

# EXISTE ESTE DIREITO DE NASCER PARA MORRER?

Rodrigo Gonçalves Oliveira\*

**RESUMO:** Este Trabalho tem como objetivo esclarecer algumas dúvidas sobre a possível regulamentação, por parte do Estado, da Antecipação Terapêutica do Parto no caso de fetos anencefálicos, promovendo conseqüentemente uma reflexão sobre um tema que está na fronteira dos direitos fundamentais, da moralidade, da saúde pública, e da religião. Levar-se-á em conta nessa análise os Direitos Fundamentais que serão concretizados com essa operação terapêutica, tomando como base o princípio da dignidade humana, garantindo condições mínimas de vida e desenvolvimento do ser humano.

**Palavras - Chave:** Anencefalia; Autonomia de Vontade; Dignidade da Pessoa Humana; Laico; Liberdade.

**ABSTRACT:** This work aims to clarify some doubts on the possible regulation, by the state, of Anticipation of Childbirth therapy in the case of anencephalic fetuses, thus promoting a reflection on a topic that is on the borderline of fundamental rights, morality, public health, and religion. Bringing will regard this analysis Fundamental Rights which will be achieved with this operation therapy, based on the principle of human dignity, ensuring minimum living conditions and human development.

**Keywords:** Anencephaly; Autonomy of Will; Dignity of the Human Person; Lay; Freedom.

## 1.Introdução

Com a chegada da Constituição de 1988 houve um grande avanço no tocante aos direitos

---

\* Graduando da Universidade Federal da Paraíba. Monitor bolsista da disciplina direito do trabalho

fundamentais, porém 11 anos após esses direitos terem sido fundamentados, existe o problema da proteção (efetivação) destes. Norberto Bobbio [2] assevera com muita propriedade que:

“o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e num sentido mais amplo, político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é a sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das solenes declarações, eles sejam continuamente violados”.

A sociedade brasileira passa por uma discussão importante no que se refere à antecipação do parto nos casos em que o feto possui uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, pois o Brasil ocupa o quarto lugar no mundo em incidências de partos de fetos com anencefalia. No caso da anencefalia, o feto em cem por cento dos casos morre antes de ser retirado do ventre materno ou morre logo após o parto. Nesse caso não se fala na legalização da prática do aborto, mas numa antecipação terapêutica do parto que trará um maior conforto para mãe e seus familiares, pois ela não será obrigada a carregar um bebê que não terá a menor chance de sobrevivência, diminuindo com isso o vínculo existente entre eles. Com o brilhantismo que lhe é peculiar, pondera o professor Rene Ariel Dotti [3]:

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

Há uma luta das mulheres de concretizar os seus direitos fundamentais à saúde, à liberdade, à vida, à autonomia de vontade. Pois cabe a elas, baseadas em seus princípios éticos e religiosos, decidir se querem antecipar o parto ou se continuam com a gestação na esperança de o feto torna-se viável, fato que até hoje não aconteceu.

A questão da antecipação do parto de anencéfalos possui um caráter social, pois os dados do Ministério da Saúde apontam que na grande maioria dos casos o pedido feito ao poder Judiciário acontece por parte de mulheres pobres. Isso ocorre, pois as mães que possuem melhores condições financeiras não buscam uma autorização para interromper a gravidez, e sim, vão até uma clínica particular, pagam e o procedimento é realizado, ficando as pessoas menos favorecidas dependentes de autorização para que a gestação seja interrompida.

Outro fator social na antecipação terapêutica do parto em consequência de anencefalia é que muitos casos decorrem da falta de ácido fólico, que é importante no momento do fechamento da abóbada craniana, diminuindo em 40% a incidência da doença quando bem administrado noventa dias antes da mulher engravidar. Mostra-se mais uma vez que as mulheres menos favorecidas economicamente são mais acometidas por essa fatalidade, pois não possuem uma alimentação adequada. Tentando minimizar a desigualdade o governo autorizou que o ácido fólico fosse acrescentado à farinha, já que ela está presente nas mesas dos menos favorecidos financeiramente.

