

# O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A DIVERSIDADE DE TESES NO CASO *SUB JUDICE* DOS FETOS ANENCÉFALOS

Thalita Moraes Lima\*

## Resumo

Sabe-se que os casos de anencefalia estão mais recorrentes. Tal patologia caracteriza-se pela inviabilidade da vida extra-uterina do feto e pela não-reversão do quadro clínico. Não há expresso normativo legal que abranja este caso. Para tanto, haveria suposta violação a preceitos constitucionais e a dispositivos do Código Penal. Cria-se, então, complexa contenda: ser fato típico (aborto) ou atípico (antecipação terapêutica do parto)? Esse problema é suscitado pela ADPF 54, cuja decisão material será concedida pela Suprema Corte, a qual, na ausência de consenso entre teses defensáveis, terá a missão de solucionar a questão *sub judice*, acerca do *status* jurídico que será atribuído ao feto anencéfalo e da natureza da interrupção do parto (se punível ou não juridicamente), com vistas à prestação jurisdicional, à segurança jurídica, à harmonia institucional e à organização social, em especial, à tutela da parcela populacional atingida.

**Palavras-chave:** Anencefalia. Feto. Aborto. ADPF. STF.

## 1 Introdução

Este trabalho tem como linha-mestra, para a análise e a investigação das posições conflitantes existentes acerca da possibilidade do aborto de anencefálicos, o Direito Constitucional, como ramo da ciência jurídica responsável pelo estudo de Direitos Fundamentais e Garantias do

---

\* Graduanda em Direito, pela FAJS, no Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. (thalitaml@gmail.com).

Cidadão e da Organização Fundamental do Estado, na medida em que tal disciplina tem como pilar de sustentação a Constituição Federal. Como viga estrutural do artigo, encontra-se o até então posicionamento do Supremo Tribunal Federal, já que a motivação à pesquisa do tema, em última análise, é o julgamento recorrente de tal Corte. Ou seja, em olhar zetético, o que origina o estudo correlato não são meramente os diversos casos iminentes, mas a harmonia institucional, a organização social e a necessária solução jurídica.

Uma vez que a problemática do aborto por si só, a princípio, seria resolvida pelo Código Penal de 1940, assim como dispõem os artigos 124 a 128 sobre essa questão específica, contudo, esse normativo não encontra exato e pleno campo de atuação – tal qual foi decidido pela Suprema Corte com a admissão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54. Essa decisão, sincronicamente, estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição e instância máxima para a resolução da questão.

O caso do aborto de anencefálicos não é contemplado pelas normas não-incriminadoras excepcionais (formas de excludentes, como o aborto sentimental e o necessário – artigo 128, I e II, CP) do nosso Código Penal. Ou seja, o aborto eugenésico<sup>1</sup>, ou eugênico, aquele que seria permitido quando existissem riscos fundados de que o feto tem alguma anomalia congênita<sup>2</sup>, não tem autorização legal no Brasil, por isso busca-se a permissão judicial.

Em não havendo norma-base específica, procura-se a mais geral, a Constituição, a qual também não contém dispositivo único e expresso sobre essa matéria, ao longo de todo o seu texto. Para tanto, faz-se preciso e

---

<sup>1</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p.108-110.

<sup>2</sup> Este artigo focaliza, em estrito, a anencefalia, não os outros possíveis defeitos físicos ou psíquicos do feto.

devido o uso da hermenêutica constitucional, do direito comparado, da jurisprudência e da doutrina, para, assim, formar o escopo apropriado da questão, ocasião em que se define (por meio da ADPF 54) a competência do egrégio Supremo Tribunal Federal, na posição de legítimo pretor da lide e guardião da ordem constitucional e da segurança jurídica, para dirimir a controvérsia *in casu*.

Assim, frente à omissão legislativa e ao conflito jurisprudencial nestes casos, surge o impasse institucional que ora se tem pesquisado: **se não há expresso dispositivo legal que regule, especificamente, os casos em que o feto padece de anomalia congênita, como a anencefalia, e em face aos dados estatísticos atuais que mostram ser o Brasil um dos países com maior incidência de tal patologia<sup>3</sup>, questiona-se qual posição a Suprema Corte adotará na resolução material dessa situação que, além de juridicamente relevante, mostra-se socialmente preocupante.**

Este artigo científico alinha-se à necessidade de pacificação acerca do tema ante a organização fundamental do Estado, a Constituição, o Ordenamento Jurídico, a sociedade, a estrutura familiar<sup>4</sup> e os órgãos interessados<sup>5</sup>, já que todos esses entes, em geral, enfrentam amplamente tal

---

<sup>3</sup> “Segundo dados do médico Thomaz Gollop e sua equipe, estima-se que 3000 autorizações foram emitidas no país, permitindo que mulheres antecipassem o parto. Este dado, no entanto, não significa o total de mulheres que buscaram socorro da Medicina, para antecipar um parto após anomalia fetal incompatível com a vida extra-uterina. Esse dado representa apenas as mulheres que procuraram o apoio da Justiça, antes de antecipar o parto”. CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). *Anencefalia e Supremo Tribunal Federal*. Brasília: LetrasLivres, 2004, p.17.

<sup>4</sup> Já que a Carta de 1988 define no artigo 227, *in verbis*: “É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. – grifo nosso.

<sup>5</sup> Neste contexto, ressalta-se a importância da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde e os legitimados como *amicus curiae*, como a ANIS –

problemática, carecendo, portanto, de urgente posicionamento judicial. Sendo assim, o objetivo principal deste trabalho é verificar a possibilidade de antecipação terapêutica do parto, ou do aborto, de anencefálicos, do ponto de vista judicial, e a questão do feto, da gestante e dos terceiros envolvidos, frente às correntes estudadas, em razão da discussão iminente e pendente de decisão pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. Objetiva-se, também, que seja identificada a origem, os aspectos científicos em que a anencefalia está inserida e o seu contexto na ordem constitucional, a fim de averiguar a real viabilidade da aplicação do normativo infraconstitucional, dos princípios sensíveis da Carta Magna e das regras norteadoras da interpretação constitucional ao conflito estudado.

Note-se que tal estudo não está imerso – de acordo com o tema apresentado cuja relevância é notável para a sociedade e o Estado – na discussão sobre aborto e moralidade, pois é recorrente a pluralidade de aceções e convicções existentes em um Estado Democrático de Direito; nem tampouco na averiguação de qual é a melhor conduta a ser seguida conforme as crenças e as percepções filosóficas, religiosas e pessoais de cada um e ou de cada grupo social, ratificando, assim, a forma de Estado laico e a separação entre Estado e Igreja. De um lado, estão os direitos fundamentais, juridicamente constituídos; de outro, a convicção religiosa e filosófica que defenda ou não a obrigatoriedade de levar a termo a gravidez no caso de feto extra-uterinamente inviável.

Em suma, esta é uma forma de questionar, analisar e tabular as informações reais sobre o caso das gestantes de anencéfalos. Visto que, além de demonstrar a harmonia entre o nosso ordenamento jurídico e as inovações tecnológicas, tal artigo visa, em função social, ampliar as percepções que se atribuem aos personagens principais desta temática (público-alvo da

---

Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, na respectiva ADPF - 54 ajuizada no Supremo Tribunal.

controvérsia), pois, ao mesmo tempo em que representam a mola-motora do debate, acabam por inserir os interesses de toda a população, na condição de destinatários finais das normas gerais de direito, nos estudos correlatos.

## 2 Metodologia

Este artigo dirige-se para a dogmática jurídica, *a priori*, e para a hermenêutica constitucional e zetética jurídica, *a posteriori*, visando analisar a função e as possíveis tendências de pensamento da Suprema Corte Constitucional brasileira, a qual depara com complexo conflito interpretativo: caso em que a ordem jurídica prevê apenas um dispositivo, o Código Penal, infraconstitucional, pré-constitucional, que não trata, de forma expressa, do instituto, em específico, questionado; todavia detém verdadeira gama constitucional de direitos e garantias que podem abranger tanto a gestante como o feto anencefálico na polêmica explicitada.

No plano científico, a pesquisa instrumental será a espécie de pesquisa jurídica adotada<sup>6</sup>, analisando-se e discutindo-se, em nível técnico e, principalmente, teórico, o assunto em pauta, com análise de casos importantes, recorrentes e fundamentais no direito nacional e no comparado, a fim de integrar, devidamente, o plano do dever ser com aquilo que verdadeiramente é, que acontece no âmbito fático, como, por exemplo, a dicotomia existente entre as diferentes classes econômicas<sup>7</sup> da sociedade brasileira e a disparidade de tratamento jurídico à gestante e ao feto anencefálico. Essas discrepâncias criam aspecto dual nos posicionamentos analisados. Para isso, utiliza-se a norma jurídica e a ciência denominada hermenêutica, na sua variante do campo constitucional.

---

<sup>6</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em direito. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 6, n. 11, p. 25-43, Dez. 2004.

<sup>7</sup> Uma vez que está intimamente ligado ao acesso das gestantes à rede de saúde e que, conforme pesquisas, a falta de nutrientes e a má-alimentação corroboram o aumento de probabilidade estatística da patologia aferida no caso.

Isto posto, a estrutura do relatório a ser apresentado, das pesquisas e das teorias será definida pelo método procedimental denominado “monografia dogmática ou operatória”. Logo, a estruturação e o desenvolvimento deste trabalho dogmático fincam-se no tripé jurisprudência, doutrina e legislação, seguindo-se a ordem sistêmica do mais amplo, estabelecendo-se a especificidade<sup>8</sup>.

Ademais, ao lado do tipo de pesquisa e dos métodos de procedimento, as técnicas de pesquisa compõem o quadro metodológico da pesquisa científica em Direito, viabilizando-a.<sup>9</sup> Nesse sentido, no decorrer do trabalho, desenvolveram-se as seguintes técnicas: (a) levantamento e seleção de material bibliográfico, legislação, precedentes judiciais, dados estatísticos e históricos, vasta pesquisa documental nacional e internacional, categorizada por fichamentos, os quais foram separados, por sua vez, conforme as correntes estudadas, pró ou contra antecipação terapêutica do parto de anencéfalos; (b) leitura analítica e interpretação dos materiais selecionados, de cunho tanto jurídico como biológico e médico, em consonância com o caso objeto da pesquisa; (c) observação e confecção de relatórios de eventos acadêmicos; (d) confronto entre os materiais coletados.

### **3 Embriologia e natureza do anencéfalo**

Inicialmente, porque não há como cuidar de um rio, sem conhecer sua nascente, faz-se mister ressaltar a abordagem científica da específica anomalia que acomete o conceito: a anencefalia. Uma vez compreendido o aspecto anatômico do feto, examinar-se-á a diversidade de qualificações a ele associadas e os regimes jurídicos aplicados *in casu*.

---

<sup>8</sup> SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em direito. **Revista Universitas Jus**, Brasília, v. 6, n. 11, p. 25-43, Dez. 2004, p. 34-35.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 39-41.

### 3.1 Questão biológica

A ciência deve dar passos no sentido de fornecer ao jurista a exata concepção da dimensão do embrião, para que, assim, veja-o como titular de alguns direitos<sup>10</sup>. A anencefalia é uma má-formação congênita por falência do fechamento do tubo neural (estrutura precursora do sistema nervoso central<sup>11</sup>), durante a gestação (na 3ª ou na 4ª semana depois da concepção, uma vez que o tempo de atrofia do tecido cerebral é variável), podendo, em algumas situações, existir vestígios de tecido cerebral<sup>12</sup>, porém acompanhado da ausência de meninges, calota craniana e pele, por isso, mormente conhecida como “ausência de cérebro”<sup>13</sup>.

Um dos primeiros estágios de desenvolvimento (exencefalia) da anencefalia caracterizar-se-ia por haver uma porção de tecido cerebral ainda presente, mas que, em consequência do fechamento da região anterior do tubo neural, a abóbada craniana não se forma, ficando esse tecido cerebral malformado (e em desenvolvimento até então) exposto no líquido amniótico (resultado de possível acrania), durante o período embrionário.

---

<sup>10</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 152.

<sup>11</sup> “Disso resulta que as funções superiores, como consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade, restam inexistentes em um feto portador de anencefalia, restando apenas funções inferiores, que controlam a respiração e as funções vasomotoras”. SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

<sup>12</sup> BEHRMAN, Richard E.; KLIEGMAN, Robert M.; JENSON, Nelson Hal B. **Tratado de pediatria**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002. p. 1777.

<sup>13</sup> “Ângelo Machado, ratificando em livro de neuroloanatomia funcional, diz que o encéfalo é parte do sistema nervoso central situado dentro do crânio natural formado pelo cerebelo e tronco encefálico, e diz que, embora o termo anencefalia signifique ausência de encéfalo, há sempre algum tecido encefálico”, parafraseia-o Arx Tourinho, que complementa: “a anencefalia é justamente a ausência do encéfalo, ou a presença de algum resíduo de encéfalo que, na verdade, não significa nada”. CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (Org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004, p.40.

Posteriormente, tal resquício de tecido cerebral degenera-se, deixando uma massa de tecido necrosado<sup>14</sup>.

