



MARINA MENEZES VINHAES

A interrupção da gestação em casos de anencefalia e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto de Direito Público - EDB/IDP.

Brasília – DF
fevereiro/2013

MARINA MENEZES VINHAES

A interrupção da gestação em casos de anencefalia e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto de Direito Público - EDB/IDP.

Brasília – DF
fevereiro/2013

MARINA MENEZES VINHAES

A interrupção da gestação em casos de anencefalia e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de pós-graduação em Direito Constitucional da Escola de Direito de Brasília – Instituto de Direito Público - EDB/IDP.

Brasília – DF, fevereiro de 2013

Banca Examinadora:

RESUMO

A presente monografia analisa a antecipação terapêutica do parto no caso do feto portador de anencefalia, bem como o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. A opinião e os abalos sofridos pela mulher grávida de um feto incompatível com a vida extra-uterina foi bastante relevante para a autorização pelo Supremo Tribunal Federal da interrupção terapêutica do parto. O respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana deve ser honrado, preservando-se a integridade física e moral da mulher protegendo, dessa maneira, sua saúde e intimidade. Submeter a mulher a levar a termo uma gravidez de um feto anencefálico representa tratamento desumano e que pode ser comparado à tortura. O Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido formulado na inicial e declarou a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. Esta mudança legislativa fez-se mais do que necessária para que o assunto fosse regulado e para que a mulher com sua consciência faça a melhor escolha para si. Foram utilizadas doutrina e jurisprudência para uma melhor comparação entre as diversas opiniões discordantes, bem como fundamentos jurídicos para a análise da autorização pelo Supremo Tribunal Federal da antecipação do parto de feto anencéfalo.

Palavras-chave: aborto, anencefalia, antecipação terapêutica do parto, inviabilidade, má-formação fetal, dignidade da pessoa humana, ADPF nº 54.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	6
1 O ABORTO E SUA MORALIDADE.....	9
1.1 Aborto e direito.....	9
1.1.1 A dificuldade de se conceituar “vida”	11
1.1.2 O direito à vida	13
1.1.3 O aborto e o direito de escolha	16
2 ABORTO POR ANOMALIA FETAL GRAVE.....	19
2.1 A anencefalia	19
2.1.1 Aspectos gerais	19
2.1.2 Percepção médica	20
2.1.3 A saúde da mulher	22
2.1.4 Anencefalia e morte encefálica.....	25
2.2 Aborto eugênico e aborto seletivo	26
2.2.1 Anencefalia de deficiência.....	28
3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	30
3.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.....	30
3.1.1 As normas de direitos fundamentais e seu âmbito de proteção	32
3.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	33
3.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a antecipação terapêutica do parto.....	35
4 O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54	40
4.1 Algumas decisões judiciais anteriores à ADPF nº 54.....	40
4.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54	43
4.2.1 Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54.....	48
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS.....	59

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo demonstrar a polêmica gerada pelo tema acerca da antecipação de parto de feto anencéfalo. A existência de limites éticos para que possamos interferir na vida de outro ser humano que está para nascer é algo que gera inúmeras controvérsias e nos leva contra diversos princípios, sejam de ordem moral ou religiosa.

A discussão de quando começa a vida é outro ponto polêmico e diversas opiniões são dadas sem se conseguir chegar a um consenso. No caso de um feto com má formação congênita e que não terá chances de sobrevivência a dificuldade da decisão é ainda maior. E foi justamente nesta dificuldade e complexidade que o Supremo Tribunal Federal (STF) levou alguns anos para decidir acerca da questão da antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, pois em um país como o nosso, a lei, os costumes e a religião nos apontam para outro lado.

As diversas religiões, assim como as diferentes culturas, não possuem uma opinião consensual formada acerca da interrupção de gestação de feto anencéfalo, sendo que alguns países criminalizam tal conduta enquanto outros entendem que é o melhor caminho a ser seguido. Os políticos brasileiros, também, discordam um do outro quanto ao tema, e projetos de lei visando diferentes objetivos foram propostos, mas nenhum obteve sucesso.

É de grande relevância uma análise jurídica a respeito do tema uma vez que, com o passar dos anos, grandes avanços tecnológicos ocorreram, permitindo que diagnósticos mais precisos sejam emitidos para que se tenha ciência das reais condições do feto, bem como sua viabilidade.

Ocorre que a legislação penal não acompanhou o avanço da medicina, tornando-se obsoleta no que diz respeito à inviabilidade fetal, pois na época de elaboração do nosso Código Penal não havia exames que pudessem diagnosticar com precisão problemas que ocorriam com o feto, como é o caso da anencefalia.

Ao detectarem que seus fetos eram acometidos por anencefalia muitas mulheres procuraram auxílio do Poder Judiciário brasileiro e conseguiram a autorização para a antecipação de seus partos, evitando assim um abalo psicológico e até mesmo físico de terem que gerar em seu ventre um feto inviável.

Foi após um longo debate que, apenas em abril de 2012, através do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, que grávidas de fetos sem cérebro puderam optar por interromper, ou não, a gestação com assistência médica adequada. Por 8 votos a 2 os Ministros definiram que a antecipação terapêutica de feto anencéfalo não é crime.

Permitir a morte de um recém-nascido que não chegará a sobreviver é algo de difícil decisão, e, por isso a demora em decidir um caso delicado como este, pois apenas os pais, principalmente a mãe, da criança saberão de suas condições, sejam elas de ordem financeira ou emocional com uma situação que cause sofrimento por uma criança que morrerá ao nascer.

O tema proposto no presente trabalho mostra-se bastante relevante, porquanto abarca diversas áreas do conhecimento. Dessa forma, o estudo sugerido tentará mostrar os diversos posicionamentos por meio de posições doutrinárias, das decisões diárias que foram tomadas em nossos tribunais e da decisão final dos Ministros do STF. O problema a ser trabalhado é expresso nos seguintes termos: Quais as fundamentações teóricas utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal, na ADPF nº 54, para a autorização da interrupção da gestação nos casos de anencefalia?

Em busca de elementos para obter resposta a tal problema, será desenvolvida pesquisa segundo a estrutura abaixo indicada.

No primeiro capítulo, serão abordados aspectos relativos ao aborto e sua moralidade, enfocando a dificuldade de saber ao certo o que vem a ser “vida” e quando ela começa; o direito à vida e o aborto e o direito de escolha da mulher, que é livre para suas decisões.

No segundo capítulo, será analisada a anencefalia, que segundo o conceito médico é uma má-formação do tubo neural que ocasiona a falta dos hemisférios cerebrais. Será realizada uma abordagem médica da situação atentando aos perigos que um feto com essa inviabilidade pode ocasionar à saúde da mulher. Distinções que são importantes nesse momento da pesquisa foram as de malformação e inviabilidade fetal, anencefalia e morte encefálica, aborto eugênico e aborto seletivo e anencefalia e deficiência.

O terceiro capítulo analisará os Direitos Fundamentais e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana a anencefalia, trazendo os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, o âmbito de proteção das normas de direitos fundamentais e estudando o princípio da dignidade da pessoa humana, que foi um dos pontos mais defendidos quando do julgamento da ADPF nº 54.

No quarto e último capítulo entraremos no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, onde analisaremos, inicialmente, algumas decisões dos Tribunais anteriores à decisão do Supremo Tribunal Federal e por fim, a polêmica decisão da ADPF nº 54 proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) que com maioria de votos a favor, o Plenário do STF aprovou, em abril de 2012, a descriminalização da antecipação do parto em caso de gravidez de feto anencéfalo.

1 O ABORTO E SUA MORALIDADE

1.1 Aborto e direito

A grande maioria dos juristas entendem o aborto como a interrupção da gravidez com a morte do nascituro, não dependendo da expulsão do produto morto do ventre materno para a configuração do crime de aborto¹.

Para o Professor Magalhães Noronha: “Embora, sob o ponto de vista médico, gravidez seja mais propriamente o período que decorre da terceira a quinta fases, sob o aspecto jurídico ela vai desde a fecundação até o início do parto”².

Outros estudiosos no assunto, no campo jurídico, deram, também, suas definições acerca do conceito de aborto. Nesse sentido Júlio Fabbrini Mirabete ensina:

Aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido pelo organismo da mulher ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes de sua expulsão. Não deixará de haver, no caso, o aborto³.

Entendimento contrário é o proposto por Warley Rodrigues Belo que ensina ser o aborto “o ato de interromper o processo de uma gravidez com a consequente expulsão do feto do interior uterino”⁴.

Ainda, podemos citar a definição dada por Maria Helena Diniz:

O termo aborto, [...], vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha

¹ SÁ, Maria de Fátima Freire (org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 445.

² NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2, p.50.

³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.2, p. 93.

⁴ BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 19.

havido ou não expulsão do feto destruído. Deveras, urge lembrar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir se, por exemplo, ocorrer sua mumificação, com formação de litopédio⁵.

O fim da gravidez se dá com o parto. É o parto que vai distinguir o crime de aborto do homicídio e do infanticídio. No primeiro procura-se resguardar a vida, uma vez que o feto não é sujeito de direitos; já nas outras duas situações resguarda-se a vida da pessoa, sujeito de direitos e obrigações⁶.

O aborto adota as seguintes classificações: espontâneo ou natural, acidental ou provocado⁷. O aborto natural é uma interrupção não intencional da gestação causada por distúrbios de ordem genética, são embriões com anomalias cromossômicas incompatíveis com a vida. O aborto acidental é aquele provocado por algum agente externo, nesse caso não há que se falar em ato culposo (negligência, imprudência ou imperícia). O aborto provocado é o criminoso, por ato intencional e doloso.

O aborto provocado pode ter diversas causas, dentre elas: econômica, moral ou individual⁸. O aborto de natureza econômica é aquele realizado pela mulher, cuja situação em que se encontra a família não tem renda suficiente para o sustento da futura criança. O aborto moral é o que resulta de estupro, de uma gravidez extra-matrimônio. Por fim, o aborto individual é aquele realizado por estética, egoísmo ou medo de responsabilidade sobre a futura criança.

Podemos citar, também, o aborto eugênico que é aquele em que há o perigo do feto nascer com alguma doença mental ou corporal ou até mesmo em razão de valores racistas, sexistas e étnicos. Esse tipo de aborto é comparado a práticas nazistas, quando mulheres foram obrigadas a abortar por serem judias, ciganas ou negras.

⁵ DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire (org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 447.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**: parte especial, arts. 121 a 234 do CP. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.2, p. 93.

⁸ *Ibidem*, p. 93.

Vale, contudo, lembrar que a comparação do aborto eugênico com práticas nazistas não é muito feliz, uma vez que:

As mulheres que decidiam interromper a gestação após o diagnóstico de má-formação fetal não baseavam sua decisão em pressupostos sociais de inferioridade dos deficientes, mas em valores estritamente individuais de bem-estar e qualidade de vida⁹.

Não há excludente de criminalidade para o aborto eugênico. Há apenas uma tendência a descriminalização em caso de anomalias fetais incompatíveis com a vida, baseado “na tese da existência da possibilidade de aborto terapêutico e outros no reconhecimento da excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa”¹⁰.

1.1.1 A dificuldade de se conceituar “vida”

Diversas e infundáveis são as discussões acerca do início da vida. A Biologia considera que a vida tem início com a fusão do óvulo pelo espermatozóide e ainda, deve haver interação entre a mãe e o embrião para que a vida se estabeleça ¹¹.