## 2. Anencefalia

A anencefalia é uma má-formação fetal congênita, incompatível com a vida extra-uterina, decorrente de um defeito no momento do fechamento do tubo neural. Essa má-formação pode ser diagnosticada previamente, a partir da décima segunda semana de gestação, com o exame de ultra-sonografia, pois estes fetos possuem uma característica ímpar: a ausência dos ossos cranianos. O não fechamento da calota craniana traz como consequência a inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, só restando um resquício do tronco encefálico. Marília Andrade [4] com grande sabedoria expõe o seguinte:

“O que se observa é que, em realidade, a anencefalia não se refere à lesão de todo o encéfalo, mas somente de uma de suas partes - mesmo que a maior e mais impor-

tante delas - o cérebro. Disso resulta que as funções superiores do Sistema Nervoso Central, como “consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade”.

Em 65% dos casos o feto morre antes de completar o período da gestação, já os remanescentes duram apenas algumas horas para deixar o convívio com sua mãe. Não há nada que possa ser feito do ponto de vista clínico quando se diagnostica que o feto está acometido com a anencefalia, não existe tratamento ou possibilidade de reversão, a única coisa a fazer é esperar a morte precoce deste indivíduo que será inevitável e certa. Com uma vasta experiência no ramo da medicina José Aristodemo Pinotti [5] pondera sobre a anencefalia:

“A anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente de fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. A diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior frequência nos grupos sociais menos favorecidos, existem, entretanto muitos outros fatores causais, inclusive genéticos. O Brasil é um país com incidência alta (4º do mundo) cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, e um dos poucos onde a interrupção não é autorizada.

“O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultrassom, existem dois diagnósticos fetais que se fazem com 100% de segurança: óbito fatal e anencefalia, esta última, a partir da 12ª semana de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido

amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencéfalos sobrevive dias após o nascimento. Quando a etiologia é brida amniótica podem sobreviver um pouco mais. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico), pelas alterações do processo fetal de deglutição, levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado. A manutenção da legislação atual, que precede em muitas décadas os avanços científicos que garantem o diagnóstico de certeza da anencefalia, obriga as mulheres a levarem adiante uma gestação que contém feto com morte cerebral e certeza de impossibilidade de sobrevida ao nascerem. Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento. Para alguns desses casos se tem obtido, nos últimos anos, um número crescente de ordens judiciais de interrupção da gravidez. Em 2001 Thomaz Gollop relatou 3000 casos e hoje acredita-se que essas ordens judiciais ultrapassam 5000.”

A sociedade médica ainda não sabe ao certo o que causa a anencefalia. Provavelmente ela é desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais. Não se expõe que haja um só fator para que essa doença acometa o feto, essa anomalia é multifatorial e um dos fatores é a falta do ácido fólico, popularmente conhecido como vitaminas do complexo B12. Levar-se-á em consideração que nos casos em que a gestante tem o ácido fólico bem administrado noventa dias antes da concepção diminui em até 40% a ocorrência dessa má-formação.

Há uma confusão feita por algumas pessoas ao considerar anencefalia um tipo de deficiência. A anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida, já a deficiência não é considerada incompatível, porque os deficientes possuem condições de vida, que são limitadas de alguma forma, todavia nada que impeça sua evolução natural. O Brasil possui, segundo o censo, 14,5 % da população com algum tipo de deficiência. Por esse motivo não podemos igualar anencefalia

à deficiência, pois nunca foi visto um anencéfalo andando pelas ruas, ou levando a vida com algumas limitações ou restrições de participação.

