

## Artigos de atualização

Esta seção destina-se a trabalhos que relatam e discutem informações atuais sobre temas de interesse da bioética e espontaneamente enviados pelos autores

### **Discurso jurídico, mitos e falácias: direitos fundamentais e o aborto de anencéfalo no Supremo Tribunal Federal - STF** *Legal discourse, myths and fallacies: fundamental rights and abortion of anencephalic fetus in the Brazilian Supreme Court*

**Henrique Smidt Simon**

Centro Universitário de Brasília (UniCEUB), Brasília, Brasil.

[hssimon@terra.com.br](mailto:hssimon@terra.com.br)

**Resumo:** A anencefalia se tornou um problema constitucional relevante nos últimos anos. O Supremo Tribunal Federal – STF – está para julgar ação que pretende ver autorizada a antecipação terapêutica do parto nesse caso. Este julgamento terá de enfrentar questões ético-jurídicas cruciais para a sociedade brasileira: o que é vida e em que circunstâncias ela é protegida juridicamente. Este artigo defende que a interrupção da gravidez no caso da anencefalia não configura aborto. Para tanto, parte dos pressupostos da filosofia da linguagem ordinária como ferramenta para analisar as estratégias retóricas daqueles que são contra este posicionamento e para esclarecer as diferenças de significados que a idéia de “vida” tem para o direito e para a moral. As conclusões tiradas são: a retirada do feto anencefálico não constitui aborto; o feto portador dessa malformação não é vivo ou sua “vida” não é protegida juridicamente e, se por acaso quiser-se considerá-lo como ser vivo, o seu direito à vida não se sobrepõe a todos os direitos fundamentais garantidos à gestante (liberdade, autonomia, saúde e integridade física e moral).

**Palavras-chave:** Aborto. Anencefalia. Vida. Direitos fundamentais. Supremo Tribunal Federal

**Abstract:** Anencephaly became a relevant constitutional issue in the past three years. The Brazilian Supreme Court is poised to judge a case that would authorize the therapeutic anticipation of birth in such cases. This trial must face important ethical and legal issues for Brazilian society: what is life and in what circumstances is it protected by law. This article maintains that pregnancy

interruption in case of anencephaly cannot be considered abortion. In order to sustain this claim, I adopt concepts from ordinary language philosophy as tools for the analysis of the rhetorical strategies of those who oppose this view and to clarify the different meanings of the idea of "life" in legal and moral speech. I conclude that the anticipation of the birth in cases of anencephaly does not constitute abortion in a legal sense; that the anencephalic fetus has no life; or that if alive, her "life" is not protected by law since its right to life does not trump the fundamental rights guaranteed to the expectant mother (of freedom, autonomy, health, and moral and physical integrity).

**Keywords:** Abortion. Anencephaly. Life. Fundamental rights. Brazilian Supreme Court.

O problema da antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos ganhou importância constitucional recentemente, quando, por meio de habeas corpus, foi requerido que o Supremo Tribunal Federal – STF – garantisse o direito de a gestante escolher se levaria ou não a termo a sua gravidez de um feto portador dessa anomalia.

Uma estudante do Estado do Rio de Janeiro entrou, via defensoria pública, com pedido de autorização para retirada de feto portador de anencefalia (1). O pedido foi indeferido em primeira instância, sob o argumento de que o aborto em tal caso não se enquadrava nas excluídas de ilicitude previstas no Código Penal (art. 128), aduzindo a decisão que o rol de possibilidades para a prática do aborto ali previsto era taxativo.

Houve recurso para o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - TJRJ - momento em que a relatora do processo concedeu liminarmente a autorização. Contra tal decisão foi interposto agravo regimental por advogados que não faziam parte do processo. Por outro lado, o presidente do TJRJ suspendeu a liminar concedida, mesmo sem poderes legais para tal ato. Apesar da ilegitimidade das partes e da total falta de interesse no recurso por parte dos advogados agravantes, o agravo regimental foi conhecido; contudo, manteve-se, por maioria, a decisão da relatora da apelação.

Entretanto, antes da decisão colegiada, um sacerdote católico, presidente da Associação Pró-Vida de Anápolis (GO) impetrou *habeas corpus* (HC n. 32.159-RJ), contra a decisão liminar, no Superior Tribunal de Justiça - STJ - buscando garantir o direito à vida do feto.

A relatora considerou cabível o *habeas corpus*, uma vez que a garantia da liberdade de ir e vir envolve como seu pressuposto a garantia à vida, que, no caso discutido, estava ameaçada por decisão de autoridade que permitia o aborto. No mérito, ponderou que, a despeito do debate emocional e religioso que envolve a questão do anencéfalo, cabe ao Judiciário tratar a questão apenas juridicamente (em outras palavras, tecnicamente, o que indica uma tentativa de neutralidade). Concedeu, ainda, que o juiz não deve ser apenas um mero espectador das mudanças sociais, de forma a se engessar na letra fria da lei. Entretanto, aduziu que o papel do aplicador tem de ter limites e estes devem ser encontrados na própria lei.

Destarte, como o legislador não incluiu, explicitamente, a hipótese de anencefalia como excludente de ilicitude para o aborto, e como o rol de excludentes do art. 128 do Código Penal é taxativo, a retirada de feto anencéfalo do ventre materno constitui fato típico, caracterizando-se o aborto. Então, caso o Judiciário autorizasse a prática de aborto de anencéfalo, estaria legislando ao criar hipótese de excludente de ilicitude não prevista em norma, usurpando a função do poder legislativo.

O entendimento da ministra Laurita Vaz foi seguido pelos demais ministros da 5ª turma do STJ, de modo que a ordem de *habeas corpus* foi unanimemente concedida. Contra essa decisão foi impetrado novo *habeas corpus*, agora ao STF, alegando-se violação da liberdade da gestante e a atipicidade da antecipação terapêutica do parto de anencéfalos como aborto, já que o anencéfalo não seria vivo, no sentido próprio do termo. O relator foi o ministro Joaquim Barbosa (HC n. 84.025-6/RJ).

O relator acolheu o *habeas corpus* e chegou a proferir seu voto destacando a atipicidade do fato, pois se trata de situação em que há apenas desenvolvimento biológico do feto e não vida a ser protegida juridicamente. Nesse sentido, não há que se falar em intervenção do judiciário no papel do legislativo (o judiciário não estaria incluindo uma nova hipótese de excludente para o aborto), pois o que se estaria a fazer é simplesmente declarar que o fato concreto não pode ser subsumido à norma penal. Entretanto, a votação no STF foi interrompida, pois o relator foi informado, durante a sessão, que a paciente havia dado a luz (o feto manteve suas funções orgânicas por sete minutos). Mas a lacuna sobre o debate constitucional permaneceu.

Diante de tal situação de incerteza, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) ingressou no STF com uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), alegando a violação dos direitos de liberdade e autodeterminação das gestantes que carregam fetos anencéfalos, bem como a violação à dignidade humana e o direito à saúde. Seu argumento central é exatamente o da ausência de vida (ou, ao menos, vida viável) do anencéfalo, o que faz com que a antecipação terapêutica do parto nessa situação não caracterize crime de aborto. Diante da relevância e da urgência da situação, requereu liminar para que os demais órgãos jurisdicionais se abstivessem de proibir a escolha das gestantes em retirar os fetos sem cérebro até o fim do julgamento. O relator, ministro Marco Aurélio Mello, concedeu a liminar, que depois foi cassada pelo órgão pleno do tribunal.