Por sua vez, correntes bioéticas dizem que a pessoa é aquela que pode interagir com o meio quando possui consciência, assim, para Miguel Kottow a vida humana tem início quando a mulher aceita o fato de ser mãe¹².

No nosso Direito não há nada que indique quando começa a vida, nosso ordenamento jurídico apenas protege os direitos do embrião desde a concepção até o seu nascimento, mas será apenas com o nascimento com vida que a personalidade civil terá início (art. 2º, C.C.). A interrupção da gravidez é, portanto, ilegal porque o direito reconhece que o embrião tem todo potencial para se tornar um ser humano com vida.

⁹ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília, Letras Livres: 2004, p. 63.

¹⁰MIRABETE, Júlio Fabbrini. Op. Cit. p. 101.

¹¹MOISÉS, Elaine Christine Dantas. et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto: FUNPEC editora, 2005, p. 17.

¹²Ibidem, p. 18.

Segundo os ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

O nascituro não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direito. Tão certo é isso que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito se não chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento¹³.

Washington de Barros Monteiro, também, segue a linha de que “por assim dizer, o nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida”¹⁴.

Dessa maneira, independentemente de quando comece a vida, o que interessa é saber se nela existe uma potencialidade de sobreviver fora do útero materno, se tem potencialidade de vir a ser uma pessoa.

Por outro lado, a análise da morte para o nosso ordenamento jurídico encontra-se mais consolidado do que a questão relacionada à vida. Com respaldo na Lei 9.434/97, lei que regula a matéria relativa a transplantes de órgãos, o conceito de morte começou a se caracterizar uma vez que o art. 16 da referida lei reza que se pode retirar tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas com morte encefálica.

Com a Resolução nº 1.480 de 1997 do Conselho Federal de Medicina o conceito de morte foi regulamentado. Dessa forma temos que “[...] a parada total e

¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed., 2 tiragem. Rio de Janeiro: Forense, p. 205.

¹⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 59.

irreversível das funções encefálicas equivale à morte, conforme critérios já bem estabelecidos pela comunidade científica mundial [...]”¹⁵.

A partir daí Paulo César Busato conclui que:

Morte, juridicamente falando, é, pois, a ausência de vida, representada esta pela atividade cerebral da qual depende a realização de todas as funções do encéfalo e, por conseguinte, de todo o corpo humano. Havendo conceito jurídico de morte, é possível, por exclusão, denominar-se juridicamente vida, ainda que não haja uma absoluta coincidência entre o conceito médico de morte encefálica e a situação neurológica derivada da anencefalia¹⁶.

Temos ainda, segundo Andrew C. Varga, que:

“[...] um cérebro morto indica o fim da vida humana, como sabemos; o cérebro morto não tem capacidade de reviver por si.[...] O embrião contém a capacidade natural de desenvolver todas as atividades humanas: percepção, raciocínio, vontade e outras atividades correlatas. A morte significa o fim do crescimento natural, a cessação dessas habilidades”¹⁷.

É certo que no feto anencéfalo há a atividade do tronco cerebral, mas tal atividade só continuará existindo se estiver combinada com a atividade cerebral. Daí o enquadramento do anencéfalo na Lei de Transplantes, pois sua morte decorre da falta de atividade cerebral, o que fará cessar as demais funções¹⁸.

1.1.2 O direito à vida

O direito à vida é um dos direitos mais importantes do homem. Sua importância é tamanha, que levou o legislador constituinte a elevar esse direito ao patamar de direito fundamental do homem, sendo o primeiro elencado no artigo 5º de nossa Constituição Federal.

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Crériterios para a caracterização de morte encefálica**. Resolução N.º 1.480 de 08.08.1997. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm> > Acesso em 12 jan. 2013.

¹⁶ BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 16, p.138.

¹⁷ VARGA, Andrew C. **Problemas de Bioética**. Tradução de Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 67.

¹⁸ BUSATO, Paulo César. Op. Cit. p.139.

Ives Gandra da Silva Martins ressalta que a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez, mencionou a inviolabilidade do direito à vida, diferente da abordagem das Constituições anteriores, que falavam em respeito aos direitos concernentes à vida. “O discurso atual é direto e claríssimo, ao determinar que a inviolabilidade é do direito à vida e não apenas o respeito a direitos concernentes à vida”, ressalta¹⁹.

Atualmente, há uma controvérsia quando se fala em vida e direito. O direito é criação da vida, e o direito à vida é criação do homem. Mas, há que se falar em direito quando não há vida? A resposta é incerta tal como a morte, que hoje não é mais considerada um fato certo: passou a ser um processo, assim como a vida. Não é mais somente do indivíduo, e a decisão de alongá-la pode estar nas mãos de outros, dependendo da situação. Assim, estende-se não apenas a vida, mas também o direito que a acompanha, muitas vezes de maneira a se perder a essência desse direito²⁰.

A vida é um dos valores inerentes à pessoa humana, pois, sem a vida, a pessoa não existe tal como é. O caráter social presente no homem, que faz com que uns dependam dos outros e consequentemente da vida em sociedade, faz com que a vida seja concebida como um valor. A partir dessa concepção, criou-se um costume de respeitá-la e protegê-la, e através dos séculos, passou-se a reconhecer um direito à vida e protegê-la como valor jurídico. Dessa forma, quem atentasse contra a vida era punido²¹.

Por outro lado, a vida humana é o elemento primordial e que estrutura a personalidade do homem, pois é unificador e permite o seu desenvolvimento. É também um bem dinâmico, por ser uma força em si mesma que se completa ao longo do tempo, e considerada em toda sua dimensão pelo direito brasileiro, que a define como “inviolável” no

¹⁹ MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito do ser humano à vida**. In: **Direito fundamental à vida**. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 25.

²⁰ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Vida digna: direito, ética e ciência** (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: **O direito à vida digna**. Coordenadora: Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 13-14.

²¹ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: **Biodireito**. Coordenadora: Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 102-103.

artigo 5º, caput, da Carta Magna²², conforme já ressaltado. José Renato Nalini resalta que, da concepção de Canotilho do direito à vida²³, deriva também um dever fundamental de cada cidadão de tutelar a vida. É um dever conexo ao direito fundamental à vida²⁴.

Cada vez mais é superada a ideia de vida como simples respirar, apenas função vital determinante. A tendência que se apresenta é de se conceber vida como um conjunto construído diariamente; ou seja, um direito à vida engloba também sua qualidade e dignidade²⁵.

Por isso, além de um direito de vida (de preservação da vida que já existe), a Constituição Federal assegura a existência de um direito à vida (à evolução da vida e o que sucede ao nascimento com vida). O ordenamento jurídico pátrio prevê que tal direito não pode ser alvo de restrição ou suspensão (a não ser nos casos lícitos de aborto previstos na legislação). Portanto, é notório que a vida é um bem jurídico, um objeto de relações jurídicas²⁶.

O direito à vida é aquele em função do qual todos os demais bens e direitos existem. Assim, trata-se de direito indisponível e de caráter negativo, pois qualquer atitude no sentido de negativá-lo ou suprimi-lo é defesa. Essa proibição é onde a tutela do Estado sobre o

²² CATÃO, Marconi de Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: WVC/Madras, 2004, p. 155-156.

²³ Diz Canotilho: “O direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental reconduz-se, assim, a uma relação trilateral entre o titular, o destinatário e o objeto do direito. Assim, por exemplo, quando a Constituição... consagra o direito à vida, poder-se-á dizer que: 1) o indivíduo tem o direito perante o Estado, a não ser morto por este (“proibição da pena de morte legal”); o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo; 2) o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos: estes devem abster-se de praticar atos (ativos ou omissivos) que atentem contra a vida de alguém”. CANOTILHO, J.J. Gomes apud NALINI, José Renato. “**A Vida É**”. In: **Direito fundamental à vida**. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 520.

²⁴ NALINI, José Renato. “**A Vida É**”. In: **Direito fundamental à vida**. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005, p. 521.

²⁵ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: **Biodireito**. Coordenadora: Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 103.

²⁶ CATÃO, Marconi de Ó. Op. Cit., p. 156.

direito à vida se perfaz, pois qualquer declaração de vontade do particular que implique na negatização desse direito é nula, devido à sua enorme relevância²⁷.

É notório o interesse do Estado em proteger o direito à vida. A Constituição Federal o classifica como direito primordial, resguardado antes de qualquer outro; e o Código Penal inicia a definição dos tipos penais pelos crimes contra a vida, aos quais atribui as penas mais severas de todo o ordenamento. Logo, não há dúvidas quanto à proteção e garantia deste direito na legislação pátria²⁸.

1.1.3 O aborto e o direito de escolha

O aborto, com a evolução da sociedade, na atualidade sofre uma grande repressão e repúdio por inúmeras sociedades e culturas. Espera-se que a tendência na maioria dos países seja de legalizar o aborto, apesar de haver certa resistência, não o tornando uma regra para os que não querem o feto, o que será enfatizado logo a seguir. Assim, os países em desenvolvimento e os subdesenvolvidos também estão tentando aderir à legalização do aborto, num processo mais lento que o esperado por muitos cidadãos²⁹.

O aborto é tido como um ato tenebroso, que sobrevém por razões ignoradas ou amedrontadas. Tem-se tal ponto de vista sobre o abortamento, pois este encerra um caminho natural no processo de procriação humano e é desprezível porque, provocado ou espontâneo, produz um sentimento de castigo para as mulheres em processo de fertilização. Muitas não entendem o porquê disso acontecer e veem-se sem saída, pois muitas não têm condições de pagar uma clínica para tratamento do feto com anomalia e preferem o aborto para evitar maiores sofrimentos. É uma má lembrança e uma insuportável dor carregada por toda a vida³⁰.

Neste sentido, Aline Mignon de Almeida defende o aborto, afirmando:

²⁷ CATÃO, Marconi de Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: WVC/Madras, 2004, p. 159.

²⁸ *Ibidem*, p. 161.

²⁹ BARTILOTTI, Márcia Mirra Barone. **A ética na saúde**. In: Valdemar Augusto Angerami (Org). São Paulo: Pioneira Thomson, 2002, p. 100.

³⁰ BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004, p. 44.

O nosso judiciário, nos últimos anos, tem autorizado a interrupção da gravidez nos casos que a criança é inviável, pra evitar tortura moral, física e psicológica da gestante à espera de uma criança que não sobreviverá. É possível sentir uma mudança na sociedade em relação ao aborto, principalmente o eugenésico, cada vez mais nota-se que as pessoas estão mais favoráveis ao aborto. Os avanços científicos e tecnológicos propiciam uma mudança gradativa de mentalidade, começam nos países mais desenvolvidos e vão se alastrando pelo mundo. Existem países que ainda mostram resistência às mudanças, mas estes vão ficar para trás na história³¹.

Logo a seguir, enfatiza:

O Brasil possui uma legislação rigorosa reprimindo o aborto e me parece uma hipocrisia, pois existem várias clínicas clandestinas e quem desejar fazer aborto não terá nenhuma dificuldade. Milhares de mulheres ficam estéreis ou morrem por ano em clínicas clandestinas ou em outros estabelecimentos onde não existem profissionais habilitados e onde a falta de higiene impera. Ocorrem também abortos feitos com agulhas de tricô, pedaços de pau, de cabides para provocar a morte do concepto. Utiliza-se também peso para provocar hemorragia e com ela o aborto. A sociedade não pode continuar fingindo que nada disso acontece; com a legalização do aborto, vai ser possível dar informações, apoio psicológico, assistência e evitar o número de mortes e de esterilidade das mulheres que se sujeitam a esta prática. A procriação deve ser uma opção e não uma imposição³².