### 3. Antecipação terapêutica do parto

Muitas mulheres têm lutado pelo direito de interromper sua gestação, pois em seu ventre está um feto, cuja anomalia torna inviável a vida extra-uterina. A gestação de um feto que não possui concretização do desenvolvimento cerebral é um risco para as gestantes, algo que fere os direitos fundamentais à vida e à saúde. Alguns deputados, a exemplo da Deputada Luciana Genro, já apresentaram projetos para descriminalizar a prática do aborto no caso de anencefalia, contudo há setores de nossa sociedade ligados ao dogmatismo religioso que não aceitam essa prática, o que fez com que o congresso protelasse o assunto. Comentando o fato, expõe Hungria [6]:

“O feto expulso (para que se caracterize aborto) deve ser produto fisiológico, e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto.”

Tendo em vista que o nosso Código Penal foi escrito em 1940, torna-se ele um tanto conservador, não acompanhando o avanço tecnológico que ocorreu ao longo desses quase 70 anos. Faz-se necessário observar que o Código Penal somente permite o aborto em duas hipóteses: risco de vida para gestante e estupro. Não se faz menção ao caso dos fetos anencefálicos que põem a vida das gestantes em risco. Com o brilhantismo que lhe é peculiar comenta Tereza Rodrigues Vieira [7]: *“a Justiça não pode se distanciar dos avanços científicos, devendo sempre acompanhar as mudanças éticas e culturais da sociedade [...]”*. Será que não está na hora de observar o caso dos fetos anencéfalos? Luiz Flávio Gomes [8] com excelência, pondera:

“[...] (a) que a questão do aborto anencefálico é muito relevante; (b) que no atual estágio há muita insegurança nessa área; (c) que são muito relevantes os direitos e interesses envolvidos (vida do feto, liberdade da gestante, dignidade etc.); (d) que há muitas decisões discrepantes sobre a matéria; (e) que não há outro meio jurídico mais idôneo para se discutir o tema; (f) que é incabível qualquer outra ação constitucional de controle de constitucionalidade por se tratar de direito pré-constitucional, etc.”

Com o avanço da medicina já é possível diagnosticar, em alguns casos, por meio de exame, quando a criança vingará ou não, sendo no caso da anencefalia inexistente a chance de um diagnóstico incorrer em erro. Em decorrência desse fato várias mulheres buscam concretizar o seu direito fundamental à liberdade, que neste caso será utilizado para interromper a gravidez. Fazendo complemento do que foi afirmado, expõe Francisco Muñoz [9]:

“Normalmente, o direito exige comportamento mais ou menos incômodos ou difíceis, mas não impossíveis. O direito não pode, contudo, exigir comportamentos heróicos: toda norma jurídica tem um âmbito de exigência, fora do qual não se pode exigir responsabilidade alguma. Essa exigibilidade, ainda que seja dirigida por padrões objetivos, é, em última instância, um problema individual: é o autor [...], no caso concreto, que tem que se comportar de um modo ou de outro. Quando a exigência da norma coloca o indivíduo fora dos limites da exigibilidade, faltarão esse elemento e, com ele, a culpabilidade.”

A continuidade da gestação poderá trazer muitas conseqüências negativas para a mulher, ficando a antecipação terapêutica do parto responsável por preservá-la tanto física como psicologicamente. Comenta Cernicchiaro [10]:

“[...] Não se trata de sacrifício de futuro ser humano, em circunstâncias injustificadas. Ao contrário, antecipa-se à natureza, cientificamente demonstrada, que a gravidez não levará a reprodução a bom

termo. Com isso, evitar-se-á também o trauma da decepção de haver concebido um ser anômalo, com os dias contados de vida. [...].”

Podemos citar como exemplos de consequências negativas da continuação da gestação de feto inviável, a maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo, necessidade de bloqueio da lactação, associação com vasculopatia periférica de estase. Podemos citar também como efeitos negativos do prosseguimento da gestação de feto sem cérebro, a sua associação com o aumento do volume do líquido amniótico e os danos psicológicos, evidenciando-se a depressão, frustração, tristeza, entre outros aspectos negativos. Sérgio Habib [11] comenta sobre o exposto acima:

“[...] negar à mulher o direito de praticar o abortamento de um indivíduo que não traz consigo características humanas, a capacidade de conhecer o mundo, entendê-lo, de amá-lo ou odiá-lo, não parece ser a trilha mais justa. O Estado não pode ser intervencionista e esse ponto, sob pena de, em nome de um pretensão direito à vida, negar outro direito não menos importante, o da liberdade, [...]”