Na sessão de julgamento, o então Procurador Geral da República, Cláudio Fonteles, levantou questão de ordem sobre o cabimento da ADPF, alegando que a decisão levaria o Judiciário a agir como legislador, pois não cabe, de acordo com a própria jurisprudência do Supremo, controle de constitucionalidade, na modalidade abstrata, de legislação pré-constitucional, bem como afirma que a interpretação conforme (declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto) não pode ir contra a vontade manifesta do legislador (e este não incluiu o aborto de anencéfalo no rol das excludentes do crime de aborto deliberadamente). Estar-se-ia, assim, usurpando a função própria do poder legislativo por via de controle de constitucionalidade.

A questão de ordem foi superada, de forma que o STF entendeu ser cabível a ADPF no caso, por 7 votos a 4. Agora está prevista audiência pública para se debater a questão. Ou seja, ainda não foi abordado o mérito da ação. O sentimento de lacuna constitucional permanece.

Neste diapasão, o intuito do presente artigo é mostrar, a partir de algumas considerações sobre problemas de usos da linguagem, que a antecipação terapêutica do parto é fato atípico e que a imposição da gravidez de um feto anencéfalo viola direitos fundamentais da gestante, principalmente a dignidade humana, a integridade física e moral, a autonomia e o direito à saúde.

## A questão de ordem: o mito da vontade do legislador

O recurso à vontade do legislador tem cumprido um papel importante nos discursos sobre o problema da anencefalia. Boa parte do debate tem tentado remeter o problema àquilo que foi discutido pelo legislador de 1940, ao promulgar o Código Penal. Assim, alega-se que foi o legislador quem quis retirar a hipótese da anencefalia como excludente de ilicitude para o crime de aborto.

Entretanto, esse recurso é, na verdade, apenas um tópico argumentativo que serve como paliativo para o problema; um meio para o juiz, ao se deparar com uma questão que implica a análise de valores em conflito ou dúvida a respeito dos limites de aceitabilidade desses valores, não ter de analisar a questão. Em outras palavras, o lugar-comum da vontade do legislador no âmbito da discussão jurídica (2) serve para a estratégia argumentativa de imunizar o judiciário de decisões polêmicas, mantendo-se um status quo ético do próprio juiz.

No caso da ADPF 54, os votos dos ministros que se posicionaram contrariamente ao cabimento da argüição de descumprimento de preceito fundamental foram exatamente no caminho proposto pelo Procurador-Geral da República à época: a decisão inovaria no mundo jurídico; não é dado ao intérprete buscar significados do texto da norma que vão contra a intenção do legislador. Quanto à intenção do legislador, recorreu-se à autoridade do ministro Moreira Alves, que, em voto proferido no RE 121.336/CE, defendeu a tese segundo a qual a interpretação conforme só é passível quando não altera a mens legis, caso contrário o juiz constitucional estaria agindo como legislador positivo, quando o seu limite é agir como legislador negativo.

O argumento não se sustenta. Primeiramente, Kelsen (3) já havia apontado a sua dificuldade: a existência de uma norma depende de um substrato subjetivo para existir (a vontade manifestada do legislador), mas a sua validade (o que Kelsen chama de sentido objetivo da norma), que é o que confere existência jurídica para o comando, decorre de o ato de vontade estar de acordo com uma norma hierarquicamente superior. A vontade ou intenção do legislador é apenas elemento do mundo do ser necessário para a existência do dever ser, mas não o determina. Nesse sentido, uma vez que a norma é polissêmica, o sentido a ser atribuído tem de estar conforme a norma hierar-

quicamente superior - já que Kelsen admite claramente que a norma superior pode determinar ou limitar o conteúdo valorativo da norma inferior.

É bem verdade que os limites auto-impostos da teoria de Kelsen não permitem dizer qual a interpretação correta, resultando no reconhecimento da possibilidade de escolha do juiz. Mas isso não quer dizer que seja impossível a discussão sobre a plausibilidade e a razoabilidade da escolha. Portanto, como a norma não está atrelada à vontade de quem a produziu, o intérprete pode escolher um significado que compatibilize o texto com os princípios constitucionais vigentes. Nessa situação, não se estaria a violar o princípio da separação dos poderes, pois, caso o poder legislativo fique insatisfeito com a interpretação da norma dada pelo judiciário, ele pode revogá-la. Assim, o que fica claro é que, se o juiz não é "proprietário" da interpretação da norma, também não o é o legislador.

Outra dificuldade que surge é como determinar qual é a vontade do legislador. Essa busca é reflexo de uma visão iluminista do direito, em que o legislador, provido de razão universal, seria capaz de determinar uma legislação clara, simples e dotada de completude que garantisse os direitos naturais, ao mesmo tempo em que reconhecesse as particularidades de cada sociedade. Natural, portanto, que a Escola da Exegese, assumindo uma visão liberal-iluminista do direito, visse a garantia da vontade do legislador como uma forma de impedir a insegurança jurídica e o arbítrio do juiz. O magistrado seria apenas "a boca da lei", enquanto o legislador era o único autorizado, pelo contrato social, a buscar a razão natural para afirmar os direitos naturais de maneira geral, aplicáveis a todos os cidadãos.

Entretanto, os legislativos modernos não funcionam como no ideal iluminista. A pluralidade de interesses e visões diferenciadas é característica dos parlamentos. As leis são frutos de acordos e nem sempre se busca uma razão comum. Assim, é natural que sejam aprovadas com o quorum necessário porque os diversos grupos de parlamentares vêem no mesmo texto possibilidades de aplicação em conformidade com as suas visões próprias. Então, qual seria a vontade do legislador?

Dworkin (4) também contribui para acabar com esse mito de que o juiz deve se ater à vontade do legislador: para estabelecer qual a

vontade do legislador o juiz não deveria se perguntar pelos interesses dos lobistas que influenciaram na criação da norma? E, como é o caso presente, quando a vontade do legislador é de décadas, a vontade dos novos legisladores não deve ser levada em consideração (será que eles não interpretam de maneira diferente a lei que optaram por não revogar)?

Cabe destacar que uma regra de conduta ganha o seu significado a partir do uso público dentro de um determinado contexto, em que o caso concreto é comparado com o caso paradigma previsto em abstrato pela regra. É a familiaridade entre a situação concreta e a prevista em abstrato que determina a aplicabilidade ou não da norma. Não importa o que "tinha em mente" quem criou a norma. Uma norma ou regra não deixa de ser aplicada porque o caso concreto não corresponde ao que o enunciador da regra tinha em mente, mas porque a situação concreta difere daquela prevista em abstrato. A aplicabilidade da regra a casos novos depende, portanto, de relações de familiaridade entre o caso novo e o sentido que se pode atribuir à regra no caso concreto (5).

O problema, então, não diz respeito à vontade do legislador, mas sim de saber se a norma, dentro das convenções estabelecidas pelo direito, se aplica ou não ao caso concreto (6). A questão é, portanto, de como se constrói o discurso. Afirmar que não existe uma norma que se aplique ao caso significa que o juiz estará efetivamente criando direito. Por outro lado, a afirmação pode ser que há a norma, mas ela não se aplica ao caso (ou seja, a situação concreta não está entre as possíveis situações proibidas pela norma em abstrato). Nesta segunda hipótese, o juiz estará aplicando o direito, mostrando que a norma não proíbe a conduta que ocorreu efetivamente (7).

Como se vê, o recurso à vontade do legislador é um anacronismo que não pode mais ser justificado. Mas, por que ele ganha tanta relevância no debate sobre a constitucionalidade da retirada do feto anencéfalo do ventre da gestante?