Importante é enfatizar que sendo o aborto legalizado, não irá este aumentar ou incentivar que gestantes pratiquem tal ato, porque ele tem vários inconvenientes por ser um método complicado e prejudicial e que causa, muitas vezes, graves traumas psicológicos; nenhuma gestante iria se submeter a tal ato sem ter a devida necessidade ou por puro prazer, por isso esta prática seria utilizada em último caso, prevalecendo os métodos já utilizados para evitar a gravidez indesejada, sendo mais baratos e de fácil acesso e que, com acompanhamento médico no caso dos anticoncepcionais, não agridem a saúde; é um procedimento com grande risco; por estes e tantos outros motivos o aborto será a exceção para evitar a prole³³.

Toda pessoa humana tem direito a liberdade e a exposição e utilização do seu corpo. Ocorre que, o feto por algum tempo não tem condições autônomas de ter vida

³¹ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.145.

³² Ibidem, p.146-147.

³³ Ibidem, 2000, p.147.

própria, pois não possui ondas cerebrais e não tem a formação completa. O seu futuro é incerto. Por estes motivos de falta de capacitação de ter tal vida, é que a mulher deve optar pela interrupção da gravidez ou a permanência dela³⁴. É certo que essa decisão deve ser unicamente da gestante e dos membros da família, pois estes não poderão ser expostos a constrangimentos na tentativa de convencimento à prática do aborto, mesmo em casos graves e incompatíveis com a vida. A autonomia deve prevalecer, sendo inaceitável qualquer tipo de pressão moral ou física³⁵.

³⁴ ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p.147.

³⁵ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diailas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003, p. 54-55.

2 ABORTO POR ANOMALIA FETAL GRAVE

2.1 A anencefalia

2.1.1 Aspectos Gerais

Ponto importante que foi e continua a ser muito discutido em âmbito nacional é o que trata do aborto no caso de anomalias fetais incompatíveis com a vida. No campo da bioética há um certo consenso no que diz respeito ao aborto por má-formação fetal, que deve ser diferenciado dos outros casos de aborto voluntário.

De acordo com dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), o Brasil só perde para o México, Chile e Paraguai em partos de anencéfalos e estima-se que desde 1989, três mil processos autorizaram mulheres a interromper a gestação nos casos de má-formação fetal³⁶.

No Brasil, a cada dez mil gestações aproximadamente nove, são relativas aos fetos anencéfalos. Essa estatística representa percentuais, cerca de cinquenta vezes maiores do que em países como a França, Bélgica ou Áustria³⁷. Tamanha diferença ocorre, principalmente, por dois fatores:

A primeira hipótese é a de que a ocorrência da anencefalia é muito mais frequente no Brasil do que em outros países. Por ser muito mais frequente, seria natural esperar maior prevalência de partos de anencéfalos aqui. A segunda hipótese é de que a anencefalia ocorre com frequência semelhante entre os países em que a diferença nos números de gestações levadas a termo deve-se ao fato de as interrupções de gestações serem claramente autorizadas em vários países, mas não no Brasil³⁸.

Outra justificativa apontada para a maior incidência de fetos anencéfalos nesses países dá-se pelo fato de apresentar uma população mais carente que não ingere a

³⁶ CANTARINO, Catarina. **Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto?** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>>. Acesso em: 08 de jan. de 2013, p. 02.

³⁷ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004, p. 21.

³⁸ Ibidem, p. 21.

quantidade suficiente de vitaminas do complexo B em sua dieta nutricional. Porém, tal conclusão não se mostra muito plausível uma vez que países como Bolívia e Equador possuem uma carência nutricional maior e apresentam estatísticas menores de aborto de fetos anencéfalos, isso porque tais países se encontram no rol daqueles que autorizam a interrupção da gestação para preservar a saúde das mulheres ³⁹.

Em 2004, o ministro Marco Aurélio de Mello concedeu liminar e liberou a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Durante quatro meses, período em que a liminar vigorou, 58 mulheres foram beneficiadas. Tal liminar, portanto, foi suspensa a pedido do então procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, por ir contra aos princípios da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB). Fonteles argumentou que o processo de gestação de um feto anencéfalo é normal, portanto existe a vida intra-uterina, além disso, há um desenvolvimento físico do feto (boca, nariz, pulmões, veias, coração...), e por isso deve-se respeitar a inviolabilidade do direito à vida que tem início com a concepção, independentemente do tempo de sobrevivência que o feto apresentará. Argumento utilizado, também, por Fonteles é o de que a gestante de um feto anencefálico não irá morrer, portanto não há que se cogitar a hipótese de aborto terapêutico⁴⁰. Tal processo já foi julgado, no ano de 2012, e “por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal julgamento” ⁴¹. (Trataremos do tema em capítulo específico).

2.1.2 Percepção Médica

Um grande avanço na medicina pode-se dizer, foi o diagnóstico do pré-natal realizado por meio da ecografia. Essa grande melhoria foi introduzida nos países desenvolvidos ainda na década de cinquenta, e no Brasil chegou ao fim da década de setenta,

³⁹ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004, p. 22.

⁴⁰ PRÓ-VIDA DE ANÁPOLIS. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>. Acesso em: 19 jan. 2013.

⁴¹ Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em: 08 jan. de 2013.

mais precisamente em 1979⁴². Tais avanços médicos foram de grande utilidade para que os primeiros diagnósticos de alteração do desenvolvimento fetal pudessem ser mais precisos.

A anencefalia vem do grego *na* (privação de) mais *enkephalos* (cérebro)⁴³.

Segundo médicos obstetras a anencefalia:

É uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos com esta má-formação são chamados de “fetos-rãs”. Em linguagem coloquial são fetos sem cérebro⁴⁴.

A má-formação decorrente da anencefalia ocorre entre o 23° e 28° dias de gestação e cerca de 75% dos fetos morrem, ainda, dentro do útero materno, e dos 25% que chegam a nascer a expectativa de vida é de batimentos cardíacos por pouquíssimas horas⁴⁵.

A ocorrência da anencefalia é diagnosticada com maior frequência em fetos do sexo feminino, pois se acredita que tal patologia está associada ao cromossomo X. Ainda, a cada gravidez subsequente o risco da anencefalia aumenta cerca de 5%, e mães diabéticas têm seis vezes mais chances de gerar um filho com esse problema. Mães em idade muito avançada ou mães muito jovens também se incluem no rol de fatores de risco⁴⁶.

Especialistas acreditam, porém, que o mau fechamento do tubo neural em fetos anencéfalos ocorre principalmente devido a alterações no metabolismo do ácido fólico, assim uma dieta com uma dosagem suficiente de tal complexo vitamínico poderia diminuir a

⁴² MOISÉS, Elaine Christine Dantas. et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto: FUNPEC editora, 2005, p. 42.

⁴³ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004, p. 91.

⁴⁴ Ibidem, p. 91.

⁴⁵ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 15(01):95-106, 2005, p. 100-101.

⁴⁶ NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia: posição da FEBRASGO**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>> Acesso em: 01 fev. 2013.

incidência desse problema em cerca de 30 a 50%⁴⁷. Acredita-se, também, que a posologia de pílulas anticoncepcionais, o ácido valpróico (anticonvulsivante), drogas antimetabólicas, entre outros reduzem a absorção do ácido fólico pelo organismo fazendo, assim, com que o feto tenha uma maior probabilidade de apresentar anencefalia⁴⁸. No Brasil, o ácido fólico está sendo empregado na composição da farinha.

A prevenção, hoje, é uma norma do Centro de Controle de Doenças, nos Estados Unidos, que preconiza quatrocentos microgramas de ácido fólico pelo menos um mês antes da gravidez e nos dois primeiros meses da gestação e nos casos onde houve um antecedente o uso de quatro miligramas em igual período⁴⁹.

É importante atentar para o fato de que uma vez diagnosticada a presença de anencefalia do feto a administração do ácido fólico pela gestante não reverte o quadro, ou seja, a anencefalia apresenta um quadro irreversível. A única saída que pode ser tomada é uma orientação adequada, uma ajuda psicológica para que o casal possa decidir livremente pelo futuro do feto.

A anencefalia é caracterizada por uma inviabilidade fetal e não por uma má formação fetal. Tal distinção se faz necessária uma vez que o feto malformado, apesar de também possuir graves e irreversíveis anomalias físicas, pode se manter vivo; já o feto considerado inviável “não viverá nem bem nem mal, nem muito nem pouco”⁵⁰.

2.1.3 A saúde da mulher

Sabe-se que toda gravidez acarreta algum risco para a saúde da mulher. Quando se trata de um feto portador de alguma anomalia a chance de complicações cresce ainda mais. No caso de um feto portador de anencefalia existe, inclusive, a possibilidade de morte para a mãe, argumento este, inclusive, utilizado no julgamento da ADPF nº 54, a qual estudaremos mais à frente.

⁴⁷ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 33.

⁴⁸ Disponível em <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.htm>> Acesso em: 01 fev. 2013.

⁴⁹ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Op. Cit. p. 28.

⁵⁰ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília, Letras Livres, 2004, p. 125.

Estatísticas mostram que no caso de uma gestação de feto anencéfalo:

há pelo menos 50% de possibilidade de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, possibilidade de atonia no pós-parto, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de deslocamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade. Além disso, os fetos anencéfalos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero [...] ⁵¹

O feto anencéfalo possui o ombro maior do que a média, sendo assim, sua expulsão do ventre materno torna-se mais complicada podendo ocorrer o que os médicos chamam de distorcia do ombro, o que causa problemas muito graves segundo obstetras ⁵².

Hipertensão é outra doença que se torna mais fácil de ser adquirida por mulheres grávidas de fetos anencéfalos. Complicações decorrentes da própria má-formação do feto também contribuem negativamente para a saúde da mulher, dessa maneira os fetos anencéfalos, por não possuírem a caixa craniana formada, não encaixando corretamente para o parto, nascem sentados o que não é saudável para a gestante ⁵³. Além disso, o trabalho de parto costuma demorar mais que o normal.

Além de patologias físicas é necessário atentar para problemas psicológicos que a gestante passa a desenvolver quando descobre estar grávida de um feto que não nascerá com vida, ou se nascer terá a sobrevida muito curta, tornando-se, assim, a mulher gestante um “caixão ambulante” ⁵⁴. Por tais razões a autorização para uma antecipação terapêutica do parto fez-se tão necessária e importante.

Em pesquisa publicada pela Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia e avaliada e aprovada pela Comissão Ética em Pesquisa do Hospital das Clínicas da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, acerca de mulheres que solicitaram a

⁵¹ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 27.

⁵² Ibidem, p. 27.

⁵³ Ibidem, p. 29-31.

⁵⁴ Ibidem, p. 29.

antecipação terapêutica do parto no caso de fetos anencéfalos, seus resultados revelaram: a maioria das mulheres apresenta sintomas depressivos ao serem informadas que estão gerando um feto anencéfalo; a maioria não apresentou dúvidas quanto à decisão de interrupção da gravidez sendo que a própria opinião foi a que mais teve peso. Ainda, a grande maioria afirmou que teria a mesma posição diante de outra situação semelhante, e que aconselharia outras mulheres a interromperem a gestação caso passassem pelo mesmo problema ⁵⁵.

Um acompanhamento psicológico adequado aos casais que recebem o diagnóstico de um feto acometido por anencefalia faz-se mais do que necessário, pois em um momento desses, emergem sentimentos de ódio, angústia e desespero que passam a ser vivenciados com uma intensidade muito grande. Tal questão envolve muitos cuidados, uma vez que o casal precisará aprender a lidar com a morte e com o sentimento de perda. Nesse momento a escolha do casal pela antecipação terapêutica do parto, ou não, deve ser respeitada.

[...] o casal não consegue conceber esse ato como eliminando a vida do filho. Entendem o processo como escolhendo o momento da perda, mas o vínculo afetivo com a “criança” se mantém; por isso, exigirão respeito e cuidado com o feto durante todo o processo.⁵⁶

Após o processo da antecipação terapêutica do parto é necessário que o acompanhamento psicológico continue para que se analise a experiência vivida e as condições psíquicas da mulher, minimizando o sofrimento vivido.

Nos Estados Unidos, a opção pela interrupção ou não da gravidez de um feto portador de alguma anormalidade está mais relacionada pela qualidade de vida que a futura criança terá⁵⁷. Já na China as mulheres acreditam ser apenas delas as decisões pela

⁵⁵ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. et al. Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, 2006; 28(01): 10-7.

⁵⁶ Ibidem, p. 16.

⁵⁷ Ibidem, p.16.

manutenção ou não da gravidez, e a grande maioria optaria, em tese, pela interrupção da gestação mesmo em casos como a Síndrome de Down⁵⁸.

2.1.4 Anencefalia e morte encefálica

De acordo com o art. 3º da Lei nº 9.434, de 03 de fevereiro de 1997 (Lei dos Transplantes), como já exposto em capítulo anterior, considera a morte a partir do momento em que a pessoa apresenta morte encefálica. A morte encefálica deverá ser definida pelo Conselho Federal de Medicina mediante resolução. Dessa maneira, a Resolução nº 1.480 de 08 de agosto de 1997 entendeu que para a morte encefálica ser caracterizada devem ser realizados exames periódicos de acordo com a faixa etária; a morte encefálica deve ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida e de acordo, ainda, com a Resolução “os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia”⁵⁹.

O art. 6º da Resolução nº 1.480, de 08 de agosto de 1997, decidiu que os exames complementares que constatarem a morte encefálica devem demonstrar que há ausência de atividade elétrica cerebral, ausência de atividade metabólica cerebral, ou ausência de perfusão sanguínea cerebral⁶⁰.

Ainda, temos que:

Na lei dos transplantes, para uma pessoa com a estrutura cerebral completa, espera-se a morte do tronco para se ter certeza que todo o encéfalo morreu, pois, ao não ter mais nenhuma perspectiva de vida, esse ponto é convencionado como morte. Hoje, a morte não é mais parada cardíaca, é morte encefálica⁶¹.

⁵⁸ BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. et al. Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, 2006; 28(01): 10-7, p. 16.

⁵⁹ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Critérios para a caracterização de morte encefálica**. Resolução N.º 1.480 de 08.08.1997. Disponível em: < <http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm>> Acesso em 03 jan. 2012.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 32.

Diaulas Ribeiro observou muito bem que, na anencefalia, apenas há presença do tronco cerebral, sendo assim as funções superiores do sistema nervoso central relacionadas a cognição, percepção, comunicação, consciência e percepção estão ausentes, o que existe são apenas funções vegetativas que comandam a respiração, as funções vasomotoras e as funções dependentes da medula espinhal⁶², por isso, o feto, é, por muitos, considerado um feto morto⁶³. Dessa forma, devido a falta de diversas funções o feto anencefálico apresenta o que é chamado de morte neocortical, que é diferente da morte encefálica.

Os critérios para a definição de morte encefálica não são unânimes. Para a Conferência dos Colégios Médicos Reais no Reino Unido, por exemplo, a ausência do tronco cerebral é característica da morte cerebral. Nos Estados Unidos e na Austrália a definição dos critérios da morte cerebral é apresentada em lei, já na Inglaterra tais critérios são definidos pelas Comissões Nacionais de Bioética ou a Conselhos de Medicina⁶⁴.

2.2 Aborto eugênico e Aborto seletivo

A palavra eugenia foi desenvolvida em 1883 pelo cientista Francis Galton, e tomou dois rumos: o primeiro relacionada à ciência e às teorias da hereditariedade e da evolução; o segundo relacionada a um âmbito social. Para Galton sua teoria parecia muito simples uma vez que se animais podiam ser modificados geneticamente através da seleção artificial, os humanos poderiam seguir a mesma linha de raciocínio⁶⁵.

O surgimento desse novo termo causou inúmeras controvérsias no mundo científico, principalmente. Com isso, pedidos nos Estados Unidos e na Inglaterra chegaram a ser feitos para que leis e planos estatais favorecessem a reprodução de seres desejáveis e dessa

⁶² DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 101-102.

⁶³ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 15(01):95-106, 2005, p. 101.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 100.

⁶⁵ LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e Bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez e Fonte do Direito, v. 52, n. 321, p.30.

maneira evitassem os seres considerados como indesejáveis⁶⁶. Tais pedidos foram realizados em algumas nações, como foi o caso da Alemanha enquanto vigorou o nazismo.

O aborto eugênico, portanto, é algo distinto do aborto seletivo. Alguns autores ao se referirem a um feto com anencefalia, ou seja, um feto inviável, utilizam-se do termo aborto eugênico o que segundo Débora Diniz não é correto: “alguns autores desconhecem os compromissos éticos da nova genética e tendem a considerá-la uma atualização dos ideais eugênicos do início do século XX”⁶⁷. Andrew C. Varga acrescenta que “alguns eugenistas até vão a ponto de obrigar a destruição da vida muito defeituosa, antes de seu nascimento”⁶⁸.

Sendo assim, o aborto eugênico pode ser definido como:

A interrupção involuntária de uma gestação. A mulher é obrigada a abortar por razões discriminatórias, sexistas ou racistas. O aborto eugênico foi uma exigência da medicina nazista às mulheres judias, por exemplo. Nenhuma legislação mundial autoriza este tipo de aborto⁶⁹.

Em uma perspectiva distinta encontramos o conceito de aborto seletivo, qual seja:

É a interrupção voluntária de uma gestação em casos de má-formações fetais. Em geral, o aborto seletivo é realizado em função de diagnósticos de anomalias graves com reduzida sobrevida extra-uterina. Estima-se que 65% da população mundial viva em países onde se autoriza o aborto seletivo⁷⁰.

A anencefalia, portanto, enquadra-se no grupo do aborto seletivo e não do eugênico. Dessa forma, Anelise Tessaro discorre que no caso de fetos inviáveis não se busca

⁶⁶ LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da (coords.). **Dicionário de bioética**. Tradução de A. Maia da Rocha. São Paulo: Editorial Perpétuo Socorro e Editora Santuário, 2001, p. 447.

⁶⁷ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 58.

⁶⁸ VARGA, Andrew C. **Problemas de Bioética**. Tradução de Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. São Leopoldo: Unisinos, 1998, p. 73-74.

⁶⁹ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004, p. 29.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 90.

nenhuma melhora da raça humana, o fim almejado é o da escolha livre e consciente da mãe para minimizar sua aflição uma vez que haverá impossibilidade de vida extra-uterina⁷¹.

Discordando da posição de que o aborto eugênico difere do seletivo, Maria Helena Diniz não aceita que os pais tenham o direito de escolha pela interrupção da gestação, e considera que a opção pelo aborto no caso de fetos com anencefalia se enquadraria no âmbito do aborto eugênico⁷².

Observa-se, portanto, que não há um consenso acerca da expressão correta a ser utilizada. Resta claro, todavia, que, em caso de antecipação terapêutica do parto por anencefalia fetal, não há preocupação com a “melhoria da raça”, pois o feto anencéfalo não a pioraria, nem a melhoraria, pois é incompatível com a vida extra-uterina.

2.2.1 Anencefalia e Deficiência

Atualmente a deficiência pode ser entendida como:

A deficiência caracteriza-se pelo resultado ou pelo produto de um relacionamento complexo entre as condições de saúde de uma pessoa e as condições sociais. Para a Organização Mundial de Saúde, é um conceito amplo para lesões, limitações de atividades ou restrições de participação. Segundo dados do censo 2000, 14,5% da população brasileira é deficiente⁷³.

Deficiência é algo que nos deparamos ao decorrer das nossas vidas sendo, portanto, um fato natural. Nesse ponto lembra bem Débora Diniz:

A liberdade de escolha quanto à realização do aborto não é um valor em desarmonia com os direitos dos deficientes, mesmo porque não há uma relação de causalidade entre os dois fenômenos, haja vista o fato de que

⁷¹ TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea**. Curitiba: Juruá, 2002, p. 53.

⁷² DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46-47.

⁷³ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 94.

grande parte das deficiências resulta do envelhecimento e de traumas, não de má-formações fetais⁷⁴.

A autorização para a antecipação do parto no caso de anencefalia ocorre porque tal patologia é incompatível com a vida extra uterina, sendo assim, não se trata de uma deficiência. Não encontramos crianças, jovens ou adultos anencéfalos andando pelas ruas.

Por outro lado, tem-se o exemplo da Síndrome de Down, que é uma deficiência, mas não é incompatível com a vida. Pessoas com essa deficiência quando possuem uma condição adequada e oportunidades são oferecidas podem desfrutar de uma vida saudável.

Não se pode fazer, portanto, uma comparação entre deficiência e anencefalia, pois enquanto aquela é compatível com a vida, podendo muitas vezes ser bem desfrutada, esta se apresenta letal em 100% dos casos.

⁷⁴ DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 61.

3 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Os Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988

Para Paulo Bonavides⁷⁵ os direitos fundamentais são os direitos que todo homem livre e isolado possui em face do Estado, e acrescenta:

Numa acepção estrita são unicamente os direitos da liberdade, da pessoa particular, correspondendo de um lado ao conceito do Estado burguês de Direito, referente a uma liberdade, em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável⁷⁶.

O pressuposto elementar dos direitos fundamentais é de uma vida na liberdade e na dignidade humana, diz Hesse⁷⁷, que nos conduzirá sem nenhum obstáculo ao real significado de universalidade inerente a esses direitos como ideal de pessoa humana.

Ensina José Afonso da Silva:

O reconhecimento dos direitos fundamentais do homem em enunciados explícitos nas declarações de direitos, é coisa recente, e está longe de se esgotarem suas possibilidades, já que a cada passo na etapa da evolução da Humanidade importa na conquista de novos direitos. Mais que conquista, o reconhecimento desses direitos caracteriza-se como reconquista de algo que, em termos primitivos, se perdeu, quando a sociedade se dividira em proprietários e não proprietários⁷⁸.

No Brasil, o compromisso com os direitos fundamentais só teve início com um processo de redemocratização em 1985, após 21 anos de um regime excepcional iniciado com o golpe de 1964 que desembocou na promulgação da Constituição Federal de 1988.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.515.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 515.

⁷⁷ Apud, BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, p.514.

⁷⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 182.

Logo no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 percebemos que os direitos fundamentais servem de pilares básicos ao Estado Democrático de Direito:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil⁷⁹.

Esse compromisso se manifesta por todo o texto constitucional, de forma explícita, ou implicitamente, conforme podemos observar no início com o título sobre os princípios fundamentais, e logo depois com a introdução do Título II – *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*, nele incluindo os *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, os *Direitos Sociais*, os *Direitos da Nacionalidade*, os *Direitos Políticos*, e os *Partidos Políticos*⁸⁰.

Tais direitos, seguindo a tendência da Alemanha, Espanha e Portugal, adotaram o princípio da aplicabilidade imediata⁸¹, conforme se lê no §1º do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”⁸², e de acordo com Gilmar Ferreira Mendes:

O significado essencial dessa cláusula é ressaltar que as normas que definem direitos fundamentais são normas de caráter preceptivo, e não meramente programático. Explicita-se, além disso, que os direitos fundamentais se fundam na Constituição, e não na lei – com o que se deixa claro que é a lei que deve mover-se no âmbito dos direitos fundamentais, não o contrário. Os direitos fundamentais não são meramente normas matrizes de outras normas,

⁷⁹ Constituição Federal de 1988.

⁸⁰ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 171.

⁸¹ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

⁸² Constituição Federal de 1988.

mas são também, e sobretudo, normas diretamente reguladoras de relações jurídicas⁸³.

Por sua vez, Quiroga Lavié, aponta que os direitos fundamentais reduzem a ação do Estado aos limites impostos pela Constituição, mas não deixam de conhecer a subordinação do indivíduo ao Estado, como garantia de que eles operem dentro dos limites impostos pelo direito, tendo, assim, suas restrições⁸⁴.

Dentre os direitos fundamentais elencados na Constituição Federal de 1988, o constituinte consagrou nos artigos 1º e 3º, a dignidade do homem como valor primordial, propiciando unidade e coesão ao texto, de molde a servir de diretriz para a interpretação de todas as normas que o constituem.

3.1.1 As normas de direitos fundamentais e seu âmbito de proteção

Gilmar Mendes leciona que “o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do âmbito de proteção do direito fundamental”⁸⁵.

Conforme nos ensina Canotilho, o âmbito de proteção representa a delimitação dos bens, valores e interesses protegidos por uma norma. A tendência é que o âmbito de proteção seja definido quando da delimitação feita pelos órgãos ou sujeitos concretizadores, por meio do confronto de normas de direito vigentes⁸⁶.

É necessário verificar quais os bens que a proteção desses direitos abrange, no intuito de descobrir se esses bens estão sujeitos a algum tipo de restrição, seja ela uma restrição constitucional expressa, ou seja, diretamente prevista na Constituição; ou uma

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

⁸⁴ Apud MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 63.

⁸⁵ Ibidem, p. 285.

⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, p. 1167.

restrição por reserva de lei, que são os casos em que a Constituição autoriza a lei a impor restrições a determinados direitos fundamentais⁸⁷.

Gilmar Mendes diz que para se definir o âmbito de proteção dos direitos fundamentais, é necessária a análise dessa norma de duas formas: em um primeiro momento, identificam-se os bens jurídicos protegidos e a abrangência dessa proteção; em um segundo momento, identifica-se as restrições previstas na norma constitucional ou infraconstitucional a esse direito⁸⁸.

Portanto, o âmbito de proteção de um direito fundamental se encontra nos atos e comportamentos (ativos ou omissivos) descritos na norma constitucional como objeto de proteção daquele direito. Já o conteúdo dessa proteção é representado pelos fatos e situações da vida que são abrangidos pela proteção dos direitos fundamentais, que tomam a forma do direito que representa o bem protegido⁸⁹. Quanto maior é o âmbito de proteção de um direito fundamental, maior é a possibilidade da prática de atos restritivos por parte do Estado. Em contrapartida, quanto menor o âmbito de proteção, mais difícil é a possibilidade de conflito entre o Estado e o particular⁹⁰.

3.2 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a Dignidade da Pessoa Humana, que “é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”⁹¹. Ainda:

Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma

⁸⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4ª edição. Coimbra: Almedina, p. 1233.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 241.

⁸⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.*, p. 1222.

⁹⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo G. G. **Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 212.

⁹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-los para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana⁹².

Segundo Alexandre de Moraes:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar *a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*⁹³.

Por sua vez, Béatrice Maurer ressalta a ligação da dignidade com a liberdade. Diz a autora que não se pode compreender a dignidade sem a liberdade, nem a liberdade sem a dignidade. A pessoa é digna porque é um ser livre, e opor a liberdade à dignidade é ter uma concepção incompleta do homem, não compreendê-lo em sua totalidade. Uma liberdade compreendida sem responsabilidade seria uma liberdade alienada, ao mesmo passo em que uma dignidade que não considerasse a liberdade do homem, seria uma liberdade truncada⁹⁴.

Eduardo Bittar e Guilherme de Assis sabiamente discorrem acerca dessa liberdade:

O ser humano é aquele que possui a liberdade, que tem a possibilidade de, ao menos teoricamente, determinar seu 'dever-ser'. É essa possibilidade que deve ser levada em conta, respeitada, considerada. A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. A

⁹² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 105.

⁹³ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 52.

⁹⁴ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...** ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 75-79.

especificidade do ser humano é sua liberdade. A dignidade a ele inerente consistirá no respeito a essa possibilidade de escolha⁹⁵.

Portanto, o poder de escolher e determinar compõe a dignidade do ser humano. O homem, como ser autônomo, constrói por si só sua realidade e, ao invés de isolar-se, integra-se ao meio social.

O que importa é que se tenha presente que a dignidade da pessoa humana, no âmbito de sua perspectiva intersubjetiva, representa uma obrigação geral de respeito pela pessoa, e se traduz num feixe de deveres e direitos, que dizem respeito a um conjunto de bens indispensáveis à formação do homem⁹⁶.

3.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a antecipação terapêutica do parto

Ao analisarmos a questão acerca da interrupção da gestação no caso de anencefalia é preciso fazer remissão a alguns princípios constitucionais. O principal princípio a ser analisado é da dignidade da pessoa humana. O art. 1º, III da CF dispõe que:

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição⁹⁷.

A Constituição Federal, ao tratar deste princípio, o faz entendendo este como valor absoluto do ser humano, em sua totalidade. A dignidade não existe porque o

⁹⁵ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001. p. 454 .

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 24.

⁹⁷ Constituição Federal de 1988.

homem merece ou não, pelo contrário, é valor intrínseco do homem, necessário e intimamente ligado ao ser humano.

Como catalisador de todas as relações jurídicas, o princípio da dignidade da pessoa humana representa uma incorporação à vida de valores como liberdade e dignidade, valores esses que tomam a forma de princípios, e com tais, de norma jurídicas imperativas⁹⁸. Assim, pode-se verificar que o elemento principal da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo levada a se fixar na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (e de cada pessoa).

Tal princípio é assegurado a todas as pessoas apenas pela sua existência no mundo, e é ainda mencionado no art. 226, § 7º da Constituição Federal. Fazem parte dos direitos fundamentais, abrangendo também os direitos políticos, sociais e individuais. Nesse sentido:

Dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade⁹⁹.

Daniel Sarmiento, por sua vez, acredita que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser abordado como um fim e defende que:

O princípio em questão é o que confere a unidade de sentido e valor ao sistema constitucional, que repousa na idéia de respeito irrestrito ao ser humano – razão última do Direito e do Estado – e assim, é apenas o respeito

⁹⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: **Biodireito**. Coordenadora: Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 125.

⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. Algumas bases teóricas. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003, p. 38-39.

à dignidade humana que legitima a ordem estatal e comunitária, constituindo, a um só tempo, pressuposto e objetivo da democracia¹⁰⁰.

Para a i. Ministra Cármen Lúcia:

Dignidade é o pressuposto da ideia de justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal¹⁰¹.

O princípio da dignidade da pessoa humana foi bem explorado quando se debateu o caso de antecipação do parto do feto anencéfalo, uma vez que o princípio em pauta é separado na doutrina em dois grupos: o primeiro fazia referência aos direitos da integridade física, englobando o direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver; e o segundo relacionava-se aos direitos de integridade moral, quais sejam a honra, liberdade, vida privada, intimidade, imagem, entre outros¹⁰².

Sendo assim, nos casos de gravidez de feto com anencefalia recorreu-se ao princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que as mulheres que enfrentam esse problema carregam em seu ventre um feto que não terá uma vida extra-uterina, o que causa sofrimento, dor e angústia; comparando-se ao crime de tortura. Algumas gestantes verbalizam o desespero dessa situação sentindo-se como um “caixão ambulante”¹⁰³.

Inclusive, na ADPF nº 54, tal princípio fundamental foi bastante discutido. Vejamos trecho da petição inicial:

A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor,

¹⁰⁰ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003, p. 60.

¹⁰¹ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social.

¹⁰² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 89-90.

¹⁰³ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 29.

angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana. A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art. 5º, III) e a legislação infraconstitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental (acrescente-se: causada intencionalmente ou que possa ser evitada)¹⁰⁴.

Assim, mais uma vez, demonstra-se que o princípio da dignidade da pessoa humana encontrou fundamento ético na antecipação terapêutica do parto. De um lado encontrou-se o respeito à autonomia reprodutiva das mulheres, do outro lado o princípio da dignidade da pessoa humana que é considerado fundamental para a ética da antecipação terapêutica. A antecipação do parto permitiu diferentes opiniões e expressões, em casos de doenças incompatíveis com a vida, é uma alternativa para as mulheres que consideram tal sofrimento insuportável e inviável quando do resultado do diagnóstico. Importante, salientar, mais uma vez, que qualquer recurso científico é nulo para reverter o quadro de má-formação, já que não existe cura para o problema de inviabilidade extra-uterina.

Outro princípio importante e muito debatido acerca do caso de antecipação do parto de feto anencéfalo é o direito à saúde, que se encontra na base do princípio da dignidade da pessoa humana. Esse princípio é regulado pelos artigos 6º, caput; 196 e 200 da Constituição Federal. Dispõe o art. 196 da Constituição Federal que:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação¹⁰⁵.

O direito à saúde deve ser estendido a todos igualmente, mas infelizmente não é isso que observamos. Mulheres que pertencem a uma classe social privilegiada e

¹⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 20 jan. 2013.

¹⁰⁵ Constituição Federal de 1988.

desejavam antecipar seu parto quando descobrem estarem grávidas de feto anencéfalo conseguiram com relativa facilidade realizar o procedimento no sistema particular de saúde, quando tal conduta ainda não era regularizada.

De acordo com a Organização Mundial da Saúde – OMS - deve-se inferir que saúde abrange o bem estar físico, mental e social, e não apenas a falta de alguma patologia. Dessa maneira discutiu-se que a gestante de um feto anencéfalo não pode ser considerada saudável isso porque os abalos psicológicos e mesmo físicos se mostram presentes.

A antecipação do parto em hipótese de gravidez de feto anencefálico é o único procedimento médico cabível para obviar o risco e a dor da gestante. Impedir a sua realização importa em indevida e injustificável restrição ao direito à saúde. Desnecessário enfatizar que se trata, naturalmente, de uma faculdade da gestante e não de um procedimento a que deva obrigatoriamente submeter-se¹⁰⁶.

A atenção com os princípios constitucionais foi mais do que necessária para que se pudesse encontrar uma saída legal para que gestantes de fetos anencefálicos conseguissem autorização para uma antecipação terapêutica do parto e não continuassem submetidas ao processo degradante de carregar no ventre uma criança que não viveria, o que só acarretaria sofrimento.

Toda essa questão principiológica e teórica faz-se necessária para passarmos à análise da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, que foi mais uma decisão tomada concretizando a importância do princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 93.

4 O JULGAMENTO DA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

4.1 Algumas decisões judiciais anteriores à ADPF nº 54

Não se sabe ao certo quando foi emitido o primeiro alvará autorizando uma mulher antecipar o parto no caso de anencefalia. Existem relatos que em 1989 houve uma autorização dessa natureza, mas outros registros indicam que é mais certo afirmar que foi em 1991, na Comarca de Rio Verde no estado de Goiás que se noticiou a ocorrência desse fato¹⁰⁷.

Após, aproximadamente, 15 anos de jurisprudência no Brasil, enquanto não havia regularização da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos, estima-se, segundo o médico Thomaz Gallop, que foram concedidos, aproximadamente, 3.000 alvarás judiciais para que mulheres tivessem o direito de anteciparem seus partos.

Nessa perspectiva, nossos magistrados baseavam-se na justificativa de ofensa aos princípios constitucionais já estudados e em questões relativas ao avanço médico e tecnológico que ocorreu ao decorrer do tempo. Dessa forma não se poderia autorizar que uma lei ultrapassada prejudicasse os interesses sociais, a lei deveria ser utilizada para o bem comum.

Atenta-se para duas das inúmeras decisões judiciais, concedidas antes da ADPF nº 54, em favor da antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia:

[...] buscam o consentimento judicial para a interrupção cirúrgica da gravidez em face da anencefalia apresentada pelo feto, anomalia comprovadamente incompatível com a vida extra-uterina.

[...] em decorrência de má-formação congênita do feto, em geral a anencefalia, a interrupção da gravidez evita, sobremaneira, a amargura, o sofrimento físico e psicológico, tanto de uma mãe que já sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver, como dos demais membros da família [...]

Em resumo, deve ser logo expedida a necessária autorização para que a requerente, gestante, seja submetida a intervenção cirúrgica de interrupção

¹⁰⁷ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 17.

de gravidez, com aborto do feto, cuja vida se mostra inviável, desde que os médicos entendam que a operação agora é cabível e oportuna¹⁰⁸.

Ainda, no mesmo sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIME. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. DOCUMENTOS MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. DEFERIMENTO. DERAM PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA.

[...] Convém deixar claro que ao abordar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não se está preconizando a legalização do aborto, nem defendendo que fique a critério subjetivo do Juiz, a extensão das excludentes de ilicitude do art. 128, I e II do CP a fetos que por apresentarem deformações e anomalias limitem a qualidade de vida (aborto eugênico), mas enfrentando o tema, por ora, como causa supra-legal de inexigibilidade de outra conduta ante a ausência de disposição expressa na legislação codificada.

A evolução científica, principalmente da medicina com os transplantes de órgãos estabeleceu um novo conceito de morte encefálica, até então não conhecido pela legislação vigente, onde a morte é a cárdio-respiratória. A ciência, a tecnologia são realidades dinâmicas vivenciadas pela sociedade que pressionam o direito e, em razão de exigências que não podiam ser obscurecidas foi editada a Lei 9.434/97 (10.211/01)-Remoção de Órgãos e se Tecidos do Corpo Humano para fins de Transplante - trazendo ao mundo jurídico o conceito de morte encefálica como marco limite da vida e não o cárdio – respiratório, até então o único vigente.

A anencefalia é uma anomalia incompatível com a vida fora do útero materno, e a sobrevivida, se houver, é apenas um prolongamento de minutos, horas, raramente dias de um natimorto já que a cessação da atividade cárdio-respiratória é inexorável.

Ora, posta a questão científica, não existiria rigorosamente bem a ser protegido penalmente, por inexistir vida própria possível. A mulher, em casos de gravidez de anencéfalos não carrega a vida, mas a morte, por inviabilidade do feto como pessoa.

Ante a constatação científica de que o anencéfalo é um morto cerebral não se poderia exigir outra conduta da mulher que por vontade pretender antecipar o parto submetendo-se à cirurgia terapêutica e não a um aborto dentro da conceituação penal.

A meu ver não haveria verdadeira afronta à lei penal vigente, não sendo justo considerar-se a interrupção da gravidez nestes caso como um crime que exija do Estado a movimentação do aparato judicial e a condenação da mulher e do médico a condenação dentro dos preceitos dos arts. 124 a 127 do CP. [...]

¹⁰⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 1ª Câmara Criminal. MS nº 329.564-3/3-00. Relator: David Haddad. São Paulo, SP, 11 jan. 01. DJ de 15.01.01

Não me parece que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos possa no rigor ontológico ser considerado aborto eugênico. A eugenia é o aperfeiçoamento da espécie, da raça, é a seleção de fetos que apresentem possibilidade de melhor qualidade de vida. Neste caso, dentro de critérios subjetivos, individuais a gestante interromperia a gestação eliminando fetos que apresentassem deficiências e anomalias comprovadas mas compatíveis com a vida ¹⁰⁹.

Por outro lado, também, encontramos decisões que não foram favoráveis à interrupção da gestação nos casos de anencefalia, onde os magistrados defendiam, dentre outros aspectos, a inviolabilidade da vida do nascituro. Dessa maneira, vejamos:

[...] Segundo a dogmática cristã, o feto adquire o status de pessoa desde a concepção, ou seja, desde o surgimento do embrião (junção do espermatozóide com o óvulo). Há vida a partir desse momento.

Pouco importa saber a idade do feto. Com mais tempo ou menos tempo de vida, considere-se, desde o início, como sendo pessoa dotada de um espírito semelhante ao do Criador.

O bem jurídico tutelado, no caso do aborto, é a vida [...]

O feto conseqüentemente é um ser vital dotado de espírito.

Não há como autorizá-lo mesmo quando o feto é portador de encefalia, porquanto o bem jurídico “vida” é havido como inalienável, indisponível e irrenunciável [...]¹¹⁰.

Ainda analisando a não concessão de autorização para a antecipação do parto no caso de anomalia fetal incompatível com a vida, temos:

EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. INTERRUÇÃO TERAPÊUTICA DA GESTAÇÃO. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INVIABILIDADE, NA ESPÉCIE. ÚNICO MEIO DE SALVAR A VIDA DA GESTANTE. INCOMPROVADO. Na espécie, não se está vendo a possibilidade jurídica de concessão da medida pleiteada porque não foi ensejada pela parte autora, e incumbia fazê-lo, prova cabal quanto aos riscos a que a mãe estaria sujeita em prosseguindo a gravidez, caracterizando, assim, a situação de aborto necessário. Ressalte-se que a cada caso, o médico, por força de seu mister, é que deve ser o primeiro a definir se é ou não situação a que se mostre indicado o procedimento do aborto necessário, ou seja, aquele que é previsto no artigo 128, inciso I, do Código Penal. Em se tratando de aborto necessário (e não eugenésico) pode até ser questionada a exigência de autorização

¹⁰⁹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 1ª Câmara Criminal. Apel. Crim. nº 0012840971. Relator: Marcel Esquivel Hoppe. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 15 out. 05. DJ de 08.11.05.

¹¹⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 2ª Câmara Criminal. MS nº 376.036-3/3-00. Relator: Egidio de Carvalho. São Paulo, SP, 22 jul. 02. DJ de 25.07.02

judicial, posto que a noção da necessidade partirá, é evidente, de uma aferição por parte de profissionais da saúde. Assim, portanto, considerando-se a linha argumentativa adotada nesta decisão, fica ressalvada, é claro, a possibilidade de eventual avaliação médica, oportune tempore, quanto a ter de ser efetivado um aborto necessário. APELAÇÃO-CRIME IMPROVIDA¹¹¹.

Com a análise das várias decisões divergentes adotadas pelos nossos tribunais podemos inferir que a concessão de autorização para a realização de aborto terapêutico foi e continua a ser polêmico, além de algo extremamente complicado, vez que foram diversas posições apresentadas e defendidas que baseavam-se, muitas vezes, em convicções pessoais e cada posição difere da outra por valores intrínsecos de cada indivíduo. Portanto, foi oportuna e importante uma mudança legislativa que agora permite uma menor carga subjetiva das decisões acerca da antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia.

4.2 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54

Antes de discutir o tema acima mencionado faz-se necessário conceituar o que vem a ser - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF. Desse modo:

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é um instrumento previsto pela Constituição de 1988, porém somente regulamentado por lei complementar em 1999 (Lei 9.882), que prevê a possibilidade de apresentação de demandas diretamente da sociedade para o Supremo Tribunal Federal. Isso significa que em situações em que se detecta descumprimentos de princípios fundamentais e em que não há outra maneira de se resolver a situação senão com uma medida urgente, cabe a apresentação de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹¹².

A ADPF n° 54 foi apresentada no dia 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) com o assessoramento da ONG -

¹¹¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2ª Câmara Criminal. Apel. Crim. n° 70008550360. Relator: Laís Rogéria Alves Barbosa. Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 13 mai. 04. DJ de 14.06.04.

¹¹² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 29.

ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, e coordenação do advogado criminalista Luis Roberto Barroso e sua equipe.

A principal tese defendida na ação foi a de que a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia não poderia ser vista como aborto “e que a simples exigência de uma autorização judicial para um procedimento médico que não é crime é uma infração aos princípios constitucionais”¹¹³. Tais princípios constitucionais, já mencionados em tópico anterior são o da autonomia, dignidade e saúde. Nesse sentido:

O pedido de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é simples: por um lado, garantir que os profissionais de saúde possam socorrer as mulheres que desejem antecipar o parto sem incorrer em risco de processos penais, mas, por outro, que as mulheres possam escolher qual a melhor decisão para suas vidas, após o diagnóstico de anencefalia no feto¹¹⁴.

Tal ação teve início quando o caso da gestação de Gabriela, moça residente em Teresópolis - Rio de Janeiro - veio à tona. Gabriela de Oliveira Cordeiro recebeu a notícia de que seu feto era portador de anencefalia quando estava no terceiro mês de gestação e imediatamente resolveu buscar socorro na justiça para antecipar seu parto. Teve seu primeiro pedido negado no Tribunal de Justiça da Comarca de Teresópolis, mas no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro obteve êxito na ação. Ocorreu que antes de Gabriela tomar sequer conhecimento da autorização concedida, dois advogados católicos apresentaram agravo ao Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro alegando o argumento da “intocabilidade da vida do feto”¹¹⁵, e assim a autorização dada à Gabriela para antecipação do parto foi cassada. Ainda, um padre da cidade de Anápolis – Goiás – presidente do movimento Pró –Vida da Igreja Católica impetrou um *habeas corpus*, também em favor do feto, no Superior Tribunal de Justiça. No dia 25 de novembro a desembargadora Gizelda Leitão Teixeira concedeu novamente a Gabriela a possibilidade de antecipar seu parto cassando o agravo dos dois advogados, mas, infelizmente, Gabriela não pode realizar o procedimento, pois seu caso já

¹¹³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 30.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹¹⁵ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 12.

havia alcançado o Superior Tribunal de Justiça e este deveria julgar o mérito da ação. A ministra responsável pelo processo encaminhou uma cópia do caso ao Procurador-Geral da República que também se mostrou contra o direito de Gabriela antecipar seu parto. Foi a partir desse momento que a ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero e THEMIS – Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero impetraram *habeas corpus* em favor de Gabriela no Supremo Tribunal Federal, com os fundamentos do direito à saúde, liberdade e dignidade. O parto de Gabriela ocorreu em 28 de fevereiro de 2004, antes de qualquer análise de mérito do processo, assim, o pedido de *habeas corpus* havia perdido seu objeto¹¹⁶.