Embora se observem padrões de movimentos em fetos anencéfalos, o comportamento motor deles é evidentemente anormal, a maioria dos movimentos é convulsiva e de grande amplitude, indicando atividade reflexa motora neurológica mais baixa<sup>15</sup>. Ademais, como o feto não tem o mecanismo de deglutição, os dois últimos meses caracterizam-se por quantidade excessiva (mais de dois litros) de líquido amniótico na cavidade que envolve o feto (hidrânio)<sup>16</sup>. Ou seja, apesar de restarem funções vasomotoras, respiração<sup>17</sup> e medula espinhal<sup>18</sup>, a impossibilidade de vida extra-uterina é certa e inevitável<sup>19</sup>, na medida em que não existe tratamento, cirurgia ou reversão do quadro. Neste sentido, diz a doutrina médica:

Crianças com defeitos cranianos e encefálicos tão graves não podem sobreviver, pois estes são defeitos que não podem ser tratados com sucesso, já que a magnitude dos déficits neurológicos depende do grau de dano ao tecido encefálico que, no caso, é alto.<sup>20</sup>

---

<sup>14</sup> RODECK, Charles H.; WHITTLE, Martin J. **Medicina fetal: fundamentos e prática clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2005. p. 622.

<sup>15</sup> “Cerca de 15-33% dos anencéfalos apresentam ainda outras malformações congênitas graves, incluindo defeitos cardíacos, como hipoplasia de ventrículo esquerdo, coarctação da aorta, persistência do canal arterial, atresia pulmonar e ventrículo único.” LARA, André Martins et al. Existe aborto de anencéfalos? Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

<sup>16</sup> RODECK, Charles H.; WHITTLE, *Martin J. Op. cit.*, p. 622.

<sup>17</sup> Nota-se que a diminuição do volume do pulmão, pela insuficiência de células que constituem seus tecidos, (histoplasia pulmonar) não é incomum nos fetos anencéfalos. SADLER, T.W. **Langman embriologia médica**. 9. ed. Tradução de: Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. p. 310.

<sup>18</sup> DINIZ, Debora; RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p. 101.

<sup>19</sup> Esse ponto é incontroverso no campo médico, isto é, tem-se certeza do diagnóstico fatal e da inviabilidade fetal.

<sup>20</sup> SADLER, T.W. **Langman embriologia médica**. 9. ed. Tradução de: Fernando Diniz Mundim. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005. p. 117.



Assim, a anencefalia não é uma deficiência cuja definição resume-se a lesões, limitações das atividades ou restrições de participação que podem decorrer da idade do indivíduo, de acidentes ou ser congênita, mas que não são incompatíveis com a vida<sup>21</sup>, pois não há crianças ou adultos anencéfalos. Tal eugenia é uma má-formação 100% letal.

Aproximadamente, 65% dos anencéfalos morrem intra-útero; do restante, a maioria dos anencéfalos morre logo após o nascimento, já que a sobrevivência é, em geral, de algumas horas após o parto<sup>22</sup>. Observa-se que a permanência do feto anômalo no útero da mãe, nestes casos, pode mostrar-se potencialmente perigosa, pois poderia causar danos à saúde e à vida da gestante<sup>23</sup>. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia – FEBRASGO – enumera, entre as complicações maternas, eclâmpsia, embolia pulmonar, aumento do volume do líquido amniótico, aumento da pressão arterial, prolongamento da gestação além de 40 semanas, puerpério com incidência de hemorragias, incidência de infecções pós-cirúrgicas em razão das manobras obstétricas do parto a termo, necessidade de bloqueio de lactação e morte materna<sup>24</sup>. Em, pelo menos, 50% dos casos, os fetos fenecem no ventre materno; o restante, em instantes após o parto ou

---

<sup>21</sup>“Nós não estamos falando de diferentes capacidades, nem diferentes gradações de funcionalidade. Estamos falando de inviabilidade fetal.” CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004, p.37.

<sup>22</sup> RODECK, Charles H.; e WHITTLE, Martin J. **Medicina fetal: fundamentos e prática clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2005. p. 622.

<sup>23</sup> **ADPF n. 54/DF**, Rel. Min Marco Aurélio, in DJ Nr. 147 - 02/08/2004 - Ata Nr. 103 - Relação de Processos Originários - Despachos dos Relatores. Essa inclusive foi a alegação na petição inicial (ADPF 54) da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde.

<sup>24</sup> LARA, André Martins; WILHELMS, Fernando Rigobello et al. **Existe aborto de anencéfalos?**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

em questão de horas, ou em alguns dias<sup>25</sup>. No geral, a literatura médica é enfática, ao prever que 100% dos casos terminam com morte precoce do feto<sup>26</sup> por incompatibilidade veemente de vida extra-uterina. Em reverso ao contexto tecnológico de 1940, quando foi feito o Código Penal ainda vigente, o exame detector da eugenia, promovido em razão dos grandes avanços científicos, hoje, detém índice de precisão extremamente alto, possibilidades quase nulas de erro e pode ser feito no exame pré-natal, no final do último trimestre<sup>27</sup>, entre a 12ª e a 15ª semana de gestação, por meio da ecografia, que é um exame simples, acessível na vasta maioria dos hospitais públicos do país e sobre o qual não há controvérsias.

Nota-se que, “geralmente, a anencefalia é considerada de origem multifatorial, isso é, resultado de uma predisposição genética e fatores ambientais”.<sup>28</sup> Logo, é importante salientar que possível prevenção (e não cura ou medicamento que sane a eugenia) já é cogitada por suplementação alimentar<sup>29</sup>; estuda-se a possibilidade de associação entre risco de ocorrência

---

<sup>25</sup> É notório o caso do bebê anencéfala, Marcela de Jesus Galante Ferreira, que completou nove meses de vida (nascida em 20/11/06). Contudo, os médicos são unânimes em dizer que a possibilidade de ela vir a ter uma vida relacional ou independente está totalmente descartada e que “o tempo de sobrevivência de Marcela é explicado pelo fato de ela ter mais tecido encefálico (parte do cérebro) que o normalmente visto em anencéfalos, que costumam morrer horas após nascer. Eles dizem que os casos de sobrevivência mais longa são exceções”. O ministro Marco Aurélio Mello, relator da matéria no STF, disse à *Folha* que esse episódio não deve mudar futuras decisões do Supremo. COLLUCCI, Cláudia. **Bebê anencéfala será ícone em ato contra o aborto.** Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u133223.shtml>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

<sup>26</sup> Débora Diniz, In: CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). Op. cit., p.18.

<sup>27</sup> RODECK, Charles H.; e WHITTLE, Martin J. Op. cit., p. 586.

<sup>28</sup> A taxa de incidência dessa anomalia varia com sexo, raça e localização geográfica. “A anencefalia é mais comum em brancos do que em negros e orientais. É predominante no sexo feminino, com relação de 2:1 a 4:1 entre os sexos feminino e masculino. As gestações múltiplas apresentam incidência maior de anencefalia”. Ibidem, p.622.

<sup>29</sup> “Anencefalia é doença gênica de deficiência de uma enzima que está dentro de gene e o fator ambiental que é a deficiência de ácido fólico e, provavelmente, de vitamina

de tal eugenia – defeitos no tubo neural – e a não-ingestão de vitaminas do complexo B, como o ácido fólico, pelas gestantes. Por conseguinte, a problemática dos anencéfalos é de domínio público, grande motivo de preocupação do Ministério da Saúde e alarmante no que tange os dados estatísticos atuais: o Brasil é o quarto colocado no *ranking* de nascimento dos fetos anencéfalos, conforme dados da Organização Mundial de Saúde (*World Health Organization*)<sup>30</sup>. Para cada 10 mil crianças brasileiras nascidas vivas, há o registro de 8,6 fetos anencéfalos, o que coloca o País atrás apenas do México, do Chile e do Paraguai. Por ano, a média brasileira é de 615 mortes em decorrência dessa anomalia<sup>31</sup>. Após tais considerações sobre esta malformação incompatível com a vida, faz-se necessário ressaltar a dualidade que a mais alta Corte do país encontra, ao ter de, em meio às mazelas coletivas e à pluralidade de acepções de diferentes entidades e estruturas sociais, definir linha de entendimento única no julgamento material da questão, em prol da harmonização do ordenamento jurídico e do respeito às entidades plurais e individuais em fomento.

### 3.2. Natureza jurídica do embrião

Com o avanço da Biotecnologia e com o desenvolvimento de pesquisas fetais mais apuradas, as incertezas científicas, ao longo dos anos,

---

B12. (...) O ácido fólico serve para prevenção de alguns distúrbios de fechamento do tubo neural, entre eles a anencefalia, porém, apenas se ministrado pelo menos 90 dias antes da gravidez, porque o ácido fólico tem de ser depositado nas hemácias. O dado grave é que 97% das gestações não são planejadas. Ou seja, o suplemento preventivo somente atingiria 3% das mulheres que planejam suas gestações. Mulheres bem alimentadas, provavelmente, não terão fetos com anencefalia.” CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). Op. cit., p.37 e 47.

<sup>30</sup> **WORLD Atlas of Birth Defects**. Disponível em: <[http://www2.eur.nl/fgg/medbib/WHO\\_world\\_atlas\\_of\\_birth\\_defects.html](http://www2.eur.nl/fgg/medbib/WHO_world_atlas_of_birth_defects.html)>. Apud SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *A Antecipação do parto de Feto inviável*. Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/institucional/biblioteca/bibliografia\\_parto\\_inviavel.pdf](http://www.stf.gov.br/institucional/biblioteca/bibliografia_parto_inviavel.pdf)> Acesso em: 01 mar. 2007.

<sup>31</sup> **ADPF - Conheça o voto de Joaquim Barbosa no caso anencefalia**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34443,1>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

tendem a dissolver-se frente às novas conquistas e aos conhecimentos adquiridos; porém as incertezas jurídicas, ainda hoje, ao falar-se em qualificações e regimes jurídicos a serem aplicados ao embrião humano normal (o que dirá ao anencéfalo, cujo caso é ainda mais peculiar) não diminuíram, mesmo com a evolução social<sup>32</sup>. Visto isto, é útil fazer análise, *a priori*, da natureza do embrião humano sem anomalias, em relação ao ordenamento jurídico posto e às teorias existentes, para, *a posteriori*, centrar-se no caso do feto anencéfalo, de maneira que o mais geral fique transparente e possa sustentar, adiante, os entendimentos construídos ao mais específico. Este tópico é importante para, mais à frente, delimitar os reais direitos do embrião anencefálico.

Preliminarmente, é comum que se questione em que situação o embrião está inserido quando se fala em início da vida. Em síntese, duas correntes tratam do assunto: a concepcionista ou personalista, que entende a vida começar desde a concepção, ou seja, com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, uma vez que o material genético próprio do indivíduo é formado, e a desenvolvimentista ou tese das fases sucessivas, a qual afirma a fecundação não ser bastante para estabelecer o início da vida, pois o novo ser precisa de certo grau de desenvolvimento, de forma que só considera o embrião como ser vivo da fase fetal em diante, antes, seria, apenas, um pré-embrião<sup>33</sup>.

Tal discussão, entretanto, não demonstra maior relevância neste estudo, já que, pelo primeiro posicionamento, o feto anencéfalo seria um ser vivo desde a fecundação, e a eugenia em nada afetaria a qualidade do

---

<sup>32</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. s.n. s.d., p. 1.

<sup>33</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. *A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excendatários*. Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, Edição especial, v. 14, p. 260-265, Dez. 2007.

feto portador desta má-formação. Pela segunda fundamentação, corroborada com a análise sistemática da Resolução nº. 1358/92 do Conselho Federal de Medicina, declara-se, *in verbis*, que “o tempo máximo de desenvolvimento de **pré-embrião** *in vitro* será de **14 dias**”<sup>34</sup> e que o feto anencefálico só padece de tal eugenia neste período, portanto, alcançando a fase embrionária, poderia ser considerado como ser vivo humano.

A qualificação do embrião surge, então, de várias lógicas distintas, de maneira que é constituída realidade diversa daquela tradicionalista trazida pelo nosso ordenamento jurídico aos já nascidos; converge-se, para tanto, a pluralidade de acepções diante do mesmo ponto controverso: a situação jurídica dos embriões. Neste caso, surgiram interpretações a respeito da natureza daquilo que se atinge com o aborto, ou seja, o embrião no útero, são elas: embrião como parte do corpo da mãe ou indivíduo autônomo; embrião como um amontoado de células (coisa inominada); embrião como pessoa atual ou em potencial; embrião como ser humano não-pessoa.

### **3.2.1. Embrião como parte do corpo da mãe ou indivíduo autônomo**<sup>35</sup>

Em sede de discussão sobre a natureza do embrião, o julgado norte-americano adotou a teoria desenvolvimentista, não aceitando o embrião como pessoa. Foi o famoso caso *Roe vs. Wade*, que, em decisão preferida pelo Supremo Tribunal americano, em 1973, ao solucionar a grande polêmica do aborto no que se refere ao direito de a mãe abortar em contraposição ao direito do concebido à vida, entendeu que a mulher tem o direito de praticar o aborto em determinadas etapas da gravidez. Esta fundamentação, ao primar o

---

<sup>34</sup> BRASIL, *Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina*. Adota normas éticas, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa\\_resolucoes.php](http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php)> Acesso em: 18 mar. 2007.

