COMENTÁRIOS À ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

COMMENTS REGARDING NONCOMPLIANCE OF FUNDAMENTAL COMMANDMENTS Nº 54

MAURICIO ANTONACCI KRIEGER[1]

RESUMO: O aborto é um assunto que divide opiniões ao redor do mundo, pois muito se discute se a possibilidade de interromper a gestação é considerada um crime ou um direito da família e, em especial, da mulher. Se o aborto, por si só, já é um tema polêmico, quando se trata de casos de anencefalia o julgamento se torna tarefa das mais complicadas. O STF, ao julgar a ADPF 54, decidiu por não considerar crime de aborto a interrupção da gravidez quando o feto for anencéfalo, o que gerou protestos de um lado e aplausos de outro.
PALAVRAS-CHAVE: Anencefalia; Aborto; ADPF 54; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: Everyone knows that abortion is a subject that divides opinions around the world. Much of its controversies are discussed, especially if pregnancy interruption would be considered a crime or a family right, or simply women's choice to do whatever they like with their bodies. Abortion itself has always been a polemic subject, but when it comes to cases such as anencephaly, a judgment pro life becomes a complicated task. When the Brazilian Supreme Court (STF) decided to not to consider abortion a crime (ADPF) in cases of anencephalic fetus, generated massive ovation for those groups who support abortion, and protests for the ones against it.
KEYWORDS: Anencephaly; ADPF 54; Fundamental Rights.

SUMÁRIO: Introdução; 1. Breve Resumo da Decisão; 2. Comentários à Decisão; Considerações Finais; Referências.

SUMMARY: Introduction; 1. Brief Resume of Decision; 2. Decision Comments; Final Consideration; References.

Comentário de Jurisprudência recebido em 25.02.2014. Comentário de Jurisprudência aceito para publicação em 07.04.2014.

[1] Advogado. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, RS. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC, Porto Alegre, RS. Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, RS. Estudante vinculado ao Grupo de Pesquisa Processos Coletivos e do Grupo de Pesquisa Novas Tecnologias e Relações do Trabalho ambos vinculados à Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS, Porto Alegre, RS. *maukrieger@yahoo.com.br*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por escopo analisar a decisão do Supremo Tribunal Federal que julgou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (ADPF 54) que trata sobre a anencefalia.

O trabalho será dividido da seguinte forma: em um primeiro momento será feito um breve resumo da decisão do Supremo, sem analisar as consequências práticas do julgamento, tampouco se foi correto ou não.

Após, serão abordados alguns conceitos sobre anencefalia e aborto para possibilitar uma melhor compreensão do tema e abrir caminho para as considerações necessárias, com comentários pertinentes e posicionamentos doutrinários.

Inúmeros debates ocorrem ao redor do mundo quando o assunto é o aborto, principalmente quando se trata de casos de fetos com anencefalia. Essas discussões, em toda sociedade, vão muito além do cenário jurídico, visto que é um problema que diz respeito à medicina, à política, à religião, e à sociologia. O STF decidiu que o aborto é permitido nesses casos de má formação do feto, no entanto, houve muitos protestos de religiosos e demais pessoas contrárias à decisão, fazendo com que essa questão esteja longe de acabar, tanto no Brasil como no resto do mundo.

Partindo-se desse debate, o trabalho irá se desenvolver para, ao final, chegar a uma conclusão sobre o que é mais correto para o caso em tela, sem a pretensão de esgotar o assunto, visto que o mesmo não possibilita um posicionamento definitivo.

1. BREVE RESUMO DA DECISÃO

O objetivo do presente item é apenas resumir o julgamento da ADPF 54, ainda que de forma sucinta para, a seguir, fazer algumas considerações sobre o mesmo.

Foi ajuizada a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) no STF. Por maioria de votos o Plenário julgou procedente o pedido para declarar a inconstitucionalidade de interpretação, segundo a qual a interrupção da gravidez de feto com anencefalia seja tipificado como crime de aborto conforme artigos do Código Penal Brasileiro. O relator da decisão foi o Ministro Marco Aurélio Mello e restaram vencidos os votos dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

O ajuizamento da ADPF deu-se em 17 de junho de 2004 tendo como advogado do CNTS, Luís Roberto Barroso, que sustentou que a antecipação terapêutica do parto não constitui aborto, visto que o aborto envolve a potencial vida extrauterina, e no caso isso não ocorre.

De acordo com a ação estão sendo desrespeitados os seguintes preceitos fundamentais: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III da Constituição Federal); liberdade, legalidade e autonomia da vontade (art. 5º, II CF), além

do direito à saúde (art. 6º e 196 da CF). O ato do poder público apontado como violador dos preceitos fundamentais evocados é o conjunto normativo dos artigos 124 e 126, *caput*, e 128, I e II do Código Penal.

A ofensa à dignidade da pessoa humana, no caso à dignidade da gestante, dá-se em virtude de que a gestante deve carregar no seu ventre o feto anencéfalo, sabendo que não existe possibilidade de vida após o nascimento, tendo que se contentar em preparar o funeral de seu filho. Trata-se, pois, de sofrimento físico e moral à mulher, que está sujeita aos riscos de saúde e possui a certeza de morte do seu filho, o que se entende como sofrimento equiparável à tortura.