A mulher deve possuir o direito de decidir se sofrerá o risco de uma gravidez problemática ou se a interromperá, tentando amenizar o seu sofrimento e de seus entes queridos. É sempre válido citar o comentário de Cristine Moises Dantas [12]:

“O princípio da autonomia requer que os indivíduos, capacitados de deliberarem sobre suas escolhas pessoais, devam ser tratados com respeito pela sua capacidade de decisão. As pessoas têm o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida. Quaisquer atos médicos devem ser autorizados pelo paciente. A Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), por meio do seu Comitê para Assuntos Éticos da Reprodução Humana e Saúde da Mulher, divulga, desde 1994, em um dos seus marcos de referência ética para os cuidados

ginecológicos e obstétricos: O princípio da autonomia enfatiza o importante papel que a mulher deve adotar na tomada de decisões com respeito aos cuidados de sua saúde. Os médicos deverão observar a vulnerabilidade feminina, solicitando expressamente sua escolha e respeitando suas opiniões.”

Não é responsável obrigar uma mulher a continuar com uma gestação que já é considerada, por muitos, de risco levando-se em conta apenas aspectos religiosos, confundindo-se direito e religião.

#### **4. Direitos fundamentais: precisamos que eles sejam concretizados**

Com o advento da Constituição de 1988, chamada de Constituição cidadã, tida por muitos com a mais democrática, afinada com a evolução constitucional contemporânea e o direito internacional, houve um agasalhamento de muitos bens jurídicos importantes para o bem estar do homem, estando boa parte desses direitos elencados nos artigos quinto e sexto. É com uma propriedade extrema que José Afonso da Silva [13] versa sobre os direitos fundamentais:

“Direitos Fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se aos princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. No qualitativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não

como macho de espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos humanos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamentais encabeça o Título II da Constituição, que se completa, como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17.

“A expressão Direitos Fundamentais do homem, como também já deixamos delineado com base em Pérez Luño, não significa esfera privada contraposta à atividade pública, como simples limitação ao Estado ou autolimitação deste, mas limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem. Ao situarmos sua fonte na soberania popular, estamos implicitamente definindo sua historicidade, que é precisamente o que lhes enriquece o conteúdo e os deve pôr em consonância com as relações econômicas e sociais de cada momento histórico. A Constituição, ao adotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de Estado acolhida no art. 1º: Estado Democrático de Direito. O fato de o direito positivo não lhes reconhecer toda a dimensão e amplitude popular em dado ordenamento jurídico (restou dar, na Constituição, conseqüências coerentes na ordem econômica) não lhes retira aquela perspectiva, porquanto, como dissemos acima, na expressão também se contêm princípios que resumem uma concepção do mundo que orienta e informa a luta popular para a conquista definitiva da efetividade desses direitos.”

Esses direitos fundamentais foram fundamentados com a intenção de estabelecer limites ao Poder Público, tornando nosso país mais democrático, devendo ter uma aplicação imediata. Ingo Wolfgang Sarlet [14] pondera com muita propriedade sobre os direitos fundamentais:

“Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico),

integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu a Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.”