<sup>35</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. Op. cit., p.260-265.

direito à privacidade da grávida, ou seja, a possibilidade de decidir se quer ou não levar a termo a gravidez, considera os estágios embrionários primários como sendo de domínio e parte do corpo da mulher<sup>36</sup>. Apresenta-se, assim, a idéia de propriedade como o indivíduo sendo o dono daquilo que produz, em termos, é claro.

A divisão da gravidez em etapas possibilita maior ou menor chance de intervenção do Estado. No terceiro e último trimestre, quando o feto, em geral, possuiria viabilidade, condições de sobreviver fora do útero materno, decidiu-se que o Estado pode e deve proibir o aborto para defender a vida do concebido, já que este passa a figurar como indivíduo autônomo, exceto quando se trata de perigo à saúde e à vida da gestante.

### 3.2.2 Embrião como um amontoado de células

Aduz o Direito francês que, diante da incerteza sobre a natureza do produto da concepção, antes que adquira efetivamente a forma humana, havia-se a noção que, de fato, o útero da mulher era capaz de expulsar coisas diversas, e que, por conseguinte, era difícil definir o que viria a tornar-se ser humano, normal ou não, viável ou não. Por causa dessa incerteza, o direito desinteressou-se daqueles produtos inominados, sem forma humana. Acreditava-se que o embrião, só pela origem e pela definição de seus caracteres, é que seria pertencente à espécie humana<sup>37</sup>.

Esta acepção radical<sup>38</sup>, entretanto, evidenciou a noção de *ninguém*, de um *não-ser*, ou seja, o embrião sem formato seria considerado

---

<sup>36</sup> Ocasão em que não haveria, por exemplo, homicídio culposo no caso de morte acidental do feto, provocada por médicos, como em cirurgia intra-uterina, pois o feto em si não seria entidade distinta da mãe para o ordenamento; esta posição já está superada atualmente.

<sup>37</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. **L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie**. s.n. s.d.p. 5 e 6.

<sup>38</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excendatários. **Revista da Fundação Escola Superior do**

como qualquer outro ser que não o humano. As conseqüências de tal entendimento são graves, visto que a liberdade deixada à mãe para interromper uma gestação, sob a alegação de não esperar um ser humano real, quando, em verdade, apenas não queria vê-lo nascer, abriria portas às práticas abortivas desenfreadas.

Apesar de esta teoria ser bastante aceita pelos cientistas e pelos que defendem a experimentação de embriões, questiona-se, então, quando o embrião passaria a ter forma humana. Poderia um fruto da união de gametas humanos não ter forma humana<sup>39</sup>? Até que momento poderia dispor-se do embrião em favor da gestante?

Mesmo que a tradição jurídica tenha, em geral, evitado discussões mais aprofundadas sobre o embrião e a natureza dele, considerando-o, de certa forma, como produto inominado, transformá-lo em coisa (reificação<sup>40</sup>) seria tão descabido quanto legitimar a escravidão, que nada mais é uma coisificação daquele já nascido, ou a prática de genocídios, ambos já expurgados do nosso sistema jurídico. Portanto, nem ao anencéfalo, o qual ainda se discute se, de fato, seria ser humano pela incompleta formação encefálica, nem ao embrião *in vitro* é palpável tal afirmação.

---

**Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Edição especial, v. 14, p. 260-265. Dez. 2007.

<sup>39</sup> SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

<sup>40</sup> É como a autora francesa denomina o processo de *coisificar* (de tornar algo em coisa). HERMITTE, Marie-Angèle. Op. cit., p. 5.

### 3.2.3 Embrião: pessoa potencial ou atual Embrião: pessoa potencial ou atual

Em primeiro plano, faz-se necessária a conceituação de *pessoa*. Para Pontes de Miranda, “ser pessoa é apenas ter a possibilidade de ser sujeito de direito. Ser sujeito de direito é estar na posição de titular de direito”<sup>41</sup>. O artigo 1º do Código Civil brasileiro estabelece que: “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres de ordem civil”. Neste sentido, fundamenta Monteiro que, “na acepção jurídica, pessoa é ente físico ou moral, suscetível de direitos e obrigações”<sup>42</sup>.

No tocante às pessoas naturais, a personalidade jurídica deve ser entendida como a aptidão para adquirir direitos e obrigações (poderes conferidos ao ser humano para figurar nas relações jurídicas), sendo que a capacidade de direitos dá a extensão da personalidade e é inata ao homem, na qualidade de pessoa. Dessa maneira, mesmo o artigo 2º do CC/02 dispendo que “a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”, ressalta Venosa<sup>43</sup> que, em razão dos novos horizontes da genética, tem-se procurado proteger, também, o embrião, havendo projetos de lei que pretendam alterar essa dicção da nova lei. A questão, no entanto, é polêmica ainda, porque o embrião não se apresenta de per si como forma de vida sempre viável<sup>44</sup>. Ou seja, de modo geral, os seres animados não-dotados de racionalidade podem até ser objetos de proteção jurídica, mas esta proteção legal não se confunde com outorga de poderes a estes seres.

---

<sup>41</sup> MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito civil privado**: parte geral. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 266.

<sup>42</sup> MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p.56

<sup>43</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 151.

<sup>44</sup> *Ibidem*, p. 153 - 154.



A questão do início da personalidade, portanto, tem relevância, porque se define quando o ser humano se torna sujeito de direitos. Assim, quanto ao momento em que se adquire a personalidade, existem três concepções diferentes<sup>45</sup>: a teoria natalista<sup>46</sup>, a teoria concepcionista<sup>47</sup> e a teoria da personalidade condicional, cuja maior parte da doutrina brasileira entende ser a adotada em nosso ordenamento jurídico, pois defende que o início da personalidade se dá com a concepção<sup>48</sup>, com a **condição** de o concepto nascer com vida, ou seja, o nascituro é pessoa condicional, possui, desde a concepção, mera expectativa de direitos, sendo a aquisição plena da personalidade condicionada suspensivamente ao nascimento com vida, ocasião em que o reconhecimento como pessoa retroage. Essa perspectiva é também adotada pelo Código Civil francês. Neste contexto, ensina Venosa<sup>49</sup>:

O fato de o nascituro ter proteção legal não deve levar a imaginar que tenha ele personalidade tal como a concebe o ordenamento. Ou, sob outros termos, o fato de ter ele capacidade para alguns atos não significa que o ordenamento lhe atribuiu personalidade. (...),

---

<sup>45</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excendatários. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Edição Especial, v. 14, ° 260-265, Dez./2007.

<sup>46</sup> Defende o surgimento da personalidade, portanto, a aquisição de direitos, somente com o nascimento com vida (pois se nasce morto, é como se não houvesse sido concebido); o nascituro, por não possuir personalidade, não seria pessoa, apesar de receber proteção legal (Doutrina adotada por países, como Portugal e Alemanha). “No útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito (= nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar a viver não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu”. MIRANDA, Pontes de. Op. cit., p.207.

<sup>47</sup> Argumenta que o concepto é pessoa desde a concepção, independentemente do nascimento (com ou sem vida), em virtude da sua condição de ser humano.

<sup>48</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. Op. cit., p. 260-265.

<sup>49</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. Op. cit., p. 153.

trata-se de uma situação que somente se aproxima da personalidade, mas com esta não se equipara. A personalidade somente advém do nascimento com vida. (grifo nosso)

Em segundo plano, mesmo com a análise das teorias sobre personalidade, vê-se uma corrente que defende o embrião humano como pessoa e atribui a ele a mesma proteção jurídica que possuem os já nascidos, não podendo, para tanto, haver disponibilidade do embrião, a não ser nos casos em que há o sacrifício do conceito para salvar a vida da mãe. Esse elemento é controvertido, pois há quem defenda ser o feto pessoa transcendental, cuja vida deve ser preservada diante a todos<sup>50</sup>. Neste sentido, encontra-se a noção de que o embrião seria mais indefeso, e a ele deveriam aplicar-se os princípios protetivos, como o personalista e o da solidariedade, e a disposição da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, o Pacto de São José da Costa Rica, que, em seu artigo 4º, ao tratar do direito à vida, declara: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente<sup>51</sup>”, a fim de evitar a “coisificação” do embrião.<sup>52</sup> A crítica levantada, além da incidência da teoria da personalidade condicionada, como visto anteriormente, é que o fato de o embrião, como o anencéfalo, possuir patrimônio genético humano, por si só, não o faz plenamente pessoa, no sentido jurídico do termo, nem fielmente equiparado aos já nascidos, cuja personalidade já está definida.

A outra corrente, por sua vez, tenta valer-se de conceitos mais amenos e categorias intermediárias, para afirmar que o embrião é pessoa em

---

<sup>50</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excendetários. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios**, Brasília, Edição especial, v. 14, p. 260-265, Dez.2007.

<sup>51</sup> MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no Direito Comparado. In **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999, p.138.

<sup>52</sup> SILVA, Patrícia Leite Pereira da. Op. cit., p. 273-276.

potencial, de maneira que isso não o eleva à qualidade de pessoa nem lhe nega essa potencialidade, tampouco o considera como material biológico amplamente disponível. O conceito não seria um simples projeto, mas uma pessoa em processo, cuja responsabilidade dos pais no desenvolvimento embrionário é *conditio sine qua non*. A crítica surge do fato de que, se só há ser humano pleno se houver projeto parental e familiar para a concepção de um filho, a responsabilidade dos pais restringir-se-ia e diminuiria sensivelmente, por exemplo, quando fosse gerado um ser que possui graves anomalias irreversíveis (como *in casu*), por não se alcançar, nesta situação, o resultado que se queria com a gravidez<sup>53</sup>. Por fim, a experiência francesa mostra que a noção de pessoa humana potencial não passou na jurisprudência (condição de “sob potência”, sem existência limpa), já que as afirmações mais protetoras dos embriões encontravam-se em declarações sem alcance jurídico, enquanto o direito positivo se colocava numa visão utilitarista, levada pela noção de direito parental<sup>54</sup>.

### 3.2.4 Embrião como ser humano não-pessoa

O Código Civil francês de 1994 enfrentou a noção de ser humano em seus dispositivos e concluiu que a categoria de “ser humano não-pessoa” tem alcance geral no âmbito do direito civil. Logo, preceitua seu artigo 16: “A lei assegura a primazia da pessoa, proíbe qualquer infração à dignidade dela e garante o respeito do ser humano a partir do início da sua vida”. O que se queria mostrar é que há diferença – o princípio da distinção do ser humano nascido – entre a pessoa nascida, para quem são dirigidos os normativos protetores em geral, uma vez que é detentora da dignidade – atributo principal e de primazia, por ser o valor supremo na ordem jurídica – e o ser humano não-nascido, que não desfruta das mesmas prioridades,

---

<sup>53</sup> Ibidem, p. 278-280.

<sup>54</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. s.n. s.d.p. 5 e 6.

apenas detém o **direito ao respeito**, cujo conteúdo não é esboçado ao certo, mas um exemplo seria o respeito à vocação dos embriões em nascer<sup>55</sup>.

Tal garantia ao respeito infere-se do início da vida, como forma de proteção ao embrião particularizado. Em outras palavras, há o respeito do Direito frente às primeiras fases embrionárias de vida humana, porém não se considera o conceito como indivíduo ainda. Corroboram a visão de que não há individualidade embrionária a possibilidade de formação de gêmeos, com desenvolvimento e evolução das fases fetais, e a capacidade de tratamento terapêutico com embriões. Esta seria uma categoria intermediária que, apesar de não assegurar a plena individualização dos embriões, garante a não-reificação<sup>56</sup> deles.

Todavia, o problema é que, caso estas proteções sejam destinadas ao embrião apenas como forma de apoio aos direitos da criança e à integralidade da espécie, a estrutura de pensamento do *infans conceptus*, em que toda construção jurídica só é elaborada se o feto nasce, por si só, tenderia a ser suficiente. Mesmo que, em contrapartida, o embrião fosse entendido em sua natureza tão-somente, sem nenhuma condição, os eventuais direitos a nascer e a não ser tratado como coisa, ainda assim, não seriam tão bem definidos nem teriam abordagem rica e específica no normativo vigente<sup>57</sup>.

### **3.3 Status do anencéfalo na sociedade**

Após a análise das qualificações que o embrião possa vir a ter, nota-se que este é ser vivo, pois é produto de fecundação, e, ainda que só se considere algo como ser vivo pelo grau de desenvolvimento embrionário ou pela presença de racionalidade, não haveria o porquê de classificá-lo como

---

<sup>55</sup> Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. s.n. s.d.p. 7 e 8.

<sup>56</sup> Aqui, como já visto, sinônimo de *coisificação*.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 7 - 8.

morto – visto que o princípio do respeito ao cadáver dos fetos implica humanidade e a eles não se aplicaria, se considerados como seres mortos – ou coisa subumana – que, como já visto acima, entendeu-se por banido do nosso ordenamento. Ademais, pela composição genética definida, cujos gametas são provenientes de pais seres humanos, seu projeto parental classifica-o como ser humano, apesar de não ser suficiente para considerá-lo pessoa, no que tange a personalidade jurídica plena, já que sua capacidade também é mitigada e os direitos são limitados.

Portanto, mesmo a classificação “pessoa em potencial” tendo melhor sonoridade diante da exigência de responsabilidade familiar e de que a viabilidade do nascimento do feto com vida não é certa *in casu*, vê-se que a chave compatível para definição da natureza do embrião anencéfalo é o “ser humano não-pessoa”. Logo, o feto anencefálico é protegido pelo Direito, de maneira que algumas garantias a ele se aderem, porém, apesar de ser “ser humano autônomo”, não é pessoa individualizada, juridicamente, assim, não gozaria dos mesmos direitos que os já nascidos, como a genitora, por exemplo.

