



UNIVERSIDADE PRESIDENTE ANTÔNIO CARLOS - UNIPAC
FACULDADE DE DIREITO

JHONNY DA SILVA OLIVEIRA BIANCO

ABORTO x ANENCEFALIA
ABORDAGEM JURÍDICA

JUIZ DE FORA

2011

JHONNY DA SILVA OLIVEIRA BIANCO

**ABORTO x ANENCEFALIA
ABORDAGEM JURÍDICA**

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Prof. Rodrigo Ribeiro Rolli

JUIZ DE FORA

2011

ABORTO x ANENCEFALIA
ABORDAGEM JURÍDICA

Monografia aprovada como requisito parcial
para obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

RODRIGO RIBEIRO ROLLI

BESNIER VILLAR

JUIZ DE FORA

2011

Posso ter defeitos, viver ansiosa e ficar irritada algumas vezes, mas não esqueço de que minha vida é a maior empresa do mundo. E que posso evitar que ela vá à falência. Ser feliz é reconhecer que vale a pena viver, apesar de todos os desafios, incompreensões e períodos de crise. Ser feliz é deixar de ser vítima dos problemas e se tornar um autor da própria história. É atravessar desertos fora de si, mas ser capaz de encontrar um oásis no recôndito da sua alma. É agradecer a Deus a cada manhã pelo milagre da vida. Ser feliz é não ter medo dos próprios sentimentos. É saber falar de si mesmo. É ter coragem para ouvir um não. É ter segurança para receber uma crítica, mesmo que injusta.

Fernando Pessoa

DEDICATÓRIA

Dedico esta obra aos meus pais, Elmo e Cleusa, ao meu irmão
Bruno, e aos meus filhos, Bianco e Milleny,
por estarem ao meu lado em todos os
momentos da minha vida e por acreditar em mim.
A eles e todas as pessoas que amo, é que dedico a minha conquista.

Nunca deixe ninguém dizer que você
não pode fazer alguma coisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por ter me dado saúde e perseverança para finalizar este trabalho. E por tudo o que tenho e sou.

Aos meus pais por terem me educado, amado e apoiado em todos os momentos em que mais precisei.

Ao meu irmão pelo apoio na luta diária que é a VIDA.

A toda minha família por todo amor que me proporcionam.

Aos meus amigos verdadeiros pelas demonstrações de fidelidade e apreço, com os quais eu compartilhei minhas lutas e vitórias, pelos cinco anos que passamos juntos.

Ao meu orientador, Prof. Rodrigo Ribeiro Rolli, pela capacidade de transmitir seus conhecimentos de forma leal, pela sua perseverança, e, principalmente, pela integridade que demonstra em suas atitudes.

Aos meus examinadores pelos conhecimentos transmitidos ao longo da minha vida acadêmica.

A todos os meus queridos mestres pelo aprendizado conquistado durante todo o curso.

E a todos aqueles que diretamente ou indiretamente contribuíram para a finalização deste trabalho.

RESUMO

No presente trabalho acadêmico, busca promover uma releitura do tema do aborto de feto anencéfalo no Brasil - visto, aqui, não como aborto tipificado no Código Penal e, sim, como uma antecipação terapêutica do parto - com o intuito de defender a constitucionalidade e legalidade deste procedimento dentro da nossa ordem jurídica.

Para tal, toma-se como referência questões médicas, bioéticas, filosóficas e, sobretudo, jurídicas, especialmente no que tange aos valores e princípios consagrados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Busca-se, portanto, uma discussão estritamente científica, livre de dogmas e valores religiosos particulares, dada a pluralidade da nossa sociedade, enfatizando e promovendo o caráter laico do Estado brasileiro.

Assim, tendo em vista o sofrimento gratuito imposto à gestante de feto incompatível com a vida - o que, indubitavelmente, representa riscos à saúde física e mental da mulher - impõe-se a discussão da anencefalia como questão humanitária, devendo o debate sobre a matéria ser encarado como um tema de direitos humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Anencefalia no Brasil, Questões Médicas, Discussão Científica, Sofrimento à Gestante.

ABSTRACT

In this scholarly work, promotes a rereading of the abortion issue of anencephalic fetus in Brazil - seen here does not like abortion criminalized in the Penal Code and, yes, as a therapeutic advance of delivery - in order to defend the constitutionality and legality this procedure within our legal system.

To this end, taking as reference medical issues, bioethical, philosophical, and above all legal, especially when it comes to values and principles established by the Brazilian legal system.

The aim is therefore a strictly scientific discussion, free of dogma and religious values particular, given the plurality of our society, emphasizing and promoting the secular character of the Brazilian state.

Thus, in view of the gratuitous suffering imposed on the pregnant woman with fetus incompatible with life - which undoubtedly poses risks to physical and mental health of women - it must be the discussion of anencephaly as a humanitarian issue, and the debate on the subject be seen as a human rights issue.

KEY WORDS: Anencephaly in Brazil, medical, scientific discussion, the Pregnancy Pain.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 ANENCEFÁLIA.....	11
2.1 Conceitos	11
2.2 Diagnóstico	11
2.3 Anencéfalo: Aborto ou natimorto?	13
3 ANÁLISE HERMENÊUTICA	18
4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL X CÓDIGO PENAL	22
4.1 Pacto de São José da Costa Rica	22
4.2 Art. 5º, § 3º, CF/88	23
5 DIREITOS EM COLISÃO	26
5.1 Direitos da personalidade	26
5.2 Dignidade da pessoa humana	29
6 ATIPICIDADE PENAL	33
7 CONCLUSÃO	36
8 REFERÊNCIAS	38

1 INTRODUÇÃO

Dados da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) estima-se que sejam realizados cerca de 1,5 milhões de abortos ilegais no Brasil, anualmente. Ainda assim, as discussões sobre o tema continuam gerando polêmica e preconceito, dadas as implicações religiosas, éticas e morais que o assunto envolve.

Um novo impulso, porém, foi dado à discussão com a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF n 54) proposta, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), requerendo que a Suprema Corte decidisse a respeito da legalidade do aborto de feto anencéfalo.

Tendo em vista as hipóteses restritas de aborto legal no Brasil, previstas no art. 128, I e II, do Código Penal, quais sejam, quando a gravidez representa perigo à vida da mãe ou em caso de gravidez resultante de estupro, o quadro jurídico do aborto anencefálico é marcado pela incerteza e insegurança, pois as gestantes que desejem abreviar seu sofrimento físico e psíquico precisam requerer autorização judicial para a antecipação do parto, sujeitando-se ao deferimento ou não do pedido.

As decisões desencontradas sobre o tema fazem com que as requerentes fiquem, muitas vezes, à mercê da convicção religiosa de promotores e juízes e, em muitos casos, a decisão acerca do pedido vem tarde demais, quando o desfecho já se consumou.

Tendo a liminar concedida monocraticamente pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, que permitia o aborto em caso de anencefalia, sido cassada e não havendo, ainda, decisão de mérito sobre o tema, permanece o aborto anencefálico carente de um posicionamento adequado dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Por isso, propõe-se neste trabalho um enfoque interpretativo da matéria, em que se analisará, primeiramente, o conceito de anencefalia e o seu diagnóstico, para, em seguida, cotejá-lo com o conceito de morte hoje vigente, de acordo com a Medicina e a Bioética. De posse desses conceitos, se passará à análise jurídica do aborto anencefálico, tendo como parâmetro os valores e princípios constitucionais, além daqueles salvaguardados por tratados internacionais de direitos humanos de que o Brasil seja signatário, em especial o Pacto de São José da Costa Rica.

Dessa forma, pretende-se analisar os direitos em colisão, sob uma perspectiva científica e jurídica, tendo por norte, sobretudo, o princípio da dignidade humana, visto que,

na ponderação entre os valores envolvidos, realizada a partir de uma perspectiva laica, é evidente a prevalência do direito de escolha e da saúde física e psíquica da gestante.