O processo de Gabriela estava em processo de votação no Supremo Tribunal Federal quando os atestados de óbito do feto chegaram até os ministros. Mesmo assim, os Ministros Joaquim Barbosa, relator do processo, Celso de Mello, Carlos Ayres Britto e Sepúlveda Pertence converteram seus votos em pronunciamentos em favor do direito de Gabriela antecipar seu parto¹¹⁷. *In verbis*:

[...] Com relação ao próprio mérito da impetração, tenho que a questão deva ser analisada de dois ângulos. O primeiro diz respeito à liberdade individual, da qual a autodeterminação da gestante é uma manifestação. Já o segundo refere-se aos diferentes graus de tutela penal da vida humana.

[...] Em primeiro lugar, ressalto que, neste caso concreto, estamos diante de uma situação peculiar em que estão em flagrante contraposição o direito à vida, num sentido amplo, e o direito à liberdade, à intimidade e à autonomia privada da mulher, num sentido estrito.

[...] Em outras palavras, busca-se, no presente *habeas corpus*, a tutela da liberdade de opção da mulher em dispor de seu próprio corpo no caso específico em que traz em seu ventre um feto cuja vida independente extra-uterina é absolutamente inviável.

[...] Portanto, é importante frisar, não se discute nos presentes autos a ampla possibilidade de se interromper a gravidez. A questão aqui é bem diferente, pois se refere à interrupção de uma gravidez que está fadada ao fracasso, pois seu resultado, ainda que venham a ser envidados todos os esforços possíveis, será, invariavelmente, a morte do feto.

[...] A doutrina, de um modo geral, conceitua o aborto como “*a solução de continuidade, artificial ou dolosamente provocada, do curso fisiológico da vida intra-uterina*”. Nesse sentido, portanto, o ato que interrompe a gestação

¹¹⁶ ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004. p. 11-20

¹¹⁷ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 28.

configurará o crime de aborto descrito no art. 124 do Código Penal quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado.

[...] Estamos, portanto, diante de uma tutela jurídica expressa da liberdade e da autonomia privada da mulher.

[...] Veja-se: a lei não determina que nesse ou naquele caso o aborto deva necessariamente ocorrer. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação. E, neste caso, não incrimina sua conduta.

[...] Em se tratando de feto com vida extra-uterina inviável, a questão que se coloca é: não há possibilidade alguma de que esse feto venha a sobreviver fora do útero materno, pois qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gestação, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do feto ou do bebê. A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher contrapõe-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada? Nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez poderia ser considerada crime? Entendo que não, Sr. Presidente. Isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e liberdade e autonomia privada da mulher, entendo que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.

[...] Concluo. O feto, desde sua concepção até o momento em que se constatou clinicamente a irreversibilidade da anencefalia, era merecedor de tutela penal. Mas, a partir do momento em que se comprovou sua inviabilidade, embora biologicamente vivo, deixou de ser aparado pelo art. 124 do Código Penal[...]¹¹⁸.

Foi a partir desse caso que os institutos que impetraram o *habeas corpus* em favor de Gabriela no Supremo Tribunal Federal passaram a entender que essa Corte teria legitimidade para resolver esse tema causador de tantas polêmicas. Daí surgiu a ADPF.

No dia 01 de julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio Mello concedeu liminar autorizando mulheres grávidas de fetos com anencefalia a antecipar o parto sem a necessidade de uma autorização judicial. Para o Ministro “diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Tribunal Pleno. HC nº 84.025. Relator: Joaquim Barbosa. Brasília, DF, 04. mar. 04. DJ 25.06.04.

disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar”¹¹⁹.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) apresentou-se totalmente contrária à concessão da liminar e, inclusive, tentou entrar com processo junto com a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, mas não obteve sucesso. Para a CNBB a dignidade da pessoa humana do feto deve ser respeitada¹²⁰. Débora Diniz se posicionou sobre o assunto da seguinte maneira:

A gravidez de um feto com anencefalia e as possíveis escolhas morais envolvidas pressupõem um exercício ético para a pluralidade que põem à prova a força de nossa democracia laica. O Estado brasileiro é laico, o que significa que, formalmente, não professa nenhuma religião como oficial. Ao contrário, vivemos em um país onde a liberdade de culto fundamenta o direito inalienável à expressão moral de nossas crenças¹²¹.

A liminar teve efeito durante quatro meses apenas quando foi cassada por 7 votos a 4. Entre os que apoiaram a manutenção da liminar encontravam-se os ministros Marco Aurélio Mello, Carlos Ayres Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. No outro lado, negando a manutenção da liminar estavam os ministros Nelson Jobim, Eros Grau, Ellen Gracie, Carlos Velloso, Gilmar Mendes, Joaquim Barbosa e Cezar Peluso, que alegaram o não reconhecimento dos requisitos de urgência cautelar preenchidos.

Em 2008 houve a realização de audiência pública para discussão do tema, ocasião em que foram ouvidos representantes do governo, especialistas em genética, entidades religiosas e da sociedade civil, mas foi apenas em abril de 2012 que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria dos votos, julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, para declarar a

¹¹⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=96961&tip=UN>>. Acesso em 20 jan. 2013.

¹²⁰GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO, Simone. **Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto%20anencefalia.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2012.

¹²¹CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA BAHIA. **Anencefalia e o Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras Livres, 2004, p. 28.

inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal. Ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso, que julgaram a ADPF improcedente¹²². Vejamos decisão:

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, todos do Código Penal, contra os votos dos Senhores Ministros Gilmar Mendes e Celso de Mello que, julgando-a procedente, acrescentavam condições de diagnóstico de anencefalia especificadas pelo Ministro Celso de Mello; e contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso (Presidente), que a julgavam improcedente. Ausentes, justificadamente, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Dias Toffoli. Plenário, 12.04.2012.¹²³

Dessa forma, os ilustres Ministros do Supremo Tribunal Federal entenderam, por 8 votos a 2, que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos e que o caso não se trata de aborto, pois não há possibilidade de vida do feto fora do útero¹²⁴.

4.2.1 Os votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 54

O relator da ADPF nº 54, Ministro Marco Aurélio, analisa que a questão que foi colocada em julgamento é “saber se a tipificação penal da interrupção da gravidez de feto anencéfalo coaduna-se com a Constituição, notadamente com os preceitos que garantem o Estado laico, a dignidade da pessoa humana, o direito à vida e a proteção da autonomia, da liberdade, da privacidade e da saúde¹²⁵.” Entendeu o Ministro que não e, assim, julgou procedente o pedido formulado, para declarar a inconstitucionalidade da interpretação

¹²²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>. Acesso em 20 jan. 2013.

¹²³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>. Acesso em 20 jan. 2013.

¹²⁴Ibidem.

¹²⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro¹²⁶.

Para o Ministro Marco Aurélio a ADPF nº 54 não discute a descriminalização do aborto, e sim a antecipação terapêutica do parto. Para ele, enquanto àquele é crime contra a vida, pois tutela-se a vida em potencial, neste não existe vida possível, pois há ausência parcial ou total do cérebro¹²⁷, “o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura”¹²⁸. O anencéfalo é considerado um natimorto cerebral pelo Conselho Federal de Medicina, Resolução nº 1.752/2004.

Sustentou o Ministro Marco Aurélio em seu voto que:

a incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos artigos 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República¹²⁹.

Obrigar a mulher a manter esse tipo de gestação é colocá-la em uma espécie de cárcere privado em seu próprio corpo, deixando-a sem autodeterminação e liberdade, o que se assemelha à tortura¹³⁰. Ainda:

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o

¹²⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ Ibidem.

¹²⁹ Ibidem.

¹³⁰ Ibidem.

sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz¹³¹.

Reforçou, também, o Ministro em seu voto que o Estado brasileiro é laico e que a questão acerca da interrupção de gravidez do feto anencéfalo não pode ser analisada sob os “influxos de orientações morais religiosas”¹³².

Paixões religiosas de toda ordem não de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida¹³³.

Outro ponto discutido no voto do Ministro foi com relação à doação de órgãos de fetos anencéfalos:

Ao contrário do que sustentado por alguns, não é dado invocar, em prol da proteção dos fetos anencéfalos, a possibilidade de doação de seus órgãos. E não se pode fazê-lo por duas razões. A primeira por ser vedado obrigar a manutenção de uma gravidez tão somente para viabilizar a doação de órgãos, sob pena de coisificar a mulher e ferir, a mais não poder, a sua dignidade. A segunda por revelar-se praticamente impossível o aproveitamento dos órgãos de um feto anencéfalo. Essa última razão reforça a anterior, porquanto, se é inumano e impensável tratar a mulher como mero instrumento para atender a certa finalidade, avulta-se ainda mais grave se a chance de êxito for praticamente nula¹³⁴.

Para o Relator, a mulher deve ser tratada como um fim em si mesma, e ao obrigá-la a manter uma gestação apenas com o propósito de geração de órgãos para doação seria tratá-la como um instrumento, o que também fere o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹³¹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹³² Ibidem.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴ Ibidem.

Além disso, o feto anencéfalo possui diversas outras anomalias além de possuir órgãos menores do que os de fetos saudáveis, o que impossibilita a doação dos órgãos.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Relator alegando que não há falar que o feto anencéfalo tem direito à vida, pois, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina, este nunca desenvolverá atividade cerebral que o qualifique como tal¹³⁵. Para ela, o que deve ser levado em consideração é o direito de escolha da mãe em levar ou não adiante uma gravidez cujo fruto morrerá inevitavelmente, segundo a Ministra a gestante deve ter autonomia e “deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo”¹³⁶.

O Ministro Joaquim Barbosa, também, votou no sentido de que a antecipação do parto de feto anencéfalo, em nome da saúde física e psíquica da mulher não vai contra o princípio da dignidade da pessoa humana, e deve prevalecer o direito de liberdade da mulher escolher aquilo que melhor representa os seus interesses pessoais, crenças morais e religiosas¹³⁷.

Para o Ministro Luiz Fux, quarto a votar na sessão Plenária, aduziu que:

Com base nos dados colhidos de fontes seguras da literatura médica contemporânea, é possível estabelecer três conclusões acerca do que se expôs até aqui: (i) a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera; (ii) o diagnóstico de anencefalia pode ser feito com um razoável índice de precisão, a partir das técnicas hodiernamente disponíveis aos profissionais da saúde; (iii) as perspectivas de cura desta deficiência na formação do tubo neural são inexistentes nos dias atuais, por isso que o neonato anencefálico tem uma expectativa de vida reduzidíssima¹³⁸.

¹³⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204755>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹³⁶Ibidem.

¹³⁷ Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>. Acesso em 01 de fev. 2013.

¹³⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

Desse modo, o Ministro ressaltou a necessidade de proteger a saúde física e psíquica da gestante, que são dois componentes da dignidade da pessoa humana da mulher¹³⁹. Explica, também, que:

O prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico, e, portanto, impedir a sua interrupção da gravidez equivale a uma tortura, vedada pela Carta Magna (art. 5º, III). Essa afirmativa tem apoio em dados científicos, os quais apontam que a interrupção da gravidez tem o condão de diminuir o sofrimento mental da gestante¹⁴⁰.

Por fim, salientou que o intuito de punir uma mulher que já padece de uma tragédia humana não se coaduna com a sociedade moderna, além de demonstrar a desproporcionalidade da sanção diante dos princípios da dignidade da pessoa humana¹⁴¹.

Foi no sentido de que o Supremo não estava discutindo e nem permitindo o aborto no Brasil que a Ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto. Para ela, o que se argumenta é o direito à vida, à liberdade e à responsabilidade.

Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar uma mulher que esteja grávida de um feto anencéfalo, a fim de ter a liberdade de fazer a escolha sobre qual é o melhor caminho a ser seguido, quer continuando quer não continuando com essa gravidez¹⁴².

Seu voto foi fundamentado no direito à dignidade da vida e da saúde, destacando que a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não pode ser criminalizada para que seja preservada a dignidade da vida e que quando se fala em dignidade, todos estão envolvidos: mãe, pai, irmãos mais velhos, que tem expectativas para o nascimento do bebê¹⁴³.

Em um sentido contrário ao do Relator, o Ministro Ricardo Lewandowski, foi o sexto a votar no julgamento da interrupção de gestação de fetos anencéfalos e seguiu

¹³⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54LF.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁴⁰Ibidem.

¹⁴¹Ibidem.

¹⁴²SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁴³Ibidem.

duas linhas de raciocínio¹⁴⁴, a primeira da interpretação conforme a constituição e a segunda daí “possibilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos torne lícita a interrupção da gestação de embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina”¹⁴⁵.

Na primeira interpretação Lewandowski alegou que:

como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora – função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno¹⁴⁶.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional¹⁴⁷.

Assim, o ministro atentou para o fato de que, se quisesse, o Congresso Nacional poderia ter modificado a legislação para inclusão dos fetos anencéfalos no caso de aborto não criminalizado, mas até hoje não fez, e acrescentou que existem dois projetos de lei sobre o tema que tramitam desde 2004 sem que tenha se chegado a um consenso¹⁴⁸.

sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas¹⁴⁹.

¹⁴⁴SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁴⁵SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204758>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁴⁶ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁴⁷ Ibidem.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

O segundo ponto levantado pelo Ministro Lewandowski foi o de que existem inúmeras outras anomalias fetais em que a chance de sobrevivência não existe ou é muito pequena e uma decisão favorável acerca do aborto de fetos anencéfalos pode levar a licitude destes outros casos¹⁵⁰.

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

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas¹⁵¹.

Por fim, o Ministro atentou para os diversos dispositivos legais existentes no país que resguardam a vida intra-uterina. Nesse sentido:

Não se olvide, de resto, que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina, com destaque para o Código Civil, o qual, em seu art. 2º, estabelece que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que defendem os nascituros, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia¹⁵².

Foi com o voto do Ministro Ayres Britto que a maioria na Corte pela procedência da ADPF nº 54 foi formada. Segundo ele nenhuma mulher será obrigada a

¹⁵⁰SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204758>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁵¹ Disponível em <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁵² Ibidem.

interromper a gravidez em caso de feto anencéfalo, mas que levar às últimas consequências esse martírio, sem que seja de vontade da mulher, é tortura¹⁵³.

O Ministro fundamentou seu voto no sentido de que a gravidez se destina à vida e não à morte, portanto cabe a mulher a opção de interromper ou não a gravidez de um feto anencéfalo. Disse que “no caso da gestação que estamos a falar, a mulher já sabe, por antecipação, que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar no mais terrível dos colapsos”¹⁵⁴. Para ele o amor materno é imensurável, portanto a decisão da mulher deve ser considerada sagrada¹⁵⁵.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes votou considerando que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é hipótese de aborto, mas está compreendida como causa excludente de ilicitude por trazer risco, comprovadamente, à saúde da gestante¹⁵⁶. Alertou, também, para que se exija a regulamentação, pelas autoridades competentes, de forma adequada o reconhecimento da anencefalia para que possa ser oferecido um diagnóstico seguro¹⁵⁷.

Celso de Mello, oitavo Ministro a votar, também, se manifestou pela possibilidade de interrupção da gravidez no caso de feto anencéfalo, condicionando sua decisão a um diagnóstico, que comprove tal estado, por profissional devidamente habilitado¹⁵⁸.

Fundamentou, também, seu voto no princípio da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da autodeterminação pessoal e da intimidade, além de defender que o

¹⁵³SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204850>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁵⁷ Ibidem.

¹⁵⁸SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>>. Acesso em 01 fev. 2013.

STF, com a ADPF nº 54, não está autorizando práticas abortivas, pois há uma grande diferença entre aborto e antecipação terapêutica do parto¹⁵⁹.

O voto que encerrou o julgamento foi o do Ministro Cezar Peluso, que votou pela total improcedência da ADPF nº 54, pois, para ele, o feto anencéfalo é portador de vida e por isso tem seus direitos resguardados¹⁶⁰. “O anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque está vivo”¹⁶¹. Para ele, há discriminação quando tratam o feto anencéfalo como um “lixo”, o que a seu ver, “em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo”¹⁶², o que retrata a superioridade de uns sobre os outros¹⁶³.

Foi nesse contexto que foi registrado um momento de grande relevância histórica. Julgamento difícil e polêmico que levou à um final favorável à mulher, que agora tem amparo para realizar legalmente a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

¹⁵⁹SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>>. Acesso em 01 fev. 2013.

¹⁶⁰Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem.

¹⁶² Ibidem.

¹⁶³ Ibidem.

CONCLUSÃO

A partir da realização desse estudo foi possível proceder uma melhor análise acerca da decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº54 com relação ao feto anencéfalo e sua impossibilidade de vida extra-uterina, bem como perceber que os avanços médicos atuais permitem a detecção de tal anomalia, com um diagnóstico bastante preciso, quando a mulher grávida se encontra na primeira fase gestacional.

A anencefalia não torna a sobrevivência do feto possível, sendo que na grande maioria dos casos há a ocorrência de morte ainda no útero da mãe e quando o feto chega a nascer morre, no máximo, em algumas horas depois do parto. Não existe qualquer cura para fetos que apresentem essa anomalia.

Infindáveis eram as discussões acerca da possibilidade ou não de concessão de um alvará judicial que permita que a mulher antecipe seu parto, uma vez que nosso Código Penal não permite o aborto no caso de uma gravidez de feto inviável.

Foi apenas com o julgamento, em abril de 2012, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 que ficou decidido que a gestante de feto anencéfalo pode antecipar seu parto. A determinação encontrou respaldo nos princípios constitucionais do direito à dignidade da pessoa humana; direito à saúde e direito à legalidade, liberdade e autonomia da vontade. Baseiam-se, também, na concepção de que nesses casos não há que se falar na tipificação do crime de aborto, uma vez que o bem jurídico a ser tutelado nesse crime é a vida, e de acordo com o conceito de morte determinado pela Resolução nº 1754/04 do Conselho Federal de Medicina, o feto anencéfalo não possui vida.

Podemos concluir, dessa maneira, que o que se busca com a antecipação terapêutica do parto é preservar a saúde da mulher, tanto psicológica como física, dando a ela a possibilidade de levar ou não a termo essa gestação, pois é somente ela que sabe dos abalos emocionais pelos quais passa.

Ao decidir pela interrupção da gestação a mulher deve ser amparada pelo Estado e submetida à intervenção cirúrgica com profissionais qualificados em um ambiente médico-hospitalar adequado, para que sua saúde seja preservada.

O direito deve acompanhar as atualizações e mudanças contínuas da nossa sociedade, observando seus interesses, e não ficar preso a uma interpretação fria da lei, e por isso, talvez, a ADPF nº 54 tenha sido um dos julgamentos mais importantes que o STF já realizou.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Mignon de. **Bioética e biodireito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- ANIS. Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. **Anencefalia: O pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004.
- BARBOSA, Pedro Montenegro; NEDEL, José. **Em Defesa da Vida**. Porto Alegre: Instituto do desenvolvimento cultural Porto Alegre, 1994.
- BARCHFONTEINE, Christian de Paul de. **Bioética e início da vida: alguns desafios**. Aparecida, SP: Idéias & Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Algumas bases teóricas. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2003.
- BARTILOTTI, Márcia Mirra Barone. A ética na saúde. In: Valdemar Augusto Angerami (Org). São Paulo: Pioneira Thomson, 2002.
- BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.
- BENUTE, Gláucia Rosana Guerra. et al. Interrupção da gestação após diagnóstico de malformação fetal letal: aspectos emocionais. **Revista Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia**, 2006; 28(01): 10-7.
- BERLINGUER, Giovanni. **Bioética cotidiana**. Brasília: Universidade de Brasília, 2004.
- BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do direito**. São Paulo: Atlas, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BUSATO, Paulo César. Tipicidade material, aborto e anencefalia. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre: Notadez, v. 4, n. 16.
- CANOTILHO, J.J. Gomes apud NALINI, José Renato. “A Vida É”. In: Direito fundamental à vida. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005.
- CANTARINO, Catarina. **Mulher ou sociedade: quem decide sobre o aborto?** Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/2005/05/05.shtml>>.
- CATÃO, Marconi de Ó. **Biodireito: transplantes de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: WVC/Madras, 2004.
- CONJUR. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/voto-lewandowski-feto-anencefalo.pdf>>

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Critérios para a caracterização de morte encefálica** Resolução N.º 1.480 de 08.08.1997. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/bioetica/cfmmorte.htm>>.

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

DINIZ, Débora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília, Letras Livres, 2004.

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

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução de Jefferson Luiz Amargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO, Simone. **Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia**. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/aborto%20anencefalia.htm>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Eugenia e Bioética: os limites da ciência face à dignidade humana. **Revista Jurídica**, Porto Alegre: Notadez e Fonte do Direito, v. 52, n. 321.

LEONE, Salvino; PRIVITERA, Salvatore; CUNHA, Jorge Teixeira da (coords.). **Dicionário de bioética**. Tradução de A. Maia da Rocha. São Paulo: Editorial Perpétuo Socorro e Editora Santuário, 2001.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O direito do ser humano à vida**. In: **Direito fundamental à vida**. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. In: **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte especial, arts. 121 a 234 do CP**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2003, v.2.

MOISÉS, Elaine Christine Dantas. et al. **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. Ribeirão Preto: FUNPEC editora, 2005.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 15ª Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORI, Maurizio. **A moralidade do aborto**: sacralidade da vida e novo papel da mulher. Tradução de Fermin Roland Schramm. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

NALINI, José Renato. “**A Vida É**”. In: **Direito fundamental à vida**. Coordenação: Ives Gandra da Silva Martins. São Paulo: Quarter Latin, 2005.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira, SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Da relação jurídica médico-paciente: dignidade da pessoa humana e autonomia privada**. In: **Biodireito**. Coordenadora: Maria de Fátima Freire de Sá. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

NETO, Jorge Andalaft. **Anencefalia: posição da FEBRASGO**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>>.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v.2.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). **PHYSIS: Revista Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, 15(01):95-106, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 5. ed., 2 tiragem. Rio de Janeiro: Forense.

PRÓ-VIDA DE ANÁPOLIS. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/parefont.htm>>.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. **Vida digna: direito, ética e ciência** (os novos domínios científicos e seus reflexos jurídicos). In: **O direito à vida digna**. Coordenadora: Cármen Lúcia Antunes Rocha. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SÁ, Maria de Fátima Freire (org.). **Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana**: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Dimensões da dignidade**: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Organizador: Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=96961&tip=UN>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2226954>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204879>>.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204881>>.

TESSARO, Anelise. **Aborto seletivo**: descriminalização & avanços tecnológicos da medicina contemporânea. Curitiba: Juruá, 2002.

VARGA, Andrew C. **Problemas de Bioética**. Tradução de Pe. Guido Edgar Wenzel, S.J. São Leopoldo: Unisinos, 1998.