É certo que o estudo do anencéfalo como ser intra-uterino e a condição dele tanto biológica quanto jurídica são sensivelmente importantes, dada a certa predominância, em termos estatísticos (cf. tópico 1.1), da morte intra-uterina e da imprecisa viabilidade de ocorrer a primeira respiração. Mas, caso o feto anencéfalo consiga sobreviver durante o período gestacional e desenvolva-se a ponto de vir a nascer e respirar com vida, seria recorrente a aplicação do artigo 2º do Código Civil de 2002. Faz-se mister ressaltar, nesta hipótese, que a regra em que a personalidade advém do nascimento com vida<sup>58</sup>, hoje, tem sua real aplicação por questionável e relativa. Leciona

---

<sup>58</sup> Ocasão em que, reza o Direito Sucessório, o ser poderá receber herança e transmiti-la a seus sucessores.

Venosa que, diante da revolução genética, a profunda reformulação jurídica deverá ser feita:

A matéria deverá ganhar novos contornos e estudos em futuro muito próximo, pois a possibilidade de reprodução humana assistida, com o nascimento do filho tempos após a morte do pai ou da mãe obrigará, certamente, uma revisão de conceitos filosóficos e jurídicos, inclusive para fins de direito hereditário.<sup>59</sup>

Salienta-se, portanto, que, mesmo que haja maior garantia jurídica à condição de “feto anencéfalo nascido”, não se pode, com a evolução da bioética, falar em plenitude de direitos a estas vidas extra-uterinas.

#### 4 A anencefalia e o Direito

Aferiu-se acima que o embrião, na qualidade de ser humano, detém certas proteções jurídicas, sem, para tanto, dispor da integralidade dos direitos da pessoa nascida. No entanto, a doutrina e, principalmente, a legislação pouco se manifestam acerca do *status* do feto anencefálico e da possibilidade de aquisição de direitos por ele. Em sua vasta maioria, focalizam-se tão-somente no direito à vida, alguns lhe negando esse direito e outros lhe assegurando totalmente ou somente até determinado período, sempre procurando a solução a respeito da possibilidade de punição da gestante e dos médicos em caso de aborto<sup>60</sup>. Dessa forma, convém analisar também o embrião anencéfalo como mecanismo de construção de direito específico ou como receptor de direitos humanos universais, para, posteriormente, estudar a natureza daquilo que se considera delito à luz do normativo vigente.

---

<sup>59</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 152.

<sup>60</sup> SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

## 4.1 Natureza jurídica do feto anencéfalo

### 4.1.1 Dos direitos ligados à essência do feto anencéfalo

Determinada concepção do ser humano como possível titular de direitos implica determinada concepção dos direitos que cabem a ele <sup>61</sup>. Deve-se levar em conta que os fundamentos para o devido tratamento jurídico ao embrião se dão em lógicas distintas, sejam com vistas à aplicação dos direitos humanos ao embrião anencéfalo, sejam em relação aos supostos direitos específicos desses fetos.

#### 4.1.1.1 Quanto à aplicação dos direitos humanos

Podem-se dividir os direitos humanos, para ser estudados em dupla vertente: uma definida com referência somente ao indivíduo (natureza/qualidade) e outra com base no ser humano frente aos demais (relação social). Assim, explica Barzotto, “os direitos humanos são uma espécie do gênero do direito subjetivo: são os direitos subjetivos que cabem a todo ser humano em virtude de sua humanidade<sup>62</sup>.”

Há que se notar, *a priori*, que, para a dogmática contemporânea, os “direitos do homem”, direitos de humanidade, passam a ser pensados como “qualidade inerente ao indivíduo”, ou seja, direitos plenamente intrínsecos ao indivíduo desde o momento em que é definido o seu estado de natureza, que é considerado ser humano (situação pré-social), e, assim, exclui-se a relação dele com os demais, pois, para medir o ser humano, conforme esta vertente, deve-se colocá-lo sob o ponto de vista da ordem jurídica: “há a norma, então há o direito<sup>63</sup>”, se não há norma específica ao anencéfalo, não há direito subjetivo.

---

<sup>61</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito e Justiça**, v. 31, n. 27, p. 78. 2005.

<sup>62</sup> Ibidem, p. 67.

<sup>63</sup> BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p.15-24.

Assim, conforme esta vertente, porque o feto anencefálico não goza dos direitos do homem como aqueles já nascidos, uma vez que tais direitos se dirigem apenas à pessoa humana<sup>64</sup> – a verdadeira titular do *status* de “humano” dos direitos correlatos, conforme a concepção metafísica do realismo<sup>65</sup>, por exemplo – sob a perspectiva de que pessoa humana não é, portanto, a natureza humana em si, os direitos humanos podem até aderir-se ao conceito, porém a causa disto seria mais pela consideração à pessoa que vai nascer e que se quer proteger do que, propriamente, ao embrião, que, em verdade, ainda não é pessoa nem titular de direitos.

Caso se tome como idéia-norte a premissa de que todo homem nasce – pelo menos, é o nascimento requisito vital para plena personalidade e íntegros direitos – e sendo o nascimento determinante para titularidade de “sujeito dos direitos do homem”, os interesses do feto anencéfalo, o qual não se tem real certeza de que vai nascer, quanto mais se, efetivamente, será sujeito pleno de tais direitos, não viriam, nem mesmo, a ser discutidos no âmbito da comunidade jurídica. Outro problema é que, nesta sistemática, a amplitude dos direitos em relação aos embriões fica tão mitigada que mais fácil resultaria a despenalização do aborto e mais simples seria, por exemplo, suscitar, nestes termos, que o direito à vida não seria, de fato, tão absoluto<sup>66</sup>. Se, por outro lado, considera-se que “o lugar de realização dos direitos é a

---

<sup>64</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p. 1.

<sup>65</sup> Neste sentido, *Ibidem*, p. 1 e2; e BARZOTTO, Luis Fernando. *Op. cit.*, p. 75-78.

<sup>66</sup> “[...] tomando como exemplo o direito à vida, parece, no mínimo, contraditório dizer que o nascituro tenha expectativa deste direito, vindo somente a adquiri-lo após o nascimento com vida. Se assim fosse, não seria punível o abortamento. E isso, justamente porque um feto abortado nunca poderia nascer com vida para concretizar seu direito a esta vida. Assim, que direito teria sido violado pelo agente ativo do delito? Mostra-se descabida interpretação neste sentido e inaplicável o entendimento da Doutrina da Personalidade Condicional à hipótese destes direitos”. SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.



comunidade, sendo os direitos humanos, portanto, considerados como uma relação que se tem com os demais membros da comunidade, dos seres humanos entre si”<sup>67</sup>, a pessoa humana, não a norma, é a medida do direito<sup>68</sup>.

Logo, mesmo que se colocasse o feto encefálico nesta lógica, deve-se lembrar que a natureza humana possui três laços constitutivos, a animalidade, a racionalidade e a sociabilidade, isto é, tais direitos não existiriam, não fosse, também, a característica essencial e marcante do homem que é o viver em comunidade, o inter-relacionamento. Assim, esta vertente seria incompatível com o *status* do feto anencéfalo, pois, primeiro, estes direitos não pertencem à natureza humana, mas a pessoas humanas<sup>69</sup>, e, depois, esclarece Marília Andrade dos Santos:

[...] não é possível afirmar que o ser no ventre materno tenha capacidade de se relacionar plenamente com os outros indivíduos. Desta forma, deverá receber os direitos de forma proporcional ao relacionamento que mantém com os demais indivíduos, razão pela qual é impossível que adquira os direitos de relacionamento de forma plena desde a concepção. Se não chegar a manter um relacionamento pleno com os outros indivíduos, a aquisição dos direitos será frustrada, mantendo-se no patamar da mera expectativa.<sup>70</sup>

Observa-se, assim, que os direitos de relacionamento, compostos pelos direitos patrimoniais e pelo direito de obrigações, centram-se na necessária presença de outros indivíduos, para que existam e possam ser exercidos pelo seu titular.

---

<sup>67</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito e Justiça**, v. 31, n. 27 p. 69. 2005.

<sup>68</sup> “A ordem jurídica preocupa-se em determinar assim, o que é devido à pessoa humana como tal, sendo pensada como um conjunto de direitos, e não um sistema de normas”. Ibidem, p.70.

<sup>69</sup> “para o ser humano como pessoa, os direitos humanos assumem um caráter analógico, [...] indicam objetos relacionados entre si, semelhantes”. Ibidem, p.78.

<sup>70</sup> SANTOS, Marília Andrade dos. Op. cit. Acesso em: 20 ago. 2007.

#### 4.1.1.2. Quanto à aplicação dos direitos específicos (das minorias)

A idéia de um ser humano que, por não dispor da integralidade dos direitos da pessoa, não tem dirigidos a si os direitos do homem deveria, não obstante, beneficiar-se de certo grau de proteção ligado a uma qualidade específica do ser. Assim, ao lado dos direitos universais, aparecem direitos específicos que tratam das chamadas minorias, como, por exemplo, os direitos de povos autônomos, ou das crianças, ou, quem sabe até, a afirmação de um direito próprio ao embrião, como tal, protegendo-o de provável coisificação<sup>71</sup>. É o que também se pode inferir dos dizeres de Barzotto:

Algo que é devido ao ser humano como tal, trata-se essencialmente da mesma realidade para todos os seres humanos. Mas essa essência será aplicada a realidades distintas, e nessa aplicação ganhará determinações; (...) sofrerá modulações pela sua aplicação em um contexto (existência) diferente.<sup>72</sup>

Nota-se que os direitos das crianças já possuem textos específicos que primam pela necessidade de segurança e cuidados especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente, no Brasil. Tais dispositivos legais implicam proteção jurídica adequada tanto antes<sup>73</sup> como após o nascimento<sup>74</sup>, contudo o “antes” não é retomado, em geral, por nenhuma disposição específica, principalmente, a vida pré-natal do anencéfalo, cuja disposição mais próxima seria a do Código Penal sobre o aborto em *lato sensu*. Assim, os normativos legais sobre o direito das crianças tendem a condicionar-se à criança nascida.

---

<sup>71</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p. 4.

<sup>72</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Op. cit., p. 79.

<sup>73</sup> De modo que há preocupação em ser evitada qualquer deficiência à criança e que esta nasça numa célula familiar, em que os procedimentos médicos intra-uterinos, caso venham a prejudicar o feto, sejam devidamente punidos.

<sup>74</sup> Como, por exemplo, a Declaração dos Direitos da Criança (ONU), a qual proclama, em seu artigo 1º e Preâmbulo, que toda criança necessita de proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após o seu nascimento.

Como suposto direito do embrião, não-condicionado pelo nascimento, pode-se afirmar um direito parcial a nascer, que, com efeito, constituiria a forma mais específica do direito à vida do feto. Não é considerado de forma plena, porque, hoje, sob forma de direito fundamental, o direito a nascer só é reconhecido no direito internacional apenas em casos marginais: o da mulher grávida condenada à morte e que não deve ser executada até o nascimento do concepto; ou as decisões de manutenção da vida artificial de uma gestante em estado de morte cerebral também até o nascimento do filho; ou o âmbito de proibição do aborto forçado, isto é, nos países em que se pode interromper a gravidez até certo período, reconhece-se, fora deste prazo legal, o direito a nascer que se exerce tanto contra a mãe como a terceiros<sup>75</sup>.

Há direitos em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido, isto é, direitos eventuais, tais como, o de ser beneficiado em testamento o ainda não-concebido<sup>76</sup>. Outro direito muito impreciso seria o de não ser tratado como coisa, de modo que se procura evitar a reificação dos embriões em razão da natureza de seres humanos que detêm e cujos direitos devem ser aproximados aos das pessoas nascidas, mesmo se forem diminuídos.

---

<sup>75</sup> HERMITTE, Marie-Angèle *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p. 5 .

<sup>76</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 152.

## 4.2 Natureza jurídica de forma indutiva

Ora, ao observar que o feto anencéfalo não detém, intrinsecamente, os “direitos do homem”, nem pode co-existir nas relações intersubjetivas e, assim, deter direitos de relação, como as pessoas naturais já nascidas, mesmo porque não é pessoa apesar da sua condição de ser humano, questiona-se, então, qual seria sua posição frente à aquisição de direitos e sobre a real incidência de certos princípios na sua realidade fática.

### 4.2.1 Posição de sujeito de Direitos

Aquele a quem cabe o dever de cumprir ou o poder de exigir, ou ambos, é que se denomina sujeito ou titular de direitos<sup>77</sup>, e, diante dos artigos 1º e 2º do Código Civil, evidencia-se o fato de todo homem, mas tão-somente o homem – não pode ser sujeito de direitos uma coisa, nem tampouco um animal irracional – ser capaz de direitos e obrigações na ordem civil. Contudo, todo sujeito de direitos deve ser pessoa<sup>78</sup>, no sentido jurídico de ente suscetível de direitos e deveres, não no sentido vulgar em que se designa por pessoa todo e qualquer ser humano<sup>79</sup>.