Por fim, a despeito de enfrentar a questão da colisão de direitos fundamentais, sob o prisma das regras de hermenêutica, questiona-se, aqui, também, a própria existência de colisão – tendo em vista que defendemos a atipicidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo – privilegiando, assim, um enfoque global e dialético da matéria.

2 ANENCEFALIA

2.1 Conceito

A anencefalia é uma malformação relativamente comum, caracterizada pela ausência da abóbada craniana ou calvária, resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese.

Nestes casos, o feto apresenta as estruturas faciais e as órbitas, mas tem os hemisférios cerebrais e as estruturas diencefálicas substituídas por uma massa vascular e neural amorfa e achatada.

Além disso, cerca de 15 a 33% dos anencéfalos apresentam outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar e ventrículo único.

Segundo as pesquisas mais recentes, a diminuição do ácido fólico materno está associada ao aumento da incidência da anencefalia, daí sua maior frequência em níveis socioeconômicos menos favorecidos, sendo o Brasil um país com incidência alta, cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino.¹

O anencéfalo, portanto, nasce sem a maior porção do cérebro e o tecido cerebral restante geralmente fica exposto, sem a proteção do crânio ou de pele. Por esta razão, a criança quase sempre nasce cega, surda e sem consciência e não sobrevive mais que algumas horas, podendo, no máximo, sobreviver por poucos dias.

2.2 Diagnóstico

O reconhecimento do feto com anencefalia é imediato, não há ossos frontal, parietal e occipital, a face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes, o cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.

¹ PINOTTI, José Aristodemo. Professor titular de ginecologia da USP. *Anencefalia: Opinião*. In: FEBRASGO, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, São Paulo, 2005.

Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula, não sendo sequer necessário que se proceda à realização de exames invasivos.

A maioria dos anencéfalos sobrevive por, no máximo, 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias.

As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão, hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), eclampsia e embolia pulmonar, levando as mães a percorrerem uma gravidez de risco elevado. A FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia, e Obstetrícia, inclusive, enumera as complicações maternas decorrente de gestação de anencéfalo, dentre elas:

- A) Prolongamento da gestação além de 40 semanas;
- B) Associação com polihidrâmnio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores;
- C) Associação com DHEG (Doença Hipertensiva Específica da Gestação);
- D) Associação com vasculopatia periférica de estase;
- E) Alterações comportamentais e psicológicas;
- F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tempo considerado normal);
- G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério;
- H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos;
- I) Necessidade de bloqueio da lactação;
- J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina;
- K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo.

Destarte, a ultrasonografia demonstra claramente este defeito de maneira precoce e precisa. O pólo cefálico já pode ser identificado com 8 semanas, sendo que com 11 semanas os ossos da abóbada craniana devem apresentar mineralização.

Como se vê, o ultrassom permite o diagnóstico precoce e exato desta anomalia grave e letal. Mas, de que adiantará todo esse avanço tecnológico proporcionado pela medicina se a gestante não puder optar pela interrupção da gestação de um feto inviável?

2.3 Anencéfalo: Aborto ou natimorto?

O momento da morte é extremamente relevante para o Direito porque a proteção da vida termina com ele. No Brasil, a Lei de transplante de órgãos e tecidos (Lei 9.434/97) é incisiva ao declarar, em seu art. 3º, que qualquer retirada de órgãos ou tecidos “deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica”, fixando, assim, a morte encefálica como o momento da morte do ser humano.

O problema da definição tradicional da morte é que ela, como muitas outras definições tradicionais, é circular. Ora, se a interrupção da vida cerebral (parada total e irreversível das funções encefálicas) é critério de morte, haveria algo inversamente proporcional no início, e a vida humana começaria com os primeiros sinais da atividade cerebral?

Recai-se, então, inevitavelmente, no tortuoso dilema filosófico sobre o início e o fim da vida.

Para o filósofo Singer, o critério da morte cerebral constitui “uma decisão ética, não uma decisão científica”, o que faz pleno sentido, tendo em vista que a ética trabalha com os dados existentes disponíveis. Caso contrário, teríamos de nos submeter inteiramente aos descobrimentos - por vezes incertos, pois constantemente mutáveis - da ciência, o que não seria ético.²

Assim, nenhuma tomada de posição mostra-se adequada se não se partir de uma consideração básica: vida e morte constituem um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, tem um desenrolar encadeado no tempo. É evidente, assim, que o conceito de vida ou de morte se insere num dado momento desse desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade.

Nesse sentido, Gracia dispõe de forma irretocável:

“La muerte es un hecho cultural, humano. Tanto el criterio de muerte cardiopulmonar como el de muerte cerebral y el de muerte cortical son constructos culturales, convenciones racionales, pero que no pueden identificarse sin más con el concepto de muerte natural. No hay muerte natural. Toda muerte es cultural. Y los criterios de muerte también lo son.

² SINGER, Peter. *Is the sanctity of life ethics terminally ill?* Brain death. Elsevier Science, 1995, p. 231.

Es el hombre el que dice qué es la vida y qué es la muerte. Y puede ir cambiando su definición de estos términos con el transcurso del tiempo. Dicho de otro modo: el problema de la muerte es un tema siempre abierto. Es inútil querer cerrarlo de una vez por todas. Lo único que puede exigírsenos es que demos razones de las opciones que aceptemos, que actuemos con suma prudencia. Los criterios de muerte pueden, deben y tienen que ser racionales y prudentes, pero no pueden aspirar nunca a ser ciertos.”³

Ora, desde o informe de 1968, do Comitê da Escola de Medicina de Harvard, o coração deixou de ser o órgão central da vida e a falta de batimentos cardíacos, a representação da morte. Elegeu-se em substituição o cérebro, de forma que a morte passou a ser definida como a abolição total da função cerebral (*whole brain criterion*).

A partir da nova definição de morte, estabeleceu-se um limite na assistência dada à pacientes propiciando um inquestionável progresso na área da transplantação. Entre 1968 e os anos iniciais do terceiro milênio, as novas tecnologias, na área da biomedicina, demonstraram, de forma irrefutável, que o conceito de morte cerebral ou encefálica não possuía o nível de segurança desejável e, mais que isso, dava causa a ponderáveis dúvidas sobre sua legitimidade, de modo que não encontra sustentação, na atualidade, uma justificação biológica da morte cerebral sob argumento da perda irreversível da função cerebral completa.

Desfez-se, então, a plena identificação da morte com a morte cerebral. Essa, em verdade, serve apenas como um diagnóstico clínico ou, mais precisamente, como um critério a partir do qual se admite a abstenção ou a interrupção de suporte vital para efeito de transplante.