Mesmo com a regulamentação de muitos direitos fundamentais o homem continua sofrendo muitos abusos aos seus direitos. Isso acontece porque apesar de legislados os direitos fundamentais não estão sendo efetivados. O Estado precisa efetivar esses direitos, pois é responsável pela prestação material, e “de nada serve definir regras quando elas não são desrespeitadas” [15]. Com a propriedade que lhe é peculiar, José Joaquim Gomes Canotilho [16], professor da Faculdade de Direito de Coimbra, assevera:

“O reconhecimento e garantia de direitos econômicos, sociais e culturais, a nível constitucional, é, pois, uma resposta à tese da impossibilidade de codificação de valores sociais fundamentais (Soziale Grundrechte) na Constituição e à tese do princípio da democracia social como simples linha de atividade do Estado. Por outro lado, não se trata de reconhecer apenas o direito a um standard mínimo de vida ou de afirmar tão somente uma dimensão subjectiva quanto a direitos a prestações de natureza derivada (derivative Teilhaberechte), isto é, os direitos sociais que radicam em garantias já existentes (ex: direito à reforma, ao subsídio de desemprego, à previdência social). Trata-se de sublinhar que o status social do cidadão pressupõe, de forma inequívoca, o direito a prestações sociais originárias como saúde, habitação, ensino - *originare Leistungsansprüche*.”

Levando em consideração o que foi exposto acima podemos citar o caso das mães gestantes

de fetos com anencefalia. Será que essas mães não possuem o direito de interromper uma gravidez que não vingará, trazendo muito sofrimento não só para ela, mas para toda família? Será que o direito a vida dessa mãe fica só na teoria?

Essas mães não podem ser constringidas a continuar a gestação, pois um de seus principais direitos fundamentais, direito à vida, estaria sendo ameaçado. Os aplicadores devem levar em conta que em alguns casos a legislação a ser consultada já está ultrapassada, como é o caso do código penal. O direito do cidadão não pode ficar a mercê de um código ultrapassado, já que o desenvolvimento tecnológico ajudaria em muitos casos, para que a legislação fosse complementada, deixando o indivíduo amparado judicialmente.

O código penal foi elaborado em 1940, época em que não havia sido criado o exame ultra-sônico, que diagnostica as anomalias fetais, por isso não se pode fechar os olhos para as inovações tecnológicas pelo simples fato que o código não versa sobre determinado assunto. A sociedade passa por avanço grande e as leis que administram essa sociedade devem estar adaptadas ao tempo dela, caso contrário haverá uma colisão de direitos.

É importante que os legisladores deixem o caráter anacrônico religioso e entendam que vivemos em um país laico, onde não se tem uma religião que nos represente, cada um é livre para fazer suas escolhas, não podendo o legislador ao analisar os projetos deixem seus princípios religiosos e morais atrapalharem o desenvolvimento de matérias para o bom andamento da sociedade.

## 5. Princípios constitucionais

Os princípios são definidos por Laurenz [17] como um tipo de norma que possui grande importância para o ordenamento jurídico, já que tem como finalidade estabelecer fundamentos normativos para que haja uma interpretação e aplicação do direito, decorrendo deles, normas do tipo comportamental.

Alguns princípios são deixados de lado quando nos referimos à operação terapêutica para

retirada de feto anencefálico. Ao descobrir que está grávida a mulher já faz muitos planos para essa criança e em momento posterior, quando há a descoberta que esse feto não prosperará, há um sofrimento muito grande, que é aumentado quando não existe a possibilidade legal de retirada desse feto. Levando em consideração essa mesma linha, a ilustríssima Débora Diniz [18] discorre:

“[...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado fundamental para a ética da antecipação terapêutica. O diagnóstico da má formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para as mulheres e os futuros pais. São situações em que todos os recursos científicos disponíveis para reverter o quadro da má formação são nulos.”

Nesse momento há a violação inútil e cruel da integridade física e psicológica da gestante, em situação equiparada a tortura, atingindo de maneira muito incisiva o princípio da dignidade humana. Fazendo referência ao princípio exposto, RABENHORST [19] acrescenta:

“[...] assumamos que a dignidade humana não é uma propriedade observável e que, como tal, não pode ser provada ou negada sobre bases meramente fáticas. Isto significa que ela seria apenas uma ideologia criada pela visão de mundo ocidental? Não necessariamente. Ela pode significar, também, que a idéia de que todos os homens são indistintamente dignos repousa em um conjunto de crenças morais que não podem ser plenamente justificadas. Essas crenças, escreve o filósofo canadense Charles Taylor, se agregam em torno do sentido de que a vida humana deve ser respeitada e de que as proibições que isso nos impõe contam-se entre as mais ponderáveis e sérias de nossa vida.”