Assim, a gestante de anencéfalo, por ser “pessoa”, com personalidade absoluta e capacidade, *a priori*, plena, pode, em dada relação

---

<sup>77</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004. p.227.

<sup>78</sup> “Todo sujeito de direito é também uma pessoa. Também a palavra ‘pessoa’ guarda o segredo de seu significado. *Persona* era a máscara usada pelos artistas do teatro romano – do qual, por sinal, não participavam as mulheres - a fim de configurar e caracterizar os tipos ou ‘personagens’ (...). O símile é feliz, pois a ‘pessoa’ é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o ‘presenta’ e projeta na sociedade, para que ele possa ser de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual. Pessoa é, por outras palavras, a dimensão atributiva do seu ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços ético-jurídicos, tendo o Código Civil de 2002 todo um capítulo dedicado aos direitos de personalidade (art.11 a 21).”<sup>78</sup> REALE, Miguel Op. cit., p. 231.

<sup>79</sup> VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: parte geral**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 140.

jurídica, contrair direitos e obrigações de forma equitativa, em geral, aos seus pares, sendo, portanto, sujeito de direitos. Por sua vez, o feto anencefálico, por não ser pessoa, como foi visto anteriormente, não tem direitos específicos a ele dirigidos e capacidade de exercê-los durante o período pré-natal caso existissem, mesmo por meio de representante legal<sup>80</sup>. Logo, o nascituro não pode ser sujeito de direitos ainda que certos direitos a ele estejam aderidos e preservados, sob a condição do nascimento, em viés de direitos eventuais, de expectativa de direito.

#### 4.2.2 Posição de objeto de Direitos

“Objeto de Direitos” é aquele que não pode ser declarado titular de direito, tais como, os animais e as coisas, já que sujeito de direito é atributo exclusivo da “pessoa”<sup>81</sup>. Note-se que um ser humano pode, sucessivamente, ser apoio e, posteriormente, sujeito de direitos, mas nunca deve ser considerado como coisa – objeto de direitos – porque um ente coisificado não pode, jamais, vir a ser apoio do mais fugaz direito humano<sup>82</sup>.

Observa-se que a situação de objeto de direitos dos outros, *in casu*, poderia ser construída de duas formas: a primeira, no cotejo entre o embrião anencéfalo e a gestante, a qual, por sua vez, poderia sobrepor os interesses dela e do projeto parental aos do embrião, ocasião em que deliberaria a respeito da destinação do feto; a segunda, no interesse das pesquisas científicas em haver progressiva despersonalização do embrião, culminando na transformação em coisa (reificação), como forma de desenvolver projetos e investigações científicas e industriais de maneira ampla e com menos impedimentos. Todavia, mesmo que o feto anencéfalo

---

<sup>80</sup> A lei põe a salvo, desde a concepção (sob condição retroativa cujo marco é o nascimento), um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de os genitores receberem herança (CC, arts. 1.798 e 1.800, §3º).

<sup>81</sup> Ibidem, p. 139.

<sup>82</sup> HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p. 5.

não detenha direitos específicos e tampouco seja sujeito de direito, não se pode, para tanto, considerá-lo objeto de direitos, sob pena de equipará-lo à famigerada condição a que os escravos eram submetidos, ou seja, em condição de coisa (*res*), que, a qualquer tempo, é suscetível de transação comercial, pois, atualmente, a discussão sobre comercialização de embriões, seja *in útero*, seja *in vitro*, tende a ser desconstruída. Esse tipo de argumento desumaniza aquele que é, mesmo de forma tênue, o nascedouro *prima facie* dos direitos: a vida *in germe*.<sup>83</sup>

#### 4.2.3 Posição de apoio de Direitos

Ora, se pensarmos que o embrião em si mesmo, com ou sem anomalias, não tem a faculdade de exercer direitos durante o período gestacional, mas que é permitido à criança nascida viva e viável, retroativamente, exercer direitos que nasceram à época em que ainda não era sujeito de direitos, conclui-se que "o Direito antecipa no ser humano concebido, até a formação de pessoa nascida, garantias, sem que necessariamente lhe dêem o direito de nascer"<sup>84</sup>, isto é, o Direito não garante ao feto o nascimento, mas assegura que, caso nascido, os direitos ao nascituro retroagem<sup>85</sup>. Fala-se, portanto, em apoio ou suporte de direitos aos fetos

---

<sup>83</sup>“Os direitos humanos nascem no chefe do embrião, porque ele é o leste humano, mesmo se forem destruídos quando não nascem vivos e viáveis.” Tradução Livre nossa. *Ibidem*, p. 4.

<sup>84</sup> Tradução Livre nossa. . *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p. 4.

<sup>85</sup> Como ainda está para nascer, o nascituro não possui personalidade, mas seus direitos encontram-se protegidos e preservados por ser pessoa em potencial. "Conquanto comece do nascimento com vida a personalidade civil do homem, a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro (CC, arts. 2º, 1.609, 1.779 e parágrafo único e 1.798), como o direito à vida (CF, art. 5º), à filiação (CC, arts. 1.596 e 1.597), à integridade física, a alimentos (RT, 650:220; RJTJSP, 150:906), à adequada assistência pré-natal, a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, de receber herança (CC, arts. 1.798 e 1.800, §3º), a ser contemplado por doação (CC, art. 542), a ser reconhecido como filho etc". DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado**. 8.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002. Apud COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. *A*

anencéfalos pelas expectativas de direitos que detêm, já que não têm direitos próprios e, por natureza, nem os das crianças, nem os dos homens, mas, nem por isso, perdem a existência de proteção legal. Logo, são, a princípio, assuntos de direito e, por terem certas consistências jurídicas dirigidas a si, no que tange a proteção do embrião fora da condição do seu nascimento, segue-se a lógica sistêmica da evolução conceitual científico-jurídica – de embrião, “ser humano não-pessoa”, para criança nascida, pessoa sujeito de direitos – a fim de, por fim, considerá-los, *maxime*, como apoio de direitos.

Nota-se que esta posição intermediária explica a corrente que indaga ter o feto anencéfalo garantia de direitos apenas até o momento da má-formação e ou do diagnóstico da anomalia – quando, de um momento para outro, o nascituro viraria de sujeito para objeto de direitos – ou a corrente que considera só haver humanidade com a formação do feto<sup>86</sup>, pois, de fato, não seria ele sujeito de direitos, tampouco objeto, mas, ainda assim, à sua essência estariam resguardadas garantias de ordem legal. Faz-se, aqui, um adendo que, embora tendo o Conselho Federal de Medicina, em sua Resolução nº. 1.752, de 13 de setembro de 2004, afirmado que os anencéfalos seriam "natimortos cerebrais", não se deve equipará-los à situação de morte encefálica<sup>87</sup>, no sentido de fetos mortos que não têm direitos, porque, como já

---

*problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1508, 18 ago. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10301>>. Acesso em: 27 ago. 2007.

<sup>86</sup> “Então, como querem muitos, o feto teria não-vida até os três meses de gestação? E depois? Passaria magicamente a tê-la? Que tipo de logicidade é essa? Qual o embasamento científico para tal assertiva tão conclusiva?” BELO, Warley Rodrigues. **Aborto**: considerações jurídicas e aspectos correlatos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p.25.

<sup>87</sup> “Para que um ser seja declarado morto encefálico é necessário que alguns requisitos sejam observados. Entre eles, o feto deve ter nascido e completado, no mínimo, sete dias de vida extra-uterina. Ora, no caso do anencéfalo, o cumprimento deste requisito é impossível na quase totalidade dos casos. Isso porque mais da metade morre clinicamente ainda dentro do útero materno e os que sobrevivem ao parto morrem clinicamente logo após este evento, (...). Por derradeiro, interessante perceber que a morte encefálica pressupõe a existência anterior de uma vida

visto, mesmo não adquirindo personalidade na concepção, é garantida ao embrião anencefálico, ser humano não-nascido, pela sua condição de suporte de direitos e pela sua humanidade, a idéia tradicional de respeito ao cadáver como coisa consagrada, sugerindo que nenhuma utilização industrial ou comercial não deva ser feita de tecidos de fetos, por exemplo, que venham a morrer no útero<sup>88</sup>.

## 5 Aborto *versus* antecipação terapêutica do parto

Ainda que seja a gestação de anencefálicos miscível à estrutura constitucional no tocante aos direitos e às garantias fundamentais, afere-se forte relação desta ao aparato infraconstitucional, o qual, também, não contém expressa previsão<sup>89</sup> nem consegue, por si só, solucionar tal lide, porém possui acepções e afirmações passíveis de utilização na compreensão do assunto e de análise subsidiária pelo Supremo Tribunal Federal. A aplicação deste núcleo legal foi proposta subsidiariamente na ADPF-54, ação que resultou na competência do STF para resolução material do caso, quando da pretensão à interpretação conforme da Constituição<sup>90</sup> nos artigos 124, 126 e 128 do Código Penal (Decreto-lei nº2848/40), dispositivos referentes ao aborto.

---

encefálica, pois que, com os exames a serem realizados, perquire-se a cessação das funções que, antes, eram realizadas de forma automática pelo encéfalo e que, em virtude de uma causa conhecida, deixaram de ser realizadas definitiva e irremediavelmente pelo encéfalo". SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

<sup>88</sup> Tradução Livre nossa. HERMITTE, Marie-Angèle. . *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d.p.5.

<sup>89</sup> No sentido de que norma e fato devem, tal qual chave-e-fechadura, identificar-se mutuamente.

<sup>90</sup> Deduz-se que "O ato interpretativo — assinala Maria Helena Diniz — não se resume, portanto, a simples operação mental, reduzida a meras inferências lógicas a partir de normas, pois o intérprete deve levar em conta o coeficiente axiológico e social nela contido, baseado no momento histórico em que está vivendo." DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 578.



O legislador penal brasileiro tipificou o aborto na categoria dos crimes contra a vida, dentro do correspondente título dos crimes contra a pessoa, figurando-o, dessa forma, tal qual um homicídio, por exemplo, só com a particularidade de ser cogitado, na situação em tela, à vida intra-uterina. Destarte, o bem jurídico, ou o objeto jurídico, tutelado refere-se à preservação da vida humana, primando, principalmente, pela vida do nascituro<sup>91</sup>, o que não implica a exclusão do amparo à vida e à integridade física da gestante, como o caso de aborto involuntário praticado por terceiros<sup>92</sup> e o de estupro.

Entretanto, não há qualquer excludente neste rol que normalize o caso em que o feto em formação não detenha capacidade potencial de viver, extra-uterinamente, como ser social. As únicas excludentes previstas são: a do aborto necessário, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, e a do aborto em caso de gravidez resultante de estupro, precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Assim, falta a hipótese de normativo ao suporte fático depreendido<sup>93</sup>, já que as existentes são específicas e limitadoras, não admitindo interpretação extensiva desses institutos, tampouco analogia *in malam partem* ao nascituro – uma forma de aplicar e garantir o princípio da reserva legal.

---

<sup>91</sup> “A posição de nascituro é peculiar, pois o nascituro possui, entre nós, um regime protetivo tanto no Direito Civil como no Direito Penal, embora não tenha ainda todos os requisitos de personalidade. Desse modo, de acordo com nossa legislação, inclusive o Código de 2002, embora o nascituro não seja considerado pessoa, tem proteção legal de seus direitos desde a concepção.” VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5ªed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 153.

<sup>92</sup> Em consonância com esta vertente de entendimento, está a recente Lei 11340/2006 (Lei Maria da Penha), que, mesmo não tratando diretamente do assunto abordado neste estudo, analisada em amplitude sistêmica, ou seja, aferida de acordo com as novas normas da legislação penal, há maior preocupação em mitigar a tortura à vida, à saúde e ao estado da mulher, ratificando, portanto, possível abertura na interpretação da criminalização do aborto eugênico.

<sup>93</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**: parte especial: *arts. 121 a 183*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos tribunais, 2002. p.108-110.

Neste contexto, firmam-se duas correntes passíveis de apreciação pela Suprema Corte, ainda que subsidiariamente. Uma considera a interrupção da gravidez de anencéfalo, com conseqüente morte do concepto, forma clara de aborto, já que o Código Penal não tutelou expressamente tal conduta e, na falta do específico, aplicar-se-ia o mais geral: o *caput* do artigo 124<sup>94</sup>. Esta é a corrente que países, como Chile, Egito, Venezuela, Suíça, Polônia e outros, adotam no sentido da não-permissão do aborto em qualquer hipótese<sup>95</sup>.

A segunda corrente aduz que este seria o caso de haver a “interrupção do processo de gravidez com conseqüente morte do feto, por ter sido detectada, por meio de métodos científicos, a existência de anomalias graves, irreversíveis e incompatíveis com a vida extra-uterina”<sup>96</sup>, ou seja, o aborto eugênico, cujo alvará centrar-se-ia na inexigibilidade de conduta adversa, excludente da culpabilidade, sob a égide da morte com cessão da atividade encefálica, conforme o artigo 30º da Lei 9.434/97<sup>97</sup>, que fixa como momento da morte do ser humano o da morte encefálica, para fins de transplante de órgãos<sup>98</sup>. No direito comparado, países, como África do Sul, Canadá, China, Espanha, Israel, permitem o aborto eugênico sem restrições, enquanto outros o permitem condicionalmente, como a Dinamarca, até a 12ª

---

<sup>94</sup> Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque.