Além disso, nas décadas de setenta e oitenta, foram detectados quadros clínicos intermediários nos quais há diversificação no grau de lesão do sistema nervoso, como se dá, por exemplo, no estado vegetativo permanente ou na anencefalia. Ambos têm em comum: a) o estado permanente de inconsciência; b) respostas à dor, sem possibilidade de experimentar

³ “A morte é um fato cultural, humano. Tanto o critério da morte cardiopulmonar, como o da morte cerebral e o da morte cortical são construções culturais, mas que não se identificam diretamente com morte natural. Não há morte natural. Toda morte é cultural. E os critérios da morte também o são. É o homem quem diz o que é a vida e o que é a morte. E pode ir mudando sua definição desses termos com o transcurso do tempo. Dito de outro modo: o problema da morte é um tema sempre aberto. É inútil pretender encerrá-lo de uma vez por todas. A única coisa que se pode exigir é que explicitemos as razões e que atuemos com suma prudência. Os critérios da morte podem, devem e têm que ser racionais e prudentes; não podem nunca aspirar que sejam certos.” GRACIA, Diego. *Ética de los confines de la vida*. Ed. El Buho. Colômbia, 1998.

sofrimento; c) ciclos de sono e vigília, embora praticamente não se observem nos anencéfalos. Não obstante, distinguem-se: a) a anencefalia é uma malformação embrionária e o estado vegetativo permanente é um estado adquirido; b) a extensão da malformação neurológica é fácil e convincentemente observável no exame clínico, o que não ocorre geralmente no estado vegetativo permanente; c) a anencefalia pode ser diagnosticada com certeza enquanto que o estado vegetativo permanente apresenta maiores dificuldades; d) os pacientes em estado vegetativo permanente costumam ter ampla sobrevivência, já o anencéfalo, se chega a nascer, seu tempo de vida é muito breve.⁴

Embora possam ser identificados alguns dados aproximativos entre a anencefalia e o estado vegetativo permanente, força é convir que há diferenciações bastante significativas nesses quadros clínicos. Além disso, há na anencefalia, um *plus* que lhe dá configuração autônoma e especial. Ao contrário de quem se encontra em estado vegetativo permanente, o anencéfalo não tem o próprio cérebro (hemisférios cerebrais e córtex), o que exclui que se possa, em sua relação, adotar o critério de morte cerebral mesmo que tal critério, apesar das restrições que lhe são movidas, tenha embasamento legal. Seria um verdadeiro contra-senso reconhecer a morte cerebral de quem não tem, materialmente, cérebro.

Não há, portanto, como conciliar o conceito de morte cerebral, articulado em 1968, à situação do anencéfalo, cuja ausência de equipamento cerebral, pode ser detectada nos meses iniciais da gravidez.

Pois, como se comprovaria a cessação irreversível das funções integradoras do cérebro como um todo se esse todo inexistente no anencéfalo?

E como qualificá-lo, em face do funcionamento primitivo de seu sistema nervoso, para o diagnóstico de morte cerebral?

Assim, como a situação do anencéfalo não se acomoda, neurofisiologicamente, ao *whole brain criterion*, é preciso encontrar outro critério mais adequado para a identificação da morte. Dá-se, então, suporte à teoria da morte neocortical (*high brain criterion*)⁵, que abandona completamente o sentido puramente biológico da vida e prioriza, em seu lugar, os aspectos vinculados à existência da consciência, afetividade e comunicação, como expressão de identidade da pessoa.

Seguindo essa linha de pensamento, a teoria da identidade pessoal defende o *high brain criterion*, desconsiderando a justificação meramente biológica da morte cerebral, pois,

⁴ BAVIO, Paula Siverino. *Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia*, 2ª ed. – Buenos Aires: Losada, 2002, p. 10.

⁵ GHERARDI, Carlos R. *La muerte cerebral y la muerte*. Medicina, Buenos Aires, 1997; 57:114-118.

quando a consciência fica totalmente abolida, como no estado vegetativo permanente, a pessoa desaparece, ficando em seu lugar apenas o corpo biológico que a albergou.

Ora, se esse raciocínio guarda pertinência em relação à pessoa já nascida que se acha em estado vegetativo permanente, o que dizer em relação ao feto anencefálico, que nunca teve, devido à sua patologia embrionária, a capacidade de autodeterminar-se, por lhe faltar o imprescindível, que é a autoconsciência?

Por isso, se mostra correta a afirmação de que o feto anencéfalo é um projeto embriológico falido, “não um processo de vida, mas um processo de morte”, pois não se está diante de um *nascituro*, e, sim, de um *mortituro*.⁶

Destarte, os pacientes em estados neurológicos intermédios – e, em particular, na anencefalia – que não atendem aos requisitos da morte cerebral, mas se enquadram na perspectiva da morte neocortical, não podem ser considerados como tecnicamente vivos.

Conseqüentemente, não se aplica à anencefalia o critério de morte cerebral nem encefálica porque o feto anencéfalo não dispõe do equipamento cerebral necessário a dar suporte a esse critério, devendo-se levar em conta, neste caso, o critério da morte neocortical.

Os que resistem à tese médica e jurídica de que o feto com anencefalia é um feto morto são também os que, em sua maioria, sustentam o dever da solidariedade: mulheres grávidas de fetos anencefálicos deveriam manter a gestação para doar os órgãos dos fetos. Indiferentes ao fato de que especialistas em Genética e em Embriologia não consideram esta uma possibilidade viável, dado o risco de outras malformações congênicas associadas à anencefalia.

O argumento de que as mulheres deveriam ser obrigadas a manter a gestação para futuramente doar os órgãos do feto é ainda mais frágil sob outras perspectivas. A primeira delas é que não há qualquer fundamento ético nessa sustentação, que nada mais é do que uma apologia à coisificação do corpo da mulher. Além disso, simplesmente não há esta demanda reprimida por órgãos de recém-nascidos e sequer temos tecnologia segura para realizar o transplante. Até onde se tem notícia não houve transplantes de órgãos de fetos com anencefalia com sucesso no Brasil.

Não há, portanto, do ponto de vista bioético, um conflito de valores entre a mãe gestante e o feto anencefálico, pois, se este não tem nenhuma viabilidade, o conflito inexistente.

⁶ BAVIO, Siverino, Ob. cit., p. 04.

Feitas essas breves considerações médicas, bioéticas e filosóficas, cabe agora realizar uma análise jurídica da anencefalia, à luz dos princípios constitucionais e da hermenêutica.

3 ANÁLISE HERMENÊUTICA

Segundo Larenz (1997, p. 439), “interpretar é uma atividade de mediação, pela qual o intérprete traz à compreensão o sentido de um texto que se lhe torna problemático”.

E em se tratando de interpretação, não há como fugir da discussão entre a teoria subjetiva ou teoria da vontade, que considera como escopo da interpretação a indagação da vontade histórico-psicológica do legislador, e a teoria objetiva ou teoria da interpretação imanente à lei, que defende a exploração do sentido que é inerente à própria lei.

É evidente que a interpretação para ser considerada como tal não pode distorcer as intenções de regulação e as idéias normativas concretas do legislador histórico, sobrepondo-se ao escopo da lei. Entretanto, toda interpretação está condicionada pela época, visto que quem interpreta a lei em certo momento busca nela uma resposta para as questões do seu tempo. Por isso, Larenz (ob. cit., p. 448) defende que o escopo da interpretação é o sentido normativo do que é agora juridicamente determinante, quer dizer, o sentido normativo da lei.

Nesse sentido, há que se compreender que o Código Penal brasileiro, elaborado na década de 40 do século passado, deve, necessariamente, ser interpretado em consonância com os valores e princípios albergados na Constituição Federativa da República do Brasil de 1988.

Ressalte-se que, para o referido autor, a expressão “vontade da lei” encobre, na verdade, a relação de tensão que a cada momento pode surgir entre a intenção originária do legislador e o conteúdo em permanente reformulação da lei, devendo entender-se que o sentido normativo da lei não exclui, mas, inclui esta relação de tensão e que a meta última da interpretação não é a investigação da vontade real do legislador histórico e, sim, a averiguação do significado da lei que é hoje juridicamente decisivo.

A alteração da situação normativa pode, assim, conduzir à modificação – restrição ou extensão – do significado da norma até aqui prevalente, devido à necessidade de adequação aos princípios constitucionais.

Dessa forma, estando à lei, como fato histórico, em relação atuante com o seu tempo, se as relações fáticas ou usos que o legislador histórico tinha perante si, e em conformidade aos quais projetou a sua regulação, variaram de tal modo que a norma dada deixou de se ajustar às novas relações, há uma tensão que pode ser solucionada pela interpretação.

Não se trata, no caso em tela, de reescrever o Código Penal através da interpretação, pois não se pede uma nova norma, um novo permissivo para a lei penal, mas,

simplesmente, a aplicação do texto constitucional, seja de forma direta e imediata, seja através da re-interpretação das normas infraconstitucionais, no caso o Código Penal.

Preocupante, em se tratando de anencefalia, é que a discussão, muitas vezes, não trata apenas de fundamentos jurídicos, mas subjetivos. E o Direito não apenas não deve, como não pode, ser usado como um instrumento para legitimar “inclinações”. Evidentemente, nenhuma técnica é neutra, tampouco o seu uso é ingênuo, porém, o mais importante, neste caso, é que se está diante de um dado incontestável: o fato morte.

O direito à vida, ao contrário do que muitos sustentam, não é um direito absoluto, assim como nenhum outro direito o é. Entretanto, ao se proibir a interrupção da gravidez de feto anencefálico, não se poderá fazê-lo sob o pretexto de proteger o direito à vida, pois o anencéfalo, como já se provou inúmeras vezes, é incompatível com ela.

Apesar de entendermos que a vida vegetativa não é suficiente para fazer de algo um homem, há quem considere haver na antecipação terapêutica do parto de anencéfalo ofensa à vida, neste caso, é preciso que se identifiquem precisamente os contornos e limites desse e dos outros direitos individuais em conflito, de forma a possibilitar tanto a concretização desses direitos, quanto o estabelecimento de eventuais limitações ou restrições.

A definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental, podendo o exercício dos direitos individuais darem ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de determinado direito depende de uma interpretação sistemática abrangente de outros direitos e disposições constitucionais, sendo a definição do âmbito de proteção obtida em confronto com eventual restrição a esse direito.

Tendo em vista o disposto por Alexy *apud* Mendes (2002, p. 225-226), há que se indagar se os direitos fundamentais consagram posições definitivas (regras) ou se definem apenas posições *prima facie* (princípios)⁷.

Segundo a teoria dos princípios, princípios são normas que permitem que algo seja realizado, da maneira mais completa possível, tanto no que diz respeito à possibilidade jurídica quanto à possibilidade fática. Princípios são, nesses termos, mandados de otimização. Assim, eles podem ser satisfeitos em diferentes graus. A medida adequada de satisfação

⁷ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*, p. 215, *apud* MENDES, Gilmar. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. 1ª ed., 2ª tir. - Brasília: IDP, Editora Brasília Jurídica, 2002, p. 225-6.

depende não apenas de possibilidades fáticas, mas também de possibilidades jurídicas. Essas possibilidades são determinadas por regras e, sobretudo, por princípios.

As colisões dos direitos fundamentais devem ser consideradas segundo a teoria dos princípios, como uma colisão de princípios. O processo para a colisão de princípios é a ponderação. Princípios e ponderação são dois lados do mesmo fenômeno. O primeiro refere-se ao aspecto normativo, o outro, ao aspecto metodológico.

Já as regras, são normas que são aplicáveis ou não-aplicáveis. Se uma regra está em vigor, é determinante que se faça exatamente o que ela exige, nem mais e nem menos. Regras contêm, portanto, determinações no contexto do fático e do juridicamente possível. São postulados definitivos. A forma de aplicação das regras não é a ponderação, mas a subsunção.

Contudo, a teoria dos princípios não diz que o catálogo dos direitos fundamentais não contém regras, isto é, que ela não contém definições precisas. Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto balizadores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que, atrás e ao lado das regras, existem princípios.

A grande vantagem da teoria dos princípios reside no fato de que ela pode impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva, pois, a pergunta sobre a legitimação de uma restrição há de ser respondida mediante ponderação, já que, quanto mais intensa se revelar a intervenção em um dado direito fundamental, maiores não de se revelar os fundamentos justificadores dessa intervenção.

A teoria dos princípios logra não apenas a solução de colisões de direitos, mas a estruturação de solução das colisões de direito, permitindo, assim, uma via intermediária entre vinculação e flexibilidade, enquanto que a teoria da regra conhece somente a alternativa validade ou invalidade.

Portanto, no que tange à anencefalia, que direito deve prevalecer em havendo colisão entre dois direitos fundamentais, o direito à vida do feto ou o direito à dignidade da gestante?

Para Mendes (2002, p. 282), uma valoração hierárquica diferenciada entre direitos individuais só é admissível em casos especialíssimos, devendo o postulado da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) balizar todas as demais disposições constitucionais.

Obviamente, essa hierarquização não contém um juízo de desvalor de determinado direito, traduzindo tão-somente a idéia de que a sua limitação é necessária e

evidente para a compatibilização com outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes.

Assim, através de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que a proibição da interrupção da gravidez de anencéfalo viola flagrantemente a dignidade da pessoa humana, ao submeter à gestante ao enorme e inútil sofrimento de levar a termo uma gravidez inviável, afetando a sua integridade física e psicológica.

Viola, também, o direito de liberdade da gestante, já que, segundo o art. 5º, II, da CF, “ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, sendo, inaplicável a ela a vedação do Código Penal relativa ao aborto, pois de aborto não se trata, haja vista a falta de potencialidade de vida do feto.

Por fim, viola o direito à saúde da gestante, ao obrigá-la a levar a termo a gravidez quando há procedimento médico adequado para minimizar seu sofrimento físico e psicológico, sendo certo que em relação ao feto nada se pode fazer.

Atua, portanto, a interpretação sistemática da lei de forma corretiva, de modo a permitir tanto a justificação das restrições possíveis, quanto à delimitação do âmbito de proteção dos direitos, orientando-se sempre pelas normas constitucionais e pela primazia de valor de determinados bens jurídicos que delas se deduz.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL X CÓDIGO PENAL

4.1 Pacto de São José da Costa Rica

Como já foi dito, o Código Penal brasileiro permite a prática do aborto tão-somente nas duas situações anteriormente referidas, quais sejam, em caso de risco à vida da mãe (“aborto necessário”) e em gravidez resultante de estupro (“aborto humanitário”), não estando o aborto por anencefalia expressamente previsto na lei penal brasileira.

Percebe-se, assim, que o nosso Código Penal é bastante conservador em matéria de aborto, o que se deve, muito provavelmente, à forte influência que certos setores religiosos ainda exercem sobre o legislador. De fato, o processo de secularização do Direito, infelizmente, ainda não terminou.

Contudo, a despeito da enorme polêmica religiosa provocada, é fundamental que a discussão acerca do tema se dê de forma estritamente científica e, sobretudo, jurídica, salvaguardando os valores consagrados pela ordem jurídica brasileira.

Assim, tendo em vista os ensinamentos do professor Gomes, L. F. (2005)⁸, tomamos como ponto de partida do debate sobre a anencefalia a norma da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4º, n.1), que dispõe que “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”

Todavia, quando há motivo sério e forte que justifique a eliminação da vida - e esse é, claramente, o caso da anencefalia - não há como o Direito não amparar essa situação.

Dessa forma, tem-se que a rigidez excessiva da lei, ao estabelecer hipóteses tão restritas de aborto legal, não subsiste diante da “ação de irradiação do direito fundamental sobre o simples Direito legal que o restringe”⁹, visto que a saúde e a dignidade da gestante não podem ser sacrificadas para proteger um feto que é absolutamente incompatível com a vida.

Resta-nos indagar de que forma e com que hierarquia a Convenção Americana de Direitos Humanos entra no ordenamento brasileiro e com que força vincula as nossas disposições legais.

⁸ GOMES, Luiz Flávio. *Nem todo aborto é criminoso*. Mundo Legal – Revista. São Paulo, 2005.

⁹ LARENZ, Karl. Ob. cit., p. 484.

4.2 Art. 5º, § 3º, CF/88

Inicialmente, cumpre esclarecer que as Constituições contemporâneas, incluída aí a Constituição brasileira de 1988, têm características diferentes da Constituição-garantia dos séculos XVIII e XIX, podendo ser classificadas como Constituições-programáticas de ânimo dirigente, pois contêm normas definidoras de programas de ação e de linhas de orientação. Por este motivo, as Constituições do século XX contêm, além de regras que atribuem competências, princípios gerais.¹⁰

Assim, a expansão axiológica do Direito é um dos objetivos dos princípios gerais que permeiam as Constituições contemporâneas, sobretudo a brasileira, que assinala, no plano jurídico, a passagem política do regime autoritário-militar para a democracia. Por esta razão, a Constituição de 1988, como Constituição programática, não se limitou a distribuir competências e garantir direitos, caracterizando-se pela substantiva incorporação de princípios gerais, voltados para indicar um sentido de direção que a Constituição busca imprimir à sociedade brasileira.

O desdobramento do inc. II do art. 4º na prática diplomática brasileira tem sido uma política de Direito voltada para a adesão do Brasil aos Pactos Internacionais e Regionais de Direitos Humanos.

No plano interno, esta política jurídica exterior tem o respaldo e o estímulo do § 2º do art. 5º, que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte.

O § 2º do art. 5º suscitou controvérsias, pois, argüiu-se que, a ser aplicado literalmente, ensejaria mudança constitucional por maioria simples, que é a maioria requerida para a aprovação de decreto legislativo que recepciona um tratado na ordem jurídica interna. Destarte, não se cumprindo os requisitos da votação da emenda constitucional (CF art. 60, § 2º), os tratados internacionais de direitos humanos não poderiam ter a validade de normas constitucionais.

Foi por conta desta controvérsia que a Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, também adicionou ao art. 5º, em consonância com o art. 60, § 2º, da CF, o novo § 3º, que diz: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que

¹⁰ CANOTILHO, J.J. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra, Almedina, 2002, p. 217-8; *apud* Manoel Gonçalves Ferreira Filho. *Curso de Direito Constitucional*. 22. ed. atualizada. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 12-3.

forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

Todavia, Lafer (2005, p. 17-8) entende que os tratados de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionadas pelo art. 5º, § 2º, não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados.

Dessa forma, com a vigência da Emenda n. 45, apenas os tratados a que o Brasil venha a aderir é que devem obedecer ao procedimento previsto no novo § 3º do art. 5º.

Há, no entanto, uma situação jurídica de direito intertemporal distinta das duas hipóteses já mencionadas: a dos tratados internacionais de direitos humanos a que o Brasil aderiu e recepcionou no seu ordenamento jurídico desde a Constituição de 1988 até a Emenda n.45. E é entre estes tratados que está a Convenção Americana de Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica.

Para o referido autor, os dispositivos deste e de outros tratados recepcionados pela ordem jurídica nacional sem o *quorum* de uma emenda constitucional não podem ser encarados como tendo apenas a mera hierarquia de leis ordinárias.

Por força do § 2º do art. 5º, as normas destes tratados são materialmente constitucionais, pois integram o *bloco de constitucionalidade*¹¹, ou seja, um conjunto normativo que contém disposições, princípios e valores que, no caso, em consonância com a Constituição de 1988, são materialmente constitucionais, ainda que estejam fora do texto da Constituição documental. O bloco de constitucionalidade é, assim, a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

O bloco de constitucionalidade imprime vigor à força normativa da Constituição e é, por isso, parâmetro hermenêutico, de hierarquia superior, de integração, complementação e ampliação do universo dos direitos constitucionais previstos, além de critério de preenchimento de eventuais lacunas.

¹¹ CAMPOS, German J. Bidart. *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*. Buenos Aires, Ediar, 1995, p. 264-9; 399-404 *apud* LAFER, Celso. *A constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º*. In: Heleno Taveira Tôres (Coord.). (Org.). *Direito e Poder - Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos* (Estudos em homenagem a Nelson Saldanha). 1 ed. Barueri-SP, 2005, v. , p. 215-232.

Por essa razão, o Pacto de São José da Costa Rica e os demais tratados internacionais de direitos humanos recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro a partir da vigência da Constituição de 1988 e a entrada em vigor da Emenda Constitucional n. 45 não são meras leis ordinárias, pois têm a hierarquia que advém de sua inserção no bloco de constitucionalidade.

5 DIREITOS EM COLISÃO

5.1 – Direitos da personalidade

A discussão sobre a personalidade do nascituro é fecunda, destacando-se, neste contexto, três teorias: a teoria natalista, a teoria da personalidade condicional e a teoria concepcionista http://www.fdc.br/a_nasciturol.htm - [ftn3](#). Segundo a teoria natalista, o nascituro tem mera expectativa de direitos, mesmo porque a personalidade, na dicção do *caput* do artigo 2º do Código Civil de 2002, somente se adquire a partir do nascimento com vida. Os adeptos da teoria da personalidade condicional, por sua vez, asseveram que o nascituro tem direitos que estariam subordinados a uma condição suspensiva consistente no nascimento com vida. Já para os partidários da teoria concepcionista, o nascituro é sujeito de direitos e obrigações desde o momento da concepção.

Tendo em vista a *constitucionalização do Direito Civil*¹², é preciso encarar os direitos de personalidade como matéria pluridisciplinar, dada a sua inegável inserção na Constituição, sendo a sua sistematização mais bem visualizada sob a ótica do Direito Civil Constitucional.

A mudança de prisma é substancial, pois deve o jurista, agora, interpretar o Código Civil segundo a Constituição e não a Constituição segundo o Código, como ocorria com frequência, já que a unidade hermenêutica, hoje, tem a Constituição como ápice conformador da elaboração e aplicação da legislação civil.

Assim, independentemente da teoria adotada, tem-se que, se o Direito Civil utiliza o critério do reconhecimento da vida para se adquirir personalidade e o bem jurídico principal a ser tutelado é a vida, em se diagnosticando a morte cerebral (ou, no caso, a inexistência de cérebro) do feto, não existe bem jurídico a ser tutelado.

Do mesmo modo entendeu o Min. Joaquim Barbosa, do STF, em seu voto, ao julgar o HC 84.025-6¹³, no qual dispõe que “o feto anencefálico, mesmo estando biologicamente vivo (porque feito de células e tecidos), não tem proteção jurídica”, tendo em vista o fato irrefutável de não haver expectativa de vida fora do útero.

¹² LÔBO NETTO, Paulo Luiz. *Constitucionalização do Direito Civil*.

¹³ *HABEAS CORPUS* 84.025-6 RIO DE JANEIRO.

No que tange à tutela jurídica, os direitos da personalidade outorgam liberdades individuais, uma vez que compete à própria pessoa humana, e não ao Estado ou à sociedade, a determinação do conteúdo desses mesmos direitos. Desse modo, a idéia de personalidade humana torna-se inseparável daquelas de autodeterminação e de autonomia: não só a pessoa humana é livre para determinar sua própria personalidade como para exercê-la de acordo com os seus próprios interesses. Afinal, o escopo dos direitos da personalidade é exatamente o da afirmação do singular sobre a coletividade.

Orlando Gomes (1985, p.17), inclusive, estabelece uma distinção entre as idéias de “pessoa” e de “indivíduo”. Ao referir-se aos Códigos individualistas, faz o jurista baiano menção àquelas legislações que, à semelhança do Código Civil de 1916, furtam-se em dar um tratamento jurídico aos direitos da personalidade, ou seja, aos direitos “do homem na sua humanidade rebelde à standardização”. Desse modo, denota sua adesão à atribuição de um novo significado jurídico ao termo “pessoa”, aproximando-o da idéia de personalidade humana e distanciando-o daquela de sujeito de direito, expressão que, por estar associada à titularidade de direitos subjetivos, encontra-se fortemente ligada ao individualismo.

Nessa toada, o Código Civil de 2002 estabelece que a personalidade humana é prévia à personalidade jurídica e independe de qualquer atributo normativo. Desse modo, a finalidade dos arts. 1º e 2º do Novo Código é diversa daquela dos arts. 2º e 4º do Código anterior, pois, enquanto o Código de 1916 estabelece quem são as pessoas humanas, o Código de 2002 reconhece a precedência da personalidade humana sobre a personalidade jurídica, restringindo-se a determinar as circunstâncias nas quais as personalidades humanas gozam de personalidade jurídica, tornando-se aptas à titularidade de direitos subjetivos.

Pode-se vislumbrar no Código Civil de 2002, portanto, a existência de uma distinção entre o termo “pessoa” e a locução “pessoa natural”: enquanto o termo designa a personalidade humana, a locução aplica-se às personalidades humanas revestidas de personalidade jurídica. Dessa adesão à contemporânea teoria da personalidade advém a importância atribuída por esse diploma normativo aos assim denominados direitos da personalidade.

No entanto, apesar de o Novo Código adotar a teoria da personalidade, há, ainda, resquícios da ordem anterior, ao tentar impor uma vedação à limitação voluntária dos direitos da personalidade.

Cunha (2005, p. 77) cita como exemplo do equívoco que pode advir de uma compreensão dos direitos da personalidade como insuscetíveis de limitação voluntária o art. 13, do Código Civil de 2002, que dispõe: “Salvo por exigência médica, é defeso o ato de

disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes”.

Segundo o mesmo autor, durante muito tempo, o Direito buscou refrear a disponibilidade do corpo humano a partir da idéia de bem fora do comércio, embora isso não seja tecnicamente adequado. Se bem fora do comércio é todo aquele insuscetível de apropriação ou legalmente alienável, temos que o corpo humano não é nem uma coisa nem outra, pois, pode-se dizer que o corpo humano é inapropriável e inalienável enquanto totalidade, mas nunca no que tange às partes que tenham sido dele destacadas. Conforme estabelecido na Constituição de 1988, art. 199, § 4º, a doação de órgãos e tecidos é, inclusive, encorajada como um dever de solidariedade.¹⁴

Partindo-se desse pressuposto, como se devem compreender juridicamente as relações entre a pessoa humana e o seu corpo?

Para Gediel (1998, p. 69), há duas diferentes formas de compreensão para o problema. Em primeiro lugar, é possível compreender essa relação de um ponto de vista patrimonialista, em que o corpo é propriedade, disponível ou não, da pessoa humana. Em segundo lugar, pode-se vislumbrar uma indissociabilidade entre pessoa humana e o seu corpo, segundo a qual esses dois elementos estariam unidos indelevelmente. Logo, o corpo humano revestir-se-ia de caráter extra patrimonial, na medida em que não é um bem adquirido pela pessoa humana, mas inseparável da mesma.

Por essa razão, não se pode pretender estabelecer um regime jurídico do corpo humano baseado na lógica que preside os direitos de natureza patrimonial e é por isso que qualquer consideração sobre a (in)comercialidade dos bens da personalidade é desprovida de maior relevância. Pois, na medida em que é um direito extra patrimonial, o direito ao próprio corpo deve estar adstrito aos mesmos princípios que regem essa classe de direitos subjetivos, entre os quais o do livre desenvolvimento da personalidade humana. Ao atuar sobre o próprio corpo, a pessoa humana não pode estar limitada por qualquer padrão socialmente determinado de comportamento, tanto quanto no exercício do direito à intimidade ou de qualquer outro direito da personalidade.

E é nesse sentido que dispõe a norma do art. 15, do Código Civil de 2002, que permite a recusa ao tratamento médico: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica.”

¹⁴ CUNHA, Alexandre dos Santos. *A normatividade da pessoa humana: O estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005, p. 78.

Autorizando expressamente a recusa ao tratamento médico, o Código de 2002 nada mais faz do que atribuir à própria pessoa humana a responsabilidade de decidir sobre a preservação ou não de sua integridade física, respeitando a autonomia e a autodeterminação essenciais à idéia de livre desenvolvimento da personalidade humana.

Claro está, portanto, que decisões como essa – que dizem respeito à integridade física e psíquica da pessoa humana – não deveriam sequer ocupar a esfera pública, uma vez que são de ordem privada e dizem respeito, estritamente, às pessoas envolvidas, devendo a liberdade de decisão ser resguardada para que se garanta o respeito à dignidade humana.

No caso da gestante de anencéfalo, resta mais do que evidente que, com a tentativa de se resguardar os direitos do nascituro – que, na verdade, nada mais é do que um *mortituro*¹⁵ –, está-se atentando contra os direitos da personalidade da mãe, cujos direitos de autonomia e autodeterminação são indelevelmente suprimidos em nome da preservação de um feto absolutamente incompatível com a vida.

5.2 – Dignidade da pessoa humana

*"Il y a négation de l'humain non pas nécessairement là où il y a atteinte à la vie, mais là où, sous une forme ou une autre, il y a atteinte à ce qu'on appelle, d'un mot grave et profond, la dignité humaine, c'est-à-dire ce qui permet à un être humain de se faire valoir comme être de sang, de s'élever au-delà de sa réalité simplement biologique, de prononcer une parole qu'il puisse vraiment assumer, en laquelle il puisse vraiment se dire."*¹⁶

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo.

Todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-se-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera

¹⁵ BAVIO, Siverino, Ob. cit., p. 04.

¹⁶ "Há negação do humano não necessariamente ao atentar-se contra a vida, mas ao atentar-se, de algum modo, contra o que chamamos, grave e profundamente, de *dignidade humana*; em outras palavras, isto que permite a um ser humano fazer-se valer como ser vivo, elevar-se além de sua realidade simplesmente biológica, pronunciar uma palavra que possa verdadeiramente assumir, através da qual possa verdadeiramente definir-se." LADIÈRE, Jean. *L'éthique et les interes collectifs*, apud DELMAS-MARTY, Mireille. *Pour un Droit Commun*. Paris : Seuil, 1994.

individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões de terceiros.

Em outras palavras, considerando a dignidade como tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade.

Assim, têm-se como divisor de águas, no caso da anencefalia, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, dentre os quais estão: a liberdade de escolha, o direito à saúde e a dignidade da pessoa humana.

Em países de forte tradição católica, como o Brasil, as posições que caracterizam o debate sobre o aborto oscilam entre o direito à vida do feto e o direito à autonomia reprodutiva da mulher para deliberar sobre o seu próprio corpo. E, no caso da legislação brasileira sobre o aborto, a autonomia de decisão da mulher tende a ficar em segundo plano em relação ao status jurídico do feto, considerado pessoa a ser protegida pelo Estado.

Essa definição do status jurídico do feto, presente no Código Penal, está orientada por preceitos de cunho religioso sobre a origem da vida, mais especificamente os da Igreja Católica, segundo a qual, o pressuposto da santidade da vida do feto é um ato de fé que se traduz, na legislação penal, pela proibição do aborto, mesmo em estágios precoces de gestação. A teoria da potencialidade da vida, ao sustentar que entre um embrião humano e um adulto há somente um lapso de tempo, suporta a criminalização do aborto como um ato delitivo contra a pessoa.

Percebe-se, então, que a liberdade de escolha assemelha-se ao princípio da autonomia reprodutiva. No Brasil, contudo, para exercer essa liberdade, em caso de anencefalia, a mulher necessita de autorização judicial, o que constitui clara restrição à liberdade de escolha de seu tratamento médico.

Sendo o direito à saúde um direito constitucional, não pode o Estado restringi-lo, simplesmente, a atender uma necessidade, devendo, também, promover o completo bem-estar físico e psíquico dos cidadãos. No caso em tela, todavia, o acesso ao melhor tratamento médico encontra-se restrito pela necessidade de documentação judicial.

A dignidade da pessoa assegura o direito à integridade física e psicológica. Em caso de anencefalia, há a violação da integridade física da mulher porque seu corpo será transformado inutilmente, já que o feto anencefálico não tem viabilidade de vida extra-uterina. Não há sequer interesse da coletividade em preservar um sofrimento na esfera

psíquica das mulheres, não havendo como escapar à idéia de tratamento indigno e desumano, visto que a limitação da autonomia implica em tratamento indigno.

Deste modo, visto pelo lado dos direitos humanos e, dentro destes, os direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, é urgente que se normatize a interrupção da gravidez em caso de anencefalia, sem que a gestante tenha que recorrer à autorização judicial, o que, claramente, restringe a sua autonomia e poder de decisão.

Assim, se uma renúncia à dignidade e ao conteúdo em dignidade dos direitos é, em princípio, vedada pela ordem jurídica, não há como deixar de reconhecer a possibilidade de uma série de situações concretas onde se verifica pelo menos uma autolimitação de determinados direitos inerentes à personalidade, como é o caso da interrupção da gravidez nas hipóteses autorizadas pelo legislador, incluída aí, segundo nosso entendimento, a anencefalia.

Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite, cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jus fundamental.

É justamente neste contexto que o princípio da dignidade da pessoa humana passa a ocupar lugar de destaque, notadamente pelo fato de que, ao menos para alguns, o conteúdo em dignidade da pessoa humana acaba por ser identificado como constituindo o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Pode, assim, a dignidade da pessoa humana atuar simultaneamente como limite dos direitos e limite dos limites, já que serve, também, como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes.

Tormentoso problema é o de se estabelecerem restrições á própria dignidade da pessoa humana. Com efeito, em se considerando a perspectiva dúplice da dignidade como elemento limitador e integrante dos direitos fundamentais, não nos parece desarrazoado indagar se, para assegurar a dignidade e os direitos fundamentais de uma determinada pessoa (ou grupo de pessoas) não se acaba, por vezes, afetando (limitando) a dignidade de outra pessoa. Enfim, até que ponto a dignidade da pessoa pode ser tida como absoluta, ou seja, completamente infensa a qualquer tipo de restrição/relativização.

No que tange à dimensão intersubjetiva da dignidade da pessoa humana, ou seja, em havendo um conflito de dignidades de pessoas diversas, deve-se, novamente, recorrer à utilização da concordância prática e hierarquização dos bens conflitantes.

Em se admitindo uma prioridade da vida no âmbito de uma hierarquização axiológica, estar-se-ia, fatalmente, dando margem à eventual relativização do princípio da dignidade humana.

Contudo, não se pode compreender nem o direito à vida nem o direito à dignidade como direitos absolutos¹⁷, pois, em sendo assim, além da difícil compatibilização com o caráter não absoluto de todos os demais direitos fundamentais, já que mesmo os direitos não-sujeitos à reserva legal encontram-se expostos aos assim denominados limites implícitos, se acabaria por esvaziar a proteção que se pretendeu imprimir nestes direitos.

¹⁷ Noção expressa pelo art. 4º da *Declaração Francesa de Direitos do Homem e do Cidadão*, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados por lei.”

6 ATIPICIDADE PENAL

É inquestionável o fato de que o embrião é ainda uma forma prévia, muito pouco desenvolvida do homem, e que, conseqüentemente, não goza da mesma proteção que o nascido. Assim, dúvidas não restam de que a proteção total que o Direito Penal dispensa ao homem começa somente a partir do instante do nascimento.

Se, por um lado, a vida do embrião não é disponível por qualquer motivo, por outro, ela se mostra passível de uma ponderação com outros valores jurídicos de alta hierarquia.

O Direito alemão, contrariamente ao brasileiro, permite o aborto de fetos que apresentem severas lesões hereditárias (§ 218a, I, II, STGB), leva ele em conta a sobrecarga anímica e física que uma criança deficiente pode representar para a mãe. Renuncia, assim, a exigir da gestante tal sacrifício por meio do Direito Penal, visto que aquela que decide dar à luz e criar uma criança que sofra de severa deficiência demonstra um elevado valor ético, merecendo admiração, contudo, tal decisão deve ocorrer voluntária, e não coativamente, pois o Direito não pode exigir heroísmo, devendo se contentar com o mínimo ético.

A proteção da vida em formação após a implantação do embrião no corpo da mãe é tratada de modo bastante variado em diferentes culturas e, mesmo para a maioria dos países, é uma questão bastante controvertida, por motivo de visões diversas de mundo. As soluções extremas – no sentido de que se trate o embrião que se desenvolve no corpo da mãe como um homem já nascido, protegendo-o por meio dos tipos de homicídio, ou no sentido de que se autorize por completo o aborto até o instante do nascimento – são muito pouco sustentadas ou praticadas internacionalmente.

Evidente que, se a vida daquele que já nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção, não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem já nascido, uma vez que o embrião está somente a caminho de se tornar um homem e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas por meio de ponderações.

Destarte, a maioria dos ordenamentos modernos segue um caminho intermediário entre os dois modelos de solução que Roxin (2002, p. 17-8) denomina de: “solução de indicações” e “solução de prazo”.

Segundo a solução de indicações, o aborto, em princípio, é punível. Ele é, todavia, justificado e impunível se for realizado por um médico, a desejo da gestante, e se estiver

presente determinada indicação, como, por exemplo, grave perigo para a saúde física ou anímica da mãe, gravidez decorrente de delito sexual, situação social gravosa ou idade demasiado juvenil da mãe, etc.

Já na solução de prazo, pode-se, dentro de determinado período (em geral, três meses), interromper a gravidez a desejo da mãe, sem que se mencionem motivos. Após esse período, somente uma indicação médica posteriormente surgida pode levar ao aborto.

O Direito brasileiro segue uma solução de indicações relativamente rígida, autorizando o aborto somente quando praticado por médico e se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (o assim chamado “aborto necessário”, art. 128, I, CP) ou se a gravidez resultar de estupro, estando presente o consentimento da gestante (“aborto sentimental”, art. 128, II, CP).

Ressalte-se que o Código Penal de 1940 autoriza o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, inclusive estupro com violência presumida, que nada mais é do que um namoro envolvendo “vítima” menor de 14 anos. Ou seja, permite o aborto mesmo não havendo qualquer risco à vida da mãe e independentemente das condições do nascituro. Percebe-se, assim, que, neste caso, releva-se, unicamente, a vontade da vítima do crime. Não nos parece legítimo, todavia, a utilização de dois pesos e duas medidas para tratar do mesmo tema, principalmente, se o tema em questão é o direito à vida, cuja proteção é pilar fundamental da ordem jurídica.

Para Roxin (2002, p. 19), o ideal é que haja uma solução de indicações bastante generosa, pois o aborto pressupõe um caso de conflito e uma ponderação, na qual os interesses vitais da gestante prevalecem sobre os do embrião.

Além disso, segundo a teoria da imputação objetiva, quem cria risco permitido não responde pelo fato praticado. O risco permitido exclui a imputação objetiva. Logo, a tipicidade. O aborto anencefálico, portanto, não é um fato materialmente típico. Mas isso só pode ser compreendido quando se tem presente a distinção clara que hoje deve ser feita entre tipo penal, tipo formal e tipo material.

O tipo penal, no tempo do causalismo de Von Liszt e Beling (final do século XIX e começo do século XX), era puramente objetivo ou formal (era só causalidade). O fato típico exigia: (a) conduta; (b) resultado naturalístico (nos crimes materiais); (c) nexos de causalidade e (d) adequação típica (subsunção do fato à letra da lei). O tipo penal era puramente formal. O “matar alguém” significava “causar a morte de alguém”. O eixo do tipo penal residia na mera causação. Provocar o aborto significava “causar o aborto”. Bastava o nexos de causalidade (entre a conduta e o resultado) para se concluir pela tipicidade da conduta. Nessa perspectiva

puramente causalista e formalista, não há dúvida que o “causar qualquer tipo de aborto” (anencefálico ou não) é um fato típico.

Com o finalismo de Welzel (cujo apogeu deu-se entre 1945 e a década de sessenta do século passado) o tipo penal passou a ser composto de duas dimensões: objetiva e subjetiva. Esta última era integrada pelo dolo ou culpa (que foram deslocados da culpabilidade para a tipicidade). Também para essa corrente o aborto anencefálico desejado (doloso) seria um fato típico.

Contudo, a análise acerca da (i)legalidade da interrupção da gravidez de anencéfalo, considerando o conceito moderno de tipo penal – a partir, sobretudo, do funcionalismo de Roxin – não pode levar a outra conclusão que não a da atipicidade de tal conduta.

Assim, em se tratando de caso flagrante de atipicidade, não há sentido algum em exigir autorização judicial para a realização, pelos médicos, dos atos interruptivos da gravidez de anencefalo, visto que se trata, tão somente, do reconhecimento de existência de mera relação médico/paciente, ou seja, de um lado a indicação médica-terapêutica e, de outro, o consenso informado, consciente, livre e responsável da gestante.

O pedido de autorização, aliás, contém contradição lógica insuperável: ou o juiz dá permissão à prática de fato criminoso – o que não se pode admitir – ou o juiz permite a prática de ato lícito – o que constitui ato inteiramente supérfluo.

Destarte, apesar de ser desejável que o legislador adicione ao art. 128 uma nova regra de exclusão da ilicitude, para encerrar de vez a polêmica, tal ato, na verdade, seria apenas redundante, visto que, por não haver tipicidade, não há comportamento ilícito, não se enquadrando a intervenção terapêutica de interrupção da gestação de feto anencefálico nos tipos penais referentes ao aborto (contemplados nos artigos 124 e ss., do CP).

Há também os que interpretam a interrupção da gravidez de anencéfalos como crime impossível ou crime putativo, entretanto, como não existe dolo no ato médico de extração do feto retido, também não existe crime.

Defende-se, aqui, portanto, a antecipação terapêutica da gravidez de anencéfalos, com base nos princípios constitucionais da liberdade e preservação da autonomia da vontade, do direito à saúde, da dignidade da pessoa humana e, sobretudo, do princípio da legalidade, já que o ato é atípico. E se a conduta não é típica, não há que se cogitar de ilícito penal.

7 CONCLUSÃO

Este ensaio acadêmico visa demonstrar a viabilidade jurídica do aborto anencefálico, ao propor uma interpretação sistemática da legislação brasileira, tendo por base os princípios e direitos resguardados pela Constituição da República de 1988.

Tendo em vista que a adoção de uma interpretação literal e restritiva dos dispositivos do Código Penal de 1940 é absolutamente anacrônica e inadequada ao constitucionalismo moderno, propõe-se, aqui, uma interpretação mais abrangente, com fundamento nos direitos à liberdade, à saúde e à autonomia da vontade, que garanta aos casais a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal.

Não se trata, por óbvio, de negar o direito à vida, mas, tão-somente, de observar que não se pode garantir este direito para quem já está morto. Na anencefalia, a morte é um estado que não pode ser alterado. A proteção à vida que está presente na Constituição Federal e no Código Civil não pode ser confundida com a proteção a uma concepção sobre o que é vida. Vida é a ausência da morte. E nestes casos, a morte do anencéfalo é o único dado irrefutável. Não se trata, portanto, de aborto, pois não há feto vivo.

Por ser o Direito originalmente político, deveria garantir um espaço de mediação para questões que dizem respeito a todas as pessoas. O desafio é que hoje, em sociedades plurais, não se sabe muito bem o que é de interesse comum. Por isso o ponto central deste caso deveria ser a tolerância e não o fundamentalismo perverso legitimado pelo Estado. Entendendo-se por fundamentalismo a supremacia de uma determinada concepção de mundo sobre todas as outras, ou seja, o total desrespeito à diversidade moral e à privacidade.

Por isso, é fundamental que seja resguardada a laicidade do Estado brasileiro, sob pena de comprometer indelevelmente o exercício dos direitos humanos, devendo a interrupção da gravidez, em caso de anencefalia, ser possibilitada pelo Estado, para garantir que as mulheres (e os casais) possam decidir, resguardando, inclusive, o direito de escolha daqueles que quiserem levar a gestação até o final. Pois, o que se presa, aqui, é o respeito à diversidade e, não, a manutenção de uma fé.

Frise-se que, no caso da anencefalia, não se busca, apenas, resguardar a dignidade, a saúde e a liberdade, mas evidenciar que se está diante uma situação fática que não gera conflito de direitos, dada a morte do feto. Mesmo que se considere o feto como pessoa e como sujeito de direitos, mesmo assim, não se criaria nenhum limitador à antecipação terapêutica

do parto porque o feto, neste caso, é um ser morto e sobre ele incidem todos os direitos desta condição (a de pessoa morta). O que não se pode permitir é que a saúde e a dignidade de mulheres e casais sejam preteridas em nome do fundamentalismo ou do totalitarismo de moralidades individuais.

Abre-se, portanto, a partir da discussão da legalidade do aborto anencefálico, espaço para o debate - jurídico e científico - do aborto no Brasil. Não mais baseado em credos ou dogmas religiosos, mas, sim, sob a ótica dos direitos humanos e como questão de saúde pública, urgente e inadiável.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1998.

BAVIO, Paula Siverino. **Algunas cuestiones éticas y legales sobre la anencefalia**, 2ª ed. – Buenos Aires: Losada, 2002.

CUNHA, Alexandre dos Santos. **A normatividade da pessoa humana: O estatuto jurídico da personalidade e o Código Civil de 2002**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2005.

DINIZ, Débora. **O aborto seletivo no Brasil e os alvarás judiciais**. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília. Brasília, 1997.

_____. **Anencefalia: Ciência e Estado Laico**. Núcleo de Estudos e Pesquisas em Bioética da Universidade de Brasília. Brasília, 2004.

_____; ALMEIDA, Marcos de. **Bioética e Aborto**. Iniciação à bioética, 1998.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 22ª ed. atualizada. São Paulo, Saraiva, 1995.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano**. In: FACHIN, Luiz Edson. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GRACIA, Diego. **Ética de los confines de la vida**. Ed. El Buho. Colômbia, 1998.

GHERARDI, Carlos R. **La muerte cerebral y la muerte**. Medicina, Buenos Aires, 1997; 57:114-118.

GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. Mundo Legal – Revista. São Paulo, 2005.

GOMES, Orlando. **Código Civil: Projeto Orlando Gomes**. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

LAFER, Celso. **A constituição de 1988 e as relações internacionais: reflexões sobre o art. 4º**. In: Heleno Taveira Tôrres (Coord.). (Org.). *Direito e Poder - Nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos (Estudos em homenagem a Nelson Saldanha)*. 1ª ed. Barueri-SP, 2005.

LAKATOS, Eva Maria. MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 4ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Editora Atlas S/A, 2001.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 3ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**. 1ª ed., 2ª tir. - Brasília: IDP, Editora Brasília Jurídica, 2002.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia: Opinião**. In: FEBRASGO, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, São Paulo, 2005.

ROXIN, Claus. **A tutela penal da vida humana**. Tradução de Luís Greco. Conferência proferida em São Paulo, em 6 de março de 2002. São Paulo: Editora Damásio de Jesus, 2002.

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

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 21ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Cortez, 2000.

SINGER, Peter. **Is the sanctity of life ethics terminally ill? Brain death**. Elsevier Science, 1995, p. 231.