Outro princípio afetado com a falta de legislação da antecipação do parto no caso de anencefalia é o princípio da autonomia de vontade, pois a capacidade potencial de decidir sobre a continuidade ou não da gestação é dos pais.

Nessa linha, Flávia Piovesan e Daniel Sarmento formulam questionamentos contundentes:

“Com fundamento nos direitos à liberdade, à autonomia e à saúde, entendemos caber à mulher e aos casais, na qualidade de plenos sujeitos de direitos, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, a liberdade de escolha quanto ao procedimento médico a ser adotado em caso de anencefalia fetal. A responsabilidade de efetuar escolhas morais sobre a interrupção ou o prosseguimento da gravidez não apenas assegura à mulher o seu direito fundamental à dignidade, mas permite a apropriada atuação dos profissionais de saúde. Impedir a antecipação terapêutica do parto, em hipótese de patologia que torna absolutamente inviável a vida extrauterina, significa submeter a mulher a um tratamento cruel, desumano ou degradante, equiparável à tortura, porque violatório de sua integridade psíquica e moral. Além disso, se a interrupção do parto for caracterizada como aborto, recairá sobre a mulher o aparato penal repressivo e punitivo, por meio das sanções que prevêm a pena de detenção de um a três anos, nos termos do artigo 124 do Código Penal. A resposta da legislação brasileira à problemática do aborto viola flagrantemente os parâmetros internacionais que demandam do Estado compreender o aborto como grave problema de saúde pública, exigindo-lhe a imediata revisão de legislação punitiva.”

Complementado, pondera Nery e Junior [20]:

“O princípio da autonomia requer que os indivíduos, capacitados de deliberarem sobre suas escolhas pessoais, devam ser tratados com respeito pela sua capacidade de decisão. As pessoas têm o direito de decidir sobre as questões relacionadas ao seu corpo e a sua vida. Quaisquer atos médicos devem ser autorizados pelo paciente. A Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), por meio do seu Comitê para Assuntos Éticos da Reprodução Humana e Saúde da Mulher, divulga, desde 1994, em um dos seus mar-

cos de referência ética para os cuidados ginecológicos e obstétricos: O princípio da autonomia enfatiza o importante papel que a mulher deve adotar na tomada de decisões com respeito aos cuidados de sua saúde. Os médicos deverão observar a vulnerabilidade feminina, solicitando expressamente sua escolha e respeitando suas opiniões.”

Os princípios constitucionais devem ser respeitados, pois tem uma importância fundamental para que haja um abrandamento das condições sociais negativas. A utilização desses princípios de maneira apropriada traz como consequência a maior possibilidade de respeito por parte do Estado sobre eles fazendo com que a democracia seja cada vez mais efetiva, deixando de lado as disparidades e fazendo com que os direitos fundamentais sejam não só fundamentados, mas que na prática haja uma concretização destes.

## 6. Laicização e argumentos falhos da igreja católica

Um país laico não é um país ateu, mas sim aquele país onde há um respeito ao pluralismo religioso, não influenciando as pessoas a adotarem determinada crença. Levando em consideração o Brasil como Estado laico, aponta a antropóloga Débora Diniz [21]:

“[...] vivemos em um país onde a liberdade de culto fundamenta o direito inalienável à expressão moral de nossas crenças. Não apenas buscamos apenas um estado que garanta nossa pluralidade, mas também que proteja todas as mulheres em suas escolhas, quaisquer que sejam elas.”