<sup>95</sup> BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p.74.

<sup>96</sup> Ibidem, p.79.

<sup>97</sup>“Art. 30, A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos não-participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”. MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no direito comparado. In: PENTEADO, Jaques de C. (Org.) et al. **A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999. p. 493.

<sup>98</sup> GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: dos costumes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 2002. p.47.

semana de gestação, a Grécia, sem restrições até três meses, a Grã-Bretanha, legal durante as primeiras 24 semanas, a França, onde o aborto é legal após as 10 primeiras semanas de gravidez, se dois médicos se certificarem de que há perigo de vida à mãe ou se o feto estiver com problema de deformação ou saúde<sup>99</sup>.

Expõe ainda a segunda corrente que a gestação de anencéfalos representaria um caso de atipicidade, qual seja, não haveria o comportamento ilícito do aborto. Tal vertente considera que, ao contrário das outras já comentadas, a lei de transplante de órgãos em comento e a Resolução nº. 1.752 definiram o momento da morte, não precisando, para tanto, discutir o início da vida. Assim, como o feto anencefálico não estaria potencialmente vivo, sem bem jurídico a ser tutelado, o que se configuraria é a antecipação terapêutica do parto, “é antecipação do parto, porque a gestação termina antes do prazo natural, e é terapêutica, porque é dirigida a resguardar a integridade física e mental da gestante em casos de má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina”<sup>100</sup>, e crime impossível ou crime putativo ao ato médico<sup>101</sup> de extração do feto retido, por não haver nem crime, nem dolo. Resumidamente, este é o impasse no normativo infraconstitucional penal vigente, em que diferentes visões tentam solucionar o caso tão controvertido dos anencéfalos, em face da ausência de dispositivo expresso, mesmo no aparato constitucional.

---

<sup>99</sup> BELO, Warley Rodrigues. Op. cit., p.74/75.

<sup>100</sup> SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

<sup>101</sup> Isto ocorre pela instabilidade no exercício da profissão médica, traduzida na questão: há ou não punição ao médico que atender ao pedido de interrupção de uma gestante de anencéfalos? Observa-se o preceito anterior, como o Código Internacional de Ética Médica, que define a atuação do médico como a sempre obrigação de preservar a vida humana.

## 6 A anencefalia e a Constituição Federal

Outra opção estará em analisar o presente tema em âmbito constitucional, já que o Código Penal e os demais normativos infraconstitucionais não conseguem preencher plenamente as lacunas desse caso. Em se tratando de ordem institucional, não há como dissociar o caso da anencefalia de alguns dispositivos constitucionais ímpares, tais como: o direito à vida, à saúde, à dignidade da pessoa humana, à legalidade, à liberdade e à autonomia da vontade. Afinal, são estes direitos e garantias fundamentais que nortearão o posicionamento material<sup>102</sup> da Suprema Corte, uma vez que se sedimentam em âmbito constitucional.

### 6.1 O direito à vida

A vida humana é objeto de direito fundamental assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, pois nada adiantaria a tutela de outros direitos, igualmente fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a intimidade e o bem-estar, se não se erigisse a vida humana como um desses direitos<sup>103</sup>, em conformidade com a natureza essencial que carrega: a de pré-requisito à existência e exercício de todos os demais<sup>104</sup>. A preocupação com a aplicação e a garantia de tal direito torna-se latente frente à dramática situação do feto anencefálico, caso em que a concretude da vida, pedra

---

<sup>102</sup> Pois servem para justificar as teorias relativas ao caso: tanto a defesa de que o aborto equivaleria, em suas proporções, a um homicídio uterino – em prol do feto, como a argumentação de que a mãe seria punida duas vezes, caso não tivesse a possibilidade de escolha – em favor da gestante.

<sup>103</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.197.

<sup>104</sup> E ainda: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos. (...) A Constituição Federal proclama, portanto, o direito à vida, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência. (...) A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina”. MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 201.

angular desse dispositivo, está calcada na temporária (se existir) e frágil sobrevida, podendo até mesmo falar-se apenas em mera possibilidade de vida.

O Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, ao decidir a questão, focalizar-se-á na tendência predominante do normativo constitucional vigente. Contudo, este é um tema duvidoso, e, para tanto, o poder constituinte originário não o enfrentou diretamente à época, tão somente o dividiu em três propensões, nos dizeres de José Afonso da Silva:

Uma queria assegurar o direito à vida, desde a concepção, o que importava proibir o aborto. Outra previa que a condição de sujeito de direito se adquiria pelo nascimento com vida, sendo que a vida intra-uterina, inseparável do corpo da mulher que a concebesse ou recebesse, é responsabilidade da mulher, o que possibilitava o aborto. E a terceira entendia que a Constituição não deveria tomar partido na disputa, nem vedando, nem admitindo o aborto<sup>105</sup>.

Neste contexto, o legislador constituinte inclinou-se à terceira proposta, uma vez que delegou a tarefa de demonstrar, cientificamente, o exato momento do surgimento da vida humana àqueles que têm capacidade para tanto<sup>106</sup>. Desse modo, a questão deveria ter sido decidida por legislação ordinária, especialmente a penal, a qual, sincronicamente, caberia definir a criminalização ou não do aborto de anencéfalos.

Mister faz-se ressaltar a composição diversificada do direito à vida, uma vez que está intimamente ligado a outros direitos, como: à integridade física e moral, à privacidade, à dignidade da pessoa humana, e, especialmente, à existência. Este último, quando inserido na questão da

---

<sup>105</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.203.

<sup>106</sup> “O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo, ao jurista, tão-somente, dar-lhe enquadramento legal (...)”. Ibidem, p.203.

anencefalia, carrega consigo complexa dimensão, já que, em síntese, representa: “o direito de estar vivo, de lutar pelo viver, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável. Existir é o movimento espontâneo contrário ao estado morte”<sup>107</sup>. Dessa forma, teria o anencéfalo o direito de existência? Pois, ao passo que detém a morte por certa, em brevidade considerável, ainda assim, possui sinais vitais, como se, de fato, existisse como pessoa.

O direito à integridade física, inserido no rol de direitos primados no direito à vida, corresponde à garantia de respeito à integridade moral também, ao mostrar que a vida humana não se resume a um conglomerado de elementos materiais, mas inclui os imateriais, quando declara que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante” (art. 5º, III, CF). Assim, preza-se com tal dispositivo a garantia concedida, pelo sistema constitucional, por exemplo, às gestantes de anencefálicos, à medida que têm sua saúde física e mental afeta e pendente de tutela durante e após a gestação anômala.

## **6.2 O direito à saúde**

A previsão e a tutela do direito à saúde, apesar de ser norma jurídica de eficácia limitada na Carta Magna (art. 6º, caput, e art. de 196 a 200 da CF) simbolizam elevação deste direito à categoria de Direito Fundamental. Dessa forma, o Estado tem o dever de garantir tal direito a todos, indiscriminavelmente, por meio de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos, já que as ações e os serviços de saúde são considerados de relevância pública. Logo, acrescentando o entendimento da Organização Mundial da Saúde, que declara: “a saúde deve ser compreendida como o completo bem estar físico, mental, social e não apenas a ausência de doença”, é que tal direito é

---

<sup>107</sup> Ibidem, p.198.

suscitado no caso em sede, conquanto a saúde seja garantida tanto à gestante como ao feto.

Como já anteriormente observado, uma vez ser a gravidez de feto anencéfalo potencialmente de risco, seja pelo perigo de morte intra-uterina, seja por outras lesões que o feto anômalo possa causar à mãe ou pelo estado psicofísico-moral<sup>108</sup>, por todo o processo doloroso da gravidez *in casu*, a situação de risco e dor caracteriza, por si só, restrição ao direito de saúde da gestante. Ademais, avalia-se que a situação psicológica da mãe que sabe que o filho não tem qualquer possibilidade de viver e que tem sua estabilidade emocional profundamente atingida pode culminar em desarmonia mental e em uma série de problemas na esfera do bem-estar individual dela e da família.

Por sua vez, o feto anencefálico, porque não tem seu sistema nervoso completo, ou seja, por deter apenas parcela diminuta de tronco cerebral, não sente dores. As terminações nervosas que conduzem dor estão lá, no entanto o cérebro não a processa. Como a terminação nervosa da dor é a mesma da coceira, é possível que não interprete a sensação como dor, mas como cócegas<sup>109</sup>. Uma vez que tal bebê venha a nascer e consiga manter-se vivo por um tempo substancial, horas ou dias, não o será sem recursos médicos e tecnológicos, na tentativa de manter biologicamente funcional um ser sem expectativas de vida social.

---

<sup>108</sup> *ADPF n. 54/DF*, Rel. Min Marco Aurélio, in DJ Nr. 147 - 02/08/2004 - Ata Nr. 103.

<sup>109</sup> “Os resquícios do encéfalo traduzem-se em células de sustentação. É como se fossem células que não têm função cognitiva, de função de relação, de transmissão de qualquer coisa. Isso é ‘burro’, não sente dor e não tem nada a ver com reação, sugação, reação de movimento, os quais não fazem parte do cérebro. A dor é uma interpretação de uma lesão que vai ser manipulada pelo cérebro, para ser transformada em sensação subjetiva.” Débora Diniz, In: CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004. p.60.

A segunda parte do artigo 196, CF/88, relativo ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde de cada um, tem em vista que “a população pobre é a que mais sofre da problemática da anencefalia, já que as mais ricas encontram saídas sem necessidade da Justiça, em contraposição à grande maioria da população que não tem acesso ao aborto seguro. Esta é uma patologia que é pertinente à mãe pobre, porque é uma doença carencial, é uma doença que está documentada<sup>110</sup>”, portanto demanda devida assistência institucional<sup>111</sup>.

Entretanto, o Supremo Tribunal, ao avaliar a real aplicação deste (e, porque não, dos demais também) direito às partes envolvidas deve atentar para que o direito à saúde não deva ser determinado do ponto de vista do indivíduo isolado, seja da gestante, seja do feto anencéfalo, já que os direitos dos indivíduos não são determinados à margem da vida social. Magistralmente, salienta Barzotto: “A saúde de X é uma qualidade individual sua, a ser determinada por um médico. O direito à saúde não é uma qualidade individual, mas uma relação que X mantém com os outros membros da comunidade. A saúde, considerada em si mesma, é algo naturalmente adequado ao ser humano, uma qualidade necessária a sua auto-realização.”

---

<sup>110</sup> Ibidem, p.47.

<sup>111</sup> A menina Marcela de Jesus Ferreira, a qual detém metade do cérebro, portanto, consegue manter-se viva (caso excepcional), como já mencionado, “vai receber, a partir de setembro, pensão do governo por ser portadora de deficiência. O valor de um salário mínimo (R\$ 380), a título de benefício assistencial a portador de deficiência, será pago pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), já que ela é cuidada pela mãe, Cacilda Galante Ferreira, numa casa da família, na cidade, enquanto os demais parentes, o pai e duas irmãs, moram num sítio. A pensão é intransferível e não poderá ser herdada pelos parentes em caso de morte da beneficiária”. Note-se, no entanto, que, mesmo Marcela não sendo, em verdade, deficiente, o Estado, por não haver legislação específica a respeito da anencefalia, deve prover as despesas da família, nem que, para isso, adapte o fato à situação jurídica mais parecida com a de deficientes (uma vez que toda despesa gerada pela União tem de ser por rubrica própria). **Bebê anencéfala receberá pensão do INSS.** Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/s/22082007/25/manchetes-bebe-cerebro-recebera-pensao-inss.html>> Acesso em: 22 ago. 2007.



Contudo, adverte que, na sua manifestação histórica, como um direito, deve ser considerada nas suas conseqüências, isto é, como algo devido no interior da comunidade, o que relativiza um bem em si mesmo, é absoluto.<sup>112</sup>

### 6.3 O direito à dignidade da pessoa humana

Diante do ordenamento jurídico vigente, a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem<sup>113</sup>. Esta natureza de núcleo central, frente aos demais direitos, é que, em essência, insere-o no rol dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro (art. 1º, III, CF).

Independente do sentido em que é concebida<sup>114</sup>, a dignidade da pessoa humana é de suma importância na questão da gravidez de feto anencéfalo, pois, em primeiro plano, enquanto direito, decompõe-se em tantos outros, os quais tutelam, principalmente, a vida da gestante. Neste sentido, observa Luis Roberto Barroso:

Uma classificação que se tornou corrente na doutrina é a que separa os direitos de personalidade, inerentes à dignidade humana, em dois grupos: (i) direitos à integridade física, englobando direito à vida, o direito ao próprio corpo e o direito ao cadáver, e (ii) direitos à integridade moral, rubrica na qual se inserem os direitos à honra, à liberdade, à vida privada, à

---

<sup>112</sup> E continua: “Se a comunidade não possui 10 milhões para fornecer a X sem que seu orçamento entre em colapso (bem comum) e ou inviabilize o tratamento médico devido a outros membros da comunidade (igualdade), a saúde de X será afetada, mas não o seu direito de saúde, pois 10 milhões não é algo adequado a ele como membro da comunidade, o que significa dizer que os outros membros da comunidade não lhe devem isso.” BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética. **Direito e Justiça**, n. 27, v. 31, p. 102/103, 2005.

<sup>113</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.105.

<sup>114</sup> Seja no sentido de que o ser humano não pode ser tratado como meio-objeto, mas um fim em si mesmo (concepção da fórmula do objeto, por Manuel Kant), seja na preocupação com o aspecto valorativo do Direito e com a reaproximação deste com a ética (próprio do movimento pós-positivista).

intimidade, à imagem, ao nome e o direito moral do autor, dentre outros<sup>115</sup>.

A dignidade da pessoa humana é de suma importância na questão da gravidez de feto anencéfalo, em segundo plano, quando compreendida em posição diametralmente oposta à tortura, ainda que por analogia. A tortura é vetada constitucionalmente (art. 5º, III, CF) e definida pela Lei nº. 9455/97, artigo 1º, I, como: “situação de intenso sofrimento físico e mental”. Logo, caracteriza-se pela imposição de constrangimento a alguém, feito com emprego de violência ou grave ameaça, provocando, na vítima, sofrimento físico ou psicológico<sup>116</sup>.

Assim, a imposição à gestante do dever compulsório de carregar, por nove meses, um feto com morte iminente representaria potencial violência psíquica e ameaça à integridade mental e moral da mulher (pela dor, pela angústia e pela frustração decorrentes). Desse modo, a convivência diuturna com dramática situação comparar-se-ia com verdadeira tortura psicológica<sup>117</sup> e notável violação ao direito basilar da dignidade da pessoa humana. Quanto ao feto, alguns alegam que, uma vez cometida a interrupção do parto, há agressão ao respeito do direito de nascer do anencéfalo, pois, ainda que se comprovem anomalias ou malformação do feto, as quais tivessem o condão de ensejar apenas breve vida extra-uterina, a vida humana existe e está em desenvolvimento, em estágio intra-uterino e não poderia antecipar-lhe a morte por oportunidade e conveniência<sup>118</sup>.

---

<sup>115</sup> *ADPF n. 54/DF*, Rel. Min Marco Aurélio, in DJ Nr. 147 - 02/08/2004 – Petição Inicial, requerente: CNTS, por Luis Roberto Barroso e Associados, p.15.

<sup>116</sup> MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2005. p. 200.

<sup>117</sup> *ADPF n. 54/DF*, Rel. Min Marco Aurélio, in DJ Nr. 147 - 02/08/2004 – Petição Inicial, requerente: CNTS, por Luis Roberto Barroso e Associados,

<sup>118</sup> A Portaria 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, no seu artigo 4º, complementou a Lei 9.434/95(a qual definia como morte a “ausência de atividade encefálica”, mas que não ditava como essa haveria de ser constatada), ao dizer que: “Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte

#### 6.4 O direito à legalidade, à liberdade e a autonomia da vontade

Inicialmente, o princípio da legalidade afirma que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo em virtude de lei” (art. 5º, II, CF). Como, formalmente, não há letra de lei expressa que regule a problemática em sede, corrobora-se, assim, a concretude do bordão jurídico “o que não está proibido permitido está” (“na administração particular, é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe”<sup>119</sup>), ou seja, suposta configuração de mais um argumento em prol da liberdade e da diversidade de possibilidades às mães de anencéfalos. Por outro lado, é difícil perceber o que é materialmente constitucional diante dos direitos fundamentais, os quais têm caráter unitário e sistemático, sem considerar que derivam e gravitam em torno de um ponto comum, direta ou indiretamente: a dignidade da pessoa humana, a qual adere ao respeito da defesa dos direitos do feto anencefálico.

Os outros dois direitos estão intimamente ligados aos suscitados pelas mulheres em foco, são eles: a autonomia da vontade individual da gestante e a liberdade de escolha. Isso ratifica o interesse à garantia do livre exercício profissional médico, na assistência às gestantes de anencefálicos, as quais, por sua vez, também teriam a possibilidade de escolher que medida tomar no seu campo de autonomia e circunstâncias individuais. O problema da autonomia e das liberdades parentais está no excesso, pois o referencial de quem fará a distinção entre a eliminação de deficiências graves e incuráveis e a proteção das pequenas deficiências, cuja subjetividade conhece-se, é que distinguirá a realização de “eugenia frouxa”<sup>120</sup> ou um programa de saúde pública.

---

encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.” (grifo nosso).

<sup>119</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.82.

<sup>120</sup> É considerada “eugenia frouxa”, pois esta forma de eugenia individual, feita pelos pais, é insuficiente para alterar o patrimônio genético da espécie. De qualquer

## 7 As teses que envolvem o processo *sub judice* do STF

Foi necessário desmembrar todos os aspectos pontuais relacionados a este fato biológico e, atualmente, de dimensões jurídico-sociais, para que se pudessem apreender, com plenitude, as razões dos argumentos e das teorias em pauta. Em síntese, aduzem-se do contexto social e das defesas argüidas, perante tanto a Justiça como os debates afora, linhas de entendimento, entre as quais o excelso Supremo Tribunal terá de aderir ou, ao menos, adequar ao diálogo de fontes<sup>121</sup>, frente à dramática questão da anencefalia.

### 7.1 A autoria e o *amicus curie*

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde é órgão sindical que propôs a ADPF 54, assessorado pelo ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, entidade que ajudou a parte autora na lide como *amicus curie*, em oposição à dupla punição que a gestante de feto anencefálico possivelmente sofrerá, à medida que, se a tal mulher for imposto o dever compulsório de carregar um feto que, com plenitude, sabe da fatal ausência de viabilidade de vida do filho, macular-se-ia, por completo, o bem-estar físico, mental e social dela e caracterizar-se-ia uma forma de tortura psicológica (conforme foi visto em tópicos anteriores).

---

forma, “se a interrupção da gravidez for encarada, o parecer de dois médicos, em que um deles exerce a atividade de obstetrícia necessariamente, é um fator importante para evitar as decisões de eliminação tomadas pelos pais sob o golpe de descoberta de uma anomalia de gravidade mediana”. HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. S.n. s.d., p.10.

<sup>121</sup> Afinal, em tempos de pós-modernidade, cujo volume, versatilidade e agilidade de informações e realidades fáticas saturam a sociedade e ultrapassam as previsões legais, não se pode vivenciar a lógica do monólogo das fontes, mas uma conversa de complementaridade de normas, princípios, sistemas e vontades (diferentemente da imposição abrupta de leis por leis e da imutabilidade do mercado, por exemplo). Esta possibilidade de comunicação é que, em suma, faz jus ao ideal, ou melhor, à concretude do tão almejado progresso.

O foco defendido, então, é o estado da gestante<sup>122</sup>. Uma vez que se compreende não haver potencialidade de vida no feto (suporte fático exigido pela norma para devida caracterização do aborto), vê-se que a tal ente, se não reificá-lo, quebra-se a concepção de “ser” moralmente absoluto. Se a morte do feto é dada como certa (sem potencialidade de vida extra-uterina), não haveria que se considerar, assim, a interrupção da gravidez como a causa *mortis* do óbito fetal, ratificando a visão de que a antecipação terapêutica do parto não é aborto.

Paralelamente, este pólo da relação jurídica compara essa situação ao caso do estupro, em que há potencialidade de plena vida social e saudável, mas todos os direitos da mãe são resguardados em face da criança não-planejada, podendo tal gestante, inclusive, fazer-se valer de qualquer hospital habilitado para abortar, sem que, para isso, necessite, sequer, de um boletim de ocorrência policial. Dessa forma, defende-se que a gestante de anencéfalo não poderia ser considerada um perigo à sociedade, comparada àquela que atenta dolosamente contra a vida de outrem, ação inerente ao aborto em sentido estrito e ao homicídio.

Sustenta-se que, uma vez acatada a possibilidade de escolha à mulher, não se sugere que todos os fetos, com qualquer tipo de má-formação, seriam compulsoriamente abortados. Não haveria, também, qualquer perigo da famosa “ladeira escorregadia”, que afirma uma só decisão específica do

---

<sup>122</sup> “Se, em desespero, para fazer um aborto, uma mulher desafiasse o direito penal, poderia arriscar a própria vida. Caso se submetesse à lei, as conseqüências para ela seriam graves – não teria de arcar apenas com desvantagens econômicas, sociais ou profissionais, mas muitas vezes sofreria um dano irreparável a seu amor próprio”. DWORKIN, Ronald. (Trad). Jefferson Luiz Camargo. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 140-141.

STF não ter o condão de criar reação em cadeia e vir a autorizar todo e qualquer tipo de aborto<sup>123</sup>.

## 7.2 Quanto à Procuradoria-Geral da República

O Procurador-Geral da República é um dos legitimados para participar do controle de constitucionalidade por arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>124</sup>. Na ocasião, o procurador-geral, Cláudio Fonteles, sustentava como linha de raciocínio a defesa do feto<sup>125</sup>, pois considerava que o feto é um ser humano vivo e que, desde a concepção, há vida humana<sup>126</sup>; para tanto, tal ser é revestido, também, de dignidade da pessoa humana e do direito à vida, com a devida proteção do ordenamento jurídico. A compreensão por este enfoque remete à existência de aborto, figurado não como fatalidade ou necessidade, mas como ilícito penal, em que a interrupção da gravidez, a qualquer momento da gestação, por deliberação subjetiva da mulher, isoladamente ou com interferência de outrem, resultando em morte, ocorre, em regra, como aborto voluntário.

---

<sup>123</sup> DINIZ, Débora. In: REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004. p.60.

<sup>124</sup> “Possui, ademais, capacidade processual plena, além de postulatória, podendo, em consequência, praticar, na ação, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado (RTJ 144/3 e 163/434). Observa-se que, uma vez proposta a arguição de descumprimento telada, fica vedada a desistência da mesma, conforme disposto no art. 169, §1º, do Regimento Interno do STF.” FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental: principais aspectos materiais e procedimentais**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6928>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

<sup>125</sup> “Pode ser frágil, pequeno e franzino, mas tem a marca de homem, marca de humana oficina.” NETO, João Cabral de Melo. **Morte e Vida Severina** - Obra Completa. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1994, p. 200.

<sup>126</sup> “Do ponto de vista biológico, a vida inicia-se com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando em um ovo ou zigoto. (...). O embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai, nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe”, conforme adverte o biólogo Botella Lluziá. In: MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001. p. 61-62.

Segundo Cláudio Fonteles, admite-se a proteção ao princípio da solidariedade (art.3º, I, Lei Maior), uma vez que os órgãos do feto anencefálico são plenamente saudáveis e passíveis de doação se mantida a gestação; o procurador-geral defende que os interesses individuais e solitários da gestante não deveriam assumir posição de primazia, mas, a contrário senso, viabilizem atitude solidária, a qual iria ao encontro da sociedade calcada no direito democrático e na cultura da vida. Apesar de, *a priori*, tal princípio exteriorizar-se na forma de proteção ao feto anencefalo, pode, dubiamente, coisificá-lo, uma vez que manter a gestação com fim precípua de aproveitar órgãos fetais é uma forma de desumanizar o embrião e violar o provável respeito ao cadáver. Diante da ação interposta, o pedido é que a Suprema Corte, adotando mecanismos de “controle concentrado de constitucionalidade a proclamar *erga omnes* e com efeito vinculante, que, quanto ao conteúdo e *alcance* dos artigos 124 e 126, *caput*, e 128, I e II, do Código Penal, não se consuma a hipótese de interrupção de gravidez que, outrora, foi denominada como antecipação de parto<sup>127</sup>”.

## 8 Conclusão

Este artigo, ao analisar o caso da anencefalia frente ao ordenamento jurídico e ao processo *sub judice* no Supremo Tribunal Federal, visa à solidificação material da questão, no sentido de tornar os conceitos e os limites desta problemática mais evidentes e próximos à realidade social e à aplicação dos normativos legais, pois, quanto mais virtual é a projeção jurídica, menos nítida é a provável solução fática. A anencefalia mostra-se como anomalia congênita, multifatorial, irreversível e letal. Tal inviabilidade de vida extra-uterina, acrescida da falta de expresse normativo legal para o

---

<sup>127</sup> Esta é a resposta do ministro aposentado do Supremo, José Néri da Silveira, em consulta solicitada. s.n., s.d.

caso, tende a colocar o Direito, a natureza e a ordem social em rivalidade<sup>128</sup>, por conseguinte antigos debates sobre vida<sup>129</sup> e morte são apresentados em sede, e conflitos sobre tipicidade de condutas sancionáveis, como o aborto eugênico, emergem.

Neste sentido, antes mesmo de traçar o panorama das teses argüidas perante o STF, foi necessário definir a posição social e a natureza jurídica daqueles que compõem a lide primária, isto é, do feto anencéfalo e da gestante, para, assim, aferir a titularidade de direitos que possam vir a ter e a aplicabilidade de determinadas normas em tal relação jurídica e no processo em comento. Primeiramente, verificou-se, no estudo, qual *status* o embrião possui diante da ordem social, e concluiu-se que é o de ser vivo, humano e autônomo, no sentido de não ser parte da mãe, mas um ente particularizado, porém, como só detém expectativas de direitos e personalidade condicionada ao nascimento (praticamente inexistente, portanto), é uma *não-pessoa*, para fins jurídicos.

Posteriormente, ao entender que o feto anencéfalo não é pessoa para o ordenamento jurídico (inclusive, por isso, não lhe seriam inerentes os direitos humanos), constatou-se que não poderia vir a ser também um sujeito de direitos. Como o cotejo de ser humano com “coisa” é vetado neste Estado Democrático de Direitos, a única posição palpável ao embrião, em si mesmo, seria a de “apoio” (suporte) de direitos futuros. Sob outro ponto de vista, a

---

<sup>128</sup> Nos dizeres do ministro Carlos Britto: “A natureza está a rivalizar com o homem no que este exhibe de pior. Como na comparação entre o recente maremoto (*tsunami*) do sudoeste asiático e a bomba atômica de Hiroshima e Nagasaki. Que são fatos distintos em suas causas e ontologia, é verdade, mas equiparáveis nos seus devastadores efeitos. O que tem forçado o gênero humano a refletir, de longa data, sobre a dicotomia básica natureza e cultura”.

<sup>129</sup> “A escolha do termo *vida humana* é mais ambígua que o termo *ser humano*, porque poderia ser limite extremo falar em vida humana para simples células somáticas, mas é afirmada a idéia de uma série contínua da vida humana que exprime, efetivamente, a unidade da natureza humana a alguma fase biológica que fosse”. Tradução livre da autora. HERMITTE, Marie-Angèle. *L’embryon humain, la science et le droit - essai de chronologie*. s.n. s.d.p. 13.



gestante, pela personalidade absoluta, pela capacidade plena de direitos e por deter direitos gerais e específicos, é legítima titular de direitos e obrigações, portanto, é “sujeito de direitos”. Logo, a distinção entre a natureza jurídica da mãe e a do filho é importante, pois só se poderia discutir qual seria a prioridade dos direitos aplicados no caso e solucionar a questão se, *a priori*, fosse conhecida a real possibilidade de os dois serem beneficiários efetivos de tais garantias, e se, de resto, a interrupção da gestação seria fato típico, como o aborto, ou atípico, como a antecipação terapêutica do parto.

Ao analisar, *in casu*, a natureza jurídica desta retirada antecipada do feto anômalo como punível juridicamente, afirma-se que o embrião anencéfalo tem tantos direitos quanto a gestante, que tais direitos poderiam prevalecer sobre a pessoa humana da mãe e que a ação da gestante é tão grave quanto a de um homicídio. Por outro lado, caso se considere que a interrupção da gestação de anencéfalos não é desconforme à ordem jurídica, concluir-se-ia que o feto e a gestante detêm diferentes direitos e que, diante da humanidade e da personalidade diversificada entre os dois, a possibilidade de a mãe escolher o que fazer seria legítima, sem, para isto, haver a eugenia em massa e a relativização do instituto legal, uma vez que, afinal, “os direitos da pessoa humana não se opõem à comunidade e ao bem comum<sup>130</sup>”.

Como a sociedade não está apta a deliberar sobre os contornos éticos da controvérsia em comento, transfere o ônus decisório ao ambiente jurídico, conforme Habermas. Em nosso caso, o fardo da jurisdição constitucional é representado pelo Supremo Tribunal Federal. Não seria coerente, portanto, sugerir à Corte outra atitude que não a de decisão

---

<sup>130</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito e Justiça**, v. 31, n. 27, 2005, p. 114.

sociopoliticamente comprometida, pois essa é a função precípua de um Tribunal legitimado a arguir a negativa de preceito fundamental<sup>131</sup>.

Assim, o pronunciamento e a interpretação adequada para o caso, pelo colendo STF, são indispensáveis nesta situação que, há 15 anos, rende polêmica e debate, cuja matéria tem profundo alcance humanitário, uma vez que se libertaria de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e ameaças à atuação dos profissionais de saúde e de ocorrência de instabilidade jurídica, principalmente, após reiteradas decisões em sentidos contrários de Tribunais em todo o país<sup>132</sup>. A situação, potencialmente, agrava-se, à medida que a demora inerente aos trâmites processuais torna inócua eventual decisão judicial, ainda que seja, por exemplo, favorável à gestante (HC 84. 025-6/RJ). O legislador, até hoje, não concedeu isso e reluta em não aprovar projetos de lei no Congresso Nacional, com o objetivo de introduzir, no Código Penal, de uma vez por todas, a hipótese de punição ou não (o caso das excludentes de punibilidade) do aborto eugênico, ou antecipação do parto, de anencefálicos.

Mesmo sendo difícil aferir, com convicção, qual pólo da relação será adotado, ou seja, qual tese jurídica será escolhida para uniformidade do sistema, deve-se sempre visar à concretude dos direitos, pois a finalidade é o bem comum. Desta forma, a universalização deve ser considerada com maior veemência, em detrimento da individualidade das

---

<sup>131</sup> GUERRA, Gustavo Rabay. **Julgar é humano... Ou crônica de uma morte anunciada.** o aborto de fetos anencefálicos na jurisdição constitucional brasileira e a modernidade jurídica (laica e emancipatória). Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6465>>. Acesso em: 09 mai. 2006.

<sup>132</sup> “(...) Assim, o Tribunal poderá conhecer a arguição de descumprimento toda vez que o princípio da segurança jurídica restar seriamente ameaçado, especialmente em razão de conflitos de interpretação ou de incongruências hermenêuticas causadas pelo modelo pluralista de jurisdição constitucional”. Disponível em: <<http://gemini.stf.gov.br/cgi-nphbrs?d=ADPF&s1=gravidez&u=http://www.stf.gov.br>>, acesso em 03 de maio de 2006. A petição inicial em questão, neste tópico, faz referência a DJU 2.12.2002, p. 70, ADPF 33-5, Rel. Min. Gilmar Mendes.

situações fáticas pontuais, caso contrário, não trataríamos de Direito. Aduz Barzotto: “A efetivação dos direitos humanos leva à construção de uma comunidade na qual o bem de todos é condição do bem de cada um”<sup>133</sup>

Em suma, faz-se vital e essencial esta pesquisa e as ponderações acerca de até que ponto o *dever ser* da norma pode e é compatível com o ser fático. Não somos capazes de mudar o rumo do acaso, isto é, reverter a anencefalia do feto, mas podemos<sup>134</sup> ser solidários ao sofrimento da parcela populacional afetada e sanar dúvidas essenciais, por exemplo, no cotidiano médico, pois “esta ação tem um sentido social, porque interessa diretamente às mulheres pobres, que estarão protegidas e não precisarão de favores de quem quer que seja. Já que a ordem jurídica, o dever da ordem jurídica, o dever da nossa ordem constitucional, é proteger fundamentalmente aqueles que não têm condições econômicas<sup>135</sup>”.

---

<sup>133</sup> BARZOTTO, Luis Fernando. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos: da Dogmática Jurídica à Ética. **Direito e Justiça**, v. 31, n. 27, p. 114.

<sup>134</sup> A solução dos conflitos, por medida preventiva, apresenta-se quando a busca pela resolução de reclamações, calcadas em anseios *in concreto*, impulsiona a atuação do Poder Público em mediar diálogo entre instituições e associações, proporcionando melhoria e desenvolvimento do sistema.

<sup>135</sup> Arx Trourinho. In: CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (Org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Letras livres, 2004, p.46.

# THE BRAZILIAN SUPREME FEDERAL COURT AND THE DIVERSITY OF THESES REGARDING THE *SUB JUDICE* CASE OF ANENCEPHALIC FETUSES

## Abstract

It is a well-known fact that cases of anencephalic fetal development are on the rise. Though the pathology is marked by the unfeasibility of fetal survival outside the uterus and by a clinical prognosis which is irreversible, there is no explicit legal regulation covering it – a vacuum which opens the possibility that anencephalic terminations be considered violations of constitutional precepts or of various articles included in the Brazilian Penal Code. The result is a complex interpretation: should the termination of anencephalic fetuses be considered a typical event (criminal abortion) or an atypical event (therapeutic anticipation of labor)? This is the dilemma raised by ADPF 54, whose material resolution will be decided by the Brazilian Supreme Court. Given the absence of any consensus among the various defensible interpretations regarding the matter, the Supreme Court will have the task of drafting a resolution capable of clarifying the *sub judice* dispute regarding the juridical status of anencephalic fetuses. Beyond the fetuses themselves, the decision will also extend to the judicial nature of acts which interrupt anencephalic pregnancies (whether they should be legally punishable or not). This legal ambiguity, the paper argues, must be solved in order to secure not only juridical accountability, stability and security, but also institutional harmony and the very possibility of social organization – especially for that segment of the population directly affected by the issue.

**Keywords:** Foetus. Anencephalic. Abortion. Supreme Federal Court.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARZOTTO, Luis Fernando. Os direitos humanos como direitos subjetivos: da dogmática jurídica à ética. **Direito e Justiça**, v. 31, n. 27, 2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**.

\_\_\_\_\_. **Resolução 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina**. Adota normas éticas, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <[http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa\\_resolucoes.php](http://www.portalmedico.org.br/php/pesquisa_resolucoes.php)> Acesso em: 18 mar. 2007.

BEHRMAN, Richard E.; KLIEGMAN, Robert M.; NELSONI, Hal B. Jenson. **Tratado de pediatria**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2002.

BELO, Warley Rodrigues. **Aborto: considerações jurídicas e aspectos correlatos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 9 ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**, 6. ed. Coimbra: Almedina, 1996.

CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. **Curso de direito. manual de elaboração de monografias**. Brasília, 2002.

COLLUCCI, Cláudia. **Bebê anencéfala será ícone em ato contra o aborto**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u133223.shtml>>. Acesso em: 23 mar. 2007.

CONSELHO REGIONAL DO ESTADO DA BAHIA (org.). **Anencefalia e Supremo Tribunal Federal**. Brasília: LetrasLivres, 2004.

COSTA, Pedro Ivo Augusto Salgado Mendes da. **A problemática do infanticídio enquanto tipo autônomo.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10301>>. Acesso em: 27 ago. 2007.

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

DINIZ, Maria Helena. **Código civil anotado.** 8.ed. atual. .São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. **Compêndio de introdução à ciência do direito.** 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

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

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Interpretação e estudos da Constituição de 1988.** São Paulo: Atlas, 1990.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Argüição de descumprimento de preceito fundamental: principais aspectos materiais e procedimentais.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6928>>. Acesso em: 28 ago. 2007.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal: dos costumes contra a pessoa.** São Paulo: Saraiva, 2002.

HERMITTE, Marie-Angèle. *L'embryon humain, la science et lê droit - essai de chronologie.* s.n. s.d.

HOLANDA, Aurélio Buarque de. **Novo dicionário da língua portuguesa,** 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira , 1975/1986.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral.** São Paulo: Saraiva, 2003.

LARA, André Martins et al. **Existe aborto de anencéfalos?** . Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6467>>. Acesso em: 01 ago. 2007.

MARTINS, Roberto Vidal da Silva. Aborto no direito comparado. In: : PENTEADO, Jaques de C. (Org.) et al. A vida dos direitos humanos: bioética médica e jurídica. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 2 ed., São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MIRANDA, Henrique Savonitti. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. Brasília: Senado Federal, 2005.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado: parte geral**. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: parte geral**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9. ed., São Paulo: Atlas, 2001.

NETO, João Cabral de Melo. **Morte e vida Severina: obra completa**. Rio de Janeiro: Editora Nova Aguilar, 1994.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial: arts 121 a 183**. 2. ed.rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. Ajustada ao novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

REVISTA CONSULTOR JURÍDICO. **ADPF - Conheça o voto de Joaquim Barbosa no caso anencefalia**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/34443,1>>. Acesso em: 01 mar. 2007.

RODECK, Charles H.; WHITTLE, Martin J. **Medicina fetal: fundamentos e prática clínica**. Rio de Janeiro: Revinter, 2005.

SADLER, T.W. **Langman embriologia médica**. Tradução de: Fernando Diniz Mundim. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan S.A., 2005.

SANTOS, Marília Andrade dos. **A aquisição de direitos pelo anencéfalo e a morte encefálica.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007>>. Acesso em: 20 ago. 2007.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. A pesquisa científica na graduação em direito. **Revista Universitas Jus**: v. 06, n. 11, Dez. 2004.

SILVA, De Plácido. **Vocabulário jurídico**. 16. ed. condensada. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Patrícia Leite Pereira da. A busca de uma solução ético-jurídica para a destinação dos embriões excendetários. **Revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios** – Edição Especial, Ano 14, Dez./2007.

SINGER, Peter. **Ética prática**. Ed. Martins fontes, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **A Antecipação do parto de Feto inviável.** Disponível em: <[http://www.stf.gov.br/institucional/biblioteca/bibliografia\\_parto\\_inviavel.pdf](http://www.stf.gov.br/institucional/biblioteca/bibliografia_parto_inviavel.pdf)> Acesso em: 01 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. *ADPF n. 54/DF*, Rel. Min Marco Aurélio, in DJ Nr. 147 - 02/08/2004 - Ata Nr. 103 - Relação de Processos Originários - Despachos dos Relatores.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: parte geral. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

*WORLD Atlas of Birth Defects*. Disponível em: <[http://www2.eur.nl/fgg/medbib/WHO\\_world\\_atlas\\_of\\_birth\\_defects.html](http://www2.eur.nl/fgg/medbib/WHO_world_atlas_of_birth_defects.html)>

BEBÊ anencéfala receberá pensão do INSS. Disponível em: <<http://br.noticias.yahoo.com/s/22082007/25/manchetes-bebe-cerebro-recebera-pensao-inss.html>> Acesso em: 22 ago. 2007.