Mais do que uma visão consciente ou um retorno aos preceitos da Escola da Exegese, o recurso à vontade do legislador é um lugar-comum na argumentação jurídica, que se aproveita do senso comum teórico dos juristas (8), na medida em que estes não param para refletir no uso descontextualizado que esses tópicos ganham nos discursos

de decisão. Ao se considerar que a manutenção do recurso à vontade do legislador se mostra um mito, sua utilização pode ser percebida como um uso estereotipado (9), que tem apenas a intenção de garantir a sensação de legitimidade e razoabilidade da decisão, quando, na verdade, o que se está a fazer é imunizar o discurso jurídico da responsabilidade de ter de tomar uma decisão que "coloque em xeque" a idéia de neutralidade e que faça o aplicador ter de colocar em primeiro plano os seus próprios valores.

Ressalte-se a incoerência no que tange ao que é aceito em relação ao controle concentrado de constitucionalidade: é possível ao magistrado do Supremo Tribunal Federal declarar a inconstitucionalidade parcial de uma norma com redução de texto (ou seja, retirar do texto determinadas expressões, o que é o mesmo que participar da redação da norma), mas afirma que não pode fazer a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto se a interpretação for contra a mens legis. Ora, poucas coisas são mais contrárias à vontade do legislador que alterar o texto que ele próprio elaborou.

Além disso, afirmar que uma determinada interpretação é contra a intenção do legislador cai no seguinte problema: houve consulta ao legislador para saber se efetivamente era aquela a sua vontade? Isso se torna ainda mais complicado quando se trata de norma com quase 70 anos, tempo de vida do atual Código Penal Brasileiro. Vale a vontade de agora ou a de 1940? E a compreensão social da norma não deve ser levada em consideração numa democracia?

Também não se vê, ao se alegar a contrariedade à vontade do legislador, uma pesquisa séria dessa vontade. Por que a anencefalia foi excluída do rol de excludentes de ilicitude (10)<sup>1</sup>? Por que continua excluída? Como se deu e como se desenvolve o debate hoje no âmbito legislativo? Fica claro que a famigerada mens legis não passa de expressão estereotipada que visa a angariar a simpatia da comunidade jurídica a partir do seu senso comum teórico inquestionado.

Aliás, o ministro Gilmar Mendes encerra seu voto sobre a questão de ordem levantada na ADPF 54 resolvendo o problema de maneira

---

1. É muito interessante notar que a anencefalia não foi incluída entre as hipóteses de excludente de ilicitude porque o seu diagnóstico era, à época, muito impreciso e possível só em estágio avançado da gravidez. Cf. Bruno(10).

simples. Se é possível analisar a questão da constitucionalidade da retirada antecipada do feto anencéfalo do ventre da gestante em sede de habeas corpus (como ocorreu no caso do HC n. 84.025-6/RJ), então não há que se dizer que não é dado ao Supremo Tribunal Federal analisar a questão em sede de ADPF.

A prevalecer o argumento de que o Supremo não pode analisar a matéria unicamente porque não pode ir contra a vontade do legislador, a questão não poderia ser apreciada em momento algum, nem mesmo pela via do controle difuso, pois a decisão que entendesse estarem sendo violados direitos fundamentais da mãe também estaria indo supostamente contra a vontade do legislador. Ao procurar apoiar seu discurso num estereótipo, com a intenção de garantir a aceitabilidade da decisão em razão de um senso comum teórico compartilhado e não questionado pelos juristas, os defensores do respeito à mens legis acabam por praticar a falácia do argumento *ad populum*: buscam o apoio do público jurídico ressaltando emocionalmente a violação da separação dos poderes, sem dizer por que tal princípio estaria sendo violado, sem justificar por que a vontade do legislador é importante e sem a preocupação de uma pesquisa minuciosa dessa vontade (11)<sup>2</sup>. O argumento busca apenas o apoio da comunidade dos juristas com base em lugares-comuns do direito, dando a sensação de razoabilidade da decisão.

### **Considerações acerca dos pressupostos teóricos**

Antes de adentrar na justificativa de por que a antecipação terapêutica do parto em caso de anencefalia não caracteriza aborto, ou de por que a sua proibição é inconstitucional, algumas questões devem ser pontuadas, para uma melhor compreensão da discussão ora apresentada.

Primeiramente, não é mero eufemismo chamar a retirada do feto anencefálico do ventre da gestante de "antecipação terapêutica do parto" e não de "aborto de anencéfalo". A situação só pode ser cha-

---

2. Cf. Copi(11): "Podemos definir o *argumentum ad populum*... como a tentativa de ganhar a concordância popular para uma conclusão, despertando as paixões e o entusiasmo da multidão".

mada de aborto num sentido usual da palavra (retirada de qualquer feto em qualquer situação antecipadamente do ventre da mãe - assim, pode-se falar em "aborto" espontâneo). Mas, no sentido específico da técnica jurídica, o caso não é de aborto, como se verá. Assim, a denominação diferente é importante, pois diferencia de maneira clara situações distintas.

Uma segunda consideração também é necessária para pontuar a questão. O debate em torno do "aborto" de feto anencéfalo tem como característica a tentativa de definição de um conceito de vida. Em outras palavras, discutem-se duas coisas: se a definição de "vida" é aplicável ao caso da anencefalia e se, caso se admita que essa definição seja compatível com a anencefalia, qual a relação dessa vida com os demais direitos que possam se contrapor a ela.

Na primeira situação, há, indubitavelmente, uma discussão acerca do conceito de "vida": quais elementos integram a extensão semântica dessa palavra, ou seja, quais os limites do seu uso com relação ao direito. Na segunda, a discussão gira em torno da contraposição de direitos fundamentais que surge: direito à vida do anencéfalo e direitos da gestante.

Assim, primeiro será discutido como o conceito de vida é inaplicável ao caso da anencefalia. Isso será feito tendo como pano de fundo as noções da filosofia analítica da linguagem, principalmente na sua vertente da filosofia da linguagem ordinária. De acordo com esse pressuposto teórico, a linguagem é dotada naturalmente de vagueza, é imprecisa. E essa imprecisão é, muitas vezes, necessária para a própria compreensão da comunicação. Assim, os diversos usos que se pode fazer de uma mesma palavra ou expressão correspondem às diversas significações possíveis dessas palavras ou expressões. Esses usos diferentes ocorrem em jogos de linguagem diferentes, que são os contextos situacionais dependentes de formas de vida específicas que limitam as regras de significabilidade da linguagem a ser usada. Nesse sentido, os jogos de linguagem são o pano de fundo de vivências e situações que determinam as regras que limitam o uso da linguagem em um contexto situacional (5, 12, 13).

Admitida a dependência do contexto situacional, não há como se atribuir precisão à linguagem. O conjunto de situações que podem surgir na realidade é sempre maior do que a sua capacidade grama-

tical (14). Isso significa que nosso vocabulário pode ser inadequado para situações novas que surgem. Por essa razão é que algumas situações são bem representadas por determinadas expressões, outras com certeza não são representadas por essas expressões, mas pode haver situações onde existam dúvidas legítimas sobre a aplicabilidade ou não das expressões: é o que se convencionou chamar de zona cinzenta da linguagem (6, 9). Isso se explica porque as mesmas expressões são usadas em situações diferentes, ou expressões diferentes são usadas em situações semelhantes, porque essas expressões se relacionam por semelhanças de família (5, 15)<sup>3</sup>. Assim, a depender do jogo de linguagem, as semelhanças de família podem ser suficientes ou não para determinar a aplicação das expressões ao caso concreto.

