DA POSSIBILIDADE DE INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (*)

BEATRIZ PEREIRA DA SILVA (**)

RESUMO: *O presente trabalho tem por objeto analisar a possibilidade jurídica de interrupção da gravidez de feto anencéfalo sob dois prismas: (i) considerando a atipicidade da conduta, que não caracterizaria o crime de aborto e (ii) aplicando a técnica de ponderação de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida do feto versus a dignidade da gestante, bem como sua saúde e autodeterminação reprodutiva. Após a abordagem dos direitos constitucionais fundamentais, analisar-se-á com maior profundidade a questão da dignidade da pessoa humana para, então, discorrer sobre a possibilidade de interrupção da gravidez seja porque se trataria de atipicidade da conduta, seja porque na ponderação dos direitos fundamentais devem prevalecer a autonomia e os direitos da gestante.*

PALAVRAS-CHAVE*: aborto; direito à vida; direito à saúde; autodeterminação; colisão de direitos.*

INTRODUÇÃO

A presente monografia tem por objeto analisar a possibilidade jurídica de interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

A possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo será analisada sob dois prismas: (i) atipicidade da conduta, que não caracteriza o crime de aborto e (ii) ponderação de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à vida do feto *versus* a dignidade da gestante, bem como sua saúde e autodeterminação reprodutiva.

Tentaremos oferecer respostas às seguintes questões: a interrupção da gravidez de feto anencéfalo pode ser considerado crime de aborto, previsto nos artigos 124 e seguintes do Código Penal? Diante da ausência de viabilidade da vida do feto, poder-se-ia caracterizar situação de atipicidade da conduta? Se, ao contrário, se entender que há vida, deve a mesma ser preservada como direito absoluto em detrimento da dignidade da gestante? A gestante tem a obrigação de levar essa gravidez até o final, mesmo sabendo que o resultado certo é a morte do feto?

A anencefalia é definida na literatura médica como uma malformação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex.

Diante desse quadro, em que não existe viabilidade da vida, poder-se-ia afirmar que a interrupção da gravidez não seria caracterizada como crime de aborto, já que o fato seria atípico. "Não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do aborto."[1]

Ainda que se considere que haja vida, partindo-se da ideia de que o marco inicial da vida é a fecundação, entende-se possível a interrupção da gravidez por meio da ponderação dos direitos envolvidos, quais sejam, o direito à vida do feto *versus* a dignidade, saúde, autodeterminação da gestante.

(*) Monografia aprovada em 17/10/2012 no Curso de Especialização em Direito Constitucional, Pós Graduação *Lato Sensu*, da Escola Superior de Direito Constitucional, como requisito parcial para a obtenção do título de Especialista. Orientadora: Profª Elaine Parpinelli Moreno Vessoni.

(**) Especialista em Direito Constitucional pela Escola Superior de Direito Constitucional.

1 BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Disponível em http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54. Acesso em 06.03.2010.

Uma vez que o diagnóstico de morte do feto é certo, obrigar a gestante a levar a gravidez até o fim significa afrontar sua dignidade, fundamento da República, nos termos do artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988. Ademais, esse tipo de gestação é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da mulher, diante do alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos, da ocorrência de polihidrâminio, doença hipertensiva específica da gestação, dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto e alterações psicológicas.

No presente trabalho, após a abordagem dos direitos constitucionais fundamentais, analisar-se-á com maior profundidade a questão da dignidade da pessoa humana para, então, ingressar no âmago da discussão: a possibilidade de interrupção da gravidez seja porque se trataria de atipicidade da conduta, seja porque na ponderação dos direitos fundamentais deve prevalecer os direitos da gestante. Por fim, o último capítulo é dedicado à análise do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54/DF, onde o STF pacificou o entendimento de que a interrupção de gravidez na hipótese aqui tratada não caracteriza crime de aborto.

1 OS DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS

1.1 A NORMA DE DIREITO CONSTITUCIONAL FUNDAMENTAL E SUA EFICÁCIA

As barbáries nazistas cometidas na Segunda Guerra Mundial alertaram ao mundo não apenas a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, mas teve como reação de parte dos países ocidentais a elevação desses direitos para um patamar de fundamentalidade nos Estados democráticos.

Essa característica de fundamentalidade possui duas dimensões, quais sejam, a formal e a material.

A fundamentalidade formal resulta dos seguintes aspectos: a) localização no ápice do ordenamento jurídico, como parte integrante da constituição escrita; b) submissão aos limites formais e materiais de reforma constitucional; c) aplicabilidade direta e imediata, que vincula as entidades públicas e privadas, nos termos do artigo 5º, § 1º, CF.

A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Observe-se que por essa característica e diante do disposto no artigo 5º, §2º, da CF, podemos afirmar que são direitos fundamentais não apenas aqueles que constam expressamente no texto da Constituição Federal de 1988, mas também aqueles que se encontram fora desse documento (em tratados internacionais, por exemplo).

Compartilhamos das lições de Ingo Wolfgang Sarlet (baseado em Robert Alexy), para quem:

> "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).[2]

O reconhecimento da diferença entre direitos formal e materialmente fundamentais traduz a ideia de que o direito constitucional brasileiro não se encontra absoluta e exclusivamente vinculado ao Constituinte originário, mas a uma ordem de valores e de princípios, que também encontra respaldo na ideia dominante de Constituição e no senso jurídico coletivo[3].

No tocante à eficácia dos direitos fundamentais dispõe o artigo 5º, §1º, da Constituição Federal: "as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata".

Filia-se a grande parte da doutrina nacional e internacional que afirma que todo e qualquer preceito da Constituição (mesmo sendo de cunho programático) é dotado de certo grau de eficácia jurídica e aplicabilidade,

[2] SARLET, Ingo Wolfgang , **A eficácia dos direitos fundamentais**, 7a ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado Ed., 2007 , p. 91

[3] SARLET, Ingo Wolfgang. *op.cit.*, p. 94

consoante a normatividade que tenha sido outorgada pelo Constituinte. Tal entendimento, por óbvio, se aplica ao disposto no mencionado artigo 5º, §1º, CF, cuja previsão expressa pretende evitar um "esvaziamento" dos direitos fundamentais.

Assim, entendemos que a norma contida no artigo 5º, §1º, CF impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.

De acordo com Flávia Piovesan, pautada nas lições de CANOTILHO, o artigo 5º, §1º, CF, além do objetivo de

> assegurar a força vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, (...) investe os poderes públicos na atribuição constitucional de promover as condições para que os direitos e garantias fundamentais sejam reais e efetivos. [4]

No mesmo sentido, destacamos os ensinamentos de Ingo Wolfgang Sarlet:

> "Levando-se em conta esta distinção, somos levados a crer que a melhor exegese da norma contida no artigo 5º, §1º, de nossa Constituição é a que parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, uma espécie de mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais." [5]

Tendo em mente a fundamentalidade material dos direitos fundamentais, pode-se afirmar que a aplicabilidade imediata concerne a todos os direitos fundamentais constantes do catálogo (arts. 5º a 17), bem como aos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Desta forma, ao que se refere aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e eficácia plena constituem regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática.[6]

1.2 ESPÉCIES DE NORMAS CONSTITUCIONAIS

De acordo com a paradigmática lição do mestre CANOTILHO, a Constituição pode ser considerada como um sistema aberto de regras e princípios.[7]

Em relação aos direitos fundamentais, diante das diversas teorias acerca da estrutura normativa dos mesmos, optamos pela corrente que afirma que tais direitos estruturam-se sob a forma de princípios e regras.

Sem adentrar e aprofundar nas inúmeras correntes sobre a matéria, partiremos das lições de Robert Alexy, para quem regras e princípios são normas jurídicas. Ensina o autor:

> "O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios é que os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na melhor medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes." [8]

---

4 PIOVESAN, Flávia. **Proteção Judicial contra Omissões Legislativas**, São Paulo: RT, 1995, p. 92.

5 SARLET, Ingo Wolfgang. *op.cit,* p. 284

6 SARLET, Ingo Wolfgang. *op.cit*, p. 285

7 CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 5ª ed, Coimbra, Livraria Almedina, 1992, p. 171 e seguintes.

8 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Ed, 2ª ed, 2011, p. 90

Já as regras, na definição de ALEXY, "são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é uma regra ou princípio."[9]

Constata-se, assim, que regras e princípios funcionam de maneira diferente. As regras são normalmente aplicadas de forma peremptória, "tudo-ou-nada". Dados os fatos, as regras devem ser aplicadas de forma implacável, consideradas as exceções por elas próprias estabelecidas. Já os princípios devem contar com razões a priori, ou prima face, que indicam ao juiz a direção a ser tomada, mas não exigem uma única conclusão. [10]

A diferença entre princípios e regras se mostra clara na forma de solução exigida para os casos de colisões/conflitos.

Na hipótese de conflito entre regras, apenas uma delas deverá ser aplicada, seja porque se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção, seja porque uma das regras deve ser declarada inválida em determinado caso. A aplicação da regra se dá com a subsunção e o conflito pode ser solucionado por meio de regras como "lei posterior derroga a anterior", "lei especial derroga a lei geral" .

Em relação aos princípios, os conflitos devem ser resolvidos por intermédio de uma ponderação a respeito da sua importância no caso concreto. Nas lições de ALEXY:

> "Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão de precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência." [11]

No tocante aos direitos fundamentais, e tendo como premissa a distinção entre princípios e regras formulada por ALEXY, entende-se que esses direitos têm conteúdos mistos, compreendendo tanto normas-regras como normas-princípio. Além disso, insta ressaltar que uma mesma disposição pode expressar as duas categorias normativas. É a chamada "teoria dos princípios".

Por isso, o modelo da teoria dos princípios é o mais adequado para orientar a interpretação do sistema de direitos fundamentais estatuído na Constituição de 1988. Em nosso ordenamento, observa-se que a positivação dos direitos seguiu um modelo híbrido que compreende princípios e regras, porquanto os dispositivos de direitos fundamentais ostentam densidades variadas.[12]

1.3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

No Estado Social de Direito a sociedade participa ativamente do exercício do poder, de forma que a liberdade individual necessita de proteção não apenas contra os poderes públicos, mas também contra dos detentores dos "poderes sociais", dotados de instrumentos de coação (econômicos, financeiros, sociais).

Sobre o tema, CANOTILHO observa a existência de

> "dupla moral no seio da sociedade" a propósito da eficácia dos direitos, liberdades e garantias na ordem jurídica privada. No espaço do público político proclama-se o pecado mortal dos actos

9 ALEXY, Robert. *op.cit*, p. 91

10 VILHENA, Oscar. **Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros Ed., 2006, p. 57

11 ALEXY, Robert. *op.cit.*, p. 93-94

12 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar Ed, 2006, p. 126

> públicos violadores dos direitos fundamentais; no domínio, do privado reivindica-se energicamente a bondade dos comportamentos emocionais mais ou menos atentatórios dos mesmos direitos, liberdades e garantias.[13]

A questão que se coloca é se e em que medida os direitos fundamentais possuem eficácia na ordem jurídica privada, nas relações entre particulares. É o chamado "efeito horizontal dos direitos fundamentais".[14]

Diferentemente da Constituição Portuguesa (art. 18/1), nossa Constituição não previu expressamente a vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais.

Diante da existência da desigualdade nas relações entre os atores sociais na esfera privada e diante da inexistência de previsão constitucional, como solucionar a violação dos direitos fundamentais perpetrada por outros particulares?

O primeiro ponto a se destacar nessa questão é o fato de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada.

É possível sustentar, ainda, a eficácia irradiante dos direitos fundamentais, de forma que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais "impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais, o que habitualmente (mas não exclusivamente) ocorre quando se trata de aplicar conceitos indeterminados e cláusulas gerais do direito privado." [15]

Na relação entre o indivíduo e detentores de poder social, Sarlet aponta a existência de "relativo consenso a respeito da possibilidade de se transportarem diretamente os princípios relativos à eficácia vinculante dos direitos fundamentais para a esfera privada, já que se cuida induvidosamente de relações desiguais de poder, similares às que se estabelecem entre os particulares e os poderes públicos."[16]

Na relação entre particulares, onde não existe desequilíbrio de poderes, a "solução" não se apresenta consensual. Nesse caso, deve prevalecer, como regra, o princípio da liberdade, aceitando-se uma eficácia direta dos direitos fundamentais na esfera privada apenas nos casos em que a dignidade da pessoa humana estiver sob ameaça ou diante de uma ingerência indevida na esfera da intimidade pessoal.[17]

O aspecto sensível na questão da eficácia horizontal dos direitos fundamentais é o respeito à autonomia privada de cada indivíduo, vale dizer, o poder de agir de acordo com sua vontade, sob pena de incorrer no "fundamentalismo dos direitos fundamentais". Jane Reis Gonçalves Pereira destaca essa questão:

> É preciso assegurar aos indivíduos uma esfera imune à ação do Estado. Os valores assentados na Constituição não podem servir de fundamento à intervenção estatal em todos os setores da vida das pessoas, sendo necessário assegurar um âmbito de autonomia individual inviolável. Nessa seara particular, às pessoas deve ser garantido o poder de agir de acordo com sua vontade, mesmo que essa vontade não seja razoável.[18]

Por fim, mas não menos importante, insta ressaltar outro aspecto apontado por SARLET, qual seja, a necessidade de soluções diferenciadas na aplicação dos direitos fundamentais às relações jurídicas entre particulares. No conflito entre os direitos fundamentais e a autonomia privada deve-se atentar às peculiaridades do caso concreto, utilizando-se a técnica da ponderação de valores em pauta. [19]

---

13 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. "Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias" . **Estudos sobre direitos fundamentais** .Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 95

14 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *op. cit*, p. 86

15 SARLET, Ingo Wolfgang. op. cit., p. 406.

16 SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit, p. 404

17 SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit, p. 405

18 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit., p. 493.

19 "(...)no âmbito da problemática da vinculação dos particulares, as hipóteses de um conflito entre os direitos fundamentais e o princípio da autonomia privada pressupõem sempre uma análise tópico-sistemática, calcada nas circunstâncias específicas do caso concreto, devendo ser tratada de forma similiar às hipóteses de colisão entre direitos fundamentais de diversos

Jane Reis Gonçalves Pereira, sem pretender esgotar o assunto aponta, em sua obra, alguns critérios que podem ser utilizados para solucionar problemas decorrentes da aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares:

> A ponderação, nesses casos, deve ser orientada por alguns critérios específicos, tais como: i) se a ação violadora do direito puder ser indiretamente imputada ao Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados; ii) as pessoas privadas que se encontram em posição de supremacia devem ter suas ações limitadas pelos direitos fundamentais; iii) a proximidade, da relação jurídica entre particulares, da esfera pública, pois quanto mais próxima à esfera privada revelar-se uma relação jurídica, menor a possibilidade de um direito fundamental vir a prevalecer sobre a autonomia privada; iv) a necessidade de preservar a pluralidade no âmbito social, devendo-se considerar as consequências concretas que a incidência dos direitos fundamentais poderá acarretar para a preservação da identidade da pessoa ou entidade afetada.[20]

Assim, verifica-se que os direitos fundamentais servem como proteção do indivíduo não apenas contra o Estado, mas também contra outros atores/forças sociais, na seara do direito privado. De igual relevância a necessidade de se observar a questão do respeito à autonomia do indivíduo, ponto central para o desenvolvimento da fundamentação do presente trabalho, como se verá adiante.

1.4 O CATÁLOGO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Marco jurídico da transição para o regime democrático, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 trouxe inúmeros avanços na seara dos direitos fundamentais, avanços esses decorrentes do momento histórico em que foi elaborada, no processo de redemocratização do país.

Como ensina Flávia Piovesan:

> "A Carta de 1988 institucionaliza a instauração de um regime político democrático no Brasil. Introduz também indiscutível avanço na consolidação legislativa das garantias e direitos fundamentais e na proteção de setores vulneráveis da sociedade brasileira. A partir dela, os direitos humanos ganham relevo extraordinário, situando-se a Carta de 1988 como o documento mais abrangente e pormenorizado sobre os direitos humanos jamais adotado no Brasil." [21]

De acordo com SARLET, pode-se estender aos direitos fundamentais três características normalmente atribuídas à Constituição Federal de 1988, quais sejam, seu caráter analítico, seu pluralismo e seu forte cunho programático e dirigente.[22]

Seu caráter analítico decorre do grande número de dispositivos legais, o pluralismo advém de seu caráter compromissário (na medida em que se buscou conciliar posições relativamente antagônicas) e seu cunho programático decorre do grande número de disposições constitucionais dependentes de regulamentação legislativa.

Dentre as inovações pode-se destacar a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, revelando sua importância no ordenamento jurídico e como parâmetro de interpretação das disposições constitucionais.

A Constituição de 1988 avançou ao prever não apenas direitos individuais, mas um extenso rol de direitos sociais (art. 6º) no catálogo dos direitos fundamentais. Essa alteração "topográfica" revela a intenção do Constituinte em diminuir o caráter meramente programático contido nas Constituições anteriores.[23]

---

titulares, isto é, buscando-se uma solução norteada pela ponderação dos valores em pauta, almejando obter um equilíbrio e concordância prática, caracterizada, em última análise, pelo não-sacrifício completo de um dos direitos fundamentais, bem como pela preservação, na medida do possível, da essência de cada um" in SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit, p. 407.

20 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. op. cit, p. 512

21 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional,** 4ª ed, São Paulo, Max Limonad, 2000, p. 50.

22 SARLET, Ingo Wolfgang.op.cit., p. 77

23 "Nesta ótica, a Carta de 1988 acolhe o princípio da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, pelo qual o

Deve-se observar que os direitos fundamentais não são apenas os contidos no rol do artigo 5º. Com efeito, há inúmeras disposições no corpo da Constituição que consagram direitos fundamentais, tais como os artigos 6º e 7º dentre outros.

Inovação de extrema relevância é a do art. 5º, § 1º, da Constituição da República de acordo com o qual "as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata". Este princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a estes direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direitos e garantia fundamental.[24]

A inclusão dos direitos fundamentais no rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4º, da CF) revela a importância desses direitos e a preocupação do Constituinte originário com a proteção dos mesmos, na medida em que são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los .

Outro ponto que merece destaque é a amplitude do catálogo dos direitos fundamentais, aumentando o elenco dos direitos protegidos.

Ao prever que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (art. 5º, §2º) constata-se que a Constituição consiste em um sistema aberto em que outros direitos fundamentais podem ingressar.

O artigo 5º, §3º, da CF prevê a possibilidade de aprovação, com status de Emenda Constitucional, de tratados em matéria de direitos humanos.

Não obstante pontos passíveis de críticas, os direitos fundamentais estão vivenciando o seu melhor momento na história do constitucionalismo pátrio[25], seja pelo seu reconhecimento pela ordem jurídica positiva, pelos instrumentos colocados à disposição para garanti-los e, ainda, pelas possibilidades inéditas de efetivação no ordenamento nacional.

2 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

2.1 HISTÓRICO E ATRIBUTO

A consagração da dignidade da pessoa humana, no âmbito constitucional, surgiu apenas após a Segunda Guerra Mundial, porém a ideia remonta à Antiguidade. É possível destacar algumas grandes correntes de pensamento, dentre elas a tradição cristã, a filosofia Kantiana e a Hegeliana.

Sem a pretensão de trazer o monopólio da ideia ao cristianismo, pode-se destacar a grande contribuição da doutrina cristã para o surgimento da noção de dignidade humana no mundo ocidental.

A ideia de criação do homem à imagem e semelhança de Deus fundamenta a dignidade humana, pois a proximidade ao Criador a justificaria em si e por si[26] e insere a concepção de igualdade essencial.

A igualdade foi trazida de dogma religioso a princípio ético secular por São Tomás de Aquino. A igualdade, para ele, decorre do fato de que todos os homens são por natureza iguais, o que resulta em uma igual dignidade de todos os seres humanos. A partir daí, é possível construir um sistema em que todos têm iguais direitos e deveres para com

valor da liberdade se conjuga ao valor da igualdade, não havendo como divorciar os direitos de liberdade dos direitos de igualdade." In PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos(...)** ,op. cit., p. 55

24 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos (...)** op. cit., p. 57

25 SARLET, Ingo Wolfgang. op.cit., p. 82

26 MAURER, Béatrice. *Notas sobre o respeito da Dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In:* SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65.

todos, donde exsurge uma natureza de reciprocidade que caracteriza o viver em sociedade como comunidade fraterna.[27]

Nos séculos XVII e XVIII a concepção de dignidade do homem passou por um processo de racionalização e laicização, sem que, todavia, houvesse o abandono da noção de que todos os homens são iguais em dignidade.[28]

Nessa época destaca-se Immanuel Kant, com o desenvolvimento da concepção moderna de dignidade humana. É na filosofia Kantiana que esta noção encontra o seu suporte filosófico fundamental, assim como sua concepção humanista e universalista.[29]

Kant afirma que o homem, ser racional, existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio; enquanto que os seres racionais possuem um valor relativo e condicionado, o de meios.

> (...) os seres racionais são chamados de pessoas, porque sua natureza já os designa como fim em si, ou seja, como algo que não pode ser empregado simplesmente como meio e que, por conseguinte, limita na mesma proporção o nosso arbítrio, por ser objeto de respeito.[30]

Depreende-se da filosofia kantiana que se um homem não pode ser tratado como meio, o mesmo princípio se aplica a outro homem, que deverá ser igualmente considerado como um fim em si. Limita-se, nessa medida, o uso arbitrário desta ou daquela vontade.

Analisando Kant, Fabio Konder Comparato extrai outro elemento importante, qual seja a autonomia:

> Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.[31]

A par de considerar a dignidade como atributo, pode-se também considerá-la como uma construção histórica formulada pelo próprio homem em determinado período.[32]

---

27 BRAGANÇA, Lúcio Roca. **A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. Teresina. Jus Navegandi, ano 16. n. 3053, 10 nov 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20398>. Acesso em: 4 jan 2012.

28 SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. p. 32 apud CAMARGO, Marcelo Novelino. "O conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa humana". In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares do Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007, p. 113-135.

29 MOUTOUH, Hugues. "*La dignité de l'homme en droit.*" **Revue du droit public et de la science critique en France et à l'etranger**, Paris, n. 115, 1999, p. 160.

30 SILVA, José Afonso da. **Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição.** 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 145.

31 COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. In JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009. p.30.

32 Para Hegel, a dignidade humana está condicionada à própria conduta do indivíduo, bem como a condições externas. Esta posição sofre a crítica de, ao deixar de considerar toda e qualquer pessoa humana como dotada de dignidade, dar margem a um tratamento degradante àqueles a quem não seja reconhecido o atributo. Por outro lado, não se pode deixar de notar que possui uma feição pragmática interessante, pois, em sendo algo a ser conquistado, o papel da sociedade e do Estado de contribuírem para que todos a alcancem, torna-se mais destacado. Um olhar mais acurado sobre a teoria de Hegel nos mostra que "a respeitabilidade da dignidade da pessoa humana é um imperativo jurídico, o que justifica seu cumprimento por si só, tornando dispensável apelar para a razão ou para a autonomia. Pode-se daí inferir que dignidade é compreendida como um fenômeno puramente normativo, pois sendo norma jurídica, sua efetividade não provém de um atributo da pessoa humana. E o papel que desempenhará como norma não será de outorgar uma prestação, mas de possibilitar a prestação, o que se mostra em perfeita harmonia com uma concepção jurídica da dignidade da pessoa humana. BRAGANÇA, Lúcio Roca. *op.cit.*

No mesmo sentido, considerando que a dignidade da pessoa humana como dimensão dos direitos humanos constitui valor histórico, podemos citar BOBBIO: Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em

Extrai-se dos ensinamentos de Kant três elementos relevantes que serão utilizados na análise da questão que se coloca na presente monografia: a) a dignidade é um atributo intrínseco, da essência da pessoa humana e que existe independentemente de qualquer circunstância, qualidade ou ação; b) tem como fundamento a autonomia da vontade, encontrada apenas nos seres racionais, que é entendida como faculdade de determinar a si mesmo; e por fim c) consiste em considerar o homem como fim em si mesmo, restando inadmissível sua "coisificação".

A concepção Kantiana exerce notável influência no pensamento jurídico, em especial, após a Segunda Guerra Mundial. No presente trabalho adota-se a ideia de que a dignidade é um atributo intrínseco, da essência da pessoa humana. Dessa forma, não se admite sua substituição, cerceamento ou mitigação, devendo o Estado e a sociedade promovê-la e protegê-la.

No plano jurídico constitucional o conceito de dignidade da pessoa humana aparece pela primeira vez na Constituição de Weimar (1919):

> Art. 151, III: A disciplina da atividade econômica deve corresponder aos princípios da justiça, com vista a assegurar uma existência humana digna para todos. Nesses limites assegurar-se-á a liberdade econômica dos indivíduos.

A Constituição de Weimar é formulada dentro do contexto do surgimento do Estado socialista russo e a crise econômica alemã surgida pós Primeira Guerra Mundial. Prentendia-se a combinação entre o modelo liberal anterior (fundado no indivíduo, no valor da liberdade) e o modelo originado na Revolução Russa (baseado no valor da igualdade e na atuação estatal para a prestação dos chamados "direitos sociais").

Observa-se que o conceito de dignidade está relacionado à ideia de atividade econômica, distante, portanto, de constituir o valor do ser humano como centro do ordenamento jurídico.

A concepção de dignidade humana, como exposto anteriormente, apenas surgiu após o advento da Segunda Guerra Mundial.

As incontáveis e traumáticas experiências históricas de afronta ao ser humano, que acabaram por exterminar milhões de pessoas entre 1914 e 1945 tiveram como resposta o compromisso de muitas nações no sentido de promover e manter a paz mundial. Nesse contexto, foi aprovada a Carta das Nações Unidas (1945). Em dezembro de 1948, com o objetivo de enfatizar e promover a dignidade humana, nos aspectos da liberdade e da igualdade, foi aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão. Em seu art. 1º estabelece que: "todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Eles são portadores de razão e de consciência e devem tratar uns aos outros em espírito de fraternidade".

Esse, portanto, é o momento histórico em que a dignidade humana ingressou positivamente no cenário do direito internacional e, posteriormente, nas Constituições de vários países ocidentais.[33] Foram os eventos nazi-fascistas da Segunda Guerra Mundial que produziram a reação de muitos Estados no sentido de garantir elevadíssimo *status* jurídico à dignidade da pessoa humana, denominado por Carmen Lúcia Antunes Rocha de "princípio matriz do direito contemporâneo."[34]

---

certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa das novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos, de uma vez e nem de uma vez por todas." (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992. p. 5).

33 PIOVESAN, Flávia ensina que: "Contudo, a verdadeira consolidação do Direito Internacional dos Direitos Humanos surge em meados do século XX, em decorrência da Segunda Guerra. (...) No momento em que os seres humanos se tornam supérfluos e descartáveis, no momento em que vige a lógica da destruição, em que cruelmente se abole o valor da pessoa humana, torna-se necessária a reconstrução dos direitos humanos, como paradigma ético capaz de restaurar a lógica do razoável. A barbárie do totalitarismo significou assim a ruptura do paradigma dos direitos humanos, através da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do Direito. Diante desta ruptura, emerge a necessidade de reconstrução dos direitos humanos como referencial e paradigma ético que aproxime o direito da moral. Neste cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos." in **Direitos humanos (…)** op.cit., p. 139-140.

34 Carmen Lúcia Antunes Rocha aponta: Tendo sede na filosofia, o conceito da dignidade da pessoa humana ganhou foros de juridicidade positiva e impositiva como uma reação a práticas políticas nazi-fascistas desde a Segunda Guerra Mundial (...)E mais adiante: Sem Auchwitz talvez a dignidade da pessoa humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito

2.1.1 NO BRASIL

Até a promulgação da Constituição de 1988, nenhum texto constitucional brasileiro albergou expressamente a dignidade humana na dimensão em que se mencionou.

Todavia, o valor da dignidade esteve presente em algumas Constituições, na medida em que garantiam a inviolabilidade de alguns direitos, como é o caso da Constituição de 1824.[35]

A Constituição de 1891, influenciada pelas Revoluções Americana e Francesa, albergou uma declaração de direitos, excluindo as penas cruéis e a pena de morte, e incluindo o Habeas Corpus.

A Constituição de 1934 foi a primeira a fazer alusão expressa à dignidade da pessoa humana, ainda que limitada à ordem econômica.[36]

A Carta de 1937 instituiu regime autoritário que impediu, por óbvio, a efetivação dos direitos fundamentais. Não há nenhuma referência à dignidade nesse texto constitucional.

Incorporando o ideário do pós-guerra, a Constituição de 1946 avançou sobremaneira no tocante aos direitos fundamentais, resgatando a ideia de existência digna por meio do trabalho.[37]

A Constituição de 1967[38]e a Emenda Constitucional 01 de 1969[39] mantiveram a orientação de disciplinar a ordem econômica com o objetivo de promover a dignidade por meio da valorização do trabalho. Contudo, o contexto político e social desse período, com sucessivas violações aos direitos fundamentais, impossibilitava qualquer sinal de observância de garantias mínimas do cidadão.

Marco jurídico da transição para o regime democrático, a Constituição de 1988 inaugurou um novo modelo de Estado, fundamentado na democracia.

Após vinte e um anos sob um regime ditatorial alicerçado em um sistema constitucional totalmente desvinculado dos anseios populares – que retirou dos cidadãos brasileiros as mínimas garantias para o exercício da cidadania, bem como para a convivência segura em uma sociedade – ocorreu, a partir do início da década de 80, a transição para um

---

contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto, não havia como ele 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 erigir em 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. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf.> Acesso em 14.09.2012

35 O Art. 179 da Constituição de 1824 dispõe*, in verbis:* "A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte": (...)

36 O art. 115 da Constituição de 1934 dispõe*, in verbis: "*A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites é garantida a liberdade econômica. Parágrafo único. Os Poderes Públicos verificarão, periodicamente, o padrão de vida nas várias regiões do país.

37 O Art. 145 da Constituição de 1946 dispõe, *in verbis*: "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano." Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.

38 Art. 157 da Constituição de 1967 dispõe, in verbis: "A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; V - desenvolvimento econômico; VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. (...)"

39 O Art. 160 da Emenda Constitucional 01 de 1969 dispõe*, in verbis*: "A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: I - liberdade de iniciativa; II - valorização do trabalho como condição da dignidade humana; III - função social da propriedade; IV - harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; V - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros; e VI - expansão das oportunidades de emprêgo produtivo."

novo ordenamento jurídico informado pelos princípios da justiça social, dignidade da pessoa humana e de respeito aos direitos e garantias fundamentais.

Não obstante o início de a transição ter ocorrido por iniciativa do próprio regime autoritário – que possuía dificuldades de solucionar problemas internos – as forças de oposição da sociedade civil se beneficiaram do processo de abertura, fortalecendo-se mediante formas de organização, mobilização e articulação, que permitiram importantes conquistas sociais e políticas.[40]

Apenas com a promulgação da Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro na concepção em que é abordada no presente trabalho, ou seja, como valor, matriz de interpretação e fundamento da República. A Constituição de 1988 consagrou a dignidade humana em suas duas dimensões, como ensina Jussara Maria Moreno Jacintho:

> A primeira, uma dimensão axiológica, em que o princípio da dignidade humana assume a posição de eixo hermenêutico de toda ordem constitucional, funcionando como o valor que vai conferir unidade material à Constituição. Na sua segunda dimensão, a dignidade humana apresenta-se como direito fundamental de natureza jusfundamental, cujo núcleo essencial é integrado por várias prestações positivas e negativas.[41]

2.2 A PROTEÇÃO E A PROMOÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Além do já citado marco político e jurídico de mudança rumo à democracia, a Constituição Federal de 1988 se destaca pela institucionalização dos direitos humanos no país.

Com efeito, verifica-se que desde o seu preâmbulo, a vigente Carta Magna dispõe sobre "assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos (…)", para, em seguida, elencar em seu art. 1º os fundamentos do Estado Democrático de Direito, a saber: soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político.

Constata-se a partir da análise do artigo 1º, inciso III, que a República Federativa do Brasil funda-se em cinco alicerces que lhe conferem bases e limites. De acordo com Flávia Piovesan:

> Verifica-se o encontro do princípio do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais, na medida em que estes constituem um elemento básico para a realização do princípio democrático, tendo em vista que exercem função democratizadora.[42]

Também nos artigos 170, *caput*, e 226, § 7º, há referência expressa ao princípio, situando-se como catalisador tanto da ordem econômica quanto da estruturação de políticas públicas voltadas para a proteção da família e da criança e do adolescente.[43]

Partindo da análise de seu artigo 1º, III, verifica-se que a Constituição de 1988 não se refere à dignidade como apenas um princípio. Adotou-se, outrossim, uma perspectiva finalística da pessoa humana.[44]

---

40 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos (...)**. op. cit., p. 48-49.

41 JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009. p. 19.

42 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos(...)** op.cit., p. 52.

43 JACINTHO, Jussara Maria Moreno. op. cit., p. 49.

44 José Afonso da Silva: "De efeito, a posição da DPH como fundamento da República, não pode ser relegada a mera condição de princípio geral do direito, princípio constitucional ou mesmo princípio fundamental, embora, ao mesmo tempo, seja tudo isso; é mais próximo do texto constitucional dizer que ele está em um nível acima disso, que fundamenta a própria existência do direito." In BRAGANÇA, Lúcio Roca. op. cit.

O ser humano é individualmente considerado, restando vedada:

> Qualquer possibilidade de sacrifício da dignidade da pessoa em prol de um suposto maior benefício coletivo. Não há lugar para interpretações coletivistas: em cada pessoa, individualmente considerada, estão presentes todas as faculdades da humanidade, como valor absoluto e insuscetível de qualquer forma de aviltamento.[45]

Além de fundamento e objeto do sistema jurídico, a dignidade desempenha também norte de interpretação constitucional. Diante de um aparente conflito de direitos fundamentais constitucionalmente previstos, a interpretação deve ser conduzida no sentido de consagrar e efetivar a dignidade humana.

Conclui-se que a dignidade humana assume inúmeros papéis no ordenamento jurídico: é fundamento da República, objetivo do sistema jurídico, além de servir como princípio fundamental e vetor de interpretação.

2.3 DIGNIDADE HUMANA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Questão relevante que se coloca, especialmente quando se analisa o problema proposto na presente monografia, é sobre quem deve caracterizar a violação da dignidade: a pessoa atingida ou os poderes públicos?

Sobre o tema, as lições de Marcelo Novelino Camargo são bastante elucidativas. Parte-se da seguinte indagação: Até que ponto uma autoridade pública tem legitimidade para apreciar e decidir o que é ofensivo ou não à dignidade de uma pessoa a ponto de impedir que ela leve uma vida da maneira que achar mais conveniente?[46]

O autor esclarece que o papel do Estado deve ser o de assegurar o exercício da autonomia privada, de respeitar a valoração ética de cada um, sem a imposição externa de condutas imperativas[47] para depois apontar a diferença entre dignidade humana e dignidade da pessoa humana:

> Aquela dirige-se à humanidade e deve ser "entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa". Já a dignidade da pessoa humana deve ser interpretada como referida "a cada pessoa (individual), a todas as pessoas sem discriminações (universal) e a cada homem como ser autônomo (livre)".[48]

Jorge Miranda adverte que a consagração da dignidade da pessoa humana afasta e repudia interpretações transpersonalistas ou autoritárias que permitam o sacrifício dos direitos, ou mesmo da personalidade individual, em nome de pretensos interesses coletivos.[49]

Outro aspecto importante a ser considerado é o de que o fundamento da dignidade reside na *autonomia da vontade,* razão pela qual ela deve ser entendida como "a livre autodeterminação de toda pessoa para atuar no mundo que a rodeia" ou, ainda, como uma "qualidade ínsita a todo ser humano e exclusive do mesmo" que se traduz essencialmente na "capacidade de decidir livre e racionalmente qualquer modelo de conduta, com a consequente exigência por parte dos demais."[50]

Por essa razão, o autor conclui que:

> Diante de um desacordo moral razoável, a legitimidade para decidir em último grau, se há ou não uma violação à dignidade, caso se trate de uma pessoa absolutamente capaz, deve ser atribuída ao indivíduo. Isto não significa que na hipótese de *grave lesão,* outros bens e interesses não

45 BRAGANÇA, Lúcio Roca. *op. cit.*

46 CAMARGO, Marcelo Novelino. "O conteúdo Jurídico da Dignidade da pessoa humana". In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). op. cit., p. 131.

47 Ibidem p. 131

48 Ibidem, p. 131

49 MIRANDA, Jorge. "A Constituição e a dignidade da pessoa humana"**.** Didaskalia. Revista da Faculdade de Teologia da Universidade Católica Portuguesa, p. 476 *apud* CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). op. cit., p. 132.

50 FERNÁDEZ SEGADO, Francisco, "La dignidade de la persona como valor supremo del ordenamiento juridico" , p.110, apud CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). op.cit., p. 132.

> possam prevalecer, já que as circunstâncias específicas de cada caso concreto são determinantes para a ponderação e aplicação dos princípios.[51]

Mais uma vez se destaca que, no caso da interrupção de gravidez de anencéfalo, a questão da autonomia se mostra de extrema relevância para a solução do problema. A análise do caso deverá tomar necessariamente como premissa esse elemento a fim de se chegar à conclusão que melhor se coaduna com a ordem constitucional vigente.

3 DO DIREITO À VIDA

3.1 BREVE HISTÓRICO CONSTITUCIONAL

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício dos demais direitos. A Constituição tutela a vida como direito fundamental, nos termos de seu artigo 5º, *caput*:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

Extrai-se do dispositivo constitucional que a Constituição não faz distinção entre a vida intra e extrauterina e também não diferencia as sucessivas etapas embrionárias, porquanto não é seu papel a regulamentação do exercício dos direitos.

Todos os seres humanos têm direito à vida, segundo o art. 5º, *caput*, da Lei Maior. A universalidade, uma das características dos direitos humanos, revela que todo e qualquer ser humano é titular do direito à vida, independentemente de apresentar limitações físicas e psíquicas. Os direitos humanos são universais, porque pertencem ao ser humano enquanto gênero, ou seja, enquanto humanidade e, por isso, são destinados a todos os indivíduos indistintamente.[52]

Nem sempre o direito à vida foi tutelado por nossas Constituições.

A Constituição de 1824 previa em seu artigo 179 "a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade (...)".

A Constituição de 1891 também não tutelou expressamente o direito à vida. O seu artigo 72 previa "a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (...)". Todavia, poder-se-ia extrair a proteção do direito à vida da interpretação de seu art. 78, o qual preceituava que:

> A especificação das garantias e direitos expressos na constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados, mas resultantes da forma de governo que ela estabelece e dos princípios que consigna.

A Constituição de 1934, apesar de inovadora[53], prescrevia em seu art. 113 a inviolabilidade dos direitos à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, sem proteger expressamente o direito à vida. De igual forma, havia disposição no sentido de não excluir outros direitos e garantias (art. 114).

A Constituição de 1937 não tutelou expressamente o direito à vida, assegurando exclusivamente a liberdade, a segurança individual e a propriedade. Retrocedeu ao permitir a aplicação da pena de morte para crimes especiais contra a segurança nacional e para crime comum de homicídio, cometido por motivo fútil e com extremos de perversidade.

Somente a partir da Constituição de 1946 é que a proteção do direito à vida passou a ser expressa. O art. 141 estabelecia a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade. O §31 do art. 141

---

51 CAMARGO, Marcelo Novelino (org.).op.cit. p. 132

52 ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 122.

53 Essa Constituição previu o voto feminino, o mandado de segurança e várias garantias trabalhistas.

aboliu a pena de morte, ressalvadas as disposições da legislação militar em tempo de guerra com país estrangeiro. A Constituição de 1967, apesar de outorgada em um regime militar autoritário, trouxe redação semelhante à anterior, ao preceituar a inviolabilidade dos direitos à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade.

3.2 A PROTEÇÃO DO DIREITO À VIDA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Somente com a promulgação da Constituição de 1988 e da nova sistemática em relação à proteção dos direitos humanos, tanto o direito à vida como inúmeros outros direitos humanos passaram a ter a devida tutela no âmbito constitucional.

Observe-se que o direito à vida, assim como todos os demais direitos, não é absoluto, vale dizer, não é hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental. A própria Constituição prevê, em seu artigo 5º, XLVII, alínea "a", a aplicação da pena de morte. A pena capital pode ser aplicada, excepcionalmente, no caso de guerra declarada pelo Presidente da República, quando houver agressão estrangeira e restringe-se nos casos de crimes militares praticados em tempo de guerra.

O ordenamento jurídico brasileiro protege o direito à vida como direito fundamental, mas, como já mencionado, a Constituição não diferencia a proteção à vida humana, bem como as sucessivas etapas embrionárias e da vida extrauterina. Observe-se, ainda, que a Carta Maior não define o início da vida, o qual, aliás, é objeto de estudo da medicina e das ciências biológicas.

Entretanto, cabe à legislação infraconstitucional regulamentar essa proteção, sempre com respeito à própria Constituição, uma vez que não é papel desta regulamentar o exercício de direitos.

O Código Penal, no âmbito infraconstitucional, tipifica os crimes contra a vida e permite a incidência das causas de exclusão da ilicitude. Observe-se que existe uma gradação entre as penas dos diversos crimes cometidos contra a vida, o que indica que o sistema jurídico **não protege de maneira uniforme o direito à vida**.

Tal conclusão se alinha à interpretação do Supremo Tribunal Federal, como se extrai do voto proferido pelo Min. Joaquim Barbosa no julgamento do Habeas Corpus 84.025[54] e no voto proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/DF[55]:

> Conforme acentuei em outra oportunidade "a tutela da vida humana experimenta graus diferenciados. 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 regime jurídicos diferenciados. Não é por outra razão que a lei distingue (inclusive com penas diversas) os crimes de aborto, de infanticídio e de homicídio" (HC 84.025). Em outras palavras, segundo nosso ordenamento jurídico o direito à vida e a tutela do direito à vida são dois aspectos de um mesmo direito, o qual, como todo direito fundamental, não é absoluto nem hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.

Já no âmbito do direito civil, o artigo 2º do Código Civil dispõe que: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

Inúmeras interpretações são extraídas desse dispositivo legal e há basicamente três doutrinas a respeito. Carolina Alves de Souza Lima resumiu referidas teorias:

> A primeira é a natalista, segundo a qual a personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida. Por isso, antes do nascimento, o nascituro não é considerado pessoa e não goza de personalidade jurídica. O que há é a expectativa de que venha a adquirir personalidade, caso nasça com vida. O nascituro não é titular dos direitos da personalidade.

54 O objeto desse Habeas Corpus, que analisaremos com mais profundidade adiante, é a interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

55 O objeto é a permissão para a pesquisa científica a partir da utilização de células-tronco embrionárias, na forma estabelecida no art. 5º da lei de Biossegurança (Lei nº 11.101/2005).

Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/casos/celulastronco/votos/joaquim_barbosa.pdf.> Acesso em: 10.03.2010.

> A segunda é a doutrina da personalidade condicional, segundo a qual a personalidade do nascituro é reconhecida desde a concepção, embora esteja condicionada ao nascimento com vida. A terceira doutrina é a concepcionista e considera que a personalidade do nascituro inicia-se a partir da concepção, sem qualquer condição, ou seja, independentemente do nascimento com vida. De acordo com a última corrente, direitos como os da personalidade existem desde a concepção e independentemente do nascimento com vida. Outros dependem do nascimento com vida, como por exemplo, os direitos patrimoniais.[56]

São defensores da teoria natalista Washington de Barros Monteiro[57] e Silvio Rodrigues[58]. Maria Helena Diniz defende a teoria concepcionista.[59]

O Ministro Carlos Britto, relator da ADIN 3510-0/DF, que discutia a utilização das células-tronco, adotou a teoria natalista, considerando pessoas físicas ou naturais apenas àquelas que sobrevivem ao parto feminino e por isso mesmo contempladas com o atributo a que o art. 2º do Código Civil Brasileiro chama de "personalidade civil". A partir desse raciocínio, considerando vida humana já revestida da personalidade civil "o fenômeno que transcorre entre o nascimento com vida e a morte", o Ministro Carlos Britto julgou totalmente improcedente a ADIN, autorizando o uso das células-tronco nos termos do artigo 5º da Lei de Biossegurança (Lei nº 11.101/2005).

Conclui-se que a Constituição Federal de 1988 garante o direito à vida, mas não a define, não estabelece um marco, não faz distinção entre a vida intra e extrauterina e não diferencia as sucessivas etapas embrionárias, na medida em que não é seu papel regulamentar direitos.

3.3 TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA HUMANA

Para se estudar o conceito de vida humana e o momento em que esta se inicia deve-se adentrar no ramo das ciências médicas e biológicas. A ciência jurídica, por sua vez, estabelece quando se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da vida e com qual abrangência.

No campo das ciências médicas e biológicas não é pacífico o entendimento sobre o início da vida. Com efeito, existem várias teorias a respeito, mas antes de descrevê-las, convém esclarecer que não existe a pretensão de definir o início da vida. A resposta à indagação sobre o início da vida varia no tempo de acordo com questões sociais, históricas e culturais. Se atualmente a biologia e a medicina possuem diversas interpretações a respeito, não cabe ao operador do Direito pretender estabelecer esse marco como verdade absoluta. Como bem ressaltado por José Afonso da Silva: "Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica supra-real, que não nos levará a nada."[60]

A vida é um processo contínuo e qualquer um dos pontos utilizados para marcar suas fases, tais como o implante no útero ou o aparecimento de ondas eletroencefalográficas, são meras tentativas de categorizar os eventos e facilitar seu estudo, não tendo qualquer significado na definição do momento em que a vida realmente se inicia. (...) A verdade, porém, é uma só: do ponto de vista prático, a vida humana terá início no ponto em que a sociedade assim o decidir; sua interrupção, prematura ou não, poderá ser efetuada quando e como esta sociedade desejar. Não há efetivamente critérios científicos que permitam determiná-lo e, por uma única razão: ele não existe.[61]

---

56 LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009, p. 49.

57 MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1. p. 59-61.

58 RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 34 ed. 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, vol.1, p. 36

59 DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114-115.

60 SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 200 apud BARROSO. Luís Roberto. **Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos**: Vida, Dignidade e Direito de Escolha. Disponível em:
<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/pesquisas_com_celulas_tronco_e_interrupcao_de_gestacao>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

61 SANTOS FILHO, Euclydes Antônio. **O Supremo Tribunal Federal, células-tronco e o início da vida humana.** Disponível em:

Diante de diversas teorias nos cabe, no presente trabalho, estudar, escolher e fundamentar a escolha para o desenvolvimento da monografia dentro de uma sequência de articulação lógica, com coerência entre as premissas, o desenvolvimento do raciocínio e as conclusões.

Sem a pretensão de esgotar o assunto, utilizar-se-á das lições de Stella Maris Martínez e do Professor Titular de Fisiologia da Fundação Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Dr. Euclydes Antônio dos Santos Filho sobre as principais teorias sobre o início da vida humana.

A primeira delas é a doutrina da Igreja Católica. Aponta a autora que:

> (...) nos últimos séculos[62] sustenta-se a existência de vida humana digna de absoluta proteção – e, consequentemente, intangível – desde o momento da fecundação, e repudia-se não só qualquer tipo de experimentação com embriões, como também o seu congelamento e, inclusive, as técnicas de fecundação *in vitro* na medida em que estas implicam, necessariamente, numa perda significativa de óvulos fecundados. Consideram que a biologia, através de seus últimos descobrimentos, não fez mais do que vir em seu auxílio para demonstrar, de maneira incontrastável, que a partir do instante em que se dá a fecundação, existe um ser humano, dotado de um patrimônio genético próprio, tão digno de defesa, como uma criança nascida a termo.[63]

A segunda teoria apresentada pela autora é a da fecundação ou da formação do genótipo. Essa é a teoria com mais adeptos no campo da medicina. Expõe a autora que os defensores dessa teoria

> (...) pleiteiam pleno status de ser humano para o embrião a partir do momento em que se inicia seu processo evolutivo, repudiando – em conseqüência disto – toda manobra direta ou indireta que traga como resultado sua destruição, quaisquer que sejam seus fins, reivindicando, assim, legislação repressiva neste sentido. Argumentam que os últimos descobrimentos da biologia não fazem mais do que avaliar seu posicionamento ao demonstrar que, uma vez penetrado o óvulo pelo espermatozóide, surge uma nova vida, distinta da de seus progenitores, titular de um patrimônio genético único, inédito e, até agora, irrepetível. (...) Dentro desta corrente, há os que sustentam que se trata de uma pessoa em potencial, e que – precisamente – de tal potencialidade deriva sua inviolabilidade, enquanto que outro grupo afirma que já é pessoa em ato, uma vez que durante o desenvolvimento somente completa suas potencialidades, presentes desde o início. [64]

Convém, nesse ponto, transcrever as críticas do Prof. Santos Filho à teoria da fecundação:

> O primeiro problema advém do fato de que a fertilização não é um momento, mas uma seqüência de eventos que pode durar várias horas (geralmente de 12 a 24 h). Assim, dizer que a

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11184>. Acesso em: 03.05.2010.

62 Aponta Santos Filho que: Até mesmo a Igreja Católica, que hoje defende a sacralidade da vida humana desde sua concepção, durante a maior parte de sua história, ou seja, por cerca de 1800 anos, pouca atenção deu à questão. Em 1588, o Papa Sisto (ou Sixto) V condenou o aborto à excomunhão. Esta decisão, todavia, foi revogada pelo Papa Gregório XIV (1590-1591), retomando a Igreja à tradicional visão de que o aborto não era homicídio e, assim, não deveria ser penalizada de tal forma. Assim, se a Igreja não aprovava o aborto, pelo menos não o condenava. Somente com o Papa Pio IX (1846-1878), a questão foi retomada e a condenação pela excomunhão outra vez aplicada. Mencione-se que, ao que tudo indica, tal posição foi tomada muito mais pelo princípio da prevenção do que por uma definição clara do momento em que a alma era realmente recebida; ou seja, ao não se saber em que momento recebe o homem sua alma, melhor prevenir e protegê-la desde seu potencial início. De acordo com Shannon e Wolter (Shannon, Thomas A. and Wolter, Allan B. 1990. Reflections on the Moral Status of the Pre-Embryo. Theological Studies. Volume 51), a atual doutrina da Igreja Católica mantém a crença de que é no momento da fertilização, com a formação do zigoto, que uma nova vida humana tem lugar e recebe sua alma. Isto, como já afirmado, é todavia relativamente novo. Um feto não era considerado realmente uma pessoa e o aborto não era considerado homicídio pela Igreja Católica até o final do século XIX. (op. cit., idem)

63 MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. p. 71-72 (Monografias, 6).

64 MARTINEZ, Stella Maris.op. cit.,. p. 77

> vida começa na fertilização não resolve a questão, já que fertilização, ao contrário do que muitos acreditam, não é um único momento.
>
> Um segundo problema advém do denominado "argumento dos gêmeos". Após a formação do zigoto, por um período de até 2 semanas aproximadamente, as células que se formam seguindo a fertilização podem se separar formando gêmeos, trigêmeos,quadrigêmeos etc. Assim, até passar o período em que a formação de gêmeos seja possível, não se pode dizer que o zigoto existente seja um indivíduo; na realidade, o processo de individualização não se encerra até que a possibilidade da formação de gêmeos desapareça totalmente.
>
> A questão, ao contrário do que possa parecer, não tem relação com a individualidade genética, pois cadáveres, tecidos isolados, órgãos para transplante etc. gozam de absoluta individualidade genética. Assim, não pode ser este o fato que determina o início da vida humana. Além disso, identidade genética pode ser compartilhada por vários indivíduos, como os gêmeos univitelinos, o que não os faz perder suas individualidades humanas.[65]

A terceira teoria apresentada é a da nidação. Para tal teoria só haveria vida humana a partir desse estágio.[66] Essa posição se fundamenta na ideia de que só há potencial de vida quando o embrião se fixa no útero materno, já que o embrião não pode se desenvolver fora dele.

Outra teoria apresentada é a da gastrulação. Ensina Santos Filho que:

> Depois da fertilização, a célula então formada começa a sofrer um conjunto de divisões, dando origem a um número crescente delas. A medida em que aumenta o número de células, também se inicia um processo de diferenciação, ou seja, as células passam a já não ser exatamente todas iguais. Depois de passadas cerca de 2 semanas, as células podem ser divididas em duas grandes categorias, ectoderma e endoderma, seguindo-se a formação de uma terceira, o mesoderma. Tais grupos de células são denominados de folhetos embrionários. São estes folhetos que darão origem aos diferentes tecidos do corpo humano, tais como músculos, pele, tecido nervoso etc. É também por volta desta fase que o embrião se fixa no útero materno.
>
> Para vários pesquisadores, é apenas nesta fase, após passado o período de possível formação de gêmeos, que a verdadeira individualidade do embrião se apresenta. As propriedades básicas que governarão o embrião e conduzirão à formação de seus distintos órgãos e tecidos não estão presentes até esta fase e, apenas durante ela, perdem as células presentes a capacidade de gerar novos indivíduos. Assim, é apenas durante esta fase que se completa a "individualização". Temos aqui, sem dúvida, um novo indivíduo.
>
> Há quem argumente, não sem certa razão, que a questão mais importante não é ser ou não ser um indivíduo do ponto de vista biológico. Gêmeos univitelinos, como já mencionamos, não são indivíduos do ponto de vista genético, são clones naturais verdadeiros, mas cada um tem uma personalidade e humanidade únicas. A questão, assim, é ser ou não ser humano, o que abordaremos mais adiante.[67]

A quinta teoria apresentada por Stella Maris Martinez é a formação dos rudimentos do sistema nervoso central. Expõe a autora que:

> Modernamente surgiu uma nova hipótese, que tem em conta basicamente o momento em que se inicia a translação de informação genética correspondente ao sistema nervoso central, já que considera que este é o ponto determinante na ontogênese do ser humano, a verdadeira instância diferenciadora. Neste momento, aparecem os rudimentos do que será o córtex cerebral pelo que somente com a apresentação da chamada linha primitiva ou sulco neural estaríamos frente a um ser vivo que, além de sua composição genética, tem a pauta seletiva especificamente humana. O começo do desenvolvimento da organização básica do sistema nervoso central tem

65 SANTOS FILHO, Euclydes Antônio. op.cit.

66 MARTINEZ, Stella Maris.o*p. cit,* p. 85.

67 SANTOS FILHO, Euclydes Antônio. *op. cit.*

> lugar entre o décimo quinto e o quadragésimo dia da evolução embrionária, detectando-se nos dez primeiros dias deste período as transformações mais significativas.[68]

Durante o desenvolvimento embrionário, por volta de 24-27 semanas após a fertilização, já se é capaz de registrar pela primeira vez um eletroencefalograma (EEG) do embrião, o que significa a inquestionável existência de um sistema nervoso funcional (ainda que não necessariamente completo). É de conhecimento geral que, modernamente, tem se utilizado a morte cerebral, determinada pelo EEG, como critério de morte, permitindo assim a retirada inclusive de tecidos vivos para transplantes. O argumento aqui, portanto, é bastante simples. Se o EEG é utilizado como critério de vida e morte no adulto, também deveria ser empregado no embrião, ou seja, até que surjam efetivamente as ondas cerebrais, tal embrião está destituído da verdadeira vida humana.[69]

Convém apontar que a não-formação do córtex cerebral, na maior parte das vezes, gera o aborto espontâneo, uma vez que o organismo materno nega o embrião, como se não o reconhecesse, eliminando-o. Este é o principal motivo que leva os fetos anencéfalos a não nascerem no tempo normal.[70]

Barroso aponta que há até mesmo quem defenda que a vida humana se inicia quando passam a existir indicadores morais.[71] De acordo com essa corrente, o que distingue a pessoa de todo o restante do mundo natural é a razão, a capacidade de fazer escolhas e a moral.

Diante de diversas teorias, e longe da pretensão de conferir uma definição para a *vida*, ressalta-se que na presente monografia destacar-se-á a teoria da formação do sistema nervoso central e da fecundação para, com fundamentos diferentes, defender a possibilidade de interrupção de gravidez do feto anencéfalo.

4 O FETO ANENCÉFALO E AS HIPÓTESES LEGAIS DE ABORTO

4.1 CONCEITO DE ANENCEFALIA

A anencefalia é definida na literatura médica como a má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico[72]. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a 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.[73]

O tubo neural é uma estreita camada protetora que se forma e fecha entre a 3ª e 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

68 MARTINEZ, Stella Maris. *op.cit.* p. 86

69 SANTOS FILHO, Euclydes Antônio. *op. cit.*

70 MARTINEZ, Stella Maris. *op.cit*. p. 86.

71 BARROSO. Luís Roberto. **Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos: Vida, Dignidade e Direito de Escolha**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/pesquisas_com_celulas_tronco_e_interrupcao_de_gestacao>. Acesso em: 04 de junho de 2012.

72 BEHRMAN, Richard E., KLIEGMAN Robert M. e JENSON Hal B., Nelson/Tratado de Pediatria, 2002, p. 1777 *apud* BARROSO, Luís Roberto. Gestação de Fetos Anencefálicos e Pesquisas com Células-Tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na Constituição In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.) **Leituras Complementares de Direito Constitucional – Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Salvador : 2007, p. 159.

73 DINIZ, Débora e RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. 1 ed. Brasília: Letras Livres. 2003. p. 101.

um cerebrum em funcionamento permanente deixa fora de alcance qualquer ganho de consciência. Ações de reflexo tais como respiração, audição ou tato podem talvez se manifestarem.[74]

Os defeitos do fechamento do tubo neural têm uma etiologia complexa e de difícil compreensão. Questões genéticas e ambientais podem contribuir para o aparecimento da má formação e sabe-se que essa anomalia pode ser prevenida com a ingestão de ácido fólico nos primeiros meses da gravidez.

De acordo com a medicina, uma vez instalada a anomalia, não há cura e a morte do feto é certa, vale dizer, em 100% dos casos. Das gestações que são levadas a termo, aproximadamente 75% dos bebês anencéfalos são natimortos e o restante morre no período neonatal (VOLPE, 2000).[75] O diagnóstico é preciso e se dá por meio de diversos exames, principalmente, por meio da ultrassonografia.[76]

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o quarto país em índice de anencefalia.[77] Tal estatística pode evidenciar dois fatores: a deficiência nutricional, facilmente constatada em países de baixa renda e a proibição da interrupção da gravidez nesses casos. Com efeito, a incidência de fetos anencéfalos é mais evidente nas estatísticas, já que os fetos portadores desta anomalia chegam, de fato, a nascer. Tal não ocorre em muitos outros países, uma vez que a gestação, em geral, é interrompida tão logo se tenha conhecimento da doença, o que dificulta ou mesmo inviabiliza o levantamento estatístico.

Constata-se, então, que a anencefalia é uma malformação que inviabiliza a vida extra uterina e o presente estudo se desenvolverá sobre essa premissa. Importante anotar que nem toda malformação congênita impossibilita a vida extrauterina (Exemplos: Síndrome de Down e Síndrome de Angelman) e nesses casos não se aplica o raciocínio que se desenvolverá na presente monografia.

4.2 A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ NOS CASOS DE ANENCEFALIA

Disciplinado no capítulo "Dos crimes contra a vida", o aborto está previsto nos artigos 124 a 128 do Código Penal:

> **[Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento]**
> Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
> Pena - detenção, de um a três anos.
>
> **[Aborto provocado por terceiro]**
> Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de três a dez anos.
> Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:
> Pena - reclusão, de um a quatro anos.
> Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

---

74 FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Editora Lumen Juris, 2007, p. 114.

75 CARMO, Jorge Ramalho do. **O Processo de Luto na Interrupção de Gestação por feto Anencéfalo.** Mestrado em Psicologia Clínica. São Paulo: 2007. p. 50.

76 Em pesquisa realizada na Europa, GARNE et. al. (2001) avaliaram a frequência de detecção pré-natal de malformações congênitas graves, a idade gestacional e a variação regional de detecção. Foram selecionados 11 tipos de malformações, dentre elas a anencefalia. A idade gestacional de diagnóstico da malformação foi conhecida em 98% dos casos, e das 17 regiões pesquisadas, mais da metade dos casos foi diagnosticado antes de 24 semanas, ou seja, no segundo trimestre *In* CARMO, Jorge Ramalho do. op. cit., p. 55.

77 Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF n. 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf >. Acesso em: 30 de maio de 2012.

> **[Forma qualificada]**
> Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em conseqüência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.
>
> **[Aborto necessário]**
> Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:
> 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.

Pode-se definir o aborto como a interrupção da gravidez com a consequente morte do produto da concepção.

A legislação penal busca proteger a vida do ovo/embrião/feto, de forma que o sujeito passivo no aborto provocado pela própria gestante (auto-aborto), assim como no consentido (arts. 124 e 126), é o produto da concepção. No aborto sofrido (arts. 125 e 126, parágrafo único) e no consentido provocado por terceiro (art. 126, *caput*), também a gestante é sujeito passivo se lhe resulta lesão grave ou morte.

Verifica-se, portanto, que o bem jurídico tutelado é a vida do feto (e a saúde e vida da gestante nos casos dos arts. 125 e 126 do Código Penal).

O art. 128 prevê, como causas excludentes de ilicitude, o aborto necessário (para salvar a vida da gestante) e o aborto sentimental (gravidez resultante de estupro). Constata-se que o caso de anencefalia não está expressamente previsto no artigo 128, que estabelece as excludentes desse crime, de forma que a gestante se vê obrigada a recorrer ao Poder Judiciário para requerer autorização para a interrupção da gravidez, sob pena de ser processada e julgada pelo crime de aborto previsto no art. 124 do Código Penal.

Atualmente (até abril de 2012) existem milhares de decisões judiciais autorizadoras ou impeditivas da interrupção de gravidez[78]. Todavia, esse quadro tende a se alterar diante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 perante o Supremo Tribunal Federal, cujo pedido principal é o direito subjetivo da gestante de se submeter à antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. O processamento dessa ação e suas consequências serão analisadas adiante.

Em que pesem as interpretações doutrinária[79] e jurisprudencial[80] em sentido contrário, trabalharemos com a hipótese da possibilidade de interrupção da gravidez de feto anencéfalo seja pela atipicidade da conduta, seja pela prevalência dos direitos fundamentais da gestante (em especial sua saúde, liberdade de autonomia reprodutiva e, principalmente, a dignidade).

---

78 De acordo com o *site da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde,* d**esde 1989, foram concedidas cerca de 3.000 autorizações judiciais permitindo que mulheres interrompessem a gestação em casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida extrauterina. Grande parte destes processos contemplava mulheres pobres e usuárias do sistema público de saúde, não havendo uma estatística segura de quantos processos foram negados. Disponível em: <http://www.cnts.org.br/geral/Arquivo/antecipacaoterapeutica.htm>. Acesso em: 09 de maio de 2010.**

79 DINIZ, Maria Helena. op.cit. p. 24.

80 Podemos citar como exemplo o julgamento do *Habeas Corpus* nº 1.138.252.3/4-00. Tribunal de Justiça de São Paulo. 14º Câmara da Seção Criminal. Relator: Desembargador Alfredo Fanucchi. Publicado em 06/11/2007.

5 DA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO: ATIPICIDADE DA CONDUTA

5.1 INÍCIO DA VIDA. NECESSIDADE DO SISTEMA NERVOSO CENTRAL.

Diante da teoria da formação do sistema nervoso central, momento em que se inicia a capacidade neurológica de sentir dor ou prazer, podemos considerar afastadas as questões filosóficas, religiosas e sociais, que o feto anencéfalo - que não possuiu atividades cerebrais - não se torna um ser vivo, em sentido técnico.

De acordo com a medicina, eventuais movimentos como a respiração, são reflexos na medida em que a ausência de hemisférios cerebrais e do córtex acarretam a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. A existência desses movimentos reflexos não possui o condão de certificar a existência de vida.

Ensina José Afonso da Silva que o ser humano deve ser compreendido em sua dimensão biográfica:

> Vida, no texto constitucional (art. 5º, caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto-atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva (...)

Para atingir essa dimensão biográfica é imprescindível a existência de cérebro, órgão responsável não apenas pelo raciocínio e pela cognição, mas também pela emotividade, pela afetividade, pelas sensações e pelos instintos que caracterizam o ser humano.

O anencéfalo não apresenta qualquer grau de consciência. A ausência de grande parte do sistema nervoso central o incapacita para as funções relacionadas a consciência e à capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade, de forma que jamais experimentará as vivências humanas.

Sem a pretensão de analisar a fundo a questão, achamos relevante destacar que atualmente muitos especialistas das áreas da medicina, da antropologia e da filosofia analisam a morte não apenas sob o prisma biológico (defensores dos critérios do whole brain), mas também no plano pessoal (partidários do critério da morte do córtex – parte do cérebro responsável pela consciência, capacidade de relacionamento).

Bernard Schumacher[81], refletindo sobre a questão da morte e discorrendo sobre a natureza da mesma, nos ensina que atualmente a antropologia moderna distingue "ser humano" de "pessoa", distinção essa que, segundo alguns filósofos, ajudaria a resolver problemas éticos suscitados pelo aborto, infanticídio ou pela eutanásia, por exemplo. Enquanto o ser humano é definido pela estrutura biológica de um organismo vivo pertencente a uma espécie particular (homo sapiens), a pessoa se distingue por diversas propriedades, como a consciência de si, a capacidade de ter uma relação social ou estados mentais, a ser sujeito de experiências ao longo do tempo etc.[82]

Assim, é possível definir a morte tanto no plano biológico, que abrange todos os seres vivos, como no plano pessoal, que apenas valeria para as pessoas.

Os defensores da definição da morte pessoal (fora do conceito biológico) propõem a ideia de que a morte ocorreria com a perda irreversível do que é significativo para natureza humana, ou seja, as qualidades da personalidade, as aptidões cognitivas e sociais.[83] A morte seria a perda irreversível da capacidade de consciência.[84]

---

81 SCHUMACHER, Bernard N. **Confrontos com a Morte. A Filosofia contemporânea e a questão da morte.** Tradução Lucia Pereira de Souza. São Paulo: Ed. Loyola, 2009, p. 39-41.

82 SCHUMACHER, Bernard N. *op.cit.*, p. 39.

83 "A perda irreversível do estatuto de pessoa é a morte no sentido mais significativo e é isto que deveria estar no centro da política do Estado ou das prescrições legislativas" RM Zaner, Deaht: beyond whole-brain criteria. Veatch ressalta que "É unicamente quando a aptidão que o corpo tem para ser consciente ou de interagir socialmente desapareceu que eu quero que a sociedade me considere morto." Ver R. M. Veatch, Whole-brai, neocortial, and higher brain related concepts, apud SCHUMACHER, Bernard N.*op. cit,* p. 40.

84 RD Truog e JC Fackler, Rethinking brain death, 1711: "The irreversible loss of the capacity for consciousness". Ver George J. Agich, The concepts of death and embodiment. apud SCHUMACHER, Bernard. op. cit., p. 40.

Considerando o conceito de "morte pessoal" (morte do córtex), podemos afirmar que no caso do anencéfalo não há vida, na medida em que não existe o que é significativo para a natureza humana, diante da inexistência de parte substancial do cérebro.

Na análise da possibilidade de utilização das células-tronco para pesquisa, o Min. Carlos Britto, aponta o cérebro humano como um divisor de águas; "isto é, aquela pessoa que preserva as suas funções neurais, permanece viva para o Direito. Quem já não o consegue, transpõe de vez as fronteiras 'desta vida de aquém-túmulo', como diria o poeta Mario de Andrade." E continua sua análise:

> O paralelo com o art. 5º da Lei de Biossegurança é perfeito. Respeitados que sejam os pressupostos de aplicabilidade desta última lei, o embrião ali referido não é jamais uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova. **Faltam-lhe todas as possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas que são o anúncio biológico de um cérebro humano em gestação**. Numa palavra, não há cérebro. Nem concluído nem em formação. Pessoa humana, por conseqüência, não existe nem mesmo como potencialidade. (...) 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.[85] (negrito no original, grifamos)

Importante destacar que a argumentação tecida nessa monografia se aplica aos fetos com tipos de malformação **que inviabilizam a vida**. O raciocínio aqui desenvolvido não se aplica aos fetos com doenças que afetam sua saúde, mas que não os impedem de compartilhar a experiência humana. No caso de um portador com Síndrome de Down ou de Angelman, por exemplo, teremos um ser humano em sua ampla definição, com a possibilidade de desenvolver experiências humanas como qualquer outro. São experiências diferentes, limitadas eventualmente, mas que não retiram de forma alguma sua essência humana. Portadores de necessidades especiais (seja no âmbito mental, seja no aspecto físico) são seres humanos que apenas necessitam de ajustes do seu meio para poder viver melhor. Aliás são justamente essas diferenças entre os seres humanos, essa diversidade, que proporcionam o desenvolvimento de pesquisas e remédios, garantem aprendizados em outras áreas e principalmente desenvolvem a solidariedade entre aqueles de nossa espécie.

Desta forma, partindo-se das premissas de que a "vida" deve ser entendida além da configuração inicial do DNA e de que o cérebro é fundamental para sua existência, tem-se por consequência que não há vida no caso de feto portador de anencefalia, diante da ausência de parte substancial do cérebro, que inclui a parte responsável pela cognição, sensações, consciência, emotividade, afetividade.

5.2 CRITÉRIO JURÍDICO DO EVENTO "MORTE"

Além da teoria do início da vida com a formação do sistema nervoso central, outro ponto que confere suporte à afirmação de que o feto anencéfalo não é um ser vivo, é o conceito jurídico de *morte* adotado no Direito brasileiro.

Existem controvérsias no campo da medicina no que diz respeito à definição e momento do evento *morte*, pois, em geral, a morte não é um fenômeno instantâneo, mas um processo que demanda tempo.

Não é nova a questão para se saber efetivamente quando um indivíduo está realmente morto.

SCHUMACHER relata o recente histórico acerca dos critérios para detectar a morte.

O critério operatório chamado "clássico" ou "tradicional", que define a morte humana como a parada irreversível do funcionamento do coração e da respiração, colocava os médicos numa situação delicada quanto à eutanásia e à disponibilidade de órgãos cuja demanda era muito grande.[86] Em 1959, o comitê *ad hoc* da faculdade de medicina de Harvard publicou um relatório propondo um "novo" critério operatório da morte: o coma irreversível, a suspensão da

[85] Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. ADIN n. 3.510-0. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi3510relator.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2012.

[86] SCHUMACHER, Bernard. N*., op. cit,* p. 33-35.

atividade cerebral (brain death). A elaboração desse "novo" critério apoiava-se em razões pragmáticas, quais sejam, o favorecimento da transferência de órgãos, a proteção dos profissionais da saúde que desligavam os aparelhos artificiais que mantinham a vida orgânica das acusações de homicídio e de eutanásia ativa. Havia ainda outra razão: aliviar a sociedade do fardo do tratamento dos "mortos" em coma irreversível, mantidos artificialmente em vida.

O diagnóstico da morte é determinado pelos índices do eletrencefalograma mostrando um traço horizontal durante 48 horas; a dilatação completa das pupilas acompanhada da ausência de resposta reflexa à luz; a falta de reflexos dos músculos e dos tendões; a irrigação sanguínea estagnada apesar da injeção maciça de substâncias vasodilatadoras, a angiografia ou a arteriografia carotidiana e vertebral etc.

Diante das inúmeras dificuldades e da falta de consenso quanto ao sentido dos conceitos de pessoa e de identidade pessoal, a comissão do Presidente dos Estados Unidos propôs em 1981 o seguinte critério operatório da morte (Uniform Determination of Death Act):

> Um indivíduo está morto quando sofreu (1) uma parada das funções circulatórias e respiratórias, (2) ou uma parada irreversível de todas as funções do cérebro em seu todo, incluindo o pedúnculo cerebral. A determinação da morte deve ser feita seguindo critérios médicos reconhecidos. [87]

Atualmente, a comunidade científica mundial aceita a constatação da morte encefálica como morte humana. Entretanto, o que vem gerando importante polêmica nas ciências médicas é que os critérios para diagnosticar-se a morte encefálica nem sempre são os mesmos. [88]

O Brasil, seguindo a comunidade científica mundial, adota a teoria da morte encefálica.

No ordenamento jurídico, a Lei 9434/1997 dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento. De acordo com seu artigo 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.

O Conselho Federal de Medicina regulamentou, por meio de parecer, o diagnóstico de morte encefálica e autorizou qualquer médico, independentemente da especialização, a comprovar clinicamente o estado de morte encefálica.

A Resolução 1480/97 estabelece que a morte encefálica ocorre com a parada total e irreversível das funções encefálicas, bem como os critérios para o diagnóstico.

De acordo com seu artigo 4º: "Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia."

O artigo 6º estabelece que: "os exames complementares a serem observados para a constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sanguínea cerebral"

Portanto, seguindo critérios mundiais, o indivíduo é considerado morto quando o seu cérebro deixa de ter atividade. O feto anencefálico sequer chega a ter início de atividade cerebral, pois não apresenta os hemisférios cerebrais e córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico, que apesar de poder eventualmente lhe conferir movimentos reflexos e algumas funções vegetativas, não torna o ser vivo, em sentido técnico.

Corrobora esse entendimento a Resolução 1752/04, do Conselho Federal de Medicina. Referida resolução tem por objeto a autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais e considera o anencéfalo um natimorto cerebral.[89]

---

87 SCHUMACHER, Bernard. N. *op. cit,* p. 33-35.

88 LIMA, Carolina Alves de Souza. *op. cit.,* p. 81.

5.3 INEXISTÊNCIA DE VIDA. ATIPICIDADE DA CONDUTA.

Partindo-se então das premissas de que: a) a vida começa com a formação do sistema nervoso central; b) a morte é constatada com a cessação das atividades cerebrais; c) o anencéfalo sequer chega a ter início de atividade cerebral; d) a Resolução 1752/04 do CFM, que considera o anencéfalo natimorto cerebral, constata-se que o feto anencefálico não pode ser considerado tecnicamente vivo, motivo pelo qual não poderia se cogitar que a interrupção da gravidez nesse caso específico caracterizaria crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal.

Com efeito, se não há vida, a interrupção da gravidez nesse caso seria atípica, não sujeitando a gestante e os médicos responsáveis pelo procedimento de interrupção às penas previstas no Código Penal.

Inúmeros autores corroboram desse entendimento.

Discorrendo sobre o crime de aborto, Nelson Hungria, já na década de 80, se posicionava frontalmente contra o aborto eugênico, em especial dos portadores de deficiência mental, todavia, ao analisar a hipótese de interrupção de gravidez extrauterina (desenvolvida na trompa, por exemplo), admite que não haveria crime de aborto nesse caso, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. Apesar de se referir ao caso de gravidez extrauterina, sua conclusão pode ser estendida ao caso do anencéfalo, pois assim como nesse tipo de gestação, existe a inviabilidade da vida do feto. Segundo Hungria:

> No caso de gravidez extrauterina, que representa um estado patológico, a sua interrupção não pode constituir o crime de aborto. Não está em jogo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente vida própria, de modo que as conseqüências dos atos praticados se resolvem unicamente contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto *fisiológico*, e não *patológico*. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (grifo nosso)[90]

Guilherme de Souza Nucci, ao analisar a questão do aborto eugênico em confronto com a anencefalia, se posiciona contrariamente à interrupção da gravidez de fetos portadores de necessidades especiais, mas entende razoável a interrupção de gravidez de anencéfalos, diante da vida inviável. Ensina Nucci:

> E diga-se mais: a eventual curta expectativa de vida do futuro recém-nascido também não deve servir de justificativa para o aborto, uma vez que não se aceita, no Brasil, a eutanásia, vale dizer, quem está desenganado não pode ser morto por terceiros, que terminarão praticando homicídio (ainda que privilegiado). Entretanto, se os médicos atestarem que o feto é verdadeiramente

---

89 "CONSIDERANDO que os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia (falta de oxigênio), tornando-os inviáveis para transplantes; CONSIDERANDO que para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica; CONSIDERANDO que os anencéfalos podem dispor de órgãos e tecidos viáveis para transplantes, principalmente em crianças; CONSIDERANDO que as crianças devem preferencialmente receber órgãos com dimensões compatíveis; CONSIDERANDO que a Resolução CFM 1480/97, em seu artigo 3º, cita que a morte encefálica deverá ser conseqüência de processo irreversível e de causa conhecida, sendo o anencéfalo o resultado de um processo irreversível, de causa conhecida e sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro; CONSIDERANDO que os pais demonstram o mais elevado sentimento de solidariedade quando, ao invés de solicitar uma antecipação terapêutica do parto, optam por gestar um ente que sabem que jamais viverá, doando seus órgãos e tecidos possíveis de serem transplantados; CONSIDERANDO o Parecer CFM 24/03, APROVADO NA SESSÃO PLENÁRIA DE 09.05.2003; CONSIDERANDO o Fórum nacional sobre Anencefalia e Doação de órgãos, realizado em 16.06.2004 na sede do CFM; CONSIDERANDO as várias contribuições recebidas de instituições éticas, científicas e legais; CONSIDERANDO a decisão do Plenário do Conselho Federal de Medicina, em 08.09.2004, RESOLVE: 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. Art. 3º. Revogam-se as disposições em contrário".

90 HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1981, p. 297-298.

> inviável, vale dizer, é anencéfalo (falta-lhe cérebro), por exemplo, não se cuida de "vida própria", mas de um ser que sobrevive à custa do organismo materno, uma que a própria lei considera cessada a vida tão logo ocorra a morte encefálica. Assim, a ausência de cérebro pode ser motivo mais que suficiente para a realização do aborto, que não é baseado, porém, em características monstruosas do ser em gestação, e sim na sua completa inviabilidade como pessoa, com vida autônoma, fora do útero materno.[91]

Alberto Silva Franco também considera a interrupção de gravidez de feto anencéfalo caso atípico:

> Embora em ambos os casos – aborto e anencefalia – se possa cogitar de interrupção do processo gestacional, é induvidoso que faltam à anencefalia os elementos que denunciam o tipo de aborto, sobretudo, o reconhecimento prévio da existência de vida humana intra-uterina. Trata-se, portanto, de caso de pura atipia.[92]

Luis Regis Prado defende também a ideia de que não existe vida humana intrauterina a ser tutelada e destaca que o critério da morte neocortical é o mais adequado para se aplicar ao anencéfalo.

> O feto anencéfalo, embora dificilmente possa alcançar as etapas mais avançadas da vida intra-uterina, visto que o funcionamento primitivo de seu sistema nervoso obstaculiza a existência de consciência e de qualquer tipo de interação com o mundo que o circunda, conserva as funções vegetativas – responsáveis pelo controle parcial da respiração, das funções vasomotoras e das dependentes da medula espinhal -, não se ajustando seu estado, em termos neurofisiológicos, às hipóteses de morte cerebral. Portanto, não é de aplicação do critério da morte cerebral (whole brain criterion) ao feto anencéfalo, que não tem cérebro. Nos casos de anencefalia, o critério mais adequado – da morte neorcortical (high brain criterion) – confere ênfase aos aspectos relacionados à existência da consciência, afetividade e comunicação, em detrimento do aspecto biológico da vida. Em situações como essa, o feto não pode ser considerado como "tecnicamente vivo", o que significa que não existe vida humana intra-uterina a ser tutelada. Desse modo, a interrupção da gravidez ou a antecipação do parto em casos de anencefalia *não tipifica*, assim, o delito de aborto, visto que se constata unicamente a presença de um *desvalor de situação ou de estado* que ingressa no âmbito do *risco permitido*, atuando como excludente do *desvalor da ação*. Isso não se confunde com os casos de adequação social, uma vez que a finalidade dessas ações não se dirige ao cumprimento de uma função positivamente valorada do ponto de vista social. Também não há que se falar da existência de uma causa de justificação.
>
> Em realidade, verifica-se apenas um desvalor de situação que não se assimila à lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (desvalor do resultado), pois o anencéfalo não é biologicamente capaz de concretizar-se em uma vida humana viável, o que só permite caracterizá-lo como "um projeto embriológico falido, não sendo um processo de vida, mas um processo de morte". Em outros termos: é justamente a inexistência de vida o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a consequente falta de um resultado típico. Trata-se, portanto, de fato atípico, visto que falta o desvalor da ação, considerada essa postura dogmática preferível a qualquer outra. [93]

Destacam-se, ainda, as lições de César Busato, que abrigou também o critério *morte encefálica* para considerar o anencéfalo como ser que não é vivo:

> Não havendo vida, na hipótese, tal qual ela pode ser entendida, sendo tal fato atestado por pareceres clínicos, realizada a conduta interruptiva da gestação, não é possível que o sujeito logre atingir o bem jurídico protegido em questão, com o que, cuida-se de fato materialmente

---

91 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006, p. 554-556.

92 FRANCO, Alberto Silva. **Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais.** In: Revista dos Tribunais n. 833. São Paulo: Ed. RT, março/2005, p. 167.

93 PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2: parte especial. 5ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006. p. 126.

> atípico. Não é possível caracterizar-se o aborto, porque este é um dispositivo jurídico que se inscreve no capítulo dos delitos dolosos contra a vida. A vida é o bem jurídico protegido pelo aborto. Se onde há cessação da atividade cerebral não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto não há proteção jurídica justificada. Como tal, não pode existir responsabilidade penal. Deduz-se, pois, que a expulsão do ventre de feto anencéfalo e um indiferente penal.[94]

Cezar Roberto Bitencourt também se posiciona no sentido de que a interrupção da gravidez, nesse caso, é atípica:

> (...) na hipótese da anencefalia, embora a gravidez esteja em curso, o feto não está vivo, e sua morte não decorre de manobras abortivas. Diante dessa constatação, na nossa ótica, essa interrupção de gravidez revela-se absolutamente atípica e, portanto, sequer pode ser tachada como aborto, criminoso ou não.[95]

A questão acerca da interrupção de gravidez de feto anencéfalo foi levada ao Supremo Tribunal Federal pela primeira vez em 26 de fevereiro de 2004, por meio do Habeas Corpus nº 84.025. O Relator foi o Ministro Joaquim Barbosa que, mesmo sabendo que o HC já havia perdido seu objeto (quatro dias antes do julgamento o feto nasceu, vindo a falecer sete minutos depois), divulgou seu voto, concedendo a ordem para autorizar a interrupção da gravidez.

No julgamento, o Min. Joaquim Barbosa ponderou os direitos "à vida do feto" e "à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher" para concluir que nesse caso deveria prevalecer a dignidade da mulher. Concluiu, ainda, que a vida não se restringe exclusivamente ao critério biológico e que o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), não tem proteção jurídica.[96]

Diante desse quadro, em que não existe vida, poder-se-ia afirmar que a interrupção da gravidez não seria caracterizada como crime de aborto, já que o fato seria atípico. "Não há potencial de vida a ser protegido, de modo que falta à hipótese o suporte fático exigido pela norma. Com efeito, apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do aborto."[97]

6 DA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DO FETO ANENCÉFALO: PONDERAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

6.1 TEORIA DA FECUNDAÇÃO. EXISTÊNCIA DE VIDA FETAL. PONDERAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Conforme exposto, compartilha-se da ideia de que a vida se inicia com a formação do sistema nervoso central e que a mesma deve ser entendida além do aspecto biológico. Dessa forma, no caso do anencéfalo, que não pode ser considerado tecnicamente vivo, não poderíamos por questão lógica, vislumbrar um aparente conflito entre princípios (vida do feto *versus* saúde e autodeterminação da mulher) por um simples motivo: não há vida do feto em contraposição dos direitos da gestante, configurada assim a atipicidade da conduta de interrupção de gravidez nesse caso, conforme se verifica no item 4.3.[98]

---

94 BUSATO, Paulo César. "Tipicidade material, aborto e anencefalia." In **Novos Estudos Jurídicos** - v. 10 - n. 2 - p.577- 606 jul/dez. 2005, p. 597. Disponível em: <www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/413/356 >. Acesso em 14.09.2012

95 BITENCOURT, Cezar Roberto. **É desumano obrigar mulher dar à luz feto anencéfalo.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-set- 11/desumano_obrigar_mulher_dar_luz_feto_anencefalo?pagina=3> Acesso em 14.09.2012.

96 GOMES, Joaquim Barbosa. Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes. HC nº 84.025/2004 in SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007, p. 90.

97 BARROSO, Luis Roberto. Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 06.03.2010.

98 Para Maíra Costa Fernandes: Não existindo sequer expectativa de vida do feto, não há que se falar em ponderação, técnica de

Todavia, não poderíamos olvidar que atualmente prevalece a ideia de que a concepção inaugura o início da vida humana.

Conforme discorremos no item 3.3, existem diversas teorias no campo das ciências biológicas acerca do início da vida. Atualmente, a teoria que mais possui adeptos é a da fecundação. De acordo com essa corrente, a partir desse momento, com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, já existe um novo ser, com individualidade própria e com carga genética já definida.

Assim, de acordo com essa teoria, no caso de feto anencéfalo existiria vida, tendo em vista que a mesma se inicia em momento anterior à formação do sistema nervoso central, qual seja, no momento da fecundação.

Ainda que se considere que haja vida, partindo-se da ideia de que o marco inicial da vida é a fecundação, entende-se possível a interrupção da gravidez por meio da ponderação dos direitos envolvidos, quais sejam, o direito à vida do feto *versus* a dignidade, saúde, autodeterminação da gestante.

Preliminarmente, adverte-se que não é objeto da presente monografia abordar e aprofundar as técnicas de interpretação. Tem-se como premissa para essa parte do trabalho a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy[99] .

Conforme se depreende da leitura do capítulo 1 desta monografia, os direitos fundamentais são, em sua maioria, normas-princípios. Compreendê-los dessa maneira implica em interpretá-los de forma que se tenha o maior alcance possível e consequentemente vislumbrar a possibilidade de conflitos, que são solucionados com o sopesamento[100].

Os conflitos que envolvem direitos fundamentais não podem ser resolvidos pelo critério hierárquico (já que todos os dispositivos encontram-se no mesmo nível), temporal (todos foram publicados ao mesmo tempo) ou de especialidade (não há direitos fundamentais mais específicos do que outros). Então, a técnica interpretativa que vem assumindo destaque nas últimas décadas nas Cortes Constitucionais é a ponderação, baseada na teoria de Alexy.

Transcrevemos, por sua clareza, a definição de ponderação elaborada por Jane Reis Gonçalves Pereira:

> Em sentido estrito, a ponderação pode ser definida, de forma esquemática, como a técnica de decisão pela qual o operador jurídico contrapesa, a partir de um juízo dialético, os bens e interesses juridicamente protegidos que se mostrem inconciliáveis no caso concreto, visando a determinar qual deles possui maior peso e, assim, identificar a norma jurídica abstrata que há de prevalecer como fundamento da decisão adotada.[101]

Assim como Jane Reis Gonçalves Pereira, no presente estudo, adota-se a tese de que o juízo de ponderação é pautado pelo "princípio"[102] da proporcionalidade, cuja estrutura argumentativa determina de que modo o Judiciário deve implementar o sopesamento e fundamentar a solução final.

A aplicação da máxima da proporcionalidade implica na análise de três sub-regras que são aplicadas em ordem pré-definida e se relacionam de forma subsidiária entre si. São elas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

---

decisão a ser utilizada quando se apresenta uma colisão entre princípios, ou entre direitos fundamentais, mais especificamente. Interrupção de gravidez de feto anencefálico: uma análise constitucional. In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (coord.). In: **Nos limites da vida***,* op. cit., p. 136.

99 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, Malheiros Ed, 2ª ed, 2011

100 De acordo com SILVA, Virgílio Afonso: Se se admite que a grande maioria dos direitos fundamentais são princípios, no sentido defendido por Robert Alexy, admite-se que eles são mandamentos de otimização, isto é, normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. E a análise da proporcionalidade é justamente a maneira de se aplicar esse dever de otimização ao caso concreto. É por isso que se diz que a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação. **O proporcional e o razoável** in Revista dos Tribunais n. 798, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 23-50.

101 PEREIRA, Jane Reis Gonçalves, op. cit., p. 220

102 Não obstante as críticas sobre o termo, poderemos, eventualmente, utilizar a expressão "princípio da proporcionalidade" diante do uso comum que se faz do mesmo na doutrina e jurisprudência pátrias.

Virgílio Afonso da Silva[103] explica cada sub-regra:

> Adequado, então, não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado. (...) Um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido. (...) o exame da necessidade é um exame imprescindivelmente comparativo, enquanto que o da adequação é um exame absoluto. (...) Ainda que uma medida que limite um direito fundamental seja adequada e necessária para promover um outro direito fundamental, isso não significa, por si só, que ela deve ser considerada como proporcional. Necessário é ainda um terceiro exame, o exame da proporcionalidade em sentido estrito, que consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.

Na hipótese da presente monografia, onde se verifica uma colisão de princípios (vida do feto e saúde, autonomia reprodutiva e dignidade da mulher), entendemos que os direitos desta última devem prevalecer no caso concreto.

Com efeito, ao analisarmos os princípios envolvidos e aplicarmos a máxima da proporcionalidade, verificamos que a autorização judicial da interrupção da gravidez é meio adequado, que se presta a proteger a saúde física e psíquica da mulher. Conforme comprovado por pesquisas médicas adiante mencionadas, houve o reconhecimento de que a interrupção de gravidez efetivamente minimizou o sofrimento, consistindo na melhor escolha.

Trata-se, ainda, de ato necessário, porquanto a medicina atualmente não dispõe de técnicas para curar ou aliviar o diagnóstico de anencefalia, sendo certo que o resultado é de óbito fetal em 100% dos casos. Não há outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental à vida do feto.

Por fim, da análise da terceira sub-regra, proporcionalidade em sentido estrito, extrai-se que, entre a vida do feto, que não possui viabilidade alguma, e a saúde e dignidade da pessoa da gestante, esta última deve prevalecer, como será demonstrado com mais vagar adiante.

Uma vez que o diagnóstico de morte do feto é certo, obrigar a gestante a levar a gravidez até o fim significa afrontar sua dignidade, fundamento da República, nos termos do artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988. Ademais, esse tipo de gestação é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da mulher, diante do alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos, da ocorrência de polihidrâminio, doença hipertensiva específica da gestação, dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto e alterações psicológicas.[104]

6.1.1 OS DIREITOS DO CONCEPTO ANENCÉFALO

Partindo-se da premissa de que a vida se inicia na concepção, tem-se que o nascituro é titular de direitos desde esse momento, de acordo com a teoria concepcionista[105]. Dentre os direitos fundamentais do nascituro encontra-se o direito à vida, previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal.

---

103 SILVA, Virgílio Afonso da. op. cit., p. 23-50.

104 A reação dos casais em face do diagnóstico pré-natal de uma anormalidade fetal pode envolver sentimentos de raiva, desespero, inadequação e distúrbios do sono e de alimentação. Ainda com relação ao diagnóstico de má formação fetal, as reações emocionais desencadeadas, tais como dor, angústia e sofrimento, podem não estar relacionadas como número de filhos vivos nem como o planejamento e o desejo pela gestação, pois são comuns a todas as mulheres que passam por essa experiência. STATHAM H, SOLOMOU W, CHITTY L. Prenatal diagnosis of fetal abnormality: psychological effects on women in low-risk pregnancies. Baillieres Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol. 2000; 14(4): 731-47 *apud* BENUTE, Glaucia Rosana Guerra, NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto, LUCIA, Mara Cristina Souza e ZUGAIB, Marcelo. **Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais** In Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. São Paulo: 2006; 28 (1):10-7.

105 Registre-se, novamente, que essa teoria **não** foi acolhida pelo Min. Carlos Britto, relator da ADIN 3.510-0.

Muitos autores defendem o direito inviolável à vida – bem jurídico de maior relevância - em qualquer circunstância, com exceção das hipóteses legais de aborto em caso de estupro e risco de morte da gestante.

Por isso, o concepto anencéfalo, assim como todos os outros conceptos, portadores ou não de alguma má formação, são titulares dos direitos do nascituro. Todavia, a gestação do anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito.[106]

6.1.2 OS DIREITOS DA MULHER

Analisaremos nesse ponto, os direitos da gestante que se encontram no mesmo nível constitucional do direito à vida do feto.

6.1.2.1 O DIREITO À SAÚDE DA MULHER

O direito à saúde não pode ser entendido somente como o direito a ser saudável. O direito à saúde pressupõe garantias de liberdades. As liberdades incluem o direito de proteção da saúde e do corpo, incluindo a liberdade sexual e a liberdade de reprodução, assim como o direito de ser livre de interferências, como o direito de ser livre de tortura, de tratamentos médicos não consensuais e de experimentações. Inclui um sistema de proteção à saúde o qual garante igualdades de oportunidades para que as pessoas aproveitem do mais elevado nível de saúde.[107]

O art. 6º, *caput*, da Constituição Federal estabelece o direito à saúde como um dos direitos sociais. Seu art. 196, por sua vez, prevê que:

> A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Ensina Barroso que:

> A previsão expressa do direito à saúde na Carta de 1988 é reflexo da elevação deste direito, no âmbito mundial, à categoria de direito humano fundamental. Ressalte-se, neste ponto, que saúde, na concepção da própria Organização Mundial da Saúde, é o completo bem estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença[108].

No caso da gravidez de feto anencéfalo existe o abalo físico e psicológico da gestante. Com efeito, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com absoluta certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, e ainda riscos no parto, importa indiscutivelmente em afronta ao seu direito à saúde, constitucionalmente garantido.

No tocante à saúde física da gestante, destacamos o parecer da FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia:

> A literatura científica demonstra a associação entre anencefalia fetal e maior frequência de complicações maternas, como hipertensão arterial e aumento do volume de líquido amniótico (polidrâmnio), alterações respiratórias, hemorragias vultosas por descolamento prematuro da placenta, hemorragias no pós-parto por atonia uterina e embolia de líquido amniótico (grave

106 LIMA, Carolina Alves de Souza. op. cit., p. 106.

107 PIOVESAN, Flávia (coord. geral). **Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado.** São Paulo: DPJ Ed., 2008, p. 169.

108 BARROSO. Luís Roberto. *Anencefalia, inviabilidade do feto e antecipação terapêutica do parto* - Petição Inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS ao Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Luis.htm>. Acesso em: 30 de maio de 2012.

> alteração que cursa com insuficiência respiratória aguda e alteração na coagulação sanguínea). Portanto, a manutenção da gestação eleva o risco de morbimortalidade materna.[109]

Além dos problemas físicos, destacam-se os problemas psicológicos, os quais podem gerar traumas e dores mais profundas na gestante. Obrigar a gestação nessas circunstâncias pode desencadear intenso sofrimento não apenas na mulher, mas também em toda a família. O sofrimento psíquico gerado pela gestação de um feto anencéfalo pode promover quadro de estresse pós-traumático, um transtorno mental de longa duração cujos sintomas podem persistir por toda a vida.[110]

O processo de internação hospitalar, a indução e interrupção da gestação são situações que envolvem sofrimento pessoal importante. A internação em enfermaria obstétrica propicia contato com gestações que terminaram em sucesso, o que desperta sentimentos mais intensos de fracasso e frustração, não pela interrupção em si, mas pela incapacidade sentida no gestar, pela ausência do filho imaginado, pelo filho perdido. (...) A reação dos casais em face do diagnóstico pré-natal de uma anormalidade fetal pode envolver sentimentos de raiva, desespero, inadequação e distúrbios do sono e de alimentação.[111]

Benute, Nomura, De Lúcia e Zugaib[112] entrevistaram 35 gestantes cujo feto era portador de malformação fetal e que realizaram a interrupção da gestação após solicitação de autorização judicial. A malformação fetal mais frequente foi a anencefalia (71,5%). Nesse estudo, realizado no Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, a equipe de estudiosos concluiu que 71,4% das gestantes apresentaram sentimentos de choque, angústia, tristeza, resignação, destruição de planos, revolta, medo, vergonha, inutilidade, choro, incapacidade de ser mãe, indignação e insegurança como mulher. As respostas que foram categorizadas como sentimentos de desorientação envolviam relatos de não-aceitação do diagnóstico, de descrença, vontade de se enganar, dúvidas sobre os sentimentos do feto, dificuldade em permanecer com a gravidez e sinais de incerteza. Conclui-se também que mais da metade das pacientes apresentaram sintomas depressivos. Houve reconhecimento de que a interrupção da gravidez foi a melhor escolha, e que efetivamente minimizou o sofrimento. Não foram identificadas reações de arrependimento ou culpa. 91,4% responderam que tomariam a mesma atitude em situação semelhante. A participação ativa do casal no processo de decisão, com ampla reflexão sobre os valores morais e culturais e com a elucidação de aspectos inconscientes, é fundamental para minimizar os aspectos negativos.

Segundo Benute, ao solicitar judicialmente a interrupção da gravidez a gestante experimenta novas angústias e tensões. Durante o período de espera, há grande sofrimento, e quando o pedido é deferido, a gestante manifesta sentimento de adequação social e apresenta maior capacidade para lidar com as emoções e a realidade social da interrupção da gestação. No entanto, quando há o indeferimento, ela vivencia nova desestruturação emocional, uma vez que sua decisão não encontra respaldo legal e social. A desaprovação social e legal gera profundo sofrimento.[113]

A autora aponta que a decisão de recorrer ao Poder Judiciário é fruto de intenso processo psíquico de reflexão quanto à opção mais adequada em relação aos valores de vida dessa mulher. Nessas circunstâncias, a descompensação psíquica pode levar a situações extremas, como a tentativa de suicídio ou o aborto clandestino, que podem colocar em risco a vida e a saúde da mulher.[114]

Muitas das mulheres que vivenciam essa realidade e desejam interromper a gestação manifestam o sentimento de que a interrupção da gestação é a única forma de conseguir manter o equilíbrio emocional. Quando se nega à mulher

---

109 Disponível em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-ANENCEFALO.pdf > . Acesso em 14 .09.2012

110 idem

111 STAHAM H, SOLOMOU W, CHITTY L. Prenatal diagnosis of fetal abnormality: psychological effects on women in low-risk pregnancies. Baillieres Best Pract Res Clin Obstet Gynaecol. 2000; 14 (4): 731-47 *apud* BENUTE, Gláucia Rosa Guerra et all. **Interrupção da gestação após o diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais.** Revista Brasileira Ginecologia Obstetrícia 2006; 28 (1): 10-7.

112 BENUTE, Gláucia Rosa Guerra et all., op. cit.

113 BENUTE, Gláucia Rosana Guerra**. Diagnóstico de Malformação Fetal Letal à Interrupção da Gravidez: Psicodiagnóstico e Intervenção.** Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005. p.103.

114 Idem, ibidem, p. 162.

a alternativa da interrupção de gravidez, sua saúde física e psíquica é ainda mais afetada, pois não há respaldo legal e social. Ao sofrimento da situação, cria-se mais um fator de estresse, qual seja, a desaprovação legal.

Assim, se considerarmos a interrupção de gravidez nesse caso como conduta criminosa, estaríamos afrontando o direito constitucional à saúde da mulher, uma vez que esse tipo de gravidez põe em risco a sua saúde física e psíquica.

6.1.2.2 O DIREITO À LIBERDADE DE AUTONOMIA REPRODUTIVA

Além de afetar a saúde da gestante, obrigar a mulher grávida nessas circunstâncias a levar a gravidez até o final, mesmo sabendo que a morte de seu filho é inevitável, afronta também sua liberdade de autonomia reprodutiva.

Piovesan aponta que foi apenas em 1994, na Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, no Cairo, que 184 Estados ineditamente reconheceram os direitos sexuais reprodutivos como direitos humanos. Ensina a autora que o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta as duas vertentes diversas e complementares: uma na esfera individual, referente à liberdade de decisão de mulheres e homens no tocante à reprodução. Outra, na esfera pública, na medida em que o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas.

> Sob a perspectiva de relações equitativas entre os gêneros e na ótica dos direitos humanos, o conceito de direitos sexuais e reprodutivos aponta a duas vertentes diversas e complementares.
>
> De um lado, aponta a um campo da liberdade e da autodeterminação individual, o que compreende o livre exercício da sexualidade e da reprodução humana, sem discriminação, coerção ou violência. Eis um terreno em que é fundamental o poder de decisão no controle da fecundidade. Nesse sentido, consagra-se a liberdade de mulheres e homens de decidir se e quando desejam reproduzir-se. Trata-se de direito de auto-determinação, privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual, em que se clama pela não interferência do Estado, pela não discriminação, pela não coerção e pela não violência.
>
> Por outro lado, o efetivo exercício dos direitos sexuais e reprodutivos demanda políticas públicas, que assegurem a saúde sexual e reprodutiva. Nesta ótica, essencial é o direito ao acesso a informações, a meios e recursos seguros, disponíveis e acessíveis. Essencial também é o direito ao mais elevado padrão de saúde reprodutiva e sexual, tendo em vista a saúde não como mera ausência de enfermidades e doenças, mas como a capacidade de desfrutar de uma vida sexual segura e satisfatória e de reproduzir-se ou não, quando e segundo a freqüência almejada.[115]

Observa-se que a liberdade de autonomia reprodutiva pode ser exercida tanto para a manutenção da gestação quanto para sua interrupção. Assim, se a mulher opta por prosseguir com a gestação do feto anencéfalo, deve ter a disposição acompanhamento médico e psicológico para garantir sua saúde física e mental. Todavia, deve haver também a possibilidade de interromper a gravidez se a gestante entender que essa é a medida mais eficaz para aliviar seu sofrimento. De igual forma, deve receber tratamento médico e psicológico, a fim de suportar as angústias e dores inerentes a essa situação.

6.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DA REPÚBLICA E VETOR DE INTERPRETAÇÃO

A dignidade da pessoa humana foi tratada especificamente no capítulo 2 desta monografia.

Reafirma-se aqui a ideia de que a) a dignidade é um atributo intrínseco, da essência da pessoa humana e que existe independentemente de qualquer circunstância, qualidade ou ação; b) tem como fundamento a autonomia da

[115] PIOVESAN, Flávia. **Direitos sexuais e reprodutivos: aborto inseguro como violação aos direitos humanos.** In: SARMENTO, Daniel e PIOVESAN, Flávia (coord.). *Nos limites da vida, op.cit.,* p. 55.

vontade, encontrada apenas nos seres racionais, que é entendida como faculdade de determinar a si mesmo; e por fim c) consiste em considerar o homem como fim em si mesmo, restando inadmissível sua "coisificação".

Diante da existência de dois direitos fundamentais em conflito, quais sejam, o direito à vida do feto e o direito à saúde e liberdade de autonomia reprodutiva da mulher, entendemos que esses últimos devem prevalecer, pois apenas dessa forma se garante a dignidade da mulher, que não pode ser tratada como um "meio" para salvaguardar a gestação que infelizmente resultará na morte do feto.

A dignidade da pessoa humana é, segundo a Constituição de 1988, um dos fundamentos do Estado brasileiro. Trata-se de princípio constitucional que embasa o Estado Democrático de Direito, segundo prescreve o art. 1º, inc. III, da Constituição. Por isso, o ordenamento jurídico brasileiro e a atuação do Poder Público devem se pautar na dignidade da pessoa humana.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.[116]

O respeito ao princípio está, outrossim, diretamente ligado ao respeito à autonomia privada, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos. Segundo Kant:

> Autonomia é pois o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional." Por isso, o direito de decidir de forma autônoma sobre sua vida, seus projetos existenciais, seus anseios e seus caminhos representa o respeito à dignidade da pessoa humana.[117]

Vale dizer, não cabe ao Estado ou a qualquer particular (hospital, entidades religiosas, organizações não governamentais) a ingerência na esfera íntima da mulher, na sua fundamental autonomia, para lhe dizer se deve ou não levar esse tipo de gravidez até o final, com todas as consequências que lhes são inerentes. Cabe exclusivamente à mulher, levando em consideração seus próprios valores, crenças e princípios, a decisão de manutenção – ou não – da gestação no caso em análise.

A gravidez de feto anencefálico gera riscos à saúde física da gestante, além de possuir características angustiantes, que causam profundo sofrimento psíquico. Além do recebimento do diagnóstico de anomalia fetal que causará a morte do filho – momento que já se constitui um tormento por si só -, tem-se ainda o desenvolvimento de toda a gestação com a certeza de que, após nove meses, a mulher não voltará para casa com seu filho.

Indiscutivelmente, obrigar a mulher a levar a gravidez até o fim constitui verdadeira tortura psicológica, afrontando, dessa forma, sua dignidade. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional[118] define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental, causada intencionalmente ou que possa ser evitada.

O Comitê de Direitos Humanos da ONU já se manifestou nesse sentido, considerando que obrigar uma mulher a manter a gestação de um feto anencéfalo pode ser equiparado à tortura[119].

Em 2001, KLL, 17 anos, na 14ª semana de gravidez realiza uma ecografia em um hospital público de Lima, constatando a anencefalia do feto. Avaliações de profissionais de assistência social e psiquiatria recomendaram a intervenção, mas a mesma não foi realizada, sob a alegação de que contrariava a lei. Depois de três semanas da data prevista para o parto, KLL deu a luz a uma menina anencefálica, que viveu quatro dias, período em que a amamentou. Depois do falecimento da filha, mergulhou em estado de profunda depressão.

---

116 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 28.

117 SOUZA, Carolina Alves de. Op. cit., p. 129.

118 Lei 9455/97.

119 Disponível em: <http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=408:caso-kll-peru-aborto&catid=47&Itemid=132>. Acesso em: 17.05.2010.

Representada pelo Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher – CLADEM, pela DEMUS E CRR, em outubro de 2002, foi enviada a denúncia de KLL ao Comitê de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas.

O Comitê, em outubro de 2005, declarou que o Estado do Peru tem a obrigação de proporcionar a adolescente um recurso efetivo que inclua uma indenização pelas violações de seus direitos, além de adotar medidas para evitar que situações semelhantes ocorram no futuro. Entre os fundamentos, o Comitê da ONU considerou o sofrimento e as sequelas psicológicas severas acentuadas por sua situação de menor de idade, ao não conceder-lhe o benefício do aborto terapêutico (cf. CP Peruano; art. 7 e Observação Geral nº 20) e também a interferência arbitrária em sua vida privada, ao negar-se interromper a sua gravidez segundo sua decisão e a ingerência injustificada (art. 17).[120]

Concluiu o Comitê de Direitos Humanos da ONU (Declaração nº 1153/2003):

> 6.3 La autora alega que, debido a la negativa de las autoridades médicas a efectuar el aborto terapéutico, tuvo que soportar el dolor de ver a su hija con deformidades evidentes y saber que moriría en muy poco tiempo. Esta fue una experiencia que sumó más dolor y angustia a la ya acumulada durante el periodo en que estuvo obligada a continuar con su embarazo. La autora acompaña un certificado psiquiátrico del 20 de agosto de 2001, que establece el estado de profunda depresión en la que sumió y las severas repercusiones que esto le trajo, teniendo en cuenta su edad. El Comité observa que esta situación podía preverse, ya un medico del hospital diagnosticó que el feto padecía de anencefalia, y sin embargo, el director del hospital Estatal se negó a que se interrumpiera el embarazo. La omisión Del Estado, al conceder a la autora el beneficio del aborto terapéutico, fue, en la opinión de Comité, la causa el sufrimiento por el cual Ella tuvo que pasar. El Comité ha señalado en su Observación General No. 20 que el derecho protegido en el artículo 7 del Pacto no solo hace referencia as dolor físico, sino también al sufrimiento moral y que esta protección es particularmente importante cuando se trata de menores. Ante la alta de información del Estado parte en este sentido, debe dares el peso debido a las denuncias de la autora. En consecuencia, el Comité considera que los hechos que examina revelan una violación del artículo 7 del Pacto. A la luz de esta decisión, el Comité no considera necesario, en las circunstancias del caso, tomar una decisión relativa al artículo 6 del Pacto.

O Grupo Tortura Nunca Mais/RJ publicou nota, em 10.11.2004, com a seguinte conclusão:

Por esses motivos, o Grupo Tortura Nunca Mais/RJ manifesta, publicamente, repúdio a ação evasiva, traumatizante, opressiva e autoritária, que significa a negação do direito do aborto nesses casos, o que configura uma sessão de tortura.[121]

Entende-se que obrigar a mulher a levar a gravidez até o final, com todos os riscos físicos e psicológicos inerentes, retira toda a autonomia que a dignifica como ser humano. Significa, outrossim, instrumentalizá-la, submetê-la à histórica opressão do Estado em uma situação de extrema angústia. A vontade da gestante – seja ela qual for - deve prevalecer, pois é ela quem está sujeita às dores inerentes a essa situação.

Desta forma, ponderando-se o direito à vida do feto anencéfalo (quando se considera que a vida se inicia na fecundação) e o direito à saúde física e mental da gestante, bem como seu direito à liberdade de autonomia reprodutiva, entendemos que no caso, devem prevalecer os direitos da gestante, e, dessa forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

120 Disponível em: <http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=408:caso-kll-peru-aborto&catid=47&Itemid=132>. Acesso em: 17.05.2010.

121 FERNANDES, Maíra Costa. o*p. cit.* p. 138.

7 A ANÁLISE DA INTERRUPÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETO ANENCEFÁLO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

7.1 HISTÓRICO

A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal, pela primeira vez, com a impetração do Habeas Corpus n. 84.025, cujo relator foi o Ministro Joaquim Barbosa.

Diante do diagnóstico de anencefalia de seu feto, Gabriela Oliveira Cordeiro buscou autorização judicial para realizar a interrupção da gravidez perante o Juízo Criminal de Teresópolis (Rio de Janeiro). O pedido foi indeferido, houve recurso para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro que concedeu a medida liminar. Essa última foi suspensa pelo presidente do Tribunal por meio de Agravo Interno interposto por dois advogados que não faziam parte da lide. Levado à Câmara, o colegiado negou provimento ao referido Agravo, de forma que reestabeleceu-se a autorização para a intervenção cirúrgica.

Todavia, antes mesmo do julgamento do mérito do recurso pelo TJRJ, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da Associação Pró-Vida, residente em Anápolis – GO, impetrou Habeas Corpus perante o Superior Tribunal de Justiça contra o deferimento da medida liminar (que seria confirmada quatro dias depois pela Segunda Câmara Criminal do TJRJ). Estranhamente, no mesmo dia em que foi julgado o mérito do recurso pelo TJRJ, mantendo a autorização para antecipação do parto, a Ministra Relatora do HC impetrado no STJ suspendeu liminarmente tal decisão em Brasília.[122]

Em face dessa decisão, duas organizações não governamentais impetraram HC (n. 84.025) em favor da gestante. O relator foi o Ministro Joaquim Barbosa que concedeu parcialmente a ordem, para cassar a decisão do STJ, assegurando à paciente "o direito de, assistida por médico, tomar, caso seja essa sua vontade, a decisão de interromper a gravidez, desde que isso ainda seja viável do ponto de vista médico, visto haver indícios de que a gravidez já esteja em estágio avançado."[123]

Não obstante o posicionamento favorável do Ministro, a decisão restou inócua para a paciente, pois durante a sessão plenária em que se apresentava a questão, o STF recebeu a informação de que o parto já havia sido realizado. O feto sobreviveu por sete minutos.

Em seu voto, o Ministro Joaquim Barbosa abordou a questão sob dois ângulos: a liberdade individual e os diferentes graus de tutela penal da vida humana.

Em relação ao primeiro aspecto fica evidenciada na decisão a ponderação de valores jurídicos tutelados pelos direitos: de um lado, o direito à vida do feto e de outro, a liberdade e autonomia, bem como a saúde física e psíquica da mulher e, acima disso, sua dignidade. O Ministro Relator conclui que "no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer os seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal."[124]

No tocante ao segundo aspecto, qual seja, a diferenciada tutela penal que o ordenamento jurídico confere à vida humana, o Ministro argumenta, de maneira extremamente lógica e coerente, que seria um contrassenso chancelar a liberdade e autonomia privada da mulher no caso de aborto sentimental, permitido nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal gravíssima, como a anencefalia, em que não existe um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.[125]

---

122 Sobre o curioso andamento processual nesse caso o Ministro Joaquim Barbosa se manifestou: "Parece-me evidente que nenhuma dessas peripécias processuais exóticas teriam ocorrido se estivéssemos diante de questão desprovida de paixões, de convicções filosóficas, morais e políticas arraigadas." ("Voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC 84.025/2004" in SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.). **Nos limites da vida**, op. cit., p. 80.

123 "Voto Proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa Gomes HC 84.025/2004" *in* SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord.).op. cit., p. 91-92.

124 Ibidem, p. 86.

125 Ibidem, p. 87.

Em 17 de junho de 2004 foi distribuída, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS.

Partindo-se da premissa de que a antecipação do parto no caso de feto anencéfalo não caracterizaria crime de aborto na medida em que não haveria vida a ser tutelada, a CNTS requereu que Supremo Tribunal Federal realizasse a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n° 2.848/40), declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado. Requereu, ainda, o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Afirma que a interpretação corrente viola os preceitos fundamentais contidos nos artigos 1º, IV, 5º, II, 6º e 196, da Carta da República. Entende que obrigar a mulher a concluir a gestação viola sua dignidade, bem como seu direito à saúde.

Em julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio, relator da ação, deferiu medida liminar para sobrestar os processos em trâmite e decisões não transitadas em julgado, bem como reconhecer o direito da gestante de interromper a gravidez desde que comprovada a anencefalia.

Diante da repercussão da decisão e dos inúmeros pedidos de "animus curiae", o Ministro Relator determinou a realização de audiência pública, com fundamento no art. 6º, § 1º, da Lei nº 9882, de 3/12/99.

A Procuradoria Geral da República apresentou parecer no sentido de que o pleito, como apresentado, não autorizava a interpretação conforme a Constituição, diante do sentido inequívoco dos dispositivos do Código Penal em discussão. No mérito, requereu o indeferimento do pedido, com fundamento na primazia do direito à vida.

Em outubro de 2004, acolhendo a proposta do Ministro Eros Grau, o Supremo Tribunal Federal revogou a liminar concedida na parte em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, mantendo o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado.

Inúmeras entidades representativas das mais diversas áreas da sociedade foram ouvidas em audiência pública.

O Ministério Público Federal apresentou parecer pela procedência do pedido, revelando a mudança de orientação.

O Advogado-Geral da União apresentou razões finais opinando pelo acolhimento do pedido inicial e apontando dados do Ministério da Saúde no sentido de que haveria eficiente estruturação do SUS para amparar as gestantes que optam pela interrupção da gravidez.

7.2 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54

Em 11 de abril de 2012, iniciou-se o julgamento da ADPF n. 54 e o voto do Ministro Marco Aurélio, que julgava procedente o pedido foi acompanhado pelos Ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Cármen Lúcia. O Ministro Ricardo Lewandowski julgou improcedente o pedido. Nesta data o julgamento foi suspenso.

Em 12 de abril do mesmo ano, por maioria e nos termos do voto do Relator, o STF julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Os Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello também julgaram procedente, acrescentando condições de diagnóstico de anencefalia. O Ministro Cezar Peluso (Presidente) a julgou improcedente e o Ministro Toffoli declarou-se impedido, pois atuou como Advogado-Geral da União nessa ação.[126]

Até o presente momento (03/08/2012), a maioria dos votos proferidos na ADPF n. 54 não foram publicados. É possível o acesso à íntegra dos votos proferidos pelos Ministros Marco Aurélio, Joaquim Barbosa (que repetiu, com

[126] Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 20.07.2012.

pequenas modificações, seu voto proferido nos autos do HC 84.025/04), Luiz Fux e Ricardo Lewandowski. Buscou-se nos informativos do STF o resumo dos votos dos demais Ministros.[127]

Como anteriormente mencionado, o julgamento foi de 8 x 2 pela procedência da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental.

Assim como em outros países, sociedades e tribunais, verifica-se que a questão do aborto e dos limites da vida é tema pungente, apaixonado e intenso que arregimenta sérios e profundos argumentos de ambos os lados.

Considerada uma das questões mais importantes julgadas pelo STF (nos dizeres dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso), verifica-se que o debate no Plenário da mais alta Corte do país refletiu os argumentos lançados por diversos setores da sociedade. Nesse ponto, insta ressaltar a relevância das audiências públicas, cujas explanações foram citadas em diversos votos.

Constata-se que todos os votos invocaram, dentre outros princípios, a "dignidade da pessoa humana", tanto do feto como da gestante para proferir a decisão.

Corroborando a hipótese da presente monografia, os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello consideraram que, no caso de anencefalia, não haveria vida, na medida em que não existe cérebro. Tratar-se-ia, então, de atipicidade da conduta. Consideraram que ainda que se admitisse a existência de vida, a ação deveria ser julgada procedente diante da necessidade de se observar a dignidade da gestante, bem como outros direitos fundamentais, tais como saúde e liberdade.

Importante ressaltar que os Ministros Ayres Britto e Marco Aurélio caracterizaram a obrigatoriedade de manutenção da gravidez de feto anencéfalo como ato de tortura, vedado pela Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso III.

Os Ministros Joaquim Barbosa, Luiz Fux e Gilmar Mendes utilizaram a técnica de ponderação dos direitos fundamentais, entendendo que devem prevalecer os direitos da gestante no presente caso. Observe-se que o Ministro Luiz Fux não adentrou na questão da "existência - ou não - de vida do feto" e fundamentou seu voto na desproporcionalidade da sanção penal que seria aplicada, contrariando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowiski, votos vencidos, destacaram a taxatividade do Código Penal e a impossibilidade de o Poder Judiciário ampliar as hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese. Entenderam esses Ministros que compete exclusivamente ao Congresso Nacional, representante do povo, a elaboração dessa excludente no caso de anencefalia. Ambos destacaram que a procedência do pedido da ADPF seria uma forma de contornar a vontade do legislador, configurando usurpação de poderes. O Ministro Cezar Peluso também utilizou a técnica de ponderação dos direitos fundamentais e concluiu que o anencéfalo é um ser vivo e que no embate entre a proteção de sua vida e o direito à liberdade da gestante, o primeiro deve prevalecer. Por sua vez, o Ministro Lewandowiski não abordou explicitamente a existência de vida do anencéfalo, mas é possível extrair do seu voto essa conclusão.

Passa-se a analisar cada voto proferido no julgamento da ADPF n. 54.

Após discorrer sobre a laicidade do Estado brasileiro, destacando que esse princípio possui duas vertentes, quais sejam, impedimento de intervenção abusiva do Estado nas diversas religiões e proteção do Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, o Ministro Marco Aurélio traz à baila a definição de anencefalia. Busca nas explanações de diversos médicos ouvidos em audiência pública o conceito dessa anomalia e conclui que:

> (...) o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. O fato de respirar e ter batimento cardíaco não altera essa conclusão, até porque, como acentuado pelo Dr. Thomaz Rafael Gollop, a respiração e o batimento cardíaco não excluem o diagnóstico de morte cerebral.[128]

127 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204757>. Acesso em: 04.06.2012.

128 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 30.05.2012. p. 50

Afasta, ainda, a alegação de que a gestação deveria ser mantida nesse caso diante da possibilidade de adoção dos órgãos dos anencéfalos. Afirma o Ministro que em admitindo essa hipótese, estar-se-ia a "coisificar" a mulher, ferindo frontalmente o princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, a impossibilidade de aproveitamento dos órgãos também se constitui motivo para não se admitir essa possibilidade.

Observe-se que o Ministro Relator entendeu que o feto anencéfalo é um natimorto cerebral, de onde se extrai a conclusão de que não haveria conflito entre direitos fundamentais. Com efeito, de um lado existe a dignidade da mulher, seu direito à saúde e do outro, não se encontra o direito à vida ou dignidade do feto, pois não há viabilidade de vida.

> Anencefalia e vida são termos antitéticos. (...) Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.[129]

Para o Ministro Marco Aurélio o início da vida pressupõe não apenas a fecundação, mas também a **viabilidade**, elemento inexistente no caso em análise e em 100% dos casos.

Assim como na presente monografia, o Ministro Relator admitiu, apenas por argumentação, que ainda que existisse vida, essa não possui caráter absoluto e que na ponderação dos valores em jogo devem prevalecer a dignidade, liberdade, autodeterminação, saúde e os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres.

> O ato de obrigar a mulher a manter a gestação, colocando-a em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, desprovida do mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelha-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.[130]

Conforme mencionado, o Ministro Joaquim Barbosa repetiu o voto proferido nos autos do HC n. 84.025/2004, com pequenas modificações.

Importante anotar que Joaquim Barbosa, ao contrário de Marco Aurelio, entende que o feto anencéfalo encontra-se biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos vivos), mas diante de sua inviabilidade não tem proteção jurídica, deixando de ser amparado pelo artigo 124 do Código Penal. Reitera-se que o Ministro considerou a necessidade de ponderação de direitos e que nessa ponderação deveria prevalecer a dignidade da mulher.

Para a Ministra Rosa Weber, embora exista a relatividade da ciência sobre o que é vida, a Resolução n. 1480/97 do Conselho Federal de Medicina (que estabeleceu a morte cerebral como parâmetro para diagnosticar a morte de uma pessoa) é "um critério claro, seguro e garantido" que pode ser aplicada, por analogia, ao feto anencéfalo.

De acordo com a Ministra não está em jogo o direito do feto anencefálico à vida, já que não possui atividade cerebral que o qualifique como tal.

> O que está em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano.[131]

Nessa hipótese, deve prevalecer a autonomia e a dignidade da gestante.

Com o voto do Ministro Ayres Britto formou-se a maioria na Corte pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Ayres Britto qualifica como tortura obrigar a mulher a levar a gravidez, nessa hipótese, até o final. "Levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde a

---

129 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 30.05.2012. p. 60.

130 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em 30.05.2012, p. 78.

131 Disponível em : <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755Acesso em 04.06.2012

tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir. O martírio é voluntário."[132]

A Ministra Cármen Lúcia fundamentou seu voto no direito à dignidade da pessoa humana. De acordo com seu voto:

> Considero que na democracia a vida impõe respeito. Neste caso, o feto não tem perspectiva de vida e, de toda sorte há outras vidas que dependem, exatamente, da decisão que possa ser tomada livremente por esta família [mãe, pai] no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna.[133]

O Ministro Gilmar Mendes considerou que a interrupção de gravidez de feto anencéfalo está compreendida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que a gestação é perigosa à saúde da gestante. Ao que parece o Ministro Mendes utilizou a técnica da ponderação de direitos fundamentais porquanto declarou que a inconstitucionalidade da omissão legislativa está na ofensa à integridade física e psíquica da mulher, bem como na violação ao seu direito de privacidade e intimidade, aliados à ofensa e à autonomia da vontade.[134]

Celso de Mello se pronunciou sobre a possibilidade da interrupção fundada nos direitos reprodutivos da mulher, bem como na dignidade da pessoa humana, liberdade, autodeterminação pessoal e intimidade.

O Ministro lembrou que há diversos conceitos de vida e que a Constituição não define seu início. Entretanto, mencionando palestra de um médico em audiência pública, entende que, por analogia à morte encefálica, o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral. Portanto sequer haveria tipicidade de crime contra a vida na interrupção antecipada de tal parto.[135]

Ponderando os direitos envolvidos, o Ministro Luiz Fux ressaltou a importância de se proteger a saúde física e psíquica da gestante, componentes da dignidade humana.[136] Deve-se ressaltar que, assim como os Ministros Marco Aurelio e Ayres Britto, o Ministro Luiz Fux considerou que impedir a interrupção da gravidez nesse caso equilave a uma tortura, vedada pela Constituição Federal.

O Ministro Fux não discutiu em seu voto a questão de qual vida seria mais importante. Apontou que existe um dissenso moral razoável nessa matéria, que exige uma postura minimalista do Judiciário, adstrita à questão da criminalização ou não da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Dentro desta perspectiva, boa parte da fundamentação do voto do Ministro Luiz Fux abordou a questão sob o enfoque do direito penal, em especial a desproporcionalidade da sanção nesse caso.

> Os bens jurídicos constitucionais obedecem a uma ordenação hierárquica, de modo que a gravidade da punição deve ser graduada em função dessa lógica. (…) O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção, diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e garantia revestida da categoria de direito fundamental. Essa ponderação de princípios nada mais é do que o instituto de Direito Penal denominado estado de necessidade justificante. (…) Destarte, cuida-se, na hipótese sub judice, da construção jurisprudencial de uma nova hipótese de estado de necessidade supralegal para os casos de interrupção da gestação de fetos

132 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204850>. Acesso em: 04.06.2012.

133 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756>. Acesso em: 04.06.2012.

134 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 04.06.2012.

135 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879>. Acesso em: 04.06.2012.

136 Os perigos para a saúde física da mulher são elevados em uma gravidez de feto acometidos pela anencefalia, havendo, inclusive, risco para a sua vida, razão pela qual, se esse for desejo, deve-se conferir possibilidade de interrupção da gestação, à luz do princípio da proporcionalidade.

Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>. Acesso em: 31.07.2012.

> anencefálicos, a fim de adequar o tecido normativo às necessidades que se apresentam na realidade social." [137]

O Ministro Ricardo Lewandowiski foi o sexto a votar, abrindo divergência no Plenário do Supremo Tribunal Federal.

De acordo com Lewandowiski, o legislador contemplou duas hipóteses taxativas em que é possível a realização do aborto. Se o Congresso não legislou sobre a hipótese de interrupção de gravidez no caso de anencéfalo, não é dado ao Supremo Tribunal Federal afrontar a expressão literal da lei, substituindo o legislador, sob pena de usurpação de poderes.

> Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.[138]

Outro ponto enfatizado pelo Ministro Lewandowiski foi a possibilidade de uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos tornar lícita a interrupção de gravidez da gestação de embriões com outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina.

> É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina.[139]

O último a votar, Ministro Cezar Peluso, julgou a ADPF n. 54 improcedente. Assim como o Ministro Lewandowiski, entendeu que o STF não poderia criar a hipótese legal de interrupção de gravidez de anencéfalo, porquanto estaria violando as atribuições do Poder Legislativo.

O Ministro Peluzo ressaltou que o anencéfalo é ser vivo e para que o aborto seja considerado crime, basta a eliminação da vida, "abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade future ou extrauterina". O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade "são limitados pela existência de leis" e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica.[140]

Assim como no julgamento do uso das células tronco e da união homoafetiva, constata-se que o Supremo Tribunal Federal mais uma vez julgou no sentido de consagrar a liberdade, a autonomia da vontade e, por consequência, a dignidade da pessoa humana, atendendo aos anseios e às mudanças da sociedade. Não se olvida que essas questões são polêmicas e envolvem muito mais do que argumentos jurídicos, mas o STF cumpriu seu papel, apresentando não apenas às gestantes, mas a toda sociedade, a solução, em nossa interpretação, constitucionalmente adequada para esse conflito.

As audiências públicas, além de fundamentais para o entendimento da questão, promoveram o debate entre diversos setores da sociedade, privilegiando, dessa forma, sua participação efetiva no julgamento da lide.

É certo que o Congresso Nacional, representante do povo, deveria regulamentar e legislar sobre o caso em análise. Por outro lado, a sociedade, em constante transformação, não pode esperar indefinidamente uma solução para problemas que envolvem questões tão urgentes e relevantes. Se o Congresso incorre em omissão, cabe ao Poder Judiciário apresentar uma solução para a demanda. Nesse caso não se trata de usurpação de poderes, mas sim de cumprir a Constituição da República, que em seu artigo 5º, parágrafo 1º, dispõe que: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata."

---

137 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>. Acesso em: 31.07.2012.

138 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 31.07.2012.

139 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf54RL.pdf>. Acesso em: 31.07.2012.

140 Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>. Acesso em: 04.06.2012.

CONCLUSÃO

1. As barbáries nazistas cometidas na Segunda Guerra Mundial alertaram ao mundo não apenas a necessidade de proteção dos direitos fundamentais, mas teve como reação de parte dos países ocidentais a elevação desses direitos para um patamar de fundamentalidade nos Estados democráticos.

Marco jurídico da transição para o regime democrático, pode-se afirmar que a Constituição de 1988 trouxe inúmeros avanços na seara dos direitos fundamentais, avanços esses decorrentes do momento histórico em que foi elaborada, no processo de redemocratização do país.

Dentre as inovações pode-se destacar a situação topográfica dos direitos fundamentais, positivados no início da Constituição, revelando sua importância no ordenamento jurídico e como parâmetro de interpretação das disposições constitucionais. Com fundamento no artigo 5º, §1º, da CF, a aplicabilidade imediata e eficácia plena desses direitos constituem regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto.

2. Extrai-se dos ensinamentos de Kant três elementos relevantes que foram utilizados na análise da questão que se coloca na presente monografia: a) a dignidade é um atributo intrínseco, da essência da pessoa humana e que existe independentemente de qualquer circunstância, qualidade ou ação; b) tem como fundamento a autonomia da vontade, encontrada apenas nos seres racionais, que é entendida como faculdade de determinar a si mesmo; e por fim c) consiste em considerar o homem como fim em si mesmo, restando inadmissível sua "coisificação".

Apenas com a promulgação da Constituição de 1988 a dignidade da pessoa humana foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro na concepção em que é abordada no presente trabalho, ou seja, como valor, matriz de interpretação e fundamento da República.

O Estado deve assegurar o exercício da autonomia privada, elemento essencial da dignidade, sem a imposição externa de condutas imperativas. No caso da interrupção de gravidez de anencéfalo, a questão da autonomia se mostra de extrema relevância para a solução do problema. A análise do caso deve tomar necessariamente como premissa esse elemento a fim de se chegar à conclusão que melhor se coaduna com a ordem constitucional vigente.

3. Constatou-se que o direito à vida, assim como todos os demais direitos, não é absoluto, vale dizer, não é hierarquicamente superior a qualquer outro direito fundamental.

O Código Penal, no âmbito infraconstitucional, tipifica os crimes contra a vida e permite a incidência das causas de exclusão da ilicitude.

Para se estudar o conceito de vida humana e o momento em que esta se inicia deve-se adentrar no ramo das ciências médicas e biológicas. A ciência jurídica, por sua vez, estabelece quando se inicia e quando termina a proteção jurídica do bem da vida e com qual abrangência.

Há várias teorias no campo das ciências médicas e biológicas e a resposta à indagação sobre o início da vida varia no tempo de acordo com questões sociais, históricas e culturais.

Diante de diversas teorias, e longe da pretensão de conferir uma definição para a *vida*, ressalta-se que na presente monografia destacou-se a teoria da formação do sistema nervoso central e da fecundação para, com fundamentos diferentes, defender a possibilidade de interrupção de gravidez do feto anencéfalo.

4. A anencefalia é definida na literatura médica como a má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro", a 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. De acordo com a medicina, uma vez instalada a anomalia, não há cura e a morte do feto é certa, vale dizer, em 100% dos casos.

Não há previsão legal para a interrupção de gravidez nessa hipótese, sendo certo que até o julgamento da ADPF n. 54 era necessária autorização judicial para realizar o procedimento.

No presente trabalho, todavia, defendeu-se a existência de possibilidade jurídica de interrupção da gravidez de feto anencéfalo seja pela atipicidade da conduta, seja pela prevalência dos direitos fundamentais da gestante (em especial sua saúde, liberdade de autonomia reprodutiva e, principalmente, a dignidade).

5. Diante da teoria da formação do sistema nervoso central, momento em que se inicia a capacidade neurológica de sentir dor ou prazer, podemos considerar afastadas as questões filosóficas, religiosas e sociais, que o feto anencéfalo - que não possuiu atividades cerebrais - não se torna um ser vivo, em sentido técnico. Eventuais movimentos como a respiração, são reflexos na medida em que a ausência de hemisférios cerebrais e do córtex acarretam a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. A existência desses movimentos reflexos não possui o condão de certificar a existência de vida.

Partindo-se das premissas de que: a) a vida começa com a formação do sistema nervoso central; b) a morte é constatada com a cessação das atividades cerebrais; c) o anencéfalo sequer chega a ter início de atividade cerebral; d) a Resolução 1752/04 do CFM, que considera o anencéfalo natimorto cerebral, constata-se que o feto anencefálico não pode ser considerado tecnicamente vivo, motivo pelo qual não poderia se cogitar que a interrupção da gravidez nesse caso específico caracterizaria crime de aborto, previsto no artigo 124 do Código Penal.

Com efeito, se não há vida, a interrupção da gravidez nesse caso seria atípica, não sujeitando a gestante e os médicos responsáveis pelo procedimento de interrupção às penas previstas no Código Penal.

6. Conforme exposto, compartilha-se da ideia de que a vida se inicia com a formação do sistema nervoso central e que a mesma deve ser entendida além do aspecto biológico. Dessa forma, no caso do anencéfalo, que não pode ser considerado tecnicamente vivo, não poderíamos por questão lógica, vislumbrar um aparente conflito entre princípios (vida do feto *versus* saúde e autodeterminação da mulher) por um simples motivo: não há vida do feto em contraposição dos direitos da gestante, configurada assim a atipicidade da conduta de interrupção de gravidez nesse caso, conforme se verifica no item 4.3.

Todavia, não poderíamos olvidar que atualmente prevalece a ideia de que a concepção inaugura o início da vida humana, independentemente da posterior formação do sistema nervoso.

Ainda que se considere que haja vida, partindo-se da ideia de que o marco inicial da vida é a fecundação, entende-se possível a interrupção da gravidez por meio da ponderação dos direitos envolvidos, quais sejam, o direito à vida do feto *versus* a dignidade, saúde, autodeterminação da gestante.

Preliminarmente, adverte-se que não é objeto da presente monografia abordar e aprofundar as técnicas de interpretação. Tem-se como premissa para essa parte do trabalho a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy.

Os conflitos que envolvem direitos fundamentais não podem ser resolvidos pelo critério hierárquico (já que todos os dispositivos encontram-se no mesmo nível), temporal (todos foram publicados ao mesmo tempo) ou de especialidade (não há direitos fundamentais mais específicos do que outros). Então, a técnica interpretativa que vem assumindo destaque nas últimas décadas nas Cortes Constitucionais é a ponderação, baseada na teoria de Alexy.

Na hipótese da presente monografia, onde se verifica uma colisão de princípios (vida do feto e saúde, autonomia reprodutiva e dignidade da mulher), entendemos que os direitos desta última devem prevalecer no caso concreto.

Uma vez que o diagnóstico de morte do feto é certo, obrigar a gestante a levar a gravidez até o fim significa afrontar sua dignidade, fundamento da República, nos termos do artigo 1º, IV, da Constituição Federal de 1988. Ademais, esse tipo de gestação é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da mulher, diante do alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos, da ocorrência de polihidrâminio, doença hipertensiva específica da gestação, dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto e alterações psicológicas.

Considerando que toda Constituição há de ser compreendida como uma unidade e como um sistema que privilegia determinados valores sociais, pode-se afirmar que a Carta de 1988 elege o valor da dignidade humana como um valor essencial que lhe dá unidade de sentido. Isto é, o valor da dignidade humana informa a ordem constitucional de 1988, imprimindo-lhe uma feição particular.

O respeito ao princípio está, outrossim, diretamente ligado ao respeito à autonomia privada, ou seja, a liberdade que o ser humano tem de, ao menos potencialmente, conduzir sua própria existência e ser respeitado como sujeito de direitos.

Vale dizer, não cabe ao Estado ou a qualquer particular (hospital, entidades religiosas, organizações não governamentais) a ingerência na esfera íntima da mulher, na sua fundamental autonomia, para lhe dizer se deve ou não levar esse tipo de gravidez até o final, com todas as consequências que lhes são inerentes. Cabe exclusivamente à mulher, levando em consideração seus próprios valores, crenças e princípios, a decisão de manutenção – ou não – da gestação no caso em análise.

A gravidez de feto anencefálico gera riscos à saúde física da gestante, além de possuir características angustiantes, que causam profundo sofrimento psíquico. Além do recebimento do diagnóstico de anomalia fetal que causará a morte do filho – momento que já se constitui um tormento por si só -, tem-se ainda o desenvolvimento de toda a gestação com a certeza de que, após nove meses, a mulher não voltará para casa com seu filho.

Indiscutivelmente, obrigar a mulher a levar a gravidez até o fim constitui verdadeira tortura psicológica, afrontando, dessa forma, sua dignidade. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental, causada intencionalmente ou que possa ser evitada.

Entende-se que obrigar a mulher a levar a gravidez até o final, com todos os riscos físicos e psicológicos inerentes, retira toda a autonomia que a dignifica como ser humano. Significa, outrossim, instrumentalizá-la, submetê-la à histórica opressão do Estado em uma situação de extrema angústia. A vontade da gestante – seja ela qual for - deve prevalecer, pois é ela quem está sujeita às dores inerentes a essa situação.

7. Em 17 de junho de 2004 foi distribuída, perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS.

Partindo-se da premissa de que a antecipação do parto no caso de feto anencéfalo não caracterizaria crime de aborto na medida em que não haveria vida a ser tutelada, a CNTS requereu que Supremo Tribunal Federal realizasse a interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei n° 2.848/40), declarando inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado. Requereu, ainda, o reconhecimento do direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado.

Em 12 de abril do mesmo ano, por maioria e nos termos do voto do Relator, o STF julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Corroborando a hipótese da presente monografia, os Ministros Marco Aurélio, Rosa Weber e Celso de Mello consideraram que, no caso de anencefalia, não haveria vida, na medida em que não existe cérebro. Tratar-se-ia, então, de atipicidade da conduta. Consideraram que ainda que se admitisse a existência de vida, a ação deveria ser julgada procedente diante da necessidade de se observar a dignidade da gestante, bem como outros direitos fundamentais, tais como saúde e liberdade.

Os Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowiski, votos vencidos, destacaram a taxatividade do Código Penal e a impossibilidade de o Poder Judiciário ampliar as hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese. Entenderam esses Ministros que compete exclusivamente ao Congresso Nacional, representante do povo, a elaboração dessa excludente no caso de anencefalia.

Assim como no julgamento do uso das células tronco e da união homoafetiva, constata-se que o Supremo Tribunal Federal mais uma vez julgou no sentido de consagrar a liberdade, a autonomia da vontade e, por consequência, a dignidade da pessoa humana, atendendo aos anseios e às mudanças da sociedade. Não se olvida que essas questões são polêmicas e envolvem muito mais do que argumentos jurídicos, mas o STF cumpriu seu papel, apresentando não apenas às gestantes, mas a toda sociedade, a solução, em nossa interpretação, constitucionalmente adequada para esse conflito.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgilio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Ed, 2ª ed, 2011.

ARAUJO, Luiz Alberto David; SERRANO, Vidal Nunes. **Curso de Direito Constitucional**, 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 122.

BARROSO. Luís Roberto. **Pesquisas com Células-Tronco Embrionárias e Interrupção da Gestação de Fetos Anencefálicos: Vida, Dignidade e Direito de Escolha**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/pesquisas_com_celulas_tronco_e_interrupcao_de_gestacao >. Acesso em: 04 de jun. 2012.

_____ Anencefalia, inviabilidade do feto e antecipação terapêutica do parto - Petição Inicial da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde - CNTS ao Supremo Tribunal Federal – STF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_70/artigos/Art_Luis.htm>. Acesso em: 30 de mai. 2012.

_____ **Petição inicial da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em 06 de mar. 2010.

BENUTE, Glaucia Rosana Guerra, NOMURA, Roseli Mieko Yamamoto, LUCIA, Mara Cristina Souza e ZUGAIB, Marcelo. **Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais** In Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia. São Paulo: 2006; 28 (1):10-7.

BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. **Diagnóstico de Malformação Fetal Letal à Interrupção da Gravidez: Psicodiagnóstico e Intervenção.** Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **É desumano obrigar mulher dar à luz feto anencéfalo.** Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2008-set- 11/desumano_obrigar_mulher_dar_luz_feto_anencefalo?pagina=3> Acesso em 14 de set. 2012.

BRAGANÇA, Lúcio Roca. **A dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988**. Teresina. Jus Navegandi, ano 16. n. 3053, 10 nov 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/20398>. Acesso em: 4 de jan. 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus. 1992.

BUSATO, Paulo César. "Tipicidade material, aborto e anencefalia." In **Novos Estudos Jurídicos** - v. 10 - n. 2 - p.577- 606 jul/dez. 2005, p. 597. Disponível em: < www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/413/356 >. Acesso em 14 de set. 2012.

CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Leituras complementares do Direito Constitucional: Direitos Fundamentais.** 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

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

_____ "Provedor de Justiça e efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias" . **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 95

CARMO, Jorge Ramalho do. **O Processo de Luto na Interrupção de Gestação por feto Anencéfalo.** Mestrado em Psicologia Clínica. São Paulo: 2007.

CLADEM. **Caso KLL, Peru (Aborto).**

Disponível em: <http://www.cladem.org/index.php?option=com_content&view=article&id=408:caso-kll-peru-aborto&catid=47&Itemid=132>. Acesso em: 17 de mai. 2010.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos.**

DINIZ, Débora e RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. 1 ed. Brasília: Letras Livres. 2003.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito.** 5 ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Posição da Febrasgo sobre gravidez com fetos anencéfalos.** Disponível em: <http://itpack31.itarget.com.br/uploads/fba/arquivos/Carta-FETO-NENCEFALO.pdf>. Acesso em 14 de set. 2012.

FERNANDES, Maíra Costa. Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico: uma análise constitucional. In: **Nos Limites da Vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Editora Lumen Juris, 2007.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. In: **Revista dos Tribunais** n. 833. São Paulo: Ed. RT, março/2005, p. 167.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Comentários ao Código Penal**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, v. 5, 1981.

JACINTHO, Jussara Maria Moreno. **Dignidade Humana: Princípio Constitucional.** 1.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: direitos fundamentais em colisão.** 1ª ed. (ano 2008), 1ª reimpr. Curitiba: Juruá, 2009.

MARTINEZ, Stella Maris. **Manipulação genética e direito penal.** São Paulo: IBCCRIM: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, 1998. p. 71-72 (Monografias, 6).

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. 34 ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 1.

MOUTOUH, Hugues. "*La dignité de l'homme en droit."* **Revue du droit public et de la science critique en France et à l'etranger**, Paris, n. 115, 1999.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar Ed, 2006.

PIOVESAN, Flávia (coord. geral). **Código Internacional dos Direitos Humanos Anotado.** São Paulo: DPJ Ed., 2008, p. 169.

_____ Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 4ª ed, São Paulo: Max Limonad, 2000.

_____ Proteção Judicial contra Omissões Legislativas, São Paulo: RT, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2: parte especial. 5ª ed. rev.atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2006.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **O princípio da dignidade humana e a exclusão social.** Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/32229-38415-1-PB.pdf.> Acesso em 14 de set. 2012.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil. Parte Geral**. 34 ed. 5ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2007, vol.1.

SANTOS FILHO, Euclydes Antônio. **O Supremo Tribunal Federal, células-tronco e o início da vida humana.** Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11184>. Acesso em: 03 de mai. 2010

SARLET, Ingo Wolfgang , **A eficácia dos direitos fundamentais**, 7a ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

_____ Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 65.

SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia (coord). **Nos limites da vida: aborto, clonagem humana e eutanásia sob a perspectiva dos direitos humanos.** Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

SCHUMACHER, Bernard N. **Confrontos com a Morte. A Filosofia contemporânea e a questão da morte.** Tradução Lucia Pereira de Souza. São Paulo: Ed.Loyola, 2009, p. 39-41.

SILVA, José Afonso. ***Curso de direito constitucional positivo.*** 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____ Poder Constituinte e Poder Popular: estudos sobre a Constituição. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

SILVA, Virgílio Afonso. O proporcional e o razoável in **Revista dos Tribunais** n. 798, São Paulo, Ed. RT, 2002, p. 23-50.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acompanhamento Processual.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 20 de jul. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Decano vota pela descriminalização da interrupção de gravidez de feto anencefálico.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Ayres Britto é sexto a votar para autorizar interrupção da gravidez de fetos anencéfalos.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204850>.

Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Cezar Peluso julga improcedente a ADPF 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/ verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Luiz Fux vota para autorizar interrupção da gravidez de fetos anencéfalos**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204757>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministros Rosa Weber e Joaquim Barbosa seguem o relator e julgam procedente a ADPF 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Para ministra Cármen Lúcia, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não configura crime.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756>. Acesso em: 04 de jun. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Carlos Ayres Britto. ADIN n. 3.510-0.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ adi3510relator.pdf>. Acesso em: 31 de maio de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF n. 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/ anexo/ADPF54LF.pdf>. Acesso em: 31 de jul. 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF n. 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ ADPF54.pdf>. Acesso em: 30 de mai. de 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF n. 54.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/ noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54RL.pdf>. Acesso em: 31 de jul. 2012.

VILHENA, Oscar. **Direitos Fundamentais. Uma leitura da jurisprudência do STF.** São Paulo: Malheiros Ed., 2006.

THE POSSIBILITY OF INTERRUPTION OF PREGNANCY THE ANENCEPHALIC FETUS AND HUMAN DIGNITY

ABSTRACT: *This essay aims at analyzing the legal possibility of pregnancy termination of anencephalic fetuses based on two different points of view: (i) considering the fact that it cannot be characterized as a legal offense and (ii) considering the balance of fundamental rights such as the fetus' right to life and the mother's right of dignity, self-determination and health. After analyzing the fundamental constitutional rights, the human right of dignity will be subjected to deeper analysis. Then, the termination of pregnancy will be discussed taking into account its non-offensive quality as well as the fact that, when balancing fundamental human rights, the mother's self-determination rights should prevail.*

KEYWORDS*: abortion; right to life; right to health; self-determination; collision of rights.*

Trabalho indicado para publicação em 29/03/2013.
Aceito para publicação em 20/05/2013.

Este trabalho foi licenciado sob uma Licença Creative Commons Atribuição 3.0 Não Adaptada.

Publicação original disponível em:
http://www.esdc.com.br/seer