem humanidade, sendo pessoas em potência.

²¹⁵ NANILI, José Renato. A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira. In: PENTEADO; DIP, ob. cit., p. 272.

²¹⁶ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acesso em 11/10/10.

²¹⁷ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em 12/11/10.

²¹⁸ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Vida digna: Direito, ética e Ciência*. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, O direito à vida digna. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 21-23.

Com efeito, ser humano e pessoa humana são realidades distintas. Embora toda pessoa seja necessariamente ser humano, nem todo ser humano é pessoa humana.

O conceito de ser humano é biológico e diz respeito a todo indivíduo pertencente à espécie *homo sapiens*. Já o conceito de pessoa humana aborda as seguintes características: individualidade²¹⁹, racionalidade²²⁰, capacidade para autodeterminação, reciprocidade, responsabilidade e capacidade de dialogar mediante o uso da linguagem.²²¹

O anencéfalo não é racional e não reconhece a si mesmo como indivíduo e pessoa, pois não possui consciência do mundo exterior, não interage com os objetos que o cercam ou com as pessoas.²²²

Entre os seres vivos, há uma graduação conforme sua perfeição. Esta graduação é de acordo com a capacidade imanente, e distingue três graus: a vida vegetativa, sensitiva e intelectual. Das três gradações, o anencéfalo possui apenas a dimensão vegetativa.²²³

A vida vegetativa é aquela correspondente ao processo biológico da vida, se resume às funções imanentes de nutrição, crescimento e reprodução, bem como as necessidades vitais básicas. Já a vida sensível é a que distingue os animais das plantas e consiste em ter um sistema perceptivo que ajuda a realizar as funções vegetativas mediante a captação de diversos estímulos. O conhecimento sensível do animal intervém na conduta, mas não o origina. Por fim, a vida intelectual é a que se caracteriza pela razão.²²⁴

Assim, o anencéfalo ser humano, pois integra a espécie *homo sapiens*, possui o DNA humano, mas não é pessoa, nem ao menos, potencialmente, pois não reúne características para tanto.

²¹⁹ Para Immanuel Kant, pessoa é o indivíduo como representante da espécie homem de maneira individual, como expressão insubstituível do humano, que, por causa da sua insubstituibilidade, é para si mesmo e jamais pode ser meio.

²²⁰ BOÉCIO, Severino *apud* MILANO, A. *Persona in teologia*. Roma: Dehoniane, 1996, p. 293. Na definição de Boécio aparecem claras a substância e a autonomia da pessoa. Para ele pessoa é o ser individual existente em si e por si, dotado de razão.

²²¹ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*, IX, 27. In: *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. 3, p. 89. Daí a famosa frase “o homem é um animal político por natureza” quer dizer, entre tantas interpretações, que a pessoa, dotada de uma linguagem articulada (logos), tem a capacidade de fundar comunidades onde são definidos o justo e o injusto, o legal e o ilegal, os vícios e as virtudes, enfim, aquele que é capaz de criar as “condições de excelência para se fazer o que se deve, quando se deve, nas circunstâncias nas quais se deve, às pessoas às quais se deve, pelo fim ao qual se deve, como se deve”.

²²² Sobre as características dos fetos anencefálicos vide capítulo 1.

²²³ ECO, Umberto, *Mais Darwin, menos Santo Tomás*, em O Estado de São Paulo, de 02.03.2005: “a posição de Tomás (que, ao longo dos séculos, a Igreja nunca negou expressamente, condenando, aliás, a oposta de Tertuliano) é a seguinte: os vegetais têm alma vegetativa que, nos animais, é absorvida pela alma sensitiva, enquanto nos seres humanos essas duas funções são absorvidas pela almaraconal, que é o que dá ao homem o dom da inteligência e o torna *uma substância individual de natureza racional*”.

²²⁴ *Idem, ibidem*.

O nosso legislador constituinte, quando escolheu a expressão dignidade da *pessoa* humana, para ressaltar esse valor, quis proteger, como o condão da dignidade apenas as pessoas humanas e não toda e qualquer forma de vida humana já concebida. Assim, para que o indivíduo em concreto possa ter dignidade, é necessário que reúna qualidades que o capacitem para ser uma pessoa. Essa é a posição do Ministro Carlos Ayres Britto:

Quando fala (refere-se à Constituição) da “dignidade da pessoa humana”(inciso III do art. 1º), é da pessoa humana naquele sentido ao mesmo tempo notarial, biográfico, moral e espiritual (o Estado é confessionalmente leigo, sem dúvida, mas há referência textual à figura de Deus no preâmbulo dela mesma, Constituição). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” (alínea b do inciso VII do art. 34), “livre exercício dos direitos (...) individuais” (inciso III do art. 85) e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea (inciso IV do § 4º do art. 60), está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Gente.Alguém.²²⁵(grifos nossos).

Nesse sentido, novamente citamos a decisão da ADI nº 3510, na qual se reconheceu a constitucionalidade da Lei nº 11.105/05, a qual possibilita que embriões excedentários frutos de fertilização *in vitro* sejam utilizados em pesquisas laboratoriais. Nesse caso, pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal considerou que esses embriões, apesar de tratar-se de vida humana, não são pessoas humanas. Se embriões excedentários fossem considerados pessoas humanas e, portanto, detentores de dignidade, jamais poderiam ser instrumentalizados, isto é, utilizados como meio para pesquisas científicas.

No caso, considerou-se que os embriões excedentários não têm possibilidade alguma de se desenvolver e adquirir características inerentes a pessoa humana, tal qual ocorre com os anencéfalos. Cumpre, assim, que o Supremo Tribunal Federal mantenha coerência argumentativa no julgamento da ADPF nº 54.

Destaque-se, porém, que afirmar que embriões excedentários e anencéfalos não são titulares de dignidade é questão que gera controvérsias, presumivelmente pela proximidade da experiência nazista. Não se deve perder de vista que existe vida, embora latente e sem possibilidade de desenvolvimento, que merece proteção, ainda que não se possa falar em dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, posiciona-se o Ministro Gilmar Mendes²²⁶, para quem “não se pode perder de vista e isso parece ser indubitável diante de qualquer posicionamento que se adote sobre o tema que, em qualquer hipótese, há sempre um elemento vital digno de proteção jurídica”.

²²⁵ Vide nota 214.

²²⁶ Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI3510GM.pdf>. Acesso em 01/11/10.

Além disso, cumpre destacar que a contextualização histórico-cultural da dignidade da pessoa humana. Com efeito, não se trata de dignidade humana e sim da *pessoa* humana, concretamente considerada em face das concepções particulares que se têm da dignidade.²²⁷

Desse modo, cada sociedade, ao abraçar determinados valores e repudiar outros, têm sua concepção particular de dignidade humana. Nessa toada, Ingo Sarlet²²⁸ afirma que “para que a noção de dignidade não se desvaneça como mero apelo ético, impõe-se que seu conteúdo seja determinado no contexto da situação concreta da conduta estatal e do comportamento de cada pessoa humana”.