No caso em análise, o que se pretende é mostrar que a anencefalia não apresenta elementos suficientes para que a expressão "vida", nas suas percepções sociais e jurídicas, seja a ela aplicável. Ou seja, as possibilidades semânticas do conceito "vida" não incluem a anencefalia, pelo menos não no que importa ao direito. O que ocorre é que não são separados usos diferentes da palavra vida, o que gera confusão na percepção do fenômeno.

Por outro lado, caso se considere que o feto anencéfalo seja vivo, o debate deixa de ter uma conotação semântica para cair num problema de conflito de princípios. Assim, a discussão passa dizer respeito ao seguinte problema: a vida do anencéfalo deve ser protegida mesmo em detrimento dos direitos fundamentais que se aplicam à gestante em razão da situação em que ela se encontra? Em outras palavras: havendo conflito entre a proteção da vida do feto anencefálico e os direitos fundamentais da gestante, qual dos dois lados deve prevalecer no caso concreto?

Admitida essa possibilidade, o que se pretende é mostrar que, a partir da condenação da metafísica operada pela filosofia do neopositivismo, os discursos morais tornam-se impossíveis. As teorias morais, na visão neopositivista, têm a pretensão de determinar as condições a

---

3. De acordo com Chauviré (15): "'Ar de família' é um conceito que não admite uma definição traço por traço..., explicando-se em casos que se imbricam de maneiras diversas. Assim, não há qualquer conjunto de condições necessárias e suficientes para que uma atividade seja definida como jogo; teoricamente, o conceito pode ser indefinidamente estendido."

priori da valoração do mundo, de encontrar os valores necessários da realidade. Entretanto, as regras morais não têm qualquer consequência física ou lógica quando são descumpridas. O dever, em si mesmo, não tem qualquer efeito lógico ou empírico (16, 17). Ele depende da percepção do sujeito; é relativo, portanto. Assim é que diversos sujeitos seguem regras morais diferentes e cada um (ou cada grupo) acha que as suas são as necessárias. Essa situação indica que as teorias tradicionais sobre a moral só se resolvem em bases dogmáticas, não têm relação com o que é efetivamente necessário na realidade. Apenas uma linguagem descritiva é capaz de dar conta do que acontece na realidade. Uma linguagem valorativa tem apenas um caráter subjetivo e é absolutamente independente do que acontece no mundo empírico (18).

Diante disso, não se deve afirmar que os debates éticos sejam totalmente infundados, mas que são dependentes de contextos e situações vitais diferentes e, destarte, uma visão moral não pode se sobrepor à outra. Todas as percepções valorativas são dotadas de pretensão de legitimidade e devem ser respeitadas até o limite em que não impeçam a existência e a sobrevivência das demais. O relativismo moral tem como consequência a idéia de tolerância (19). Daí poder-se dizer que o pluralismo é um dado e que a única forma de lidar com ele é a partir de um regime constitucional que garanta direitos fundamentais que gerem respeito à individualidade e efetiva igualdade, com base em instituições democráticas fortes(20)<sup>4</sup>.

No caso da anencefalia, considerá-la como vida é uma escolha moral, já que existem outras percepções possíveis, e esta escolha precisa ser razoável e defensável publicamente para que uma decisão vinculante seja legítima para regular uma conduta em abstrato. Quer dizer: todos os interessados e possíveis destinatários da norma têm de ter seus interesses e seus pontos de vista levados em consideração (21). Ora, uma visão moral que se baseia em pressupostos dogmáticos não pode se tornar norma geral de conduta numa sociedade

---

4. De certa forma, neste artigo a idéia de tolerância que reconhece a inafastabilidade teórica do pluralismo é vista como consequência do fim da filosofia metafísica iniciada pelo neopositivismo. Já John Rawls (20) trata o pluralismo simplesmente como um dado empírico que não pode ser negado.

democrática. Além disso, no conflito de princípios apontado, o caso específico da anencefalia não permite dizer que o direito à vida afasta a aplicabilidade dos demais direitos que entram em conflito com ele. Nessa linha de idéias, o que se pretende demonstrar é que o caso do anencéfalo não configura vida e, mesmo que se opte por incluir essa malformação fetal no conceito de vida, essa vida não se sobrepõe aos direitos fundamentais aplicáveis à gestante.

Diante dessas constatações, as questões que surgem com relevância imediata para a discussão jurídica sobre a possibilidade de retirada do feto anencéfalo são: a) O feto anencéfalo é vivo? b) Se for considerado vivo, trata-se de mera definição técnica de vida para fins de operacionalidade científica (medicina e biologia, por exemplo) ou é vida humana percebida como tal social e juridicamente? c) Caso o anencéfalo seja percebido como vivo social e juridicamente, quer isso dizer que é vida relevante a ponto de ser protegida juridicamente (aplica-se a proteção geral à vida)? d) Admitindo-se que seja vida percebida socialmente e que mereça proteção jurídica, essa proteção se sobrepõe a todos os outros direitos que possam estar em colisão com a garantia da "vida" do anencéfalo?

Essas são as perguntas que serão analisadas a partir dos pressupostos teóricos acima expostos. As respostas mostrarão que é injustificada e inconstitucional a imposição da obrigação da gestante conduzir a gravidez de feto anencéfalo até o seu término.

### **Por que a antecipação terapêutica do parto é fato atípico?**

Como se pode ver, a controvérsia gira em torno de se admitir o feto anencéfalo como vivo ou não. Assim cabe, neste ponto, a análise da primeira pergunta acima formulada: o feto anencéfalo é vivo?

Uma vez que há a fecundação de um óvulo por um espermatozóide, o material genético já traz em si todos os elementos necessários para o desenvolvimento de um novo ser humano. Entretanto, a idéia de um ser humano envolve mais que aparência humanóide. Diz respeito ao desenvolvimento de faculdades que o diferenciem das demais formas de vidas biológicas. A principal característica é o desenvolvimento de funções cerebrais que possibilitem sentimentos, raciocínio, comunicação, aprendizado e inter-relação em níveis mais

complexos que a das demais espécies animais. Em poucas palavras, ser humano é o ser social dotado de razão, para lembrar a definição clássica de Aristóteles. Não existindo qualquer resquício dessas características, não há por que se atribuir a qualidade de vida humana ao ser a que se refere.

Esse o caso do anencéfalo. Uma vez que não há a formação da parte superior do sistema nervoso central, o ser que se desenvolve no ventre não é ser vivo, pelo menos não vida humana. É apenas um corpo biológico com forma humanóide.

Para esclarecer este ponto, vale a pena um exercício de raciocínio. Imaginemos que o doutor Frankenstein criasse um corpo humano e conseguisse fazer com que seus diversos órgãos funcionassem por alguns minutos ou horas. Mas que ele jamais colocasse um cérebro, apenas a parte neurológica necessária para alguns estímulos elétricos e pouquíssimos atos reflexos. Poderíamos chamar este corpo de um ser humano? Certamente que não. A expressão que mais aproximaria tal criatura do conceito de humano seria algo do tipo: "Dr. Frankenstein, é impressionante como sua criação se assemelha a nós, humanos".

O exercício pode ser feito numa versão mais atualizada. Suponha-se que um geneticista ignore a proibição de manipulação genética para a criação de clones. Então ele consegue gerar um feto que pode desenvolver todas as suas funções biológicas, mas não desenvolve o córtex e as demais partes superiores do cérebro. Poderíamos dizer que o cientista agiu de maneira antiética, que cometeu algum crime, mas estaríamos dispostos a dizer que a sua criação é um ser humano? Ou diríamos que ele se aproximou perigosamente de criar um ser humano em laboratório, que ele conseguiu reproduzir as funções biológicas características dos humanos?

Ressalte-se que as pesquisas de inteligência artificial já são capazes de produzir máquinas aptas a expressar individualidade em certo grau, bem como alguns indícios de sentimentos e capacidade de aprendizado. Ainda assim não chamamos essas máquinas de humanos. Por que, então, dizer que o anencéfalo é ser vivo, quando ele na verdade é mero ser biológico com aparência humanóide? Veja-se que o caso de um robô criado a partir dos modernos sistemas de inteligência artificial está mais próximo do uso corriqueiro da palavra "vida" do que a situação do anencéfalo, por possuir e ser capaz de manifes-

tar características humanas. E, ainda assim, não chamaríamos um tal robô de "vivo" (5).

É claro que essas considerações não devem ser entendidas como se pudéssemos tratar com desprezo ou indiferença os sentimentos e os aspectos psicológicos que envolvem uma situação em que uma mãe descobre que o seu filho não tem cérebro. Servem apenas para mostrar que o anencéfalo não é ser humano vivo.

Uma vez que o anencéfalo não pode ser classificado como vivo, sua retirada do ventre materno não pode ser entendida como aborto. O fato é juridicamente atípico.

### **Dois usos distintos da palavra vida**

Como visto, o anencéfalo não é uma vida humana, o que não quer dizer que não se deva garantir a proteção e o respeito aos sentimentos e crenças dos pais do feto. No entanto, a confusão é gerada porque é possível dizer, em razão do uso lingüístico, que o anencéfalo é biologicamente vivo. Isso significa que ele apresenta funções vitais, ou seja, que ele é um organismo biológico em atividade. Para se referir aos fatos que ocorrem dentro do ventre da mulher com relação ao feto, diz-se que ele é vivo, o que significa apenas que ele segue um ciclo biológico que pode ser objeto de descrição. Em outras palavras, o feto sofre transformações biológicas, como qualquer outro organismo vivo. O que se está a fazer, por parte daqueles que defendem a proibição da retirada do feto anencéfalo do ventre materno, é estender a aplicação desse uso da palavra "vida" para, apoiando-se no argumento de autoridade do uso científico, transportá-lo para a caracterização de vida humana. Tal raciocínio constitui a famosa falácia do non sequitur: do fato de ser uma vida biológica não se segue que seja vida humana.

A forma mais interessante em que esse raciocínio foi apresentado está no parecer do ministro aposentado do STF Néri da Silveira (22). Esclarece o autor do parecer, com base em anotações do professor de fisiologia Arthur C. Guyton e em documento do Comitê Nacional para a Bioética do Governo Italiano, que há dificuldade na caracterização da anencefalia, devido à variabilidade da malformação. Além disso, aponta que alguns dos anencéfalos que sobrevivem são capazes de movimentos de sucção, expulsão de alimento "desagradável" da

boca, levar as mãos à boca para sugar os dedos, bocejar, seguir objetos com os olhos e movimentos da cabeça (23) repete exatamente o mesmo conteúdo. Esses movimentos estão relacionados com a estrutura nervosa que os anencéfalos chegam a formar.

Além disso, Néri da Silveira (22) transcreve passagens do aludido documento do governo italiano sobre a sobrevivência do anencéfalo: "com os atuais tratamentos a sobrevivência do anencefálico é muito reduzida. São relatadas porcentagens de nascidos vivos entre 40 - 60%, enquanto depois do nascimento somente 8% sobrevivem mais de uma semana e 1% entre 1 e 3 meses. Foi relatado um único caso de sobrevivência até 14 meses e dois casos de sobrevivência de 7 a 10 meses, sem recorrer a respiração mecânica".

O ministro aposentado pretende derivar das informações acima referidas a conclusão inarredável de que o feto anencéfalo é vivo. Entretanto, as informações acima apenas indicam existência de atividade biológica ("vida" no sentido biológico, quer dizer, órgãos funcionando por um determinado período de tempo). Não quer dizer que aquele corpo seja vivo no sentido social ou jurídico da palavra. Se a medicina desenvolver uma técnica para que aquele que sofre morte cerebral tenha seus órgãos funcionando por tempo indeterminado diremos que foi descoberta a fórmula da eternidade para a vida humana? Que este indivíduo assim mantido passou a ter vida eterna? Obviamente que não.

Aliás, a ausência de atividade encefálica é exatamente o critério para a declaração de morte de um indivíduo. De acordo com a lei brasileira de transplantes de órgãos (Lei n. 9.434/97), a retirada de órgão para transplante deve ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, de acordo com critérios definidos pelo Conselho Federal de Medicina - CFM - (art. 3º). Este, por sua vez, na Resolução número 1.480/97, determina que "a morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida" (art. 3º). Com relação à certeza da morte, o art. 6º da Resolução diz que os exames complementares devem demonstrar de forma inequívoca: ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. Ou seja, inexistindo qualquer possibilidade de retorno da atividade cerebral, o indivíduo pode ser declarado morto.

Em seu parecer, o ministro Néri da Silveira argumenta que, se é critério de morte encefálica a ausência total de atividade elétrica encefálica e como o anencéfalo chega a ter atividade elétrica subcortical, então o feto com essa malformação não pode ser considerado morto. O raciocínio também é falacioso.

Veja-se que as características que os exames complementares (que visam a declarar a morte encefálica) devem comprovar, são uma importante precaução. Ora, no caso de morte encefálica a ser declarada por diagnóstico médico, está-se a tratar de indivíduo que já foi vivo. Ou seja, se não houver realmente a morte do encéfalo, a atividade cerebral pode retornar a qualquer momento, o que significa que o indivíduo ainda é vivo.

Tal não ocorre quanto aos anencéfalos. Como não há formação do córtex nem dos lobos cerebrais, não há risco de o feto "voltar a viver", pois vivo nunca foi. Atente-se, aliás, para o fato de que as características apontadas para a detecção de morte encefálica são alternativas (ausência de atividade elétrica ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral). Evidentemente, no caso da anencefalia, ainda que haja alguma atividade elétrica no nível subcortical, não haverá nem atividade metabólica cerebral nem perfusão sanguínea cerebral, o que seria mais que suficiente, no caso padrão, para se declarar a morte encefálica.

Não é por outra razão que o próprio CFM, na Resolução n. 1.752/04, que trata especificamente da autorização para o uso de órgão de anencéfalos para fins de transplante, diz que "os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes". Acrescenta que "para os anencéfalos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica". Além disso, a Resolução diz que, com relação ao art. 3º da Resolução n. 1.480/97, a anencefalia é resultado de um processo irreversível e conhecido e "sem qualquer possibilidade de sobrevida, por não possuir a parte vital do cérebro". Em resumo, o próprio CFM, responsável, por força de lei (art. 3º da Lei n. 9.434/97), pelo estabelecimento de critérios para a declaração de morte encefá-

lica, trata a anencefalia como caso de morte cerebral. Se o feto não chega a formar o cérebro, ele é morto desde sempre e, como tal, não é protegido pelo direito.

Para concluir este tópico, pode-se dizer que fazer referência ao anencéfalo como ser vivo no âmbito da medicina ou da biologia nada mais quer dizer que o feto sofre transformações orgânicas, que tem atividade biológica. Não quer isso dizer vida humana, vida propriamente dita.

O que há é um aproveitamento de usos imprecisos da palavra "vida". Esse uso impreciso obscurece as distinções que existem entre eles (vida como desenvolvimento de um organismo e vida humana). São duas situações diferentes que, por razão da imprecisão da nossa linguagem, acabam sendo confundidas (24), intencionalmente, no caso. Mais uma vez, cabe a afirmação de que o fato é atípico.

### **"A vida começa com a concepção"**

Haveria, a princípio, uma maneira de desviar a argumentação para considerar o feto anencéfalo um ser humano no sentido próprio da palavra, mas com grave defeito: considerando que a vida humana começa com a concepção. Este argumento também não prospera e está pautado num ponto de vista estritamente dogmático. A idéia de que a vida começa com a união do espermatozóide com o óvulo não é uma unanimidade nem mesmo dentro do cristianismo (25).

Santo Agostinho se opunha veementemente ao aborto, mas admitia não saber dizer quando havia a união entre alma e corpo, requisito imprescindível para a vida. Assim, o feto poderia vir a "morrer" antes mesmo de viver. Ou seja, a vida não começava com a concepção para Santo Agostinho. Já São Jerônimo acreditava que só havia vida humana quando as "sementes" tinham se desenvolvido o suficiente no ventre da mãe a ponto de ter a forma de um ser humano completo. Também Santo Tomás de Aquino se pronunciou sobre o tema. Segundo ele, que adota a teoria das três almas de Aristóteles, bem como a relação essencial entre matéria e forma, o feto só se torna humano quando é capaz de adquirir alma racional, o que só se dá quando está completo. Antes disso não há vida humana.

A idéia cristã de que a vida começa com a concepção só se firmou

definitivamente por ato de autoridade. Não foi por discussão pública, ou por critérios de aceitabilidade ou consenso, ou por critério técnico. Foi por decreto do Papa Pio IX, em 1869. Em outras palavras, trata-se de imposição vertical feita por uma autoridade. E, assim, não tem o condão de vincular a sociedade ou os agentes estatais, mas apenas aqueles que se filiam ao catolicismo.

Além disso, não é certo que o ordenamento jurídico adotou o critério de vida a partir da concepção (e, se o tivesse feito, a legislação seria inconstitucional, por ferir as liberdades fundamentais, o princípio da autonomia, a garantia da pluralidade, a proteção das concepções da minoria e a garantia do Estado Laico, pois se trata de conceito de vida determinado por ato de autoridade religiosa).

É bem verdade que o art. 2º do Código Civil diz: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Mas a compreensão mais adequada do artigo não decorre da sua leitura imediata. O feto não pode ter interesse a ser protegido (como já discutido na introdução), muito menos o anencéfalo, nem direito subjetivo, já que ainda não possui personalidade jurídica. O que o direito põe a salvo são expectativas de direito, decorrentes de interesses de pessoas (da mãe, por exemplo), interesses esses que gravitam em torno da esperança no nascimento com êxito do ser que está sendo gestado. Em outras palavras, o Código Civil não protege propriamente os direitos do embrião, mas os possíveis direitos que surgirão do nascimento com vida. Tanto é que, se o feto não chegar a nascer com vida, não há qualquer efeito jurídico, para fins de direito civil (não existe transmissão de direitos, por exemplo). Nada ocorre se houver, por exemplo, uma expulsão não-provocada do feto.

Por outro lado, o próprio ordenamento não reconhece o feto como vivo logo após a concepção. Tanto é que não é proibido o uso de métodos anticoncepcionais como o DIU (dispositivo intra-uterino) e a chamada "pílula do dia seguinte", que são métodos que não impedem a concepção, mas sim impedem a fixação do ovo (óvulo fecundado) no útero materno. Essas situações não são subsumidas ao tipo penal do aborto.

Nesse sentido, não é verdade que o ordenamento jurídico dá como critério de vida a concepção pura e simples. A concepção apenas tem

o condão de gerar expectativas jurídicas e o que o direito procura evitar é que essas expectativas não sejam violadas arbitrariamente por terceiros. Não havendo vida no feto por ausência de cérebro, essas expectativas se esvaem por força de fato natural.

Vê-se, portanto, que a conceituação de vida como fruto imediato da concepção não decorre de critérios científicos, jurídicos ou de uma moralidade publicamente compartilhada, mas é uma tentativa de imposição de uma moralidade religiosa compartilhada apenas por um grupo, que quer ver suas crenças impostas a todos no âmbito público de atuação. Ora, essa postura é que pode ser tida por inconstitucional.

Assim, o fruto da concepção não é propriamente vida, tal como concebida pela sociedade e pelo direito, mas apenas possibilidade de vida, que, no caso da anencefalia, não se torna vida efetiva, ou seja, não se realiza. Pode até fazer sentido proteger uma provável vida, mas não há motivo para proteger uma possibilidade que se frustrou.

### **A “vida” do anencéfalo não é protegida pelo ordenamento jurídico**

Admitindo-se, porém (por razões argumentativas), que a vida começa com a concepção e que, mesmo sem cérebro, o feto é vivo, ainda assim não há que se falar em aborto no caso de feto anencéfalo. A criminalização do aborto tipificada pelo Código Penal tem por objetivo a proteção da vida. Mas não qualquer vida, e sim o potencial da vida. Assim, uma vez identificada a anencefalia, não há potencial de vida a ser protegido, já que a sobrevivência é efêmera.

Quer isto dizer: a se considerar o aborto como proibido, o que se protege é a integridade do feto no útero para que ele se torne um ser humano. Está-se a considerar a situação de normalidade, qual seja, e perspectiva de que o feto se tornará um ser vivo ou permanecerá vivo após o parto. Não é esse o caso da anencefalia. Nesta situação extraordinária, admitindo-se mesmo a vida a partir da concepção, seria possível dizer que, por motivo da malformação, o feto morreu.

Ou ainda, caso se assuma que o anencéfalo é vivo, sua inviabilidade para a vida extra-uterina, a certeza da sua morte faz com que o interesse da tutela penal se esvazie. Nesse sentido, também não há que se falar em conduta típica, pois não há bem jurídico que mereça proteção.

Fica claro, assim, que a hipótese não se refere ao aborto eugênico (aborto com o objetivo de garantir qualidade ou a pureza da raça ou simplesmente para eliminar indivíduos que não virão a apresentar capacidades ou qualidades esperadas - deficientes de uma maneira geral). O anencéfalo é um indivíduo inviável, e não simplesmente defeituoso. Não se trata, portanto, de eugenia em qualquer sentido, mas simplesmente do reconhecimento de que o feto, acometido da malformação discutida, é morto ou morrerá em brevíssimo espaço de tempo. A situação é, repita-se, de atipicidade do fato.

### **A inconstitucionalidade da imposição da gestação de feto anencéfalo**

Como visto, até aqui não há grandes problemas para se admitir a retirada do ventre de feto anencéfalo e o único problema constitucional que surge diz respeito à delimitação do conceito de vida tal como se apresenta no caput do artigo 5º da Constituição Brasileira. Conforme demonstrado, a hipótese é de impossibilidade de subsunção do fato (retirada do feto sem cérebro do útero por médico habilitado com autorização da mãe) à norma penal (artigos 124 e 126 do Código Penal).

Há que se analisar, ainda, se uma vez que se considere que o feto é vivo (algumas funções orgânicas e atos reflexos seriam suficientes para considerá-lo vivo) e que sua vida efêmera merece proteção jurídica, se essa proteção se sobrepõe aos direitos fundamentais relativos à gestante (autonomia da vontade, integridade física e moral e direito à saúde), no caso de conflito entre esses princípios. Como se demonstrará, não é o caso. Nessa situação, apesar de, a princípio, a conduta poder ser considerada típica, a norma não pode ser aplicada à hipótese por inconstitucionalidade. Ou seja, no caso da anencefalia, a proteção à vida dos artigos 124 e 126 do Código Penal cede espaço à garantia de outros direitos que com ela entram em concorrência (21)<sup>5</sup>.

---

5. A discussão até agora levantada leva à conclusão de que, em caso de concorrência de princípios constitucionais (entre os quais não se pode estabelecer uma hierarquia), deve-se fazer uma opção entre um deles de modo que essa escolha justifique-se numa esfera pública de discussão e decisão, garantindo-se a abertura para a mudança de

Uma vez admitido que a vida começa com a concepção e que o anencéfalo é vivo durante a gestação e após o nascimento, pode-se admitir, por força dessa opção ética (e frise-se, trata-se de uma opção ética fruto de uma concepção dogmática, que se admite estender para o uso público comum apenas para a argumentação), que é uma vida merecedora do amparo jurídico. Nesse sentido, a integridade do feto anencefálico deve ser protegida pelos operadores do direito.

Mas dessa situação não decorre que a vida do anencéfalo possa ter prioridade em caso de conflito com os direitos fundamentais da mãe. A vida do feto acometido da malformação discutida e as expectativas que giram em torno dele devem ser protegidas contra terceiros, mas não contra a opção da mãe pela manutenção ou interrupção da gravidez.

Da mesma forma que o caput do art. 5º da Constituição Federal garante o direito à vida, protege também a liberdade (também no caput do mesmo artigo), o direito à autonomia (inciso II: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei") e à integridade física, psicológica e moral (inciso III: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante"). Some-se a isso a proteção à dignidade humana (art. 1º, inciso III) e à saúde (artigos 6º - que elenca a saúde no rol dos direitos sociais - e 196: "A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação" - grifou-se).

Com relação à violação da liberdade, o que fica claro é que, uma vez que o aborto de feto anencéfalo não é expressamente vedado pelo ordenamento e que há sérias e honestas dúvidas a respeito da criminalização desta conduta, a aplicação da norma penal fere o princípio

---

opiniões e percepções. Isso sem esvaziar o princípio não aplicado ao caso concreto, mas discutindo-se os limites e as consequências de sua não aceitação. Daí a necessidade de abertura democrática para as tomadas de decisão, segundo Günther: (21). Contudo, o que se está a defender é que essa escolha entre princípios a serem aplicados em um caso concreto deve levar em consideração os modos pragmáticos de se tratar situações morais. Para isso, é necessária a análise de como as situações concretas podem ser diferenciadas com relação a concepções morais mais gerais e os modos como a linguagem comum se aplica a essas situações, inclusive no que tange às suas cargas emocionais. Daí a importância que este trabalho dá à filosofia da linguagem ordinária.

da autonomia. A percepção do valor jurídico passa a ser, no caso da falta de fundamentação pública capaz de impedir a retirada do feto do ventre da mãe com autorização desta, pertencente à esfera privada, questão de escolha, portanto, âmbito em que o sujeito pode determinar suas próprias opções morais e religiosas.

Uma vez que a liberdade individual é uma garantia constitucional e que pode se opor a pretensões da comunidade, seja de uma minoria influente (como é o caso da anencefalia), seja mesmo da maioria, para que haja uma limitação é necessário que a decisão pública que vincule a todos seja justificável na sua aceitabilidade. Essa justificação pública refere-se ao fato de levar em consideração os interesses e efeitos ligados a todos os atingidos pela decisão (21). Assim, a autonomia diz respeito à esfera de autodeterminação nas questões que não tenham qualquer relação com prejuízos sérios à comunidade (questões como sexualidade, religiosidade, etc.), que são, então, pertencentes à esfera privada, e com relação às questões que têm interesse direto para a comunidade e que surtem efeitos sobre ela. Nesta última hipótese, a autonomia lida com o fato de as diversas expectativas e percepções que surgem no âmbito público terem de ser levadas em consideração. Trata-se, assim, da relação entre as liberdades negativa e positiva.

No caso da anencefalia, como não há razões públicas que justifiquem a proibição da conduta de retirada do feto, como as discussões contrárias à antecipação terapêutica do parto estão ligadas a posturas dogmáticas (posturas particulares, próprias do âmbito privado, que se pretende generalizadas com fundamento simplesmente na autoridade), a proibição fere o princípio da autonomia, aquela esfera de liberdade que tem cada indivíduo de fazer suas opções a respeito de sua vida e de suas concepções morais. Assim, pretende-se impor uma concepção dogmática de vida com base em uma interpretação singular da vontade do legislador de 1940, sem atentar para o debate social e as divergências públicas que estão em torno da questão, divergências essas legítimas.

Como se vê, não se trata apenas de dizer que a autonomia da mãe estaria sendo limitada pela proteção à vida. Não é simplesmente uma questão de gênero (o que, por si só, já é suficientemente importante), mas da própria concepção de liberdade numa sociedade democrática e plural. Por outro lado, a garantia da integridade física, psicológica e

moral é decorrência do princípio da dignidade humana. E a proibição da antecipação do parto em caso de anencefalia viola frontalmente esses direitos.

A imposição de carregar um feto absolutamente inviável, de obrigar a mãe a ver seu filho nascer morto ou de obrigá-la a ver seu filho morrer em brevíssimo espaço de tempo; forçar a mãe a suportar a dor da perda durante todo o período da gestação (pois ela já sabe, desde o diagnóstico, que o ser a que dedicou durante toda a gravidez não sobreviverá); forçá-la a suportar os riscos inerentes a uma gravidez normal mais aqueles decorrentes de uma situação de total anormalidade (como é a anencefalia) para defender nada mais que um dogma não compartilhado; obrigá-la a lembrar diuturnamente que seu filho morrerá e nada pode fazer, enquanto vê seu corpo se transformar, mudando todas as suas características para receber um filho que não tem qualquer viabilidade, tais imposições são modos de torturar a gestante com o intuito de não se abdicar de uma crença que pertence a alguns.

Se a mãe compartilha dessa crença, não há que se duvidar da nobreza e grandeza da sua coragem em levar ao fim a sua gestação. Mas se a mulher não o faz, a imposição de tal situação incorre na violência à sua integridade física, psicológica e moral; não passa de tortura. É fácil ver que essas alegações não são exagero ou simples analogia. Veja-se o que diz o art. 1º da Lei n. 9.455/97: "Constitui crime de tortura: I) constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental [...] c) em razão de discriminação racial ou religiosa."

Ora, o elemento material do tipo é exatamente o mesmo que no caso discutido. Por motivo de percepção religiosa pretende-se que o Estado obrigue a gestante a levar adiante gravidez de feto anencéfalo, impondo-lhe suportar sofrimentos físicos, psíquicos e morais. Frise-se: por mais que se considere o feto acometido de anencefalia um ser vivo, é um ser sem qualquer viabilidade. Por outro lado, a mãe sofre as transformações do corpo (que muitas vezes são prejudiciais estética e mesmo biologicamente), está sob os riscos inerentes da gravidez (que nesse caso não são simplesmente os riscos de uma gravidez normal, como se verá adiante), é obrigada a conviver com a tristeza de ter de preparar o enterro do filho, que não sobreviverá (tristeza essa que passa a fazer parte da vida da mãe desde a 12ª semana de gestação

– momento em que a malformação é diagnosticável). Diante de todas essas situações, não há dúvida que são motivos de sofrimentos físicos e mentais absolutamente desnecessários tendo como contrapartida uma visão religiosa que não admite como importante o estado da gestante, que é completamente ignorado (a não ser o argumento vazio de que é um ato de abnegação de sua parte, o ato só é percebido assim por quem aceita essa visão, senão, é simplesmente torturante a situação, não havendo nada de honroso para quem discorda).

É exatamente a partir do reconhecimento de que a situação da gestante é um estado torturante que se pode compreender que há a violação da dignidade humana e, conseqüentemente, da integridade física, psicológica e moral da mulher grávida de feto anencéfalo. Quando se proíbe a interrupção da gestação nesses casos está-se submetendo a mulher a tratamento desumano e degradante<sup>6</sup>. Nesse sentido, mesmo que o anencéfalo seja considerado vivo, não há que se falar em punição pela interrupção da gravidez, pois prevalece a proteção da dignidade e da autonomia da gestante.

A proibição da interrupção da gestação de feto anencefálico também viola o direito à saúde da mãe<sup>7</sup>. Isso porque a gestação de feto anencéfalo traz muito mais riscos à saúde da gestante do que uma gestação normal, conforme a descrição de Andalaft Neto (1), que expõe a posição oficial da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia - FEBRASGO.

Há uma série de problemas extraordinários que podem advir da gravidez de feto anencéfalo, bem como há a recomendação de cuidados que não são apenas os tomados em casos de gestação normal. Pois bem, ainda que esses riscos não venham a se concretizar ou que seus efeitos na gestante sejam controláveis, o fato de a mulher correr esses riscos por imposição externa já é uma violação da sua saúde psicológica.

Tenta-se minimizar a violação ao direito à saúde da mãe sob o

---

6. A petição inicial da ADPF 54, assinada pelo constitucionalista Luis Roberto Barroso, o voto do Ministro Carlos Britto na questão de ordem levantada no processo e o voto do Ministro Joaquim Barbosa no HC n. 84.025-6/RJ também traçam argumentação nesse sentido.

7. Também nesse sentido a inicial da ADPF 54, o voto do Ministro Carlos Britto na mesma ação e o voto do Ministro Joaquim Barbosa no HC n. 84.025-6/RJ.

argumento de que a angústia por que passa a mulher na situação em que recebe do médico o diagnóstico de anencefalia do seu filho é a mesma que em outros momentos de diagnósticos de patologias ou situações graves (22). Porém, frise-se: é a mesma angústia que aquelas advindas de outras situações ou patologias graves. Ou seja, a situação psicológica da mulher ao saber que carrega em seu ventre feto anencéfalo é considerável; e com um agravante: tal situação é solúvel, mas lhe é imposto permanecer sofrendo.

Então, além de ter sua liberdade, sua dignidade e sua integridade violadas, a gestante, em caso de anencefalia, também vê seu direito à saúde violado quando não lhe é dada a opção da antecipação terapêutica do parto. Também não cabe dizer que, no caso da anencefalia, o próprio legislador optou, conscientemente, por excluir a hipótese como excludente de ilicitude<sup>8</sup>, o que indicaria a vontade de submeter qualquer direito da gestante à proteção da vida do feto.

Veja-se que, no caso de estupro, mesmo o feto sendo plenamente viável e saudável, em razão da extrema violência pela qual passa a mulher, entendeu o legislador que, para que o processo gestacional não se transforme em verdadeira tortura psicológica para a gestante, é permitida a prática do aborto. Pois bem, o legislador colocou a integridade física e psicológica da mãe acima da proteção da vida do feto. Ora, se o próprio legislador entende que existe situação em que a dignidade da mulher se sobrepõe à vida de um feto plenamente viável, não há que se falar que não é possível garantir-se a dignidade e integridade física e psicológica da mãe em detrimento de uma vida efêmera, absolutamente inviável em curtíssimo espaço de tempo<sup>9</sup> (obviamente, desde que se admita o anencéfalo como vivo, como já foi argumentado no presente texto).

Nesse sentido, mesmo que se considere o anencéfalo vivo e digno de proteção, não pode essa proteção se sobrepor a toda uma plêiade de direitos constitucionais garantidos à mãe, não apenas como mulher, mas como ser humano (mais uma vez ressalta-se que a questão de gênero é em si mesma importante, mas o que se discute é a

---

8. Confira-se, por exemplo, o voto da Ministra do Superior Tribunal de Justiça Laurita Vaz no HC n.32.159/RJ. O problema da vontade do legislador é tratado no item 1.

9. O voto do Ministro Carlos Britto (questão de ordem na ADPF 54) também vai nesse sentido.

aplicabilidade de direitos fundamentais garantidos a todo e qualquer indivíduo, e não apenas às mulheres).

## Referências

1. Andalaft Neto J. Anencefalia: posição da FEBRASGO. <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.html> (acesso em 18/jun/2005).
2. Perelman C, Olbrechts-Tyteca L. Tratado da Argumentação: a nova retórica. São Paulo: Martins Fontes; 1996.
3. Kelsen H. Teoria pura do Direito. São Paulo: Martins Fontes; 1998.
4. Dworkin R. O império do Direito. São Paulo: Martins Fontes; 1999.
5. Wittgenstein L. Investigações filosóficas. São Paulo: Nova Cultural; 1999.
6. Hart HLA. O conceito de Direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian; 1996.
7. Austin JL. Como hacer cosas con palabras. Barcelona: Ediciones Paidós; 1990.
8. Warat LA. O senso comum teórico dos juristas. In: \_\_\_\_\_. Mitos e Teorias na Interpretação da Lei. Rio de Janeiro: Síntese; 1979.
9. Warat LA. O Direito e sua linguagem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor; 1995.
10. Bruno A. Crimes contra a pessoa. Rio de Janeiro: Editora Rio; 1979.
11. Copi IM. Introdução à Lógica. São Paulo: Mestre Jou; 1978.
12. Hintikka J, Hintikka MB. Uma investigação sobre Wittgenstein. Campinas: Papirus; 1994.
13. Apel K-O. Transformação da Filosofia I – filosofia analítica, semiótica, hermenêutica. São Paulo: Edições Loyola; 2000.
14. Austin JL. Sentido e percepção. São Paulo: Martins Fontes; 1993.
15. Chauviré C. Wittgenstein. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor; 1991.
16. Wittgenstein L. Tractatus logico-philosophicus. São Paulo: Edusp; 1994.
17. Wittgenstein L. Conferência sobre Ética. In: Dall'Agnol D. Ética e linguagem: uma introdução ao Tractatus de Wittgenstein. Florianópolis: UFSC/UNISINOS; 1995.
18. Carnap R. Philosophy and logical syntax. London: Kegan Paul, Trench, Trubner; 1935.
19. Kelsen H. O que é Justiça? In: \_\_\_\_\_. O que é Justiça? São Paulo: Martins Fontes; 2001.
20. Rawls J. O liberalismo político. São Paulo: Editora Ática; 2000.
21. Günther K. Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica. Doxa 1995; 17-18: 274-302.
22. Silveira N. Néri da Silveira é contra o aborto de anencéfalos. <http://jus2.uol.com.br/pecas/texto.asp?id=602> (acesso em 20/maio/2005).

23. Guyton AC, Hall JE. Tratado de Fisiologia Médica. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan; 2002.
  24. Austin JL. En defensa de las excusas. In: White AR, organizador. La filosofía de la acción. México: Fondo de Cultura Económica; 1976.
  25. Dworkin R. Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes; 2003.
-