Ofende também a liberdade da mulher que não tem opção de interromper a gravidez e, por conta disso, afeta a sua saúde física e mental, devendo a escolha de retirar ou não o feto anencefálico ser escolha pessoal da gestante. Consequentemente, ocorre uma ponderação de valores entre os direitos referidos da gestante e o direito à vida do feto anencéfalo.

O Relator do processo, ministro Marco Aurélio Mello votou pela possibilidade legal de interrupção da gravidez de feto anencéfalo. Sustentou que por tratar-se de feto com anencefalia, este, caso sobreviva ao parto, não irá sobreviver por mais de algumas horas, no máximo por alguns dias e, em virtude disso, os direitos básicos da mulher não podem ser atingidos para resguardar a qualquer custo os direitos do feto. Cabe apenas à mulher, e não ao Estado, decidir se a gravidez deve continuar ou não, preservando-se, assim, os direitos fundamentais da mesma. Quanto ao direito à vida do feto, o Relator argumentou que no caso do aborto a intenção é proteger a vida potencial do feto e, no caso da anencefalia, não existe vida possível, portanto são casos diferentes, e a decisão não descriminaliza o aborto, pois nesse caso a interrupção não é considerada como aborto. Em outras palavras, o feto não tem chances de se tornar uma pessoa, trata-se de morte segura. Aborto é crime contra a vida.

A respeito do Código Penal não prever a possibilidade de aborto para casos de anencefalia sustenta que este é de 1940 e, naquela época, a medicina ainda não era capaz de detectar, em exames prévios, se o feto tinha tal anormalidade ou não, o que impossibilitaria a permissão do aborto para esses casos.

Argumentou ainda que, a tese de deixar o feto com anencefalia completar a gestação, com o intuito de doação de órgãos, não merece ser considerada por dois motivos principais: o primeiro, que um feto anencéfalo sofrerá de outras anomalias e dificilmente poderá se tornar doador de seus órgãos, sem contar que esse tipo de prática não é permitido; já o segundo e principal motivo que inviabilizaria a manutenção da gravidez com esse propósito seria que a dignidade da mulher gestante estaria sendo corrompida da mesma forma, obrigando-a a manter a gravidez com essa única finalidade. Ora, não parece razoável exigir da mulher que siga com a gravidez e sofra todas as consequências apenas para fins utilitaristas, o que fere a dignidade da pessoa humana.

O ministro assevera que a questão que está em julgamento é única, ou seja, saber se o tipo penal de interrupção da gravidez do feto com anencefalia está em harmonia com os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana, do direito à vida, do Estado laico, da proteção da autonomia e liberdade, da privacidade e da saúde. De acordo com o relator, a resposta só pode ser negativa, tendo em vista tudo que foi analisado.

Concluiu ainda que o Estado não é religioso, nem ateu, e sim neutro, portanto o julgamento não pode ser examinado sob os influxos de orientações morais religiosas.

A ministra Rosa Weber e o ministro Joaquim Barbosa acompanharam o relator e julgaram pela procedência da ADPF. A ministra Rosa Weber argumentou que o feto com anencefalia jamais será capaz de ter uma vida com capacidade mental, física e afetiva que faz parte de todo ser humano, pois lhe falta a atividade cerebral. Fez ainda uma analogia de forma comparada com o que a medicina considera como pessoa falecida quando, em virtude de alguma doença ou por qualquer motivo, ocorre a chamada morte cerebral. Acontece ausência de atividade motora e, assim, a pessoa é declarada morta. Destarte, parece pertencer à gestante a faculdade de decidir qual o melhor caminho a percorrer quando for o caso de feto com anencefalia.

No que tange à vontade do legislador de não ter acrescentado como excludente da ilicitude do tipo penal os casos de anencefalia, como o fez nos casos de estupro e risco à vida e saúde da gestante, importante a tese da ministra que declara que a vontade do legislador é, no mínimo, questionável, em virtude de que o Código Penal é de 1940 e, naquela época, a tecnologia para o diagnóstico de má formação do feto não era totalmente segura como nos dias atuais. O uso da ultrassonografia é apenas da década de 90. Assim, a vontade do legislador não é um critério seguro para a hermenêutica jurídica e o direito deve ser interpretado de acordo com as possibilidades atuais do sistema e conforme a sociedade atual. Além disso, o ordenamento não protege o feto em todas as situações, como no caso do estupro, em que o feto tem condições normais de vida, sem nenhum tipo de problema, prevalece a liberdade de escolha da gestante, logo em caso de inviabilidade de vida humana não se deve concluir que o ordenamento proteja o feto em detrimento da mãe.