Mesmo com a promulgação da Constituição de 1988, trazendo em seu texto que o Brasil é um país laico, não se encerraram as discussões seculares entre religiosidade e Estado. Celso Ribeiro Bastos [22] com muita propriedade pondera sobre esse panorama:

“A liberdade de organização religiosa tem uma dimensão muito importante no seu re-

lacionamento com o Estado. Três modelos são possíveis: fusão, união e separação. O Brasil enquadra-se inequivocadamente neste último desde o advento da República, com a edição do Decreto 119-A, de 17 de janeiro de 1890, que instaurou a separação entre a Igreja e o Estado.”

No Brasil há uma predominância de pessoas católicas.

Fica evidente que a busca pela concretização de alguns direitos fundamentais não está ligada a crença alguma. As pessoas tem direito de exercer seus direitos elencados na Constituição, sem nenhum constrangimento, não dando margem para que grupos religiosos as tratem diferentemente. Ocorre que em matérias importantes, como o caso da anencefalia, há um predomínio de questionamentos infundados da igreja, fazendo com que esse tema não tenha uma abordagem aberta e sem preconceitos. Essa atitude preconceituosa deixa pessoas que precisariam antecipar o parto, por motivo de risco de vida, desamparadas, evidenciando que por conta de algumas religiões os direitos fundamentais não podem ser efetivados.

Na maioria dos casos, juízes e promotores concedem o alvará para que a mãe retarde o sofrimento de uma gestação que não prosperará. Abaixo estão elencados alguns motivos pelos quais a Igreja considera que a antecipação terapêutica do parto não deve ter sua matéria aprovada.

#### 1º Caso: Eugenia.

Os grupos que são contra a antecipação do parto consideram que este tipo de procedimento é igual ao aborto eugênico. Eugenia segundo o dicionário Aurélio [23] “é o estudo das condições mais propícias à reprodução e melhora da raça humana”. Busca-se com a antecipação do parto que os direitos fundamentais da mulher sejam respeitados, que os faça valer, já no tocante a eugenia os direitos fundamentais e suas liberdades foram totalmente desrespeitados, pois fizeram parte de um período obscuro da história da humanidade. Não há a busca de selecionar indivíduos para ter-se uma raça melhor, há apenas

um incessante luta para que a mãe tenha os seus direitos reprodutivos garantidos, não a obrigando a nenhuma prática, mas sim deixando-a decidir o que é melhor para si, já que essa criança não amadurecerá.

#### 2º Caso: Ladeira escorregadia.

Os que são contra a liberação da antecipação do parto acreditam que se o Supremo Tribunal Federal autorizar a operação terapêutica no caso de anencefalia abrirá precedente para autorizar futuramente a interrupção em outros casos de má-formação como lábio leporino ou ausência de dedos. Para os adeptos dessa teoria, para não abrir precedente é melhor que não se permita qualquer mudança.

#### 3º Caso: Comparação entre Anencefalia e deficiência.

Neste caso há uma equiparação entre anencefalia e deficiência. Não há motivos para que haja essa equiparação já que a anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida extra-uterina. Não há registro de adulto vivo não possuidor da parte principal do cérebro, contudo nos deparamos diariamente com pessoas portadoras de deficiência, pois 14,5 % da população possui algum tipo de deficiência.

Os casos citados acima mostram o despreparo e a falta de conhecimento de pessoas que fazem comentários de assuntos tão sérios, vindo a influenciar de forma negativa nossos legisladores e juristas. Não há como continuarmos com um legislativo que se baseia em princípios religiosos para organizar um Estado que é laico. Por tudo que foi demonstrado devemos nos utilizar do nosso direito a autonomia de vontade no momento de escolhermos nossos representantes, para que situações como essas não se repitam, fazendo com que as nossas leis sejam mais inclusivas.

## 7. Jurisprudência

O código Penal que está em vigência no país deixa um pouco a desejar no tocante aos no-

vos avanços tecnológicos e técnicas medicinais, pois em alguns casos com a utilização desses novos atributos, muitos litígios seriam resolvidos de forma ágil, trazendo maior conforto para as partes autoras. Como consequência de um código desatualