

A INTERRUÇÃO DE GRAVIDEZ DE FETOS ANENCEFÁLICOS CONSIDERADA COMO ANTECIPAÇÃO DE PARTO

Caroline Fockink Ritt*

Sumário: 1. Notas introdutórias; 2. Arguição de descumprimento de preceito fundamental; 3. O que é anencefalia; 4. Morte cerebral e lei dos transplantes; 5. Aborto ou antecipação de parto; 6. A necessária ponderação dos princípios constitucionais; 6.1. Interpretação conforme a Constituição Federal; 7. Dignidade da pessoa Humana com relação à gestante do feto anencefálico; 8. Conclusões; 9. Referências Bibliográficas.

Resumo: O presente artigo traz à discussão a necessidade de diferenciação entre aborto e antecipação de parto. Este é o procedimento específico, antecipação de parto, para a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos aplicando à situação a definição de morte cerebral, conceituada pela Lei dos Transplantes, assim não existindo vida intrauterina, que é pressuposto de proteção jurídica dos crimes de aborto. Também sugere a necessidade de interpretação conforme a Constituição Federal, no julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental – ADFP 54, objetivando o respeito do Princípio da Dignidade Humana, com relação à gestante de feto portador de anencefalia.

Palavras-chaves: Gravidez. Anencefalia. Dignidade. Gestante. Antecipação de parto.

Abstract: This article, brings to the discussion the need to differentiate between abortion and anticipation of child birth delivery. This is the specific procedure, anticipation of delivery, for termination of pregnancy of anencephalic fetuses applying to the situation the definition of brain death, conceived by the Transplant Law, so there is no intra-uterine life, which is assumed of legal protection of the crime of abortion. It also suggests the need for interpretation according to the Federal Constitution in judging the claim of Disregard of Basic Rule – ADFP 54, aiming to respect the Principles of Human Dignity, with respect to the mother carrying a fetus of anencephaly.

Key words: Pregnancy. Anencephaly. Ignity. Pregnant. Anticipation of delivery.

* Advogada e Professora de Direito Penal e Criminologia no Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – RS (UNISC). Especialista em Direito Penal e Processual Penal e Mestre em Direito. E-mail: carolineritt@viavale.com.br.

Introdução

O presente artigo traz à discussão, como ponto específico a necessidade de diferenciação entre aborto e procedimento de antecipação de parto. Tal é referente à discussão da interrupção da gravidez, quando tratar-se de gestação de fetos portadores de anencefalia. Como ponto inicial a abordagem e algumas considerações doutrinárias referentes ao julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) que está atualmente tramitando no Supremo Tribunal Federal, tal arguição busca autorização para interrupção da gravidez no caso de fetos anencefálicos e foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). Objetiva a interpretação dos artigos do Código Penal, referentes ao aborto, que deverão ser lidos e interpretados sob a ótica da Constituição Federal, evitando-se lesão a preceito fundamental, principalmente quanto aos Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana.

Parte-se de considerações iniciais acerca do que é a referida ação constitucional, sua eficácia e aplicabilidade. Num momento posterior, procura-se definir tecnicamente, através da utilização de bibliografia médica e jurídica, o que é anencefalia e quais suas consequências, para o feto e a gestante.

Também, far-se-á uma diferenciação entre aborto e antecipação de parto. Aborda-se a questão da morte encefálica, requisito exigido pela Lei dos Transplantes (nº 9434/97), devidamente atestada, que permite a retirada dos órgãos para fins de transplante. Esta interrupção de gestação, quando o feto for anencefálico, não poderá ser considerada aborto, pois este já está tecnicamente *morto*, conforme a referida lei. Não há potencialidade de vida extrauterina a ser protegida pela norma penal, trata-se então de antecipação do parto.

Busca-se, principalmente, ressaltar a importante questão da ponderação dos princípios de direitos fundamentais, considerando como um mandado de otimização, valor-guia, a Dignidade da Pessoa Humana, especialmente com relação à gestante.

1 Arguição de descumprimento de preceito fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº 54) busca autorização para a interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos e foi ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O pedido de liminar foi deferido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, e concedeu às gestantes de fetos anencefálicos o direito de interromper a gravidez sem a necessidade de autorização judicial.



Afirmou o referido Ministro, ao conceder a liminar, que “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.”¹

Em outubro de 2004, a liminar foi cassada, iniciando-se o julgamento quanto à admissibilidade da ADPF como instrumento jurídico para dirimir a questão. Em “votação apertada”, de sete a quatro votos, foi admitido o cabimento da referida Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que deverá ter seu mérito julgado em breve. Após o Supremo Tribunal Federal tê-la admitida, atualmente estão os autos conclusos para o Ministro Marcos Bernardes de Mello, na condição de relator.²

Posteriormente, em 24/05/05, foi requerida, pela Procuradoria-Geral da República, a realização de audiência pública, o que é possível que ocorra, conforme determinação da lei 9882/99, em seu artigo 6º, § 1º.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está prevista no art. 102, §1º da Constituição Federal. É uma norma constitucional que possui eficácia limitada, dependendo de lei posterior que a regule, para assim, possuir total aplicação.³ Em 03 de dezembro de 1999, a Lei nº 9.882 tornou-se integrante de nosso sistema de controle concentrado de constitucionalidade.⁴ Deve, portanto, ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e tem como objeto evitar ou reparar lesão a *preceito fundamental* resultante de ato do Poder Público.⁵

A decisão da referida ação tem eficácia contra todos, ou seja: *erga omnes*, e efeitos vinculantes relativamente aos demais órgãos do Poder Público, cabendo, inclusive, reclamação para garantia desses direitos. Também, a decisão que julgar procedente ou improcedente o pedido em arguição de descumprimento de preceito fundamental é irrecorrível, não podendo ser objeto de ação rescisória.⁶

Na ADPF nº 54 em questão, a Confederação Nacional de Trabalhadores na Saúde (CNTS), busca a interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II, todos do Código Penal, que preveem as hipóteses

¹ MELLO, Marco Aurélio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (Med. Liminar) 54-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/ADPF&FETOS>>. Acesso em: 30 maio. 2005.

² DINIZ, Débora. Audiência Pública: Anencefalia – STF – ADPF 54. IN: Série Anis, N. 54, Brasília: Letras Livres, p. 1-3, Set., 2008.

³ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2001.

⁵ Ibidem, p. 426.

⁶ MORAES, op.cit., p. 700.



legais tipificadas de aborto, para o fim de se reconhecer que tais tipos penais não incidem no caso de interrupção de gestação de fetos anencefálicos.

2 O que é anencefalia fetal?

Segundo o médico ginecologista e professor da Universidade de São Paulo (USP) José Aristodemo Pinotti, a anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese.⁷

A anencefalia é uma má formação fetal congênita incompatível com a vida intrauterina e fatal em 100% dos casos. Um exame de ecografia detecta a anomalia com índice de erro praticamente nulo e não existe possibilidade de tratamento ou reversão do problema. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intrauterinos desses fetos. A antecipação do parto, nessa hipótese, constitui indicação terapêutica médica: a única possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.⁸

De acordo com a doutrina médica, as evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência da anencefalia fetal. A ácido fólico é de suma importância para o desenvolvimento de um feto saudável, especificamente em relação ao processo de multiplicação e divisão celular e de síntese proteica, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. Devido a isso, atualmente, aproximadamente cerca de 40 países determinam a fortificação de alimentos com ácido fólico, dentre eles o Brasil. Isto porque o país tem uma alta incidência de casos, cerca de 18 para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino.⁹ Além disso, é considerada como uma doença parcialmente carencial, isto é, causada pela ausência de uma dieta apropriada em ácido fólico. Mas, o ácido fólico só previne se for ministrado na dieta da mulher antes dos noventa dias da gravidez, quando poderá se depositar nas células hemácias.

O reconhecimento de concepto 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-

⁷ PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia: Opinião. São Paulo. Disponível em: <<http://www.febrasfo.com.br/anencefalia2>>. Acesso em: 30 mai. 2005. Sem página.

⁸ Ibidem.

⁹ SANTOS, Leonor Maria Pacheco e PEREIRA, Michelle Zano. Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural. In: Cad. Saúde Pública, V. 23, N. 1, p. 18.



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação.¹⁰

Observa-se que a possibilidade de erro neste tipo de diagnóstico, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencefálicos sobrevive no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão pouco tempo para que ocorra o óbito.¹¹

As gestações de anencefálicos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez de alto risco. Nessas gestações, se observa a associação com polihidrânio e trabalho de parto prolongado é de 3 a 5 vezes maior a incidência de hipotonia uterina e hemorragia no pós-parto. Pelo fato da mulher não amamentar, também, a involução uterina é mais lenta, suscitando sangramentos às vezes de grande monta no puerpério.¹²

Com relação aos períodos do parto, relata a medicina que, em geral, as fases de dilatação e de expulsão do feto são mais demoradas. Nos casos em que há cicatrizes uterinas anteriores (cesarianas), a estimulação do parto deve ser criteriosa e muito cuidadosa, sendo bastante comum a incidência de apresentações anômalas com chance aumentada de ruptura uterina.¹³

A escolha da via de parto é sempre difícil com preferência ao parto por via vaginal, mesmo sendo mais penoso. Do ponto de vista clínico e obstétrico, há evidências muito claras de que a manutenção da gestação pode elevar o risco de morbi-mortalidade materna, justificando-se, deste modo, a livre decisão de médicos e pacientes pela antecipação do parto.¹⁴

3 Morte cerebral e lei dos transplantes

O Conselho Federal de Medicina definiu os critérios através da Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997, consagrando em seu artigo 1º que *“a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames*

¹⁰ PINOTTI, *Ibidem*.

¹¹ *Ibidem*.

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ *Ibidem*.



clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias."¹⁵

No Brasil, na linha do padrão internacional, adota-se a morte encefálica ou cerebral como critério científico para declarar o indivíduo morto. Isso é o que dispõe a Lei nº 9.434, de 04 de janeiro de 1997, que regula o transplante de órgãos no país.¹⁶

A morte encefálica é auferida através da constatação clínica de:

Com a perceptível ausência de reflexos ou movimentos supraespinais, hipotermia e depressão medicamentosa, com uma observação mínima de seis horas. O achado clínico deverá necessariamente ser respaldado por um exame subsidiário que demonstre inequivocamente ausência de atividade elétrica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral ou de atividade metabólica.¹⁷

Por sua vez, Jean Bernard sustenta:

A morte cerebral é a morte. Hoje sabemos que o coração pode bater, o pulmão pode respirar, o homem cujo coração bate, cujos pulmões respiram, está morto se seu eletroencefalograma permanecer plano num intervalo de várias horas, se outros sinais demonstrarem a morte do cérebro [...] O paciente em estado de morte cerebral não tem cérebro.¹⁸

De acordo com tal, uma vez constatada a morte cerebral, conforme os critérios médicos próprios, o indivíduo será considerado *morto*, ainda que alguns de seus órgãos permaneçam funcionando por meio de aparelhos.

4 Aborto ou antecipação de parto?

É imprescindível que se faça a diferenciação entre *aborto* e **antecipação de parto**, destacando suas respectivas consequências.

¹⁵ Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1480/97.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos, partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 1997. Regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Art. 3º: "A retirada *post mortem* de tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida 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."

¹⁷ BARBOZA, Helena Heloisa. BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. São Paulo: Renovar, 2001.

¹⁸ BERNARD, Jean. *Esperança e Sabedoria da Medicina*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1998.



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento: ab significando privação, e *ortus*, nascimento. O vocábulo abortamento tem maior acepção técnica do que aborto.¹⁹

O professor Hélio Gomes, em sua obra de Medicina Legal, conceitua aborto como sendo a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto.²⁰

Nos dois primeiros meses de gestação, o aborto é chamado de ovular. No terceiro e quarto meses, embrionário, e daí em diante denomina-se fetal. O aborto criminoso pode ser induzido por substâncias químicas abortivas ou por processos mecânicos.²¹

O aborto, quanto ao meio de execução, é um crime de ação livre,²² pois admite qualquer meio de realização desde que apto a causar a morte do feto. Pode ser cometido por omissão,²³ como também através de ação.²⁴

O elemento subjetivo é o dolo, quer seja direto ou eventual, não existindo, em nosso Código Penal, a hipótese de realização de aborto culposo. Se alguém causa aborto por imperícia ou imprudência responderá por lesão corporal culposa, geralmente de natureza grave. A vítima, no caso, é a gestante.²⁵

As hipóteses de *aborto legal* estão previstas no artigo 128 do Código Penal, sendo que tais causas operam a exclusão de ilicitude. O *aborto necessário* é feito quando não há outro meio para salvar a vida da gestante, devendo ser praticado por médico. O chamado *aborto sentimental ou humanitário* possui três requisitos: 1 – que a gravidez seja resultante do crime de estupro; 2 – deve ser realizado por médico; e, 3 – deve haver o consentimento da gestante ou, pelo menos, de seu representante legal, se ela for incapaz.²⁶

A Lei nº 9.434/97, que trata da retirada de órgãos humanos para fins de transplante, em seu artigo 3º, frisa que a *morte* se caracteriza com a cessação da atividade encefálica. Como o feto, na gestação anencefálica, não possui

¹⁹ LEITE, Gisele. *A polêmica questão do aborto, na história e no mundo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Acesso em: 28 mai.2005. Sem página.

²⁰ GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 28. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1992.

²¹ LEITE, Gisele. op.cit.

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol. 2. São Paulo: Saraiva. 2003.

²³ Por exemplo, na hipótese de gravidez de alto risco, quando para evitar o aborto natural, deve a gestante ingerir determinado remédio. Porém ela se omite e sobrevém a morte do feto.

²⁴ Quando a própria gestante ou terceiro, realizam o ato abortivo, de interromper a gravidez.

²⁵ Ibidem, p. 107.

²⁶ Ibidem, p. 119-122.



vida própria, a antecipação do parto, em tais circunstâncias, será atípica, ou ainda, estará definida como de inexigibilidade de conduta diversa, que, neste caso, funciona como excludente de culpabilidade.

A antecipação desses partos, quando for o feto portador de anencefalia, não caracteriza o crime de aborto que é tipificado no Código Penal. Isso porque no caso de aborto, a morte do feto deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto à comprovação da relação causal, como a potencialidade de vida extrauterina do feto, o que inexistente nos casos de fetos com anencefalia, que já são natimortos cerebrais.

Apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser passivo de aborto. Assim, na hipótese de anencefalia, não há como caracterizar um aborto, quando o feto não possui cérebro, pois a morte cerebral é idêntica à exigida pela Lei nº 9.434/97, para que os órgãos possam ser retirados para a doação. Não há potencial de vida a ser protegido pela norma penal, de modo que falta à hipótese, o suporte fático exigido pela norma.²⁷

O Ministro Carlos Brito, integrante do Supremo Tribunal Federal, no julgamento pela admissão ou não, da referida ADPF, argumentou que inexistente o crime de aborto naquelas específicas situações de voluntária interrupção de uma gravidez que tenha por objeto um “natimorto cerebral”. Tal ser padece de “inviabilidade vital” (expressões figurantes na resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina, ali empregadas no plural para os casos de anencefalia fetal).

O crime deixa de existir se o deliberado desfazimento da gestação não é impeditivo da transformação de *algo* em *alguém*. Se o produto da concepção não se traduzir em um ser a meio caminho do humano, mas, sim, em um ser que de alguma forma parou a meio ciclo do humano, que está incontornavelmente empacado ou “sem qualquer possibilidade de sobrevivência”²⁸ por lhe faltar as características todas da espécie.

O referido ministro, Carlos Brito, acaba definindo os fetos anencefálicos como aqueles que são “*Uma crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta.*”

O que importa proclamar é que se a gravidez “*é destinada ao nada*” e, conforme o ministro Sepúlveda Pertence, sua voluntária interrupção é penalmente atípica. Já não corresponde ao fato tipo legal, pois a conduta abortiva sobre a qual desaba a censura legal pressupõe o intuito de frustrar um destino em perspectiva ou uma vida humana *in fieri*.²⁹

²⁷ LEITE, Gisele. op.cit.

²⁸ Resolução nº 1.752/04, do Conselho Federal de Medicina.

²⁹ Ibidem.



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

Apelação – Aborto de feto anencefálico – Indeferimento – Inexistência de disposição expressa – Causa supra legal de inegixibilidade de outra conduta – Anencefalia – Impossibilidade de vida autônoma – Provido. O “aborto eugênico” decorre de anomalia comprometedora da higidez mental e física do feto, mas com possibilidade de vida pós-parto, embora sem Qualidade. O feto anencefálico, rigorosamente, não se inclui entre os eugênicos, porque a ausência de encéfalo é incompatível com a vida pós-parto. Embora não incluída a interrupção da gravidez, neste caso, nos dispositivos legais vigentes (art. 128, I e II CP) que excluem a ilicitude, tem embasamento na causa supralegal autônoma de exclusão da culpabilidade, de inegixibilidade de outra conduta. Reunidos todos os elementos probatórios fornecidos pela ciência médica, tendo em mente que a norma penal vigente protege a “vida” e não a “falsa vida”, legitimada a pretensão da mulher de interromper a gravidez. O direito não pode exigir heroísmo das pessoas, muito menos quando ciente de que a vida do anencefalo é impossível fora do útero materno, não há justificativa para prolongar a gestação e o sofrimento físico e psíquico da mãe. Dentro desta ótica, presente causa de exclusão da culpabilidade de natureza supra legal que dispensa a lei expressa vigente cabe ao judiciário autorizar o procedimento. Provido. (TJRS – AC 70011400355 – 3ª C. Crim. – Rel. Elba Aparecida Nicolli Bastos – j. 14.04.2005)³⁰

Então, é necessário que se faça, de forma conclusiva, o seguinte raciocínio: *se a criminalização do aborto se dá como política legislativa de proteção à vida de um ser humano em potencial, faltando essa potencialidade vital aquela vedação penal, já não tem como permanecer.*

Equivale a dizer: o desfazimento da gravidez anencefala só é aborto em linguagem coloquial, mas não é aborto em linguagem jurídica, por não corresponder a um fato alojado no mundo do *dever-ser*, que é no que consiste o Direito.

A polêmica certamente existe. Preferimos acreditar que a lei penal, ao punir o aborto, busca proteger a vida humana, porém a vida útil e viável, não exigindo que a mãe carregue em seu ventre por nove meses um feto que, logo ao nascer, dure algumas horas e finde a sua existência efêmera, por total impossibilidade de sobrevivência, na medida que não possui a abóboda craniana, algo vital para a continuidade da vida fora do útero. O anencefalo não é protegido pelo direito penal, que se volta à viabilidade do feto e não simplesmente à sua existência física.³¹

Quando se faz a ponderação dos contrapostos valores, tem-se a tendência de pender para o lado da gestante, no sentido de que ela já não está obrigada

³⁰ PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do Direito*. 6. Ed. ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 415 e 416.

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial*. 4. ed. ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 621.



a levar adiante uma gravidez, que está tão-somente comprometida com o pior dos objetivos, que é a morte, que irá ocorrer no instante do parto, ou logo após.

Conforme Victor Eduardo Rios Gonçalves:

[...] não se pode exigir que a gestante enfrente o restante da gravidez, com os riscos a ela inerentes quando já se sabe que o filho não irá sobreviver. Parece-nos correta a providência porque, nos termos do art. 3º, da Lei n. 9.434/97, a morte se verifica com a cessação da atividade encefálica, não podendo, portanto, caracterizar-se o crime de aborto quando o produto da concepção não possui encéfalo, e cujos batimentos cardíacos decorrem da ligação ao corpo da gestante.³²

Reforçando tal entendimento, pode-se citar o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha:

Que, dentro de los cambios cualitativos em el desarrollo del proceso vital, tiene particular relevância el nacimiento. Y previamente al nacimiento tiene especial transcendencia el momento a partir del cual al “nasciturus” es ya susceptible de vida independiente de la madre.³³

Como forma de reforçar essa particularizada compreensão das coisas, há o respaldo da própria associação que o art. 3º da Lei nº 9.434/97 faz entre morte encefálica e cessação da vida humana.

A morte encefálica está a servir de critério para a legitimação do transplante *post-mortem* de tecidos ou partes do corpo humano, como se conclui do literal comando:

A retirada *post mortem* de tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida 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.³⁴

³² GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado: parte especial*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 165.

³³ ESPANHA: Tribunal Constitucional. Recurso Prévio de Inconstitucionalidade. Referência-número: 53/1985; Ficha-aprovação: 11-04-1985; Publicação: 18-05-1985. Projeto de Lei orgânica de reforma do artigo 417 do Código Penal espanhol (B.O.C.G., 30 de novembro de 1983). Disponível em: <http://www.espanha.tribunalconstitucional.com>. Acesso em: 03 jun.2005. Que, dentro das trocas cumulativas no desenvolvimento do processo vital, tem particular relevância o nascimento. E, previamente ao nascimento tem especial transcendência o momento a partir do qual o “nasciturus” é suscetível de vida independente da mãe. (tradução livre).

³⁴ BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos, partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 1997. Regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997. Art. 3º: “A retirada *post mortem* de tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e



Portanto, essa interrupção não pode ser considerada aborto, mas sim uma antecipação do parto. O aborto é crime quando é um atentado à potencialidade de vida. No caso do anencéfalo, essa potencialidade não existe.³⁵

5 A necessária ponderação dos princípios constitucionais

Ao tratarmos da antecipação do parto, quanto aos fetos anencefálicos, não é possível abstrair de ponderação a questão dos princípios que a polêmica questão envolve. Para melhor compreensão e conseqüente solução, é imprescindível que, no caso, ocorra uma ponderação dos princípios envolvidos, iniciando-se através da ótica dos direitos fundamentais, para, então, culminar com a análise da Dignidade da Pessoa Humana, no aspecto relativo à gestante.

Segundo ensinamentos de Carl Schmitt, citado por Jairo Schäfer:

[...] os direitos fundamentais em sentido próprio, são, essencialmente, direitos do homem individual livre, e por certo, direito que ele tem frente ao Estado, decorrente o caráter absoluto da pretensão, cujo exercício não depende de previsão em legislação infraconstitucional, cercado-se o direito de diversas garantias com força constitucional, objetivando-se sua imutabilidade jurídica e política.³⁶

Na concepção teórica de Jorge Miranda, os direitos fundamentais são as posições jurídicas subjetivas das pessoas individualmente ou institucionalmente consideradas, tendo-se por pressuposto o princípio da universalidade, que têm como destinatários todos quantos fazem parte da comunidade jurídico-política.³⁷

Para a teoria garantista, trabalhada por Luigi Ferrajoli, os direitos fundamentais são aqueles direitos cuja garantia é igualmente necessária para satisfazer o valor das pessoas e para realizar a igualdade. Não são negociáveis e correspondem a todos e em igual medida, como pessoas e como cidadãos, estabelecendo uma relação bilateral entre igualdade jurídica e direitos fundamentais.³⁸

transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.”

³⁵ DINIZ, Débora. *Pelo Direito de Escolha*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Sem página.

³⁶ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: Proteção e Restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*, Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

³⁸ SCHÄFER, op. cit., p. 31-32.



Roberto Alexy, também citado pelo referido autor, destaca que quando alguém possuir um direito fundamental, existe uma norma válida de direito fundamental que lhe outorga este direito.³⁹

Também, muito bem decidiu o Tribunal Constitucional da Espanha, trazendo o seguinte entendimento:

De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas”, obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaria vacío de no establecerse los supuestos para su defensa.⁴⁰

Para Ronald Dworkin, citado por Jairo Schäfer,⁴¹ os princípios podem impor obrigação legal da mesma forma que aquelas estabelecidas pelas regras jurídicas. Entende que princípios, em seu sentido genérico, sejam o conjunto dos padrões que não constituam normas. Também estuda os princípios num sentido estrito. O princípio é um modelo que deve ser observado, não porque favorece ou assegure uma situação econômica, política ou social que se considere desejável, mas porque é uma exigência da justiça, da equidade ou alguma outra dimensão de moralidade.

Uma diferença fundamental entre normas e princípios é a dimensão de peso ou de importância que existe nos princípios e falta nas normas. Assim, as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada: ou seus pressupostos encontram-se presentes (situação que determina a obediência à norma), ou seus pressupostos estão ausentes (não-aplicação da norma).⁴²

Quando houver um conflito entre as normas, uma delas deve ser afastada, pois não pode haver duas normas válidas regulando a mesma situação. A decisão sobre qual a norma que deve ser afastada, decorre da adoção,

³⁹ Ibidem, p. 29-30.

⁴⁰ ESPANHA, op.cit., Da obrigação da sujeição de todos os poderes à Constituição não somente se deduz a obrigação negativa do Estado de não lesionar a esfera individual ou institucional protegida pelos direitos fundamentais, mas também a obrigação positiva de contribuir para a efetividade de tais direitos, e dos valores que representam, inclusive quando não exista uma pretensão subjetiva por parte do cidadão. Isto obriga especialmente o legislador, que recebe dos direitos fundamentais “os impulsos e linhas de direção”, obrigação que adquire especial relevância ali onde um direito ou valor fundamental ficaria vazio de não estabelecer as hipóteses para sua defesa. (tradução livre).

⁴¹ SCHÄFER, op. cit, p. 35-36.

⁴² Ibidem, p. 36.



de instrumentos de resolução de conflitos aparentes de normas, que são amplamente conhecidos no Direito Brasileiro, como, por exemplo, o princípio da especialidade.⁴³

Também, para Ronald Dworkin,⁴⁴ regra e princípio têm em comum o caráter de generalidade. Um princípio jurídico não é senão uma regra jurídica particularmente importante, em virtude das consequências práticas que dele decorrem. Entre ambos não há apenas uma diferenciação de importância, mas de natureza. A generalidade da regra jurídica é diferente da generalidade de um princípio jurídico. A regra regula uma situação específica e delimitada em seu corpo; o princípio, por sua vez, é geral por comportar uma série indefinida de aplicações.

A relação entre princípios e regras pode ser examinada tomando-se em conta as condições de reconhecimento (validade). As regras jurídicas se reconhecem formalmente de acordo com um critério que se relaciona com a sua origem.

Para os princípios não existem tais critérios. Devem ser reconhecidos sobre a base de seu conteúdo, valor ou significação. Porém o critério de avaliação de um princípio não deve ser a opinião subjetiva de um indivíduo. Os princípios possuem um suporte institucional no direito, nos antecedentes preparatórios do direito, nas práticas sociais estabelecidas (o costume). Desta forma, a história legislativa e judicial, em conjunto com as práticas e compreensões comunitárias, poderão servir como critério identificador dos princípios.⁴⁵

Para Robert Alexy, os princípios são uma espécie de norma que ordenam a realização de algum ato da melhor maneira possível, observando as condições jurídicas e fáticas. Os princípios são *mandados de otimização*, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não somente depende das possibilidades reais senão também das jurídicas: os princípios ordenam que algo deva ser realizado na maior medida possível, não contendo mandados definitivos senão como *prima facie*.⁴⁶

⁴³ Ibidem, p. 36.

⁴⁴ Ibidem, p. 36-37.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

⁴⁶ SCHÄFER, op. cit., p. 38.



As regras são normas que somente podem ser cumpridas ou não, pois a aplicabilidade de uma regra somente pode ser afastada pelo critério da invalidade, pois elas contêm determinações possíveis de serem cumpridas, no âmbito do fato e no âmbito jurídico, traduzindo uma razão definitiva.⁴⁷

Segundo Robert Alexy, esta distinção fica evidente quando da solução dos conflitos de princípios e dos conflitos de regras. Os conflitos de regras solucionam-se adequadamente quando inserida em uma das regras uma cláusula de exceção que elimine o conflito. Se uma semelhante solução não for possível, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida, com sua consequente eliminação do mundo jurídico, critério que não é graduável, pois uma norma vale ou não vale juridicamente. São irrelevantes as apreciações quanto a sua validade social ou importância no interior do ordenamento jurídico aplicando-se, então, os preceitos conhecidos para a solução de conflitos de normas, como a *lex posterior derogato legis prior e lex specialis derogato legi generali* (lei posterior derroga a lei anterior e lei especial derroga a lei geral).⁴⁸

Diferentemente é a solução que se deve atribuir ao conflito de princípios, o qual não se estabelece no plano de validade, mas na dimensão do peso. Quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.⁴⁹

Ronald Dworkin⁵⁰ entende que ao falar de regras ou normas, podemos dizer que são ou não, funcionalmente importantes. Uma norma poderá ser mais relevante do que outra para regular determinado comportamento. Entretanto, dentro do sistema, não podemos dizer que uma norma tenha mais importância do que outra, de modo que quando duas delas entram em conflito, uma das duas substitui a outra em virtude de seu maior peso. Assim sendo, quando duas normas entram em conflito, uma delas deverá ser considerada como inválida.

Para o autor citado acima, as regras são aplicadas ou não aplicadas e, em caso de conflito, a questão é resolvida por critérios formais. Então, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida, pois se trata de antinomia jurídica. As normas são aplicadas dentro do padrão “tudo ou nada”. Se os fatos vinculados a uma norma estão dados, abrem-se duas possibilidades,

⁴⁷ Ibidem, p. 38.

⁴⁸ Ibidem, p. 38.

⁴⁹ Ibidem, p. 38-39.

⁵⁰ Ibidem, p. 39.



quais sejam: a norma é válida, neste caso a resposta que dá deve ser aceita; ou não é válida, e, então, não aporta nada para a decisão.⁵¹

Concebe-se o direito como um sistema jurídico aberto de princípios e regras, pois

[...] os postulados que informam a teoria do ordenamento jurídico e que lhe dão o necessário substrato doutrinário assentam-se na premissa fundamental de que o sistema de direito positivo, além de caracterizar uma unidade institucional constitui um complexo de normas que devem manter entre si um vínculo de essencial coerência.⁵²

Relativamente aos princípios, ao contrário, em virtude da dimensão de peso que lhes é inerente, a decisão que afastar determinado princípio em uma determinada situação não implica identificá-lo como “inválido”, mas a conclusão sobre a maior importância de um determinado princípio naquele caso concreto, situação que poderá não se repetir em situações futuras: a ponderação entre todos os princípios envolvidos, com a escolha daquele com maior peso na situação específica.

5.1 Interpretação conforme a Constituição Federal

Ao longo do século XX, uma das grandes mudanças de paradigma ocorrida na ciência jurídica foi o reconhecimento de força normativa às normas constitucionais. O processo só se consumou a vigência da Constituição Federal de 1988, com o impulso dado pela doutrina brasileira de efetividade. As normas constitucionais passam a tutelar, direta e imediatamente as situações que contemplam, podendo ser invocadas tanto pelos cidadãos quanto pelos poderes públicos.

Esse entendimento está expresso no artigo 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.⁵³ Como consequência, as normas constitucionais que consagram os preceitos fundamentais da Dignidade da Pessoa Humana, da Legalidade, da Liberdade e da Autonomia da Vontade, bem como do direito à saúde, protegem de maneira direta e imediata as situações abrangidas por elas. Eventual ausência de intermediação do legislador ordinário não teria o poder de barrar sua aplicação pelo Poder Judiciário na concretização dos valores e bens jurídicos citados.

⁵¹ Ibidem, p. 40.

⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

⁵³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.



A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do direito. Esse fenômeno de constitucionalização do direito infraconstitucional consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida através do enfoque da Constituição Federal, de modo a realizar os valores nela consagrados.

Toda a interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. *Direta*, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e *indireta* quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: 1 – antes de aplicar a norma o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e 2 – ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

A interpretação conforme a constituição é um modo especial de organizar a constitucionalidade dos atos do poder público. É uma técnica de fiscalização de constitucionalidade que se tipifica por um mais reduzido teor de interferência no dispositivo – objeto. Essa interpretação não se destina a suspender nem a cassar a eficácia do texto-normativo que se analisa. Serve para descartar a incidência de uma dada compreensão de um dispositivo, que é infraconstitucional, considerado incoerente, insubordinado, que colida com a Constituição Federal.⁵⁴

É um *modus operandi*, eminentemente conciliador, une o *necessário* ao *desejável*. Atinge seu objetivo de defender os comandos constitucionais sem recusar à norma infraconstitucional a qualidade de que prossiga eficaz. O ordenamento jurídico permanece como estava, sendo que o que se evita é que uma determinação de lei seja privada de possuir eficácia.

A compreensão de um texto normativo infraconstitucional deve ser feito sempre sob enfoque do texto constitucional, propriamente dito. Esse é o primeiro limite que é dado ao juiz-intérprete. Depois é que se faz a *interpretação conforme*, quando o resultado da primeira operação interpretativa traduza a compreensibilidade, pelo menos de forma dúplice, ou seja, uma interpretação passa a negar a outra.

A *interpretação conforme a constituição* é uma técnica de eliminação de interpretação que está *desconforme* com o que traz o texto constitucional. Ou seja: ela é feita para descartar a interpretação que, incidindo sobre um determinado texto normativo infraconstitucional, torna esse texto considerado como desconforme, contraditório a ela. É uma *técnica de constitucionalidade*,

⁵⁴ MORAES, op. cit., p. 700-701.



que começa onde a interpretação do texto normativo infraconstitucional termina.⁵⁵

Na ADPF nº 54, o pedido formulado é o de que o Supremo Tribunal Federal, procedendo à *interpretação conforme constituição do conjunto normativo formado pelos artigos 124, 126, caput, e 128, I e II do Código Penal*, declare que ele não se aplica, sob pena de inconstitucionalidade, à seguinte hipótese: antecipação do parto de feto anencefálico por decisão da gestante. O que está se pedindo é que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade de uma determinada incidência dos dispositivos referidos, produzindo como resultado uma *declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do texto*.

6 Dignidade da pessoa humana com relação à gestante do feto anencefálico

Dignidade da Pessoa Humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Tal sentido implica um complexo de direitos e deveres fundamentais que possam assegurar à pessoa, tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como também vir a garantir a ela as condições existenciais, que sejam mínimas para que tenha uma vida saudável. Também propicie e promova sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida, em comunhão com os demais seres humanos.⁵⁶

A dignidade, na sua perspectiva assistencial, leia-se, protetiva da pessoa humana, poderá, dadas as circunstâncias, prevalecer em face da dimensão autônômica. Assim, e como consequência, todo aquele que não possuir as condições para uma decisão própria e responsável (de modo especial no âmbito da biomedicina e bioética) poderá até mesmo perder o exercício pessoal de sua capacidade de autodeterminação, quando, por exemplo, houver nomeação eventual de um curador ou submissão involuntária a tratamento médico e/ ou internação, mas sempre terá o direito a ser tratado com dignidade, ou seja, ser protegido e assistido.⁵⁷

Ingo Sarlet, citando Dworkin, acrescenta que ele, por sua vez, reporta-se direta e expressamente à doutrina de Kant, quando relembra que o ser humano não poderá jamais ser tratado como objeto, como mero instrumento para a

⁵⁵ Ibidem, p. 13.

⁵⁶ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

⁵⁷ Ibidem, p. 50.



realização dos fins alheios. Destaca, que tal afirmação não exige que nunca se coloque alguém em situação de desvantagem em prol de outrem, mas sim, que as pessoas nunca poderão ser tratadas de tal forma que se venha a negar importância distintiva de suas vidas.⁵⁸

Complementa que a dignidade, considerada como um valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de ele decidir de forma autônoma sobre seus projetos existenciais e felicidade. Mesmo quando esta autonomia faltar ao indivíduo ou não puder ser atualizada, ainda assim, ele deve ser considerado e respeitado pela sua condição humana.⁵⁹

Um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano. Ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias, – o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente.⁶⁰

Quanto à tentativa de clarificação do sentido da dignidade da pessoa humana, o melhor entendimento é o de que apenas a dignidade determinada (ou de determinadas) de uma pessoa é passível de ser desrespeitada, inexistindo atentados contra a dignidade da pessoa em “abstrato”.⁶¹

Vinculada a esta ideia, ligada diretamente ao pensamento kantiano, encontra-se a concepção de que a dignidade constitui atributo da pessoa humana individualmente considerada, e não é um ser ideal ou abstrato, razão pela qual não se deverá confundir as noções de dignidade da pessoa e de dignidade humana, quando esta for referida à humanidade como um todo.⁶²

Deve-se a Emanuel Kant o reconhecimento de que o homem, mesmo tomado como simples possibilidade de realizar-se na sociedade e no Estado, já possui um valor infinito, sendo condição de toda a vida ética, e da vida jurídica inclusive. O personalismo ético atribui ao homem, precisamente porque é pessoa, “um valor em si mesmo- não como meio para os fins de outro – e uma dignidade. Disto se segue que todo homem tem frente a qualquer outro homem o direito a ser respeitado como pessoa, a não ser prejudicado em sua existência, encontrando-se obrigado frente aos demais de modo análogo”.⁶³

⁵⁸ Ibidem, p. 50-51.

⁵⁹ Ibidem, p. 51.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 103.

⁶¹ SARLET, op. cit., p. 51.

⁶² Ibidem, p. 52.

⁶³ SILVA, Reinaldo Pereira e. *Introdução ao biodireito: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana*. São Paulo: LTr, 2002, p. 190.



O nosso direito constitucional positivo, considera, como consequência, a dignidade da pessoa humana, concreta e individualmente considerada, como o principal objeto do reconhecimento e proteção, que deve ser dado pela ordem constitucional vigente. O constituinte de 1988, ao referir-se a ela, adotou-a como fundamento da República e do nosso Estado Democrático de Direito.⁶⁴

É necessário considerar que, como a Dignidade da Pessoa Humana possui a qualidade de *princípio fundamental*, ela constitui *valor-guia*, não apenas dos direitos fundamentais, mas que deve ser também de toda a ordem jurídica, seja constitucional ou infraconstitucional. Por tal razão, é que para muitos possui características de um princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.⁶⁵

Na sua perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa atua, portanto, como um *mandado de otimização* que ordena algo, no caso, a *proteção e promoção da dignidade da pessoa*, que deve ser realizado na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras contêm prescrições imperativas de conduta.⁶⁶

O conteúdo da regra da dignidade da pessoa decorre apenas a partir do processo de *ponderação* que se opera no nível do princípio da dignidade, quando confrontado com outros princípios, de tal sorte que a regra pode ser absoluta, e neste raciocínio se poderá aplicar a lógica do “tudo ou nada”, mas jamais o princípio.⁶⁷

Conforme foi ressaltado na petição inicial da referida ADPF nº 54, os valores que estão em discussão, revestem-se de importância única. Discute-se quanto ao direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da *Dignidade da Pessoa Humana*. Considerando-se sempre que este princípio possui feições absolutas, razão pela qual sempre e em todos os casos haverá de prevalecer em relação aos demais princípios.⁶⁸

O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estática, é superada pela alegria de ter em seu interior a gestação de um filho. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Esse quadro de uma gestação normal, se direciona a desfecho feliz que é o nascimento de uma criança.

⁶⁴ SARLET, op. cit, p. 51-52.

⁶⁵ Ibidem, p. 72.

⁶⁶ Ibidem, p. 74.

⁶⁷ Ibidem, p. 74-75.

⁶⁸ Ibidem, p. 75.



A natureza, porém, muitas vezes, acaba por reservar várias surpresas, às vezes, muito desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% quanto ao seu diagnóstico. Tais dados médicos-científicos evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivência diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivência, os efeitos da deficiência.

Há quem sustente que pode haver erro de diagnóstico e a anencefalia não ser comprovada posteriormente. Ora se tal ocorrer é um erro médico grave, sujeito à indenização como outro qualquer, mas não justifica a proibição de todas as gestantes que, efetivamente, possuem em seu ventre um feto completamente inviável. Não se tem notícia da existência de um ser humano vivo, sem integral calota craniana, que se tenha desenvolvido e atingido a idade adulta.⁶⁹

Pois bem, estados psico-físico-morais desse mesmo teor e magnitude costumam recobrir todo o processo da gravidez do tipo anencéfalo, desde a comprovação da anomalia, que, se não está na conjunção carnal de que proveio o conceito, está no próprio fruto da concepção.

Ele, o conceito, ser que está no ventre materno, porta uma teratologia, uma “monstruosidade”, que antecipa uma certeza, qual seja, a certeza de que dele nem sequer é possível dizer que tem *hora marcada para morrer*. Ele já vai nascer cerebralmente morto.

Nessas condições, antecipadamente é que se despedaçam os mais bonitos e dourados sonhos da maternidade, as mais bonitas expectativas, os mais afetivos planos, as mais lúdicas fantasias que fazem parte do encantado universo da mulher, que está às vésperas de ser mãe.

É nesse panorama que se dá, para alguns, a analogia com a gestação resultante de estupro. Nesta, existe a forçosa lembrança da monstruosidade do ato sexual. Na anencefalia, a certeza da “monstruosidade” em si, de todo o processo de concepção, gravidez e parto de um ser que já se sabe *prometido ao túmulo, antes mesmo de conhecer o berço*.

⁶⁹ NUCCI, op. cit., p. 621.



No caso da gestação de um feto anencefálico faz-se então, a necessária ponderação (e, acima de tudo, hierarquização) dos bens em causa, com vistas à proteção eficiente da dignidade da pessoa, aplicando-se também o princípio da proporcionalidade, que está diretamente conectado ao princípio da dignidade.⁷⁰

Reforçando o argumento quanto à necessária observação e ponderação prevalente da Dignidade da pessoa Humana, focada na gestante, cita-se o entendimento da Corte Constitucional da Espanha, no seguinte sentido:

La respuesta a la cuestión de si le está constitucionalmente permitido al legislador utilizar una técnica mediante la cual excluya la punibilidad em forma específica para ciertos delitos há de ser afirmativa. El legislador puede tomar em consideración situaciones características de conflicto que afectan de una manera específica a um ámbito determinado de prohibiciones penales. Tal es el caso de los supuestos em los cuales la vida del “nasciturus” como bien constitucionalmente protegido, entra em colisión com derechos relativos a valores constitucionales de muy relevante significación, como la vida y la dignidad de la mujer.

Se trata de graves conflictos de características singulares, que no pueden contemplarse tan solo desde la perspectiva de los derechos de la mujer o desde la protección de la vida del “nasciturus”. Ni ésta puede prevalecer incondicionalmente frente a aquellos, ni los derechos de la mujer pueden tener primacia sobre la vida del “nasciturus”.

El intérprete constitucional se vê obligado a ponderar los bienes y derechos em función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, em caso contrario, precisando las condiciones y requisitos em que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos.⁷¹

Manter-se a gestação de um feto anencefálico, que somente possui a expectativa de morrer, resulta impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

⁷⁰ SARLET, op. cit., p. 115.

⁷¹ ESPANHA, op. cit. A resposta da questão de se está constitucionalmente permitido ao legislador utilizar uma técnica mediante a qual exclua a punibilidade de forma específica para certos delitos há de ser afirmativa. O legislador pode tomar em consideração situações características de conflito que afetam de uma maneira específica a um âmbito determinado de proibições penais. Tal é o caso das hipóteses nas quais a vida do nascituro como bem constitucionalmente protegido, entra em colisão com direitos relativos a valores constitucionais de grande e relevante significação, como a vida e a dignidade da mulher. (tradução livre)

Trata-se de graves conflitos de características singulares, que não podem ser contemplados tão-somente a partir da perspectiva dos direitos da mulher ou a partir da proteção da vida do “nasciturus”. Nem esta pode prevalecer incondicionalmente frente àqueles, nem os direitos da mulher poder ter superioridade absoluta sobre a vida do “nasciturus”. (tradução livre).

O intérprete constitucional se vê obrigado a ponderar os bens e direitos em função do suposto estabelecido, tratando de harmonizá-los se isto é possível ou, em caso contrário, precisando as condições e requisitos em que poderia admitir-se a prevalência de um deles. (tradução livre).



Como foi registrado na petição inicial da referida ADPF nº 54, a gestante passa a conviver, diuturnamente, com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Assim, trata-se de situação concreta que nada tem a ver com a questão de ser ou não um aborto, pois obrigá-la até o fim tal gestação, conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial de Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social.⁷²

Conforme René Ariel Dotti, em artigo publicado no jornal Gazeta do Povo:

Não pode haver preceito legal, princípio ético ou mandamento religioso que obrigue uma desditosa mulher a acalantar no ventre e na alma o fruto de uma dolorosa concepção definida pelo dicionário como “monstruosidade em que não há abóbada craniana e os hemisférios cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio.” Afinal, do parto deve surgir ávida e não a morte.⁷³

Se o Supremo Tribunal Federal legitimar, como é o esperado, essa outra hipótese de interrupção de gravidez, não estará agindo como legislador positivo e invadindo a competência constitucional do Parlamento. Estará sim, tornando imediatamente eficazes direitos fundamentais das gestantes, sendo um deles a Dignidade da pessoa Humana, que estão previstos na própria Constituição, e que, de acordo com a vontade do constituinte, gozam de aplicabilidade imediata, consoante art. 5º, § 1º, da Lei Maior.

Tudo o que se quer é que o STF declare que as normas previstas no Código Penal Brasileiro sobre o aborto não incidam sobre a hipótese de antecipação de parto de feto anencefálico, quando tal condição seja atestada por laudo médico e o procedimento seja autorizado pela gestante, sob pena de inconstitucionalidade.

Veja bem: se não há, na hipótese, vida a ser protegida, nada justifica a restrição aos direitos fundamentais da gestante (dignidade, liberdade e saúde) que a obrigação de levar até o fim tal gravidez acaba acarretando. A incidência da norma penal no caso, portanto, será inteiramente desproporcional e inconstitucional.

⁷² MELLO, Marco Aurélio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (Med. Liminar) 54-8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/ADPF&FETOS>>. Acesso em: 30 mai. 2005.

⁷³ DOTTI, René Ariel. Aborto de uma tragédia – Não há nada que obrigue mulher a ter filho sem cérebro. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Acesso em: 30 mai. 2005. Sem página.



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

Lembremos, ainda, que o Estado brasileiro é laico, permitindo, como é natural de uma autêntica democracia, a adoção e prática de qualquer culto ou crença e, inclusive, do ateísmo. Logo, ainda que alguns, por sentimentos religiosos, acreditem que o sofrimento é parcela integrante da existência humana, sendo moral e espiritualmente elevado que o faça, não se pode transformar a crença de um em um mandamento para todos. Possa cada gestante, de acordo com suas livres convicções, estabelecer a melhor meta a seguir: manter a gestação de anencéfalo ou permitir o aborto.⁷⁴

É possível chegar-se ao mesmo resultado de ponderação de valores: a permanência de um feto sem viabilidade de vida extrauterina no útero da gestante não legitima o imenso sofrimento a que esta estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se inutilmente às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez, já que ao final da gravidez, após o parto, dentro de poucas horas, o fruto da referida gravidez irá morrer, não possuindo qualquer potencialidade de vir a sobreviver.

Reforçando este argumento, destaca-se o entendimento do Tribunal Constitucional da Espanha:

La dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás. Cuando el intérprete constitucional trata de concretar este principio no puede ignorar el hecho obvio de la especificidad de la condición femenina y la concreción de los mencionados derechos en el ámbito de la maternidad.⁷⁵

No que interessa aos fundamentos da analogia *in melius* aqui exposta, a anencefalia, é, sem dúvida, coisa da natureza. Mas é necessário que se lhe atalhe aqueles efeitos mais agressivos de valores jurídicos que tenham o conteúdo de princípios, como é o caso da Dignidade da Pessoa Humana de cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante.

⁷⁴ NUCCI, op. cit., p. 621.

⁷⁵ ESPANHA, op. cit. A dignidade da pessoa se encontra intimamente vinculada com o livre desenvolvimento da personalidade (art. 10) e os direitos à integridade física e moral (art. 15), a liberdade de ideias e crenças (art. 16), a honra, a intimidade pessoal e familiar e a própria imagem (art. 18.1). É um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que leva consigo a pretensão ao respeito por parte dos demais. Quando o intérprete constitucional trata de concretizar este princípio não pode ignorar o fato óbvio da especificidade da condição feminina e a concretização dos mencionados direitos no âmbito da maternidade. (tradução livre).



Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda (“A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu”), pois o fruto de um parto anencefalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto, nem berço, nem enxoval, nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este *mun-do de Deus*.

CONCLUSÃO

A corajosa liminar do ministro Marco Aurélio de Mello, posteriormente revogada, permitindo a interrupção da gestação em feto anencefálico colocou o assunto em discussão na sociedade e entre os atores jurídicos, o que já ocorre há pelo menos dez anos nos países desenvolvidos que hoje permitem, em sua legislação, interrupção da gravidez nesses casos.

A ideia contida na liminar não foi a de obrigar a mulher a interromper a sua gravidez, mas permitir-lhe o ato, se assim for o desejado. A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevivência ao nascerem. Para essas mulheres, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento.

Tal discussão é dolorosa, porém necessária. Com o avanço acelerado da ciência e da tecnologia, temos de refletir continuamente sobre inúmeros assuntos desse tipo, estabelecendo, com reflexão profunda, balizamentos éticos, morais e legais para cada um deles.

É critério a constatação de morte encefálica, devidamente atestada, como imprescindível para que seja autorizada a retirada dos órgãos vitais, a fins de transplantes, consoante Lei nº 9.434/97. Possui o feto anencefálico, já durante a sua gestação, dentro do corpo de sua mãe, a morte encefálica, propriamente dita. A gestante está gerando um ser que, desde já possui a morte encefálica, não havendo a vida intrauterina a ser interrompida, conseqüentemente não há a possibilidade de realização de aborto, pois este ocorre quando por algum motivo a *vida intrauterina* é interrompida, e que a causa desta interrupção não seja o nascimento da criança, mas trata-se de interrupção de parto. A interrupção de tal gestação não caracteriza um aborto.

Interessante é analisar a legislação brasileira, que, senão redundante, muitas vezes torna-se “curiosa”. Nota-se na Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, que é a Lei de Transplante de Órgãos, em seu art. 3º, que prevê a



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinadas a transplante, somente quando for diagnosticada a *morte encefálica* do paciente, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção de transplantes. Ora, nesse caso a Lei é bem clara, que quando constatada a morte encefálica é permitido a remoção de órgãos, e consequentemente, devido a isto, se obteria a morte biológica do paciente.

Então, o que leva o legislador a aceitar a morte encefálica do paciente como prioridade para o transplante, e a não consenti-la no caso do feto anencefálico?

O produto da gestação, feto anencefálico, só possui “vida” devido ao metabolismo da mãe, que a criança, ao nascer, conseguiria “sobreviver” apenas alguns instantes e viria a óbito logo em seguida. Assim, a ausência de cérebro não dá a este ser nenhuma expectativa de vida.

Cabe às mulheres e aos casais, com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal.

A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais da saúde. Impedir a antecipação terapêutica do parto, em hipótese de patologia que torna absolutamente inviável a vida extrauterina, significa submeter a mulher a um tratamento cruel, desumano ou degradante, equiparável à tortura, porque violatório de sua integridade psíquica e moral.

É preciso recordar que a legislação brasileira sobre transplantes considera que não há vida humana quando o cérebro deixa de funcionar. Por isso, pode-se afirmar que, no caso da anencefalia, não há um conflito entre a liberdade da mulher e a vida do nascituro, já que o feto desprovido de cérebro não apresenta vida humana atual ou potencial. Assim, 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.

É possível chegar-se ao mesmo resultado mediante o critério de ponderação de valores já referido, qual seja: a permanência de um feto sem viabilidade de vida extrauterina no útero da gestante não legitima o imenso sofrimento a que estará sujeita, por meses a fio, submetendo-se inutilmente às transformações físicas e psicológicas trazidas pela gravidez.

Também, muito bem colocado pelo Tribunal Constitucional da Espanha:

En cuanto a la indicación de “grave peligro” para la vida de la embarazada, si la vida del “nasciturus” se protegiera incondicionalmente, se protegería más a la vida del no nacido



que a la vida del nacido, y se penalizaria a la mujer por defender su derecho a la vida; por consiguiente, resulta constitucional la prevalencia de la vida de la madre. Em cuanto al supuesto de “grave peligro” para la salud de la embarazada, la prevalencia de la salud de la madre tampoco resulta inconstitucional, teniendo en cuenta que la exigencia del sacrificio importante y duradero de su salud bajo la conminación de una sanción penal puede estimarse inadecuada.⁷⁶

Diante de todo o exposto no presente, se verifica que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é somente sobre gestação envolvendo anencefalia, não há como fazer previsões sobre como ficará a legislação brasileira sobre o aborto noutras situações. Até porque, como foi exaustivamente colocado, não se trata de aborto, mas sim de antecipação de parto.

Referências bibliográficas

- BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARBOZA, Helena Heloisa. BARRETO, Vicente de Paulo (Org.). *Temas de Biodireito e Bioética*. São Paulo: Renovar, 2001.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- BERNARD, Jean. *Esperança e Sabedoria da Medicina*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNESP, 1998.
- BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos, partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de fevereiro de 1997. Regulamentada pelo Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 160486/SP, Rel. Min. Celso de Mello.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Vol 2. São Paulo: Saraiva. 2003.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº. 1480/97.

⁷⁶ ESPANHA, op.cit. Quanto à indicação de “grave perigo” para a vida da gestante, se a vida do “nascituro” se protegesse incondicionalmente, se protegeria mais a vida do não nascido que a vida do nascido, e se penalizaria a mulher por defender seu direito a vida; por conseguinte, resulta constitucional a prevalência da vida da mãe.(tradução livre).

Quanto a suposto de “grave perigo” para a saúde da gestante, a prevalência da saúde da mãe, tampouco resulta inconstitucional, tendo-se em conta que a exigência do sacrifício importante e duradouro de sua saúde sob a cominação de uma sanção penal pode estimar-se inadequada. (tradução livre).



A interrupção de gravidez de fetos anencefálicos considerada como antecipação de parto

DINIZ, Débora. Audiência Pública: Anencefalia – STF – ADPF 54. IN: Série Anis, N. 54, Brasília: Letras Livres, p. 1-3, Set., 2008.

_____. *Pelo Direito de Escolha*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Sem página.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DOTTI, René Ariel. Aborto de uma tragédia – Não há nada que obrigue mulher a ter filho sem cérebro. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Acesso em: 30 mai. 2005. Sem página.

ESPANHA: Tribunal Constitucional. Recurso Prévio de Inconstitucionalidade. Referência-número: 53/1985; Ficha-aprovação: 11-04-1985; Publicação: 18-05-1985. Projeto de Lei orgânica de reforma do artigo 417 do Código Penal espanhol (B.O.C.G., 30 de novembro de 1983). Disponível em: <http://www.espanha.tribunalconstitucional.com>. Acesso em: 03 jun. 2005.

GOMES, Helio. *Medicina Legal*. 28. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1992.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal esquematizado*: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2011.

LEITE, Gisele. *A polêmica questão do aborto, na história e no mundo*. São Paulo. Disponível em: <<http://www.conjur.estadao.com.br/static/text>>. Acesso em: 28 maio 2005. Sem página.

MELLO, Marco Aurélio. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. (Med. Liminar) 54 -8. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/ADPF&FETOS>>. Acesso em: 30 maio 2005.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*: parte geral: parte especial. 4.ed. ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia*: Opinião. São Paulo. Disponível em: <<http://www.febrasfo.com.br/anencefalia2>>. Acesso em: 30 maio 2005. Sem página.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao código penal*: doutrina; casuística; conexões lógicas com os vários ramos do direito. 6. Ed.. ver., atual., e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SANTOS, Leonor Maria Pacheco e PEREIRA, Michelle Zano. Efeito da fortificação com ácido fólico na redução dos defeitos do tubo neural. In: Cad. Saúde Pública, V. 23, N.1, p. 18.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais*: Proteção e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

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