Oscar Vilhena Vieira²²⁹, atento ao fato de que cada, sociedade estabelece os padrões de moralidade, do que é socialmente tolerável e digno, diz que “a sociedade e o direito é que refletem seus valores, que vão a cada momento dizer o que é, ou não, ‘cruel’, o que é, ou não, ‘desumano’ ou ‘degradante’, logo, o que afeta, ou não, a dignidade”.

Ante o panorama doutrinário traçado, deve-se verificar qual o sentimento da comunidade em face da prática examinada, buscando-se, o mais possível, amostra de todas as opiniões e para então definir se a conduta examinada é, naquele meio, atentatória à dignidade da pessoa humana.

No caso da sociedade brasileira, constata-se com base em pesquisas de opiniões que, no que se refere aos fetos anencéfalos, mesmo entre os católicos, é amplo o número de pessoas favoráveis à antecipação terapêutica de parto.²³⁰

²²⁷ MAGALHÃES, *op. cit.*, p. 141.

²²⁸ SARLET, *op. cit.*, p. 39-40.

²²⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, pg. 69, Malheiros Editores, 2006, São Paulo.

²³⁰ Pesquisa realizada pelo Ibope Opinião, apresentada em fevereiro de 2005, concluiu que 80% dos que se afirmaram católicos concordam com a interrupção da gravidez, quando o feto apresentar um problema grave e não tenha nenhuma chance de sobreviver após o nascimento (contra 17% que discordam e 3% que não sabem ou não opinaram). Entre os entrevistados de outras religiões, a porcentagem também foi elevada: 66% dos evangélicos e 67% de outras religiões igualmente concordaram com a interrupção nesse caso (31% dos evangélicos foram contra e 4% não sabem ou não opinaram; enquanto 32% de outras religiões discordaram e 1% não sabe ou não opinou); 78% dos agnósticos e 73% dos ateus também afirmaram concordar que a mulher possa recorrer ao aborto nesse caso (contra 19% dos agnósticos, que discordaram, 3% que não opinou e não sabe; entre os ateus, 27% discordaram e 0% não sabe ou não opinou). Além disso, 86% das católicas concordaram que “uma pessoa pode usar métodos anticoncepcionais e continuar sendo um bom católico”. Sobre o aborto, 67% das católicas opinaram no sentido de que deve ser permitido somente em alguns casos. 28% manifestaram que deve ser proibido em todos os casos. 3% afirmam que deve ser permitido sempre que a mulher decidir e 2% não sabem ou não opinaram. Acerca da concordância com o atendimento à mulher em serviços de saúde, com problemas provocados por um aborto, 93% manifestaram que ela deve ser atendida. 6% opinaram que ela não deve ser atendida. 1% não sabe ou não opinou. In FERNANDES, *ob. cit.*, p. 130.

Aliás, no mês de novembro do presente ano, o Senado Federal organizou enquete sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, buscando amostras de todas as opiniões a fim de definir qual o sentimento da comunidade em tais casos.²³¹

4.1.3 Laicidade do Estado e Razões Públicas

Não se ignora o fato de a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos levantar enorme rejeição de grande parte das religiões, que vêem a vida desde a fase embrionária como um valor sagrado. A maior resistência parte sobretudo da Igreja Católica²³², que no Brasil representa a religião com maior número de fiéis. Há quem afirme que se trata única e exclusivamente de “uma questão de fé”, mas sendo ou não uma questão de fé, não deve ser tratada como tal pelo Direito.

Neste contexto, o constitucionalista Daniel Sarmento²³³ indaga se deveria o Direito curvar-se diante da religião, impondo coercitivamente, inclusive aos não crentes, as posições de determinada confissão religiosa, ainda que majoritária. O fato do catolicismo predominar no Brasil constituiria justificativa legítima para o Estado adotar medidas legislativas que simplesmente endossassem as concepções morais católicas?

A resposta a esta pergunta só pode ser negativa. A atual Constituição não se limitou a proclamar, como direito fundamental, a liberdade de religião (art. 5º, inciso VI), foi além, consagrando, no seu art. 19, inciso I, o princípio da laicidade do Estado, que impõe aos Poderes Públicos uma posição de absoluta neutralidade em relação às diversas concepções religiosas.

Todavia, o referido autor ainda lembra que a laicidade do Estado, levada a sério, não se esgota na vedação de adoção explícita pelo governo de determinada religião, nem

²³¹ <http://www.senado.gov.br/noticias/verNoticia.aspx?codNoticia=105045&codAplicativo=2>

²³² O poder da Igreja no Brasil é surpreendente. No Caso Gabriela, dois padres católicos apresentaram um *habeas corpus* em favor do feto. Quanto à ADPF nº 54, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) requereu ingresso como *amicus curiae*, a União dos Juristas Católicos do Rio de Janeiro solicitou a elaboração de parecer sobre o assunto ao Ministro aposentado do STF, José Néri da Silveira, e as palestras e manifestações são freqüentes.

²³³ SARMENTO, *op. cit.*, p. 25.

tampouco na proibição de apoio ou privilégio público a qualquer confissão, vai mais longe e envolve a pretensão republicana de delimitar espaços próprios e inconfundíveis para o poder político e para a fé.²³⁴

Isso ocorre porque, no Estado laico, a fé é questão privada. Cada brasileiro é inteiramente livre para adotar a religião que lhe aprouver, mas não poderá exigir que o Estado faça valer, em relação a quem não tiver a mesma crença, os fundamentos dessa fé religiosa. Estado e Religião estão, portanto, totalmente apartados por um muro que “favorece a igualdade entre os crentes e os não crentes, entre santos e libertinos, entre os redimidos e os condenados: todos são igualmente cidadãos e possuem o mesmo conjunto de direitos constitucionais”.²³⁵

Nessa toada, como bem destaca Alberto Silva Franco²³⁶, entender que o dano psíquico padecido por mulher grávida, portadora de anencéfalo, não merece especial atenção porque nenhum ser humano está isento, enquanto vivo, de sofrer e que o sofrimento está na raiz da condição humana, o qual, ao invés de degradá-la, a engrandece, constitui, sem dúvida, uma postura religiosa que merece respeito, mas que não pode ser traçada como regra a ser seguida por todas as mulheres.

Além disso, o referido penalista ressalva, ainda, que não há fugir à inafastável diferença entre sofrimento voluntário e involuntário. Obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres. As poucas mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação experimentarão o sofrimento voluntário. E esse, sem dúvida, em nível religioso, tem inquestionável validade. Não há cogitar, no entanto, que esse sofrimento se repercuta sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunde com o cristianismo.²³⁷

Considerando, na visão de Sarmento²³⁸, que uma das características essenciais das sociedades contemporâneas é o pluralismo, dentro de um mesmo Estado, existem pessoas que abraçam religiões diferentes ou que não adotam nenhuma; que professam ideologias distintas; que têm concepções morais e filosóficas díspares ou até antagônicas, o Poder Político, exercido pelo Estado na esfera pública, deve basear-se em razões igualmente públicas, ou

²³⁴ SARMENTO, *op. cit.*, p. 26.

²³⁵ FRANCO, *op. cit.*, p. 246.

²³⁶ *Idem, ibidem*, p. 247.

²³⁷ *Idem, ibidem*.

²³⁸ SARMENTO, *op. cit.*, p. 36.

seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares.

Conforme Maíra Costa Fernandes²³⁹, o Estado só poderá exercitar, verdadeiramente, o seu dever de respeito aos seus representados, se justificar os seus atos em razões públicas, as quais têm por objeto as questões de justiça fundamental e “o bem do público”, o qual John Rawls conceitua como “aquilo que a concepção política de justiça requer da estrutura básica das instituições da sociedade e dos objetivos e fins a que devem servir”.

As idéias de Rawls compatibilizam-se, inteiramente, com a exposição inicial desse ponto, acerca da laicidade do Estado. De fato, se vivemos em uma sociedade laica e pluralista, os atos estatais devem basear-se em razões públicas, jamais em argumentos religiosos, dogmas ou crenças individuais.²⁴⁰

Com efeito, Sarmiento²⁴¹ leciona que a laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé, ainda que professados pela religião majoritária, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade e equidistância em relação às diferentes crenças religiosas, cosmovisões e concepções morais que lhes são subjacentes. Imposições que se baseiem não em razões públicas, jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, mas pior, desrespeitados.

Obviamente, as razões religiosas podem ser consideradas, mas não como dogmas e sim como argumentos, porventura utilizáveis contra a antecipação terapêutica de parto. Aliás, o Supremo Tribunal Federal parece estar ciente disso, ao realizar audiências públicas, onde resta assegurada a possibilidade dos representantes dos mais diversos setores da sociedade civil, incluído aí grupos religiosos, se manifestarem sobre o assunto, fomentando um debate amplo, público e democrático, em que se espera sejam discutidas questões polêmicas, com o devido respeito às posições divergentes.

Igualmente não se pretende afirmar que os Ministros de nossa Corte Suprema não devam considerar argumentos religiosos no julgamento da ADPF nº 54, levantando a bandeira da antirreligiosidade, o que se mostra inviável na sociedade brasileira. Inevitavelmente,

²³⁹ FERNANDES, *op. cit.*, 131. John Rawls define como a razão de cidadãos iguais que, enquanto corpo coletivo, exercem um poder político final e coercitivo uns sobre os outros ao promulgar leis e emendar sua Constituição.

²⁴⁰ *Idem, ibidem.*

²⁴¹ SARMENTO, *op. cit.*, p. 26.

nossos ministros, não obstante a enorme cultura jurídica e democrática que possuem, irão fazer uso de seus valores, inclusive os religiosos, emoções e sentimentos adquiridos durante suas vidas; porém cumpre a eles adotar a concepção laica de estado, pautando a decisão em razões, e não em preconceitos, que sustentem uma lógica jurídica razoável.

4.1.4 Direitos sexuais e reprodutivos

Segundo Flávia Piovesan, os direitos sexuais e reprodutivos devem ser compreendidos sob dois ângulos diversos e complementares.²⁴²

De um lado, trata-se de direito de autodeterminação, privacidade, intimidade, de liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não intervenção estatal. Compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se.²⁴³

Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda também políticas públicas. Nessa ótica, essencial é o direito a informações, ao acesso ao progresso científico e a educação sexual. Portanto, clama-se aqui pela interferência do Estado no sentido de que implemente políticas públicas garantidoras do direito à saúde sexual e reprodutiva.²⁴⁴

Para Laura Davis Matar²⁴⁵, a compreensão dos direitos reprodutivos como direitos humanos remonta a Conferência Internacional de Direitos Humanos do Teerã, em 1968, sendo que o termo “direitos reprodutivos” surgiu apenas em 1984, no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, realizado em Amsterdã, visando a encarar a maternidade não mais como uma obrigação.

²⁴²PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos. Disponível em :www.mp.pe.gov.br/.../Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc. Acesso em 20/09/10.

²⁴³ Vide nota 243.

²⁴⁴ *Idem*.

²⁴⁵ MATTAR, Laura Davis. Desafio e importância do reconhecimento dos direitos sexuais frente aos reprodutivos. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela(Orgs). *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação.Perspectivas e desafios contemporâneos*. V. 2. Curitiba: Juruá, 2007, p. 827.

Por seu turno, Flávia Piovesan²⁴⁶ aponta que o marco para o reconhecimento dos direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos foi a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, que inaugurou um novo paradigma acerca da saúde reprodutiva da mulher.

Tal Conferência representou um avanço histórico por romper com a visão das Conferências realizadas em Bucareste (1974) e no México (1984), as quais enfatizaram a necessidade de limitar o crescimento populacional, sobretudo nos países em desenvolvimento como forma de combater a pobreza e a desigualdade social. Deslocou-se a questão demográfica para o âmbito das questões relativas aos direitos humanos, mas especificamente, para o âmbito do respeito aos direitos reprodutivos como direitos humanos.²⁴⁷

Na ocasião, enfatizou-se que as mulheres têm o direito individual de decidir sobre o exercício da maternidade, assim como o direito à informação e acesso aos serviços para exercer seus direitos e responsabilidades reprodutivas.²⁴⁸

No mesmo sentido, é eloqüente a redação do Parágrafo 95 da Plataforma da IV Conferência Mundial sobre a Mulher²⁴⁹, que afirma o direito humano de “*decidir livre e responsabilmente pelo número de filhos, o espaço a medear entre os nascimentos e o intervalo entre eles*”, bem como o de “*adotar decisões relativas à reprodução sem sofrer discriminação, coações nem violência*”.

A questão da autonomia reprodutiva também foi discutida com percuciência no voto que o Ministro Joaquim Barbosa elaborou, como relator, para o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, que versava sobre o direito de gestante de interromper a gravidez de feto anencéfalo, sendo que o caso não chegou a ser apreciado pelo STF, porque, em plena sessão de julgamento, foi o Tribunal comunicado do fato de que a paciente dera à luz e que a criança, como já se esperava, falecera poucos minutos depois. Todavia, o referido voto foi amplamente divulgado, e dele consta:

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,

²⁴⁶ PIOVESAN, Flávia. Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 60.

²⁴⁷ *Idem, ibidem*.

²⁴⁸ *Idem, ibidem*.

²⁴⁹ Disponível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/declaracao_4_conferencia_mundial_mulher.pdf. Acesso em 09/08/10.

razão por que, no presente caso, ainda com maior acerto, cumpre a esta Corte garantir seu legítimo exercício, nos limites ora esposados²⁵⁰.

Assim, conforme lição de Daniel Sarmento, o poder individual da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente os rumos da própria vida, permitem que, à semelhança do que disse a Suprema Corte norte-americana em *Roe v. Wade*, afirmemos, também no Brasil, que “o direito à privacidade é amplo o suficiente para compreender o direito da mulher sobre interromper ou não sua gravidez”²⁵¹.

Como ressaltou Ronald Dworkin, citado por Sarmento, “uma mulher que seja forçada pela sua comunidade a carregar um feto que ela não deseja não tem mais o controle do seu próprio corpo. Ele lhe foi retirado para objetivos que ela não compartilha. Isto é uma escravidão parcial, uma privação de liberdade.”²⁵²

Não obstante sejam os direitos sexuais e reprodutivos reconhecidos no âmbito internacional como direitos humanos, na realidade, devem ser compreendidos como verdadeiros direitos fundamentais.²⁵³

Na lição de André Ramos Tavares²⁵⁴, não existe um rol *numerus clausus* de direitos fundamentais, uma vez que vários deles derivam indiretamente da Constituição, do regime e dos princípios por ela adotados.

É o caso dos direitos sexuais e reprodutivos, que embora não estejam expressos em nossa Carta Maior como direitos fundamentais, defluem de princípios e de outros direitos consagrados na Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana, direito à saúde e o direito à liberdade em relação ao planejamento familiar.

Para Daniel Sarmento²⁵⁵, o princípio da dignidade da pessoa humana pressupõe que se respeite a esfera de autodeterminação de cada mulher ou homem, que devem ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências do Estado ou de terceiros. A matriz desta idéia é a

²⁵⁰ O voto do ministro Joaquim Barbosa pode ser conferido em. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 73-92.

²⁵¹ *Idem, ibidem*.

²⁵² SARMENTO, *op. cit.*, p. 44.

²⁵³ A consequência da diferença entre direitos humanos e fundamentais é que apenas os direitos fundamentais têm eficácia plena e vinculante em relação aos poderes públicos e particulares.

²⁵⁴ RAMOS, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 480.

²⁵⁵ SARMENTO, Daniel. *Legalização do aborto e constituição*. In: In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 43-45.

concepção de que cada pessoa humana é um agente moral dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, de traçar planos de vida e de fazer escolhas existenciais, e que deve ter, em princípio, liberdade para guiar-se de acordo com sua vontade

Assim, no que se refere à Carta Magna atual, os direitos sexuais e reprodutivos, portanto, não são apenas direitos humanos, mas verdadeiros direitos fundamentais implícitos no ordenamento jurídico pátrio. Cerceá-los, no caso da gestação de fetos anencéfalos, é flagrante violação à Constituição. Aliás, quando o Estado impõe à mulher o dever de levar a gravidez a termo nesses casos, atua, em sentido contrário ao que deveria, qual seja do resguardo e efetivação dos direitos fundamentais.

4.2 Impossibilidade de aplicação do princípio da concordância prática na colisão de direitos fundamentais envolvidos

De acordo com George Malmelstein²⁵⁶, a primeira preocupação do jurista deve ser tentar harmonizar os interesses em jogo, não sendo isso possível surge a necessidade de sopesamento ou ponderação propriamente dita.

O princípio da concordância prática ou da harmonização dos interesses em conflito deriva do princípio da unidade da Constituição, sendo nossa Carta Magna norma fundamental que dá coerência e unidade à ordem jurídica, ela própria precisa ter unidade e coerência interna, ou seja, superação de contradições não através de uma lógica de exclusão de uma parte a favor de outra, mas através de uma lógica dialética da síntese, através de uma solução de compromisso.²⁵⁷

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Como afirma Luís Roberto Barroso:

A Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. **O princípio da unidade é**

²⁵⁶ MALMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 390-394.

²⁵⁷ MAGALHÃES, *op. cit.*, p.71.

uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas. Deverá fazê-lo guiado pela grande bússola da interpretação constitucional: os princípios fundamentais, gerais e setoriais inscritos ou decorrentes da Lei Maior. ²⁵⁸ (grifos nossos)

Para José Gomes Canotilho²⁵⁹, “o princípio da concordância prática impõe a coordenação e combinação dos bens jurídicos em conflito ou em concorrência de forma a evitar o sacrifício (total) de uns em relação aos outros”.

Em suma, o referido princípio busca, diante da colisão de direitos fundamentais no plano concreto, coordenar os bens e valores envolvidos em busca de uma harmonia de modo a evitar o total sacrifício de um direito fundamental.

No caso dos fetos anencefálicos, entende-se não ser possível a aplicação de tal princípio. Isso ocorre, inicialmente, porque, dificilmente, se resolverá uma colisão envolvendo o direito à vida sem que haja o sacrifício por inteiro de algum direito fundamental. Um exemplo elucidará melhor essa questão.

Em um caso envolvendo legítima defesa de um agente para salvar a vida de outro que o ataca, por exemplo, não é possível falar em harmonização dos interesses colidentes, uma vez que, fatalmente, um dos direitos será completamente eliminado.

Já na colisão citada no capítulo anterior, referente a gravidez resultante de estupro, o legislador resolveu em abstrato a questão ao estabelecer no conflito de interesses entre a vida intra-uterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas, e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua liberdade, dá-se preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro. Aí novamente não utilizou o princípio da concordância prática e sim do balanceamento de interesses, uma vez que o direito à vida do feto foi sacrificado.

Na questão dos fetos anencefálicos, o conflito se mostra de forma tão gravosa que prevalecendo o direito à vida do feto, irremediavelmente estará cerceado, em absoluto, o grupo de direitos da gestante destacados no início do presente capítulo.

Considerando que, no caso, o legislador não se manifestou, como fez no estupro, e que não é possível a aplicação do princípio da concordância prática, porque, fatalmente, um dos lados será sacrificado, é necessário valer-se do princípio do balanceamento, técnica interpretativa mais adequada para resolver a questão.

²⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 182.

²⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992, p. 234.

4.3 O balanceamento entre direitos fundamentais do feto e da gestante

O princípio da ponderação ou do balanceamento (*balancing*) encontra suas origens históricas no direito norte-americano, na década de 1930, especialmente nos chamados juristas da Escola da Jurisprudência Sociológica. Todavia, para Jane Reis Gonçalves Pereira²⁶⁰, tal princípio remonta a períodos ancestrais da reflexão sobre o Direito, uma vez que é tarefa da Justiça solucionar conflitos entre pessoas, buscando equilibrar e distribuir, de forma equitativa, os bens em disputa, a imagem do contrapeso simboliza, desde a antiguidade a atividade de julgar.

Para Canotilho²⁶¹, a ponderação é apenas mais uma das formas ou técnicas de interpretação, parte essencial do procedimento de resolução de conflitos entre direitos fundamentais. A característica elementar da ponderação é o fato de esta não redundar numa solução válida para todas as hipóteses de conflito entre os interesses em jogo, mas apenas para os casos em que porventura se repitam as mesmas circunstâncias.

Por meio da utilização de referido princípio, busca-se estabelecer um contrapeso de normas e princípios potencialmente contraditórios a fim de lhes harmonizar e dar coerência.

No conflito em questão, tem-se de um lado, o direito à vida do anencéfalo, do outro, uma gama de direitos da gestante que devem ser analisados quando da resolução da questão. Nesse derradeiro capítulo, analisou-se cada um deles, delineando seus conceitos e conseqüências básicas.

Após, a apresentação dos argumentos reunidos ao longo do capítulo, defendemos que os direitos da gestante devem prevalecer sobre os do anencéfalo, pelos motivos a seguir expostos:

I- *Precariedade do direito à vida do anencéfalo*. Conforme já abordado, em razão das graves carências no processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina

²⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição aos estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 254.

²⁶¹ CANOTILHO, *op. cit.*, p. 1109-1110.

e total incompatibilidade com a vida extra-uterina. Além disso, das três graduações da vida, o anencéfalo possui apenas a dimensão vegetativa.

Com efeito, sendo nula a viabilidade de vida do feto anencefálico fora do ventre materno não existe diferença, quanto a sua possibilidade de sobrevivência, entre a antecipação terapêutica de parto ou esperar o transcurso dos nove meses de gestação, pois o resultado seria, inevitavelmente, o mesmo: o falecimento em consequência da patologia congênita.

II- *Ausência de proteção do princípio da dignidade da pessoa humana ao anencéfalo.* O anencéfalo é ser humano, pois integra a espécie *homo sapiens*, mas não é pessoa, nem ao menos, potencialmente, pois não reúne características para tanto, uma vez que não é racional e não reconhece a si mesmo como indivíduo e pessoa, sendo inconsciente do mundo exterior e incapaz de interagir com os objetos que o cercam ou com as pessoas.

Com efeito, a referida anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central-responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade

Nossa Constituição ao eleger a expressão *dignidade da pessoa humana* quis proteger, como o condão da dignidade apenas as pessoas humanas e não toda e qualquer forma de vida humana já concebida. Assim, para que o indivíduo em concreto possa ter dignidade, é necessário que reúna qualidades que o capacitem para ser uma pessoa.

III. *Repercussões para a saúde física e psíquica da gestante.* Conforme já exposto, inúmeras e graves são as consequências da gestação de um feto anencefálico para a saúde da mulher. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável.

IV. *Direitos sexuais e reprodutivos.* Tais direitos, embora reconhecidos no âmbito internacional como direitos humanos, na realidade, devem ser compreendidos como verdadeiros direitos fundamentais. Compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência, consagrando a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se.

Os direitos reprodutivos são componentes indissociáveis do direito fundamental à liberdade e do princípio da autodeterminação pessoal. Assim, o poder individual da mulher sobre seu próprio corpo, bem como a liberdade que lhe assiste para escolher autonomamente

os rumos da própria vida devem ser levados em consideração para fins de antecipação ou não do parto.

V. *Não coisificação da mulher*. A benemerência da gestante que, em vez de optar pela interrupção, escolhe manter a gravidez, com o objetivo de doar os órgãos do recém-nascido, apesar de louvável, não pode servir como imposição moral para que as demais mulheres procedam da mesma maneira. Nessa toada, forçoso reconhecer que obrigar a gestante a levar a termo uma gravidez de feto anencéfalo apenas com o objetivo de fornecer órgãos para transplantes é coisificá-la, reduzi-la a um mero objeto. Assim, a gestante acabaria por ser meio (um depósito temporário de órgãos) para um fim (fornecer esses órgãos para transplantes).

VI. *Liberdade religiosa*. Quem decide acerca da religião e das crenças que deve seguir é o indivíduo e não o Estado. As poucas mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação poderão fazê-lo. Não há cogitar, no entanto, que esse sofrimento se repercuta sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunde com o cristianismo.

Cada gestante deve poder decidir de acordo com suas crenças, com sua consciência, não lhe sendo imposto qualquer padrão tido como correto, aspiração repugnante de apenas alguns dentre os piores regimes totalitários.

A laicidade do Estado não se compadece com o exercício da autoridade pública com fundamento em dogmas de fé, ainda que professados pela religião majoritária, pois ela impõe aos poderes estatais uma postura de imparcialidade. Assim, o Poder Público deve basear-se em razões igualmente públicas, ou seja, em razões cuja possibilidade de aceitação pelo público em geral independa de convicções religiosas ou metafísicas particulares.

Assim, conclui-se, em face dos argumentos supracitados que, nos casos ora analisados, prevalecem os direitos da gestante sobre os do anencéfalo. Verifique-se, então, a proporcionalidade dos possíveis meios empregados para fazer prevalecer aqueles sobre estes.

4.4 Análise da antecipação terapêutica de parto sobre o prisma do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade está dentre aqueles princípios mais fáceis de compreender do que de definir.²⁶² Nesse sentido, a noção de proporcionalidade encontra-se presente nos sistemas jurídicos desde a antiguidade, desenvolvendo-se em termos filosóficos com os gregos, em especial Aristóteles.²⁶³

A despeito do inegável prestígio que o princípio da proporcionalidade assume no direito contemporâneo, grande parte dos textos constitucionais não o mencionam expressamente, tal qual ocorre no Brasil.²⁶⁴

Como princípio jurídico, encontrou desenvolvimento inicial no Direito Penal e Administrativo, profundando suas raízes no Direito Constitucional Alemão, onde se consolidou como parâmetro para o controle jurisdicional dos atos administrativos e de leis restritivas de direitos fundamentais.²⁶⁵

No âmbito jurídico, visa a aferir a constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais. Por meio de sua aplicação, o intérprete avalia a correlação entre os fins visados e os meios empregados nas situações de conflitos de direitos fundamentais.²⁶⁶

O princípio da ponderação, explanado no tópico anterior, visa apenas estabelecer quais dentre os direitos fundamentais conflitantes devem prevalecer no caso concreto, tendo por orientação os valores constitucionais e a construção jurisprudencial. É etapa que antecede a aplicação da proporcionalidade, a qual irá aferir se os meios utilizados pelo Poder Público são ou não adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito.

Verifica-se, assim, que a diferença entre tais métodos hermenêuticos é que o balanceamento se dá entre bens e valores colidentes, ao passo que a proporcionalidade ocorre entre meios.

Passe-se, então, para a paulatina análise acerca dos meios empregados para fazer prevalecer os direitos da gestante sob o prisma dos subprincípios ou máximas da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

²⁶² BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392.

²⁶³ LIMA, *op. cit.*, p.152.

²⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 153.

²⁶⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003, p.38-39.

²⁶⁶ LIMA, *op. cit.*, p.153.

4.4.1 Aplicação do subprincípio da adequação

O primeiro subprincípio ou máxima da proporcionalidade é a adequação ou idoneidade, o qual exige que toda restrição a direito fundamental seja idônea para atendimento de um fim constitucionalmente legítimo. Assim, é fundamental que a restrição ao direito observe dois requisitos. Em primeiro, a medida deve visar a atingir um fim amparado pela Constituição. Em segundo, o meio empregado deve ser adequado apto, útil e idôneo para a obtenção desse fim.²⁶⁷

Como medidas propostas para a solução da questão, tem-se a antecipação terapêutica de parto e a aplicação de ácido fólico²⁶⁸ antes e durante o conhecimento da gravidez por parte das gestantes.

No que se refere à antecipação terapêutica de parto, tem-se que é meio apto para proporcionar a predominância e efetivação dos direitos fundamentais da gestante. Todavia, no que tange à aptidão da aplicação de ácido fólico, a resposta é negativa.

Não obstante esteja consolidada na literatura médica, a correlação entre a anencefalia e a diminuição de ácido fólico, as causas genéticas ou desconhecias correspondem a, pelo menos, 60% dos casos, sendo apenas uma das várias causas relacionadas à origem da anencefalia.²⁶⁹

Modernamente, entende-se que a anencefalia é uma patologia determinada por diversos fatores chamados teratogênicos ou teratógenos, que atuam diretamente sobre o ser em formação, ampliando a probabilidade de tais patologias. Como exemplos destes fatores, podemos citar as diversas radiações, vírus, drogas e doenças maternas existentes.²⁷⁰

Além disso, para eficácia do ácido fólico devem ser ingeridas quantidades elevadas de ácido fólico, um dos componentes vitamínicos do complexo B, ao menos três meses antes da nova gestação, além de continuar a ingestão até os três primeiros meses de gravidez. Se considerarmos que estatisticamente apenas 3% das gestações humanas são planejadas, apenas nesses casos poder-se-ia aplicar o ácido fólico.

²⁶⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 156.

²⁶⁸ Sobre a aplicação de ácido fólico como meio preventivo da anencefalia vide tópico 1.1.

²⁶⁹ Vide capítulo 1.

²⁷⁰ PEIXOTO, *op. cit.*, p. 143.

Carolina Alves de Souza Lima²⁷¹ aponta que, no caso dos conflitos de direitos fundamentais apresentados neste trabalho, há um único meio idôneo- a antecipação terapêutica de parto- para atingir o fim visado: preservar a saúde e a liberdade de autonomia reprodutiva da mulher. Ou se permite o aborto nos casos de anencefalia, com restrição ao direito à vida uterina do anencéfalo, ou não se permite, o que levaria a restrição da gama de direitos da gestante.

Assim, a antecipação terapêutica do parto é meio apto para solucionar o conflito de direitos fundamentais em questão, conforme restou provado no balanceamento feito anteriormente.

4.4.2 Aplicação do subprincípio da necessidade

A segunda máxima da proporcionalidade é a necessidade, também conhecida como exigibilidade ou indispensabilidade. Prevê que, dentre as várias medidas restritivas de direitos fundamentais igualmente aptas para atingir o fim perseguido, o intérprete deve escolher o menos gravoso para o direito afetado.²⁷²

O conceito de necessidade, para Jane Reis Gonçalves Pereira²⁷³, traz ínsito uma idéia negativa, de que a medida há de ser entendida como necessária sempre que não houver outro meio menos gravoso que viabilize a consecução do fim. A noção contida nessa fórmula é expressa pela célebre frase de Jellinek: não se abatem pardais com canhões.

No caso apresentado nesse trabalho, a antecipação terapêutica de parto é a única medida subsistente capaz de resolver a questão, uma vez que inexistente qualquer outra medida fora a aplicação de ácido fólico, que como já visto se revelou inadequado, com que se possa resolver a colisão de direitos fundamentais em questão.

²⁷¹ LIMA, *op. cit.*, p. 156-157.

²⁷² PEREIRA, *op. cit.*, p. 324-328.

²⁷³ *Idem, ibidem*, p. 339.

4.4.3 Aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito

Verificou-se que, no balanceamento entre os direitos da gestante e do anencéfalo, aqueles prevalecem sobre os deste, bem como que a antecipação terapêutica de parto é meio adequado e necessário. Por fim, cumpre analisar se tal meio é proporcional em sentido estrito, isto é se o meio numa relação de custo-benefício é proporcional.²⁷⁴

A resposta é positiva, uma vez que pode ser constatado em uma relação custo-benefício, que fazer prevalecer os direitos da gestante, ainda que a custa do direito à vida do feto, é muito mais plausível do que o contrário, ou seja, obrigar a gestante a levar a termo uma gravidez para exclusivo benefício de uma vida sabidamente inviável do ponto de vista extrauterino.

Além disso, como já bem decidiu a Suprema Corte Argentina²⁷⁵, adiantar ou postergar o parto, neste tipo de gestação, não beneficia ou piora a sorte do feto, uma vez que o seu falecimento é certo e inevitável, em razão da gravíssima patologia que o afeta. Por outro lado, a antecipação terapêutica de parto beneficia a mãe, salvaguardando seus direitos fundamentais.

²⁷⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 51.

²⁷⁵ Vide tópico 1.1.3 do presente trabalho.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após percorrer-se o longo caminho trilhado neste trabalho, pode-se, derradeiramente concluir com uma série de arremates, apresentando solução para o caso da colisão de direitos fundamentais envolvendo os fetos anencefálicos.

Viu-se que a anencefalia é uma malformação fetal congênita caracterizada pela ausência de uma grande parte do cérebro, sendo uníssona a literatura médica acerca do diagnóstico da inviabilidade fetal.

Foi trilhada a trajetória do tema junto ao Poder Judiciário brasileiro, ponto em salientou-se a utilização de alvarás judiciais como meio hábil para se obter a autorização necessária à interrupção da gravidez de feto com anencefalia, a atuação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT), que desenvolveu um célere sistema de concessão de autorizações não-judiciais, bem como os casos mais emblemáticos apreciados por nossos Tribunais Superiores: o Caso Gabriela (primeira ação sobre feto anencéfalo a chegar ao Supremo Tribunal Federal) e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 54.

Destacou-se que, embora a vida extrauterina do anencéfalo seja precária e brevíssima, à luz do ordenamento jurídico pátrio, o anencéfalo, como qualquer ser humano, goza de proteção à vida desde o momento da concepção, conforme disposição do Pacto de San Jose da Costa Rica, incorporado à legislação nacional com a promulgação do Decreto nº 678/92.

Admitiu-se que o anencéfalo é um ser humano, posto que pertencente à espécie *homo sapiens*, com DNA humano, mas não é pessoa, nem ao menos, potencialmente, pois não reúne características para tanto, uma vez que não é racional e não reconhece a si mesmo como indivíduo, não possui consciência do mundo exterior e não interage com os objetos e pessoas que o cercam.

Nesse ponto, nunca é demais ressaltar, não se está aqui a defender que deficientes físicos não sejam pessoas, logicamente o são. Ninguém duvida, por exemplo, que o físico inglês Stephen Hawking, mesmo com seu corpo físico incapacitado, é pessoa humana, possuindo, aliás, uma das mentes mais brilhantes do Planeta. Consoante já visto, não é uma

característica que faz com que o ser humano seja pessoa, mas uma série delas, bastando que estejam presentes, parcial ou potencialmente.

Sobre esse ponto, foi trazido à baila o julgamento da ADI nº 3510 que tratou da possibilidade do uso de embriões excedentários em pesquisas terapêuticas. No caso, o Supremo Tribunal Federal considerou que esses embriões, apesar de tratar-se de vida humana, não são pessoas humanas. Se embriões excedentários fossem considerados pessoas humanas e, portanto, detentores de dignidade, jamais poderiam ser instrumentalizados, isto é, utilizados como meio para pesquisas científicas.

Para fundamentar tal decisão, considerou-se que os embriões excedentários não têm possibilidade alguma de se desenvolver e adquirir características inerentes a pessoa humana, tal qual ocorre com os anencéfalos. Cumpre, assim, que o Supremo Tribunal Federal mantenha coerência argumentativa no julgamento da ADPF nº 54.

No que tange ao tema junto ao Poder Legislativo, observou-se que nenhum dos projetos de lei propostos para descriminalizar o aborto de fetos anencéfalos logrou êxito, seja pelo conservadorismo, seja pela presença de fortes bancadas religiosas, sendo patente a falta de interesse em revisar o art. 128 do Código Penal.

Por outro lado, fazendo-se uma interpretação evolutiva de nosso Código Penal, que data de 1940, constatou-se que se, à época, houvesse o arsenal de conhecimento e tecnologia de hoje, provavelmente, também teria o legislador admitido como causa de exclusão da ilicitude o denominado aborto anencefálico, diante da absoluta certeza da inviabilidade da vida extra-uterina.

Nesse ponto, apontou-se o manifesto tratamento desigual e hipócrita que se dá à mulher grávida no caso de anencefalia, uma vez, no aborto sentimental, o legislador, ao solucionar em abstrato, o conflito de interesses entre a vida intra-uterina do feto, dotado de todas as potencialidades humanas, e o agravo sofrido pela mãe na sua honra e na sua liberdade, deu preferência à mulher grávida em detrimento do filho resultante de estupro, mesmo que isso signifique a morte de um feto com plena e total viabilidade.

O balanceamento dos bens jurídicos em jogo não é, contudo, o mesmo quando, de um lado, está um embrião ou feto condenados irreversivelmente à morte, posto que inaptos para a vida extra-uterina, e de outro, uma gestante seriamente agravada em sua saúde física, psíquica ou social.

Comprovou-se que a questão atinente a possibilidade ou não de interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos, envolve uma clara colisão de direitos fundamentais. De um lado, há o feto, que tem assegurado, desde a concepção, o direito à vida, ainda que esta seja muito breve. E de outro, há uma mulher psicologicamente abalada ao se ver obrigada a manter uma gestação, cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, tendo sua dignidade de pessoa humana, sua autonomia reprodutiva e sexual, bem como o direito à saúde violados.

Para solucionar tal conflito, buscou-se realizar uma concordância prática, que restou inócua, uma vez que não há como evitar o sacrifício total de um dos direitos colidentes, sendo necessário realizar um balanceamento para ver qual dos dois prepondera.

Por todas as razões aludidas, as quais não se repetirão aqui, defendemos que devem prevalecer os direitos da gestante sobre o direito à vida do anencéfalo, restando comprovada que a antecipação terapêutica de parto é o meio apto para garantir essa preponderância, posto que adequado, necessário e proporcional em sentido estrito.

As razões religiosas podem ser consideradas, mas não como dogmas e sim como argumentos. O Estado brasileiro não é sujeitável, portanto, a nenhuma religião e, por isso, não se pode admitir que princípios religiosos disciplinem o seu atuar. As mulheres que, por convicções religiosas ou morais, desejarem manter a gestação de um feto anencefálico poderão fazê-lo, o que, sem dúvida, em nível religioso, tem inquestionável validade. Não há de se cogitar, no entanto, que esse sofrimento se repercuta sobre gestantes que não têm fé, que não estão presas a dogmas religiosos ou cuja religião não se confunda com o cristianismo.

Por se tratar de colisão de direitos fundamentais, resta suficientemente comprovada a legitimidade que a questão tem para ter seu mérito analisado pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF n.º 54, no julgamento da qual se espera que o Pretório Excelso entenda possível proceder-se a uma interpretação conforme a Constituição, de modo a afastar, do âmbito interpretativo das já referidas normas penais, quaisquer hipóteses envolvendo interrupções de gestações de fetos anencefálicos, em respeito aos direitos fundamentais da gestante, a sua autonomia sexual e reprodutiva, eis que, comprovadamente, são estes resguardados pela Carta Magna e pelos regulamentos jurídicos que norteiam a sociedade brasileira.

Já passa da hora de verdadeiramente se reconhecer a mulher como sujeito de direitos, como um fim em si mesma; de se respeitar a sua dignidade, a sua privacidade, a sua

liberdade e a sua autonomia sexual e reprodutiva. Já não é sem tempo que ela possa usufruir de verdadeira proteção a sua integridade física e mental e a sua saúde. E, em decorrência de tudo isso, é hora de se garantir à mulher, grávida de um feto anencéfalo, a possibilidade de interromper a gestação, seja na rede pública hospitalar, seja em hospitais e clínicas particulares, com a cobertura do seu plano de saúde.

REFERÊNCIAS

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. (Org.) *Anencefalia, o pensamento brasileiro em sua pluralidade*, Brasília: Editora Letras Livres, 2004;

ARISTÓTELES. Ética a Nicômaco, IX, 27. In: *Os Pensadores*, São Paulo: Abril Cultural, 1973, v. 3;

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília jurídica, 2003;

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996;

_____. *Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição*. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Orgs). In: *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. São Paulo: Editora Renovar: 2006;

BELO, Warley Rodrigues. *Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos*. Belo Horizonte: DelRey, 1999;

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. *Do diagnóstico de malformação fetal letal à interrupção da gravidez*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de medicina da Universidade de São Paulo, São Paulo: 2005;

BICUDO, Hélio Pereira. *Direitos humanos e a sua proteção*. São Paulo: FTD, 1997;

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Parte Especial 2: Crimes contra a pessoa. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2008;

BRUNO, Aníbal. *Crimes contra a pessoa*. Rio de Janeiro: Rio de Janeiro: Rio, 1983;

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. São Paulo: Saraiva, 2007;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992;

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Letras Livres, 2004. Coleção Radar;

COSTA, JR., Paulo José da. *Curso de Direito Penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008;

DINIZ, Débora e Ribeiro, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letraslivres, 2004;

_____. *Aborto e inviabilidade fetal: El debate brasileño*. In Cadernos de Saúde Pública. Rio de Janeiro, V 21., 2005;

DINIZ, Maria Helena. *O estatuto atual do biodireito*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006;

ECO, Umberto, *Mais Darwin, menos Santo Tomás*, em O Estado de São Paulo, de 02.03.2005;

EMMERICK, Julian. *Aborto: descriminalização, direitos humanos e democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008;

FERNANDES, Maíra Costa. *Interrupção de gravidez de feto anencefálico: Uma análise constitucional*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara, Koogan, 2008;

FRANCO, Alberto Silva. *Aborto por indicação eugênica*. Revista de Julgados do Tribunal de Justiça de São Paulo. V. 132;

_____. *Anencefalia-Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais*. Revista dos Tribunais n. 833, de março de 2005;

FRANKENA, William. *Ética*. Rio de Janeiro: Zahar, 1981;

FRIGÉRIO, Marcos Valentim. *Aspectos Bioéticos, médicos e jurídicos do abortamento por anomalia fetal grave no Brasil*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, v 11, jan/mar., 2003;

GIFFARD, Camille. *Manual de denúncia da tortura*. Disponível em <http://www.essex.ac.uk/torturehandbook/portuguese/torturehandbook-pr.pdf>. Acesso em 09/10/10;

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudo de direito constitucional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 19. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1978;

GOMES, Joaquim Barbosa, In, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

GUERRA, Arthur Magno e. *Bioética e Biodireito: uma introdução crítica*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005;

HAMILTON, Alexander. *O Federalista-Número LXXXIV: Sobre outras objeções diversas*. In MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, Jonh. *Os artigos federalistas*. Maria Luisa de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993;

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. 5;

JUNGES, José Roque. *Bioética: Perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 1995;

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. 2 ed. São Paulo: abril Cultural, 1984;

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. Curitiba: Juruá, 2010;

LISBOA, Roberto Senise. *O aborto e os direitos da personalidade do nascituro*. In: DINIZ, Maria Helena (Coord.). *Atualidades Jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2001, v.3;

LÔBO, Cecília Érika D'Almeida. *Gestantes de Fetos Anencefálicos-Mulheres que lutam. Considerações Preliminares*. In: *Diálogo Jurídico*. Fortaleza, Ano V. Nº 5, p. 129-152, Faculdade Farias Brito, Set. 2006;

LUZ, Michelline Soares Bittencourt. *Fetos anencéfalos: quanto vale a chance de viver um instante? Uma questão moral e jurídica em busca de uma resolução sob a ótica do Direito Penal*. In: *Revista do programa de pós graduação em direito da Universidade Federal da Bahia nº 16*, 2008;

PEIXOTO, Francisco Davi Fernandes. *Considerações jurídicas acerca da problemática da anencefalia*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI;

_____. *Direitos fundamentais da mulher: um olhar sobre a anencefalia*. Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI;

MACHADO, Lia Zanotta. *Audiência Pública: Anencefalia-STF-ADPF 54*. In: *Séries Anis*, N. 58, Brasília: LetrasLivres, 2008;

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 3ª edição. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004;

MALMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008;

MARTÍNEZ, Stella Maris. *La incorporación de la reflexión bioética a las decisiones judiciales: un puente al futuro*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 13, n. 54,, maio/jun. 2005;

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *O direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFe;

MATTAR, Laura Davis. *Desafio e importância do reconhecimento dos direitos sexuais frente aos reprodutivos*. In: PIOVESAN, Flávia; IKAWA, Daniela(Orgs). *Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação*. Perspectivas e desafios contemporâneos. V. 2. Curitiba: Juruá, 2007;

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *A preservação da vida em face da biotecnologia: inserção de novas antinomias no Direito Penal*. Revista da Associação de Professores de Ciências Penais;

MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito penal e biotecnologia*. Salvador: Revista dos Tribunais, 2004;

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. 24.ed.São Paulo:Atlas, 2006;

NANILI, José Renato. *A evolução protetiva da vida na Constituição Brasileira*. In: PENTEADO, Jaques de Camargo e DIP, Ricardo Henry Marques (Orgs.). *A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica*. Porto Alegre: SAFE;

NEUMANN, Ulfried. *A dignidade como frado do ser humano ou como utilizar o direito contra o respectivo titular*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.) *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia e de direito constitucional*. 2 Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009;

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal*. 25 ed.São Paulo: Saraiva, 1991;

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição aos estudos das restrições de direitos fundamentais na teoria dos princípios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006;

PIMENTEL, Silvia. *Um pouco de história da luta pelo Direito Constitucional à descriminalização e à legalização do aborto: alguns textos, várias argumentações Assim temos falado há décadas*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

PIOVESAN, Flávia. *Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos*. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

_____. *Direitos sexuais e reprodutivos como direitos humanos*. Disponível em :www.mp.pe.gov.br/.../Artigo_-_Direitos_reprodutivos_como_direitos_humanos_-_Flv.doc. Acesso em 20/09/10;

RABELLO, Getúlio Daré. Coma e estados alterados de consciência. In : NITRITI, Ricardo; BACHESHI, Luiz Alberto (Orgs.). *A neurologia que todo médico deve saber*. 2ª ed, São Paulo: Atheneu, 2003;

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Vida digna: Direito, ética e Ciência*. In: ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004;

_____. *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista de Interesse Público, Porto Alegre, n. 4, 1999;

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004;

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. (Orgs.). In: *Nos limites da vida: aborto, clonagem e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007;

SCHWABE, Jüngen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Tradução Beatriz Renning. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2006;

SLAID, Matilde Carone. *Ética e Direito na Manipulação do genoma humano*. Rio de Janeiro: Forense, 2001;

SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao Biodireito: investigação político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*, São Paulo: LTr, 2002;

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética: fundamentos e ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 1996;

SEBASTIANI, Mario, *Análisis ético bajo el concepto del feto como paciente en los casos de anencefalia*, Lexis Nexis- Jurisprudência Argentina. Fasc. 4. Buenos Aires: Abeledo Perrot;

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisões de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2001;

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

TESSARO, Anelise. *Aborto Seletivo*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2008;

VIEIRA, Oscar Vilhena, *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*, pg. 69, Malheiros Editores, 2006.