Já o ministro Joaquim Barbosa frisa que não se deve discutir a ampla possibilidade de interrupção da gestação, visto que a mesma está fadada ao fracasso, que por mais que haja esforços, a morte do feto após o parto é certa. Relata que, de acordo com a ciência médica, a anencefalia é uma anomalia gravíssima, que pela falta do cérebro todas as outras funções do corpo não funcionam, bem como não existe possibilidade de sentimentos e emoções. Lembra ainda que o sentimento dos pais é de tristeza, frustração, culpa, impotência, etc.

O ministro Luiz Fux também votou no sentido de autorizar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Começou lendo uma carta de um homem

que narrava a triste história de uma mulher que teve um filho com anencefalia, e que teve que enterrar a criança quando esperava vê-la crescer e completar sua vida. O autor da carta era o marido que lembra a dor dos familiares e pede a compreensão ao ministro. Aduziu que, caso não seja permitida a interrupção da gravidez, sendo esta considerada como crime, acarretaria em tortura à mulher, o que obviamente é proibido pela Constituição Federal de 1988. Concluiu que não existe cura para a deformidade de fetos com anencefalia e que a previsão de vida extrauterina dos mesmos é absolutamente efêmera. Além disso, o diagnóstico é seguro, o que evita que se interrompa a gravidez de um feto saudável. De forma emocionante, ainda sustentou que seria um absurdo colocar a mulher na cadeira dos réus por cometer a interrupção da gravidez de feto anencéfalo depois de ter vivenciado uma verdadeira tragédia humana. Que o importante é deixar a escolha à gestante, ou seja, a decisão não é no sentido de proibir que uma mulher tenha a gestação até o fim de feto com anencefalia, pois o sentimento de cada um deve ser respeitado, e sim que a mulher e os familiares possam decidir se querem ou não levar adiante, o que pode gerar muito sofrimento. Questiona se é justo uma mulher, nestas condições, ser julgada por um júri popular, podendo ser condenada depois de tanta dor vivenciada. Nestes termos, o correto é dar todo o apoio à gestante ao invés de punir com repressão penal. Além disso, sustenta que é correto afirmar que os riscos para a saúde da mulher gestante de um feto com anencefalia são imensos, razão pela qual se deve possibilitar a interrupção da gravidez a qualquer momento, tendo em vista o princípio da proporcionalidade, também aplicável ao Direito Penal. Esse mesmo Direito Penal que deve atuar apenas em última *ratio*, como princípio da intervenção mínima, ou seja, apenas para casos que sejam aviltantes para a vida em sociedade. O aborto é uma questão de saúde pública, não matéria de Direito Penal. Encerrou dizendo que não se sente à vontade de dizer qual vida vale mais, se a da gestante ou a do feto.

Já a ministra Carmem Lúcia, em seu voto, também foi no sentido de não considerar como crime a interrupção da gestação de feto anencéfalo. Para ela, o que se está discutindo é a dor da mãe que de qualquer forma acontecerá independente de sua decisão. Assim, seria possível permitir que um médico ajudasse uma mãe nessa situação, e que o pai também passa pelo mesmo sofrimento e deve auxiliar na decisão da família, que deve ser restrita aos familiares. A dignidade que está em questão é a da mãe, por óbvio, do pai que passa por tudo juntamente com a mãe, e dos irmãos mais velhos que já podem estar fazendo planos de brincar com a criança que está para chegar, de uma maneira geral, trata-se da dignidade de todos familiares próximos.

A questão não seria a liberação do aborto, deixar que se pratique independente da situação, e sim em casos de anencefalia permitir que a família tenha liberdade para decidir, e sabe-se que qualquer decisão será extremamente dolorosa nesses casos. Por conta disso, em nome da dignidade da pessoa humana, não deve ser criminalizado qualquer posicionamento

escolhido pela gestante e seus familiares. Importante a ressalva de que com os novos equipamentos que estão ao dispor da sociedade, o diagnóstico de que o feto sofre deste mal já ocorre mais rapidamente, o que pode gerar maior sofrimento, mas ao mesmo tempo permite também uma solução antecipada.

Por fim, menciona que o aborto, nesse caso, não deve ser punido em caso de feto com anencefalia, pois de acordo com a Lei de Introdução ao Código Civil (art. 5º), o juiz, ao aplicar a lei, deverá observar a que fins ela se destina, e qualquer lei dentro do ordenamento jurídico brasileiro, necessariamente, deve obedecer e garantir a dignidade da pessoa humana.

Entretanto o ministro Ricardo Lewandowski apresentou seu voto em sentido contrário. Argumentou em sua decisão que não cabe ao Poder Judiciário exercer função de criador de direito, tarefa esta restrita ao legislativo. Os integrantes do Judiciário não podem promover inovações como se fossem parlamentares eleitos, visto que, se o Congresso Nacional quisesse já poderia ter alterado a legislação para incluir o caso dos fetos com anencefalia nas hipóteses em que o aborto é permitido e, no entanto, ainda não o fez. Dessa forma, não é lícito que o mais alto órgão judicante do país, com o pretexto de interpretar conforme a Constituição crie normas legais através de decisão. Não cabe aos membros do Poder Judiciário promover inovações no ordenamento jurídico como se fossem parlamentares eleitos pelo povo. Ademais, ainda com a decisão procedente, podem-se criar precedentes para novos casos de permissão do aborto. Em outras palavras, novas possibilidades poderiam estar sendo autorizadas para interrupção da gravidez, como casos de fetos com ausência de coração, agenesia renal, atrofia muscular, ou outras hipóteses de deformação, o que traria insegurança jurídica.

O ministro Carlos Ayres Britto seguiu o relator e votou pela procedência do pedido a fim de declarar inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal de penalizar a interrupção da gestação de fetos anencéfalos. Dentre outras argumentações, o ministro sustentou que é considerada uma tortura à mulher não poder interromper a gravidez nesses casos. O que se está decidindo é a possibilidade, ou seja, ninguém será obrigado a interromper a gravidez, trata-se, pois, de uma faculdade da mãe, que poderá decidir como melhor achar. E ainda ressalta que, se a mãe, de fato, decidir por interromper com a gravidez, essa decisão será pelo mais forte e sábio dos amores: o amor materno. Por fim, a gravidez se destina à vida e não à morte. Com essas ponderações o ministro ressalta que se trata de um arremedo de gravidez, algo que tem um final certo e trágico, que jamais poderá ocorrer vida e felicidade neste processo. O ideal seria interromper essa gravidez o quanto antes, para evitar dores maiores e, por conta disso, sua conduta deve ser considerada como atípica e não caracterizadora de aborto.

Pela procedência da ADPF também se deu o voto do ministro Gilmar Ferreira Mendes. No entanto, o ministro considerou a hipótese em tela como aborto, mas do tipo permitido pela legislação, por acarretar riscos à saúde da

gestante, sendo considerada causa de excludente de ilicitude. Ressaltou ainda que o caso merece ser regulamentado de forma adequada.

Lembrou ainda que os conceitos de morte cerebral e anencefalia são distintos, visto que, na anencefalia tem autonomia cardíaca e respiratória, o que não acontece na morte cerebral que depende da ajuda de aparelhos. Que a anencefalia pode ser diagnosticada a partir do fim do primeiro trimestre e que o risco da gravidez de um feto anencéfalo é maior que de um feto viável. De acordo com o ministro, uma das causas de pedir da ADPF é a atipicidade do fato, que o feto anencéfalo não merece proteção jurídica, o que não merece respaldo, ou caso contrário não estaria o Supremo em julgamento tão delicado. Tratar o caso como fato atípico seria uma ofensa à parte da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos. Assim, o fato deve ser considerado típico de aborto, mas do tipo permissivo, por trazer riscos para a saúde da gestante, tanto psíquica quanto física.

Celso de Mello também votou pela procedência, no entanto apresentou uma condição: que a anencefalia em cada caso concreto seja diagnosticada e comprovada por médico habilitado para tanto. O ministro ainda lembrou que nunca havia participado de um julgamento de tamanha magnitude que envolvesse diretamente a vida e a morte. E encerrou mencionando que a Corte não está descriminalizando o aborto e que isso até pode vir a ser julgado no futuro e, que o caso em questão, sequer há vida envolvida a ser protegida e, portanto, não há tipicidade.

Destacou que com a decisão jurisdicional as mulheres poderão optar por seguir com a gravidez ou não, sem o receio de sofrerem sanções penais. Muitos direitos das mulheres que estão sob julgamento, como a dignidade da pessoa humana, a liberdade e a intimidade, todos são garantidos constitucionalmente. Menciona ainda que, um feto que não possui nenhuma condição de vida não pode se sobrepor a todos os direitos concernentes à gestante, causando dor e sofrimento.

O ministro ao tratar do direito à vida, que também é protegido pela Constituição Federal, e que estaria de certa forma assegurado ao feto com anencefalia, e que poderia prevalecer sobre os direitos da mulher, demonstra que a Lei 9.434/97 estabelece o momento da morte em seu art. 3º, como aquela precedida de diagnóstico de morte encefálica, para fins de transplante de órgãos. Esse conceito poderia ser facilmente interpretado para constatar, também, o início da vida, que dessa forma, serviria para afastar a alegação de que a interrupção da gravidez de feto com anencefalia estaria ferindo o direito à vida, que sequer iniciou, ou seja, não existe a figura da pessoa, nem de um ser humano potencial.

O último a votar, o ministro Cezar Peluso vota pela improcedência da ADPF, por tratar o anencéfalo por ser vivo, mencionando que se o feto morre é porque antes estava vivo. Argumenta que existe certa dificuldade no diagnóstico. Além disso, se posiciona também no sentido que o STF não

pode ser legislador positivo, como já havia mencionado o ministro Ricardo Lewandowski.

Entende ser este, o julgamento mais importante desta Corte, já que trata do conceito de vida e de quando começa esta vida, além, é claro, da sua tutela normativa. Faz um comparativo com o julgamento das células-tronco embrionárias, dizendo que naquele caso existia a figura do embrião excedente, que sequer fora implantado no útero e jamais viria a sê-lo, o que afasta completamente a ideia de vida humana.

Sustenta que não se pode falar em direito de liberdade quando a lei penal define ato como criminoso, ou seja, se determinado comportamento é reprimido e não aceito e, portanto, proibido, não há espaço para invocação do princípio da liberdade, por já estar excluído nessa hipótese. Desconsiderar o feto com anencefalia, nada mais é que outra forma de discriminação e conduta covarde de quem se acha superior, tratando tais fetos como se lixos fossem.

De forma muito interessante o ministro analisa a posição do feto anencéfalo antes e depois do parto, em outras palavras, sobre a questão da vida intrauterina e extrauterina. Lembra que, se o feto chega a nascer e alguém lhe tira a vida, com certeza será caso de homicídio ou infanticídio, mesmo que seja para proteger os direitos da dignidade e liberdade da mãe, para evitar seu sofrimento. Já no caso de vida intrauterina, por qual motivo seria permitida a interrupção da gravidez e por consequência a retirada da vida do feto? A única coisa que mudaria, seria o momento da execução, pois o ato em si permanece o mesmo.

O Ministro Dias Toffoli não participou do julgamento por ter participado da elaboração do parecer da AGU em favor da ADPF, na época em que era Advogado Geral da União. Assim se considerou impedido.[2]

2. COMENTÁRIOS À DECISÃO

A decisão do Supremo envolveu uma série de direitos fundamentais, o que torna pertinente iniciar os comentários aduzindo as chamadas gerações de direitos fundamentais que, mais tarde, passaram a ser chamadas de dimensões.

Conforme entendimento de Paulo Bonavides, os direitos fundamentais encontram-se manifestados em três gerações, sendo direitos da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, são direitos civis e políticos. São direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, tendo por titular o indivíduo. Traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e guardam como característica uma subjetividade. Além disso, ressaltam, na ordem dos valores políticos, a nítida separação entre a sociedade e o Estado, sendo direitos que valorizam o homem singular, o homem da sociedade mecanicista que compõe a chamada sociedade civil.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgamento em 12.04.2012. Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 25 maio 2013.

Os direitos da segunda geração são direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, e surgiram através do princípio da igualdade, não podendo ser separados, pois é este princípio que os ampara e os estimula. Com o advento dos direitos fundamentais da segunda geração deu-se início à proteção das instituições originando um novo conteúdo de direitos fundamentais, qual seja: as garantias institucionais. Tão importante quanto salvaguardar o indivíduo é, conforme a primeira geração, proteger a instituição.

A terceira geração de direitos, que trata da fraternidade, não tende a proteger especificamente os interesses de um indivíduo, de um grupo, ou de um determinado Estado, e sim tem por destinatário o gênero humano. Emergem da reflexão de temas referentes ao desenvolvimento, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade, à paz e à comunicação.[3]

O autor ainda refere-se à chamada quarta geração de direitos fundamentais mencionando que:

> A globalização política na esfera da normatividade jurídica introduz os direitos da quarta geração, que, aliás, correspondem à derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.[4]

Ingo Wolfgang Sarlet critica o termo usado para a definição, mencionando ser equivocado o uso da expressão “gerações”, e que o correto seria usar “dimensões” de direitos fundamentais. Conforme o autor:

> Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementaridade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optaremos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina.[5]

[3] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 562-70.
[4] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 562-70.
[5] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 45.

Neste tópico serão observados alguns posicionamentos doutrinais quanto ao tema, bem como aos assuntos relacionados com a anencefalia. Antes, porém, faz-se necessário trazer alguns conceitos, em especial o que se entende por fetos anencéfalos.

De acordo com a medicina a anencefalia é uma malformação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, sendo uma patologia letal.[6] Tentando abordar o assunto com uma linguagem menos técnica, pode-se afirmar que a anencefalia é o que se entende por feto sem o cérebro que, por conta disso, torna impossível a vida extrauterina de maneira normal, restando apenas alguns dias de vida após o nascimento, na maioria dos casos.

Nesse sentido Silvia Araújo Amorim Pereira Barreto aduz que, com a tecnologia moderna, a anencefalia é possível de ser diagnosticada a partir de doze semanas de gestação, através de equipamentos de ultrassom. A maioria dos anencéfalos sobrevive no máximo 48 horas após o nascimento, sendo que, em alguns casos, pode sobreviver um pouco mais, no entanto, a morte é considerada certa.[7]

Tendo os conceitos referentes à anencefalia, surge a grande questão: seria crime de aborto a interrupção da gravidez quando se tratar de feto anencéfalo? O que deve prevalecer nesses casos, o direito à vida do feto, mesmo que a ciência afirme que um feto nessas condições terá uma vida extremamente curta e, ainda assim, não conseguirá sentir nada, nem dor nem prazer, ou o direito à dignidade da mãe, além do seu direito à liberdade, e seu direito à saúde? Para responder tais questionamentos faz-se necessário, primeiro observar como o aborto é tipificado no Brasil.

Segundo o Código Penal Brasileiro, o aborto é tido como crime, no entanto, existem duas exceções a essa regra. A primeira quando não há outro meio de salvar a vida da gestante, e a segunda quando a gravidez for resultado de estupro. O chamado aborto necessário, que visa preservar a vida da mãe, coloca dois bens em conflito, o direito à vida da mãe e o direito à vida do feto, sem dúvida um caso de estado de necessidade, em que o legislador optou pela vida da mãe. Já no segundo caso, o aborto piedoso "é realizado em nome da dignidade da pessoa humana, no caso a mulher que foi violentada, o direito permite que pereça a vida do feto".[8]

Ao referirem-se ao direito à vida e consequentemente ao aborto, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior argumentam que: "O aborto

[6] WIKIPÉDIA. *Anencefalia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/anencefalia>. Acesso em: 22 jun. 2013.
[7] BARRETO, Silvia Araújo Amorim Pereira. Os Direitos Humanos e os Fetos Anencéfalos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (orgs.). *Direitos Humanos em Evolução*. Joçaba: Unoesc, 2007. p. 134.
[8] NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 127-8.

também se vê alcançado pelo espectro regrativo da norma constitucional em comento. É que a vida, iniciada com a concepção, não pode sofrer solução de continuidade não espontânea, fazendo com que o direito a ela também se estenda ao nascituro".[9]

No entanto, para caracterizar o crime de aborto e para proteger o nascituro é fundamental saber quando começa a vida no ventre materno. Com razão Alexandre de Moraes aduz que tal fato cabe ao biólogo e não ao jurista, esse, por sua vez, deve apenas dar-lhe o enquadramento legal. Nestes termos, de acordo com especialistas na matéria, pode-se afirmar "que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez".[10]

Ora, a verdade é que o nascituro é um ser humano e, portanto, merece total proteção por parte do Estado, pois é um ser vivo, distinto de sua mãe e pertencente à espécie *homo sapiens,* o que caracteriza como titular do direito à vida.[11] Em outras palavras:

> Acreditar que somente haveria pessoa no ser dotado de autoconsciência é reduzir o ser humano a uma propriedade do indivíduo da espécie humana, que inclusive pode ser perdida ao longo de sua existência. O indivíduo que se consubstancia da fusão de gametas humanos não é apenas potencialmente humano ou uma pessoa em potencial; é um ser humano, por pertencer à espécie humana. Por conta dessa essência humana, o ainda não nascido tem direito à vida como os já nascidos, até por imposição do princípio pela igual dignidade humana.[12]

Correto afirmar também que os fetos em fase gestacional possuem direitos fundamentais, principalmente de proteção de suas vidas, "e onde já se pode inclusive reconhecer como imanentes os direitos da personalidade, assim como, em alguns casos, direitos de natureza patrimonial".[13]

Em termos internacionais a Declaração Universal dos Direitos Humanos não faz menção expressa sobre o aborto, existe, sim, o princípio geral de proteção à vida. Mas essa norma pode facilmente ser estendida ao aborto, protegendo a vida intrauterina, afinal a vida humana está presente no feto.[14]

---

[9] ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 139.
[10] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2007. p. 31.
[11] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 397.
[12] Ibidem, p. 397-8.
[13] SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 220.
[14] HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos* – A Construção Universal de uma Utopia. Aparecida: Santuário, 1997. p. 156.

Por outro lado, a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica estabelece de forma expressa o direito do nascituro em seu art. 4º que trata do direito à vida, e assim dispõe no item 1: "Toda pessoa tem 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" [Grifo nosso]. Conforme foi destacado no texto legal, a palavra "concepção" demonstra a intenção de proteção também do feto e não apenas da vida extrauterina.

Sem dúvidas, o aborto envolve uma grande questão ética, que divide opiniões ao redor do mundo. Até 1967, o aborto era ilegal em quase todas as democracias ocidentais, tendo como exceção apenas Suécia e Dinamarca. No entanto, pouco depois a Inglaterra passou a admitir o aborto e, no caso Roe versus Wade[15] a Corte Suprema dos Estados Unidos da América admitiu o direito constitucional das mulheres de abortar, desde que seja nos primeiros seis meses de gestação. Com o passar do tempo, outros países foram legalizando o aborto, principalmente no continente europeu.[16]

Tais considerações esclarecem que o aborto é tido como crime e a proteção da vida intrauterina faz-se presente, tanto no cenário nacional como internacional, salvo aqueles países que possuem normas em sentido contrário,[17] no entanto, também ficou claro que no Brasil existem duas exceções à regra, como foi analisado acima. Com a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir a interrupção da gravidez quando se tratar de fetos com anencefalia, ou seja, permitindo o aborto nesses casos, restou lógico que a hipótese não se enquadra nas exceções legais, o que acarreta um ativismo por parte do Poder Judiciário, visto que estaria o STF criando uma nova possibilidade de aborto permitido. O julgador parece estar exercendo a função do legislador, o que poderia estar desrespeitando o princípio da separação dos poderes. Apenas não seria considerado ativismo judicial caso se considere a anencefalia uma possibilidade que confira risco à saúde da gestante e, por consequência, risco de vida, se englobando assim em uma das hipóteses legais.

---

[15] O caso ocorreu em 1970 nos Estados Unidos e ficou reconhecido o direito ao aborto. Foi uma ação judicial no Texas em que Jane Roe argumentou que havia sido estuprada por uma gangue e, por conta disto pedia o direito de abortar. Por outro lado, O fiscal do Distrito do Condado de Dallas (Texas) Henry Wade se opunha ao direito de aborto. Ficou decidido que a mulher, aparada pelo direito à privacidade poderia livremente optar por interromper a gravidez. (WIKIPEDIA. *Caso Roe contra Wade*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade>. Acesso em: 22 jun. 2013).

[16] SINGER, Peter. *Ética Prática*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 145.

[17] De acordo com a ONU muitos países legalizaram o aborto em qualquer caso como, por exemplo, a maioria dos países europeus e asiáticos, bem como Canadá e EUA; pouquíssimos proíbem em qualquer caso, e outros permitem em algumas circunstâncias como em caso de estupro, risco de vida, problemas de saúde, fatores socioeconômicos ou má-formação do feto. Tudo varia de acordo com o país. (WIKIPÉDIA. *Legislação sobre o Aborto*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla%C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto>. Acesso em: 22 jun. 2013).

Mas, pensando de outra forma, o legislador previu no Código Penal a possibilidade de aborto permitido para casos de fetos com saúde totalmente normal, como os decorrentes de estupro, que preferiu colocar como bem maior a dignidade e a liberdade da mãe que foi forçada ao ato sexual, em detrimento do direito à vida do feto. No caso de anencefalia o feto é, ao contrário, anormal e impossibilitado de ter uma vida em condições mínimas de saúde, sendo esta de forma vegetativa e ainda por poucas horas ou alguns dias. Além disso, levando-se em conta que o Conselho Federal de Medicina estabelece que o diagnóstico de anencefalia deva ser realizado por exame ultrassonográfico, a partir da 12ª semana de gestação e deva conter uma foto do feto em posição sagital e outra com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável para tornar seguro o diagnóstico, além de um laudo com assinatura de dois médicos capacitados para tal. Isso tudo para garantir 100% que se trata de feto com anencefalia e que a possibilidade de sobrevivência é nula, mostrando assim que a interrupção da gravidez pode ser uma possibilidade plausível caso seja o desejo da mãe.[18]

A decisão do STF que julgou de forma procedente a ADPF 54 no sentido de autorizar a interrupção da gravidez em casos de anencefalia não descriminalizou o aborto, apenas considerou que esses casos não são considerados como aborto. Levou-se em conta os direitos da mulher, dentre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.[19]

Através da dignidade da pessoa humana, a decisão também lembrou que a mulher chega a tal ponto de sofrimento que se equipara à tortura, que é vedada pela Constituição Federal em seu art. 5º, III. Existe uma classificação na doutrina em que são separados os direitos da personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos. O primeiro que trata dos direitos à integridade física da pessoa, e aqui está presente o direito à vida e o direito ao próprio corpo; no segundo grupo aparecem os direitos à integridade moral, onde se encontram os direitos à honra, à liberdade, à intimidade, dentre outros. Trazendo-se esses conceitos para a decisão da anencefalia, fica demonstrado que caso não fosse procedente a ADPF 54, e a interrupção da gestação de

[18] CFM – CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *CFM define diretrizes para diagnóstico de anencefalia.* Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=22913:cfm-diretrizes-para-diagnostico-de-anencefalia&catid=3>. Acesso em: 22 jun. 2013.

[19] Como bem ensina Ingo Wolfgang Sarlet: "Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida." (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 73).

forma voluntária ainda fosse considerada como crime, estariam sendo violados ambos os grupos de direitos, tanto a integridade física como a integridade moral.[20]

Como a mulher teria que levar a gravidez até o fim, tendo a certeza que seu filho não sobreviveria, causando a ela e a sua família, dor, angústia e frustração, além de incorrer em risco de sua própria saúde, a dignidade humana estaria sendo violada e, assim, ocorreria a tortura psicológica.[21]

Em relação ao direito à saúde da gestante cabe lembrar o que a Organização Mundial da Saúde dispõe que tal direito é o complexo de bem-estar físico, mental e social; ou seja, não é apenas a ausência de doenças. Para se garantir tal direito o melhor procedimento é a interrupção da gravidez, a fim de prevenir o risco e a dor da mulher.[22]

Por outro lado, existe o direito à vida do feto que, como ensina Peter Singer, do ponto de vista conservador tem-se o seguinte: "Primeira premissa: É errado matar um ser humano inocente. Segunda premissa: Um feto humano é um ser humano inocente. Conclusão: Logo, é errado matar um feto humano".[23] Mas o autor apresenta também o ponto de vista liberal, que não costuma levar em consideração a segunda premissa, ou seja, para essa corrente o feto não é ainda um ser humano. A questão gira em torno de quando um ser obtém consciência.[24]

A discussão é relevante, mas o autor quando tratou do tema estava levando em consideração fetos totalmente normais, e não os fetos com anencefalia, objeto deste estudo. Consequentemente, fetos com anencefalia não possuem cérebro e, para muitos, não podem sequer ser considerados seres detentores de vida. Fazendo-se uma analogia à eutanásia, surge um questionamento: seria crime a eutanásia em pacientes que, em virtude de alguma doença ou acidente, se encontram em vida vegetativa? Como resposta pode-se afirmar que os pacientes são considerados mortos quando ocorre a chamada morte cerebral, assim sendo, "cumpre observar que não nos parece caracterizar eutanásia a consumação da morte pelo desligamento de aparelhos que, artificialmente, mantenham vivo o paciente já clinicamente morto".[25]

Analisando os posicionamentos do julgamento da Corte, e tendo em mente tudo que se viu durante a pesquisa, percebe-se que o mais importante da decisão é a liberdade e autonomia que a mulher adquiriu de decidir o que é melhor para sua saúde e para sua família. Se de um lado temos o direito à

[20] VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 90-1.
[21] Ibidem, p. 91.
[22] Ibidem, p. 93.
[23] SINGER, Peter. *Ética Prática*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 148.
[24] SINGER, loc. cit.
[25] SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 202.

vida do feto, e sabe-se que o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, afinal todos os demais são decorrência deste direito,[26] sabe-se também que o feto com anencefalia não sobreviverá após o nascimento e, do outro lado, ainda tem a dignidade da mulher, que como foi visto prevalece até mesmo sobre a vida de um feto normal, como é o caso do estupro. Como dito, o mais importante é a liberdade da mãe, pois, com a decisão, a mãe não é obrigada a interromper a gestação e, sim, passa a ter o direito para tanto.

Trata-se, portanto, de uma faculdade que a mãe dispõe de acabar com todo sofrimento, visto que terá a possibilidade de decidir, juntamente com a família, qual o melhor caminho, sem a intervenção do Estado e sem a ameaça de estar cometendo um ilícito penal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após resumir de forma breve a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a anencefalia na ADPF 54, e posteriormente analisando parte da doutrina é possível tecer algumas conclusões.

O assunto em debate é extremamente polêmico e a questão ética merece ser levada em consideração. Difícil de tomar posição para um dos lados, tarefa que talvez não devesse ser realizada pelo homem e sim deixar que a natureza siga o seu caminho normal. No entanto, em todo estado democrático de direito, e tratando-se de um país civilizado, o mais correto é o julgamento em um ou outro sentido para sanar os anseios da sociedade.

Restou evidente um claro conflito de direitos no caso concreto. Se de um lado, procura-se proteger a vida do feto anencéfalo, do outro se tem os direitos da gestante, como a liberdade, a autonomia da vontade, a saúde e a dignidade.

Conclui-se que, apesar de posicionamentos em sentido contrário, defendendo a manutenção da gestação e, consequentemente o nascimento do feto anencéfalo, parece ser o mais correto a autonomia da vontade por parte da mãe, visto que seus direitos fundamentais estão em jogo.

Ora, o trauma psicológico que a mesma irá enfrentar com uma gravidez que terá um fim mórbido, após o nascimento, e ainda possíveis complicações para a saúde da própria gestante, que podem inclusive lhe custar a vida, demonstram que o Supremo optou pela melhor escolha e que sua decisão merece ser seguida pelas demais nações.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed., rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BARRETO, Silvia Araújo Amorim Pereira. Os Direitos Humanos e os Fetos Anencéfalos. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; BARRETO, Vicente (orgs.). *Direitos Humanos em Evolução*. Joçaba: Unoesc, 2007.

[26] SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 418.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. CFM – Conselho Federal de Medicina. *CFM define diretrizes para diagnóstico de anencefalia.* Disponível em: <http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content &view=article&id=22913:cfm-diretrizes-para-diagnostico-de-anencefalia&catid=3>. Acesso em: 22 jun. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Rel. Min. Marco Aurélio Mello, julgamento em 12.04.2012. Plenário. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 25 maio 2013.

HERKENHOFF, João Baptista. *Direitos Humanos* – A Construção Universal de uma Utopia. Aparecida: Santuário, 1997.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 22. ed., São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 4. ed., rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed., rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 22. ed., rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

SINGER, Peter. *Ética Prática*. Traduzido por Jefferson Luiz Camargo. 3. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SOUZA, Nelson Oscar de. *Manual de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos Fundamentais*: uma leitura da jurisprudência do STF. Colaboração de Flávia Scabin. São Paulo: Malheiros, 2006.

WIKIPEDIA. *Caso Roe contra Wade*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_ Roe_contra_Wade>. Acesso em: 22 jun. 2013.

_____. *Legislação sobre o Aborto*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Legisla% C3%A7%C3%A3o_sobre_o_aborto>. Acesso em: 22 jun. 2013.

_____. *Anencefalia*. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/anencefalia>. Acesso em: 22 jun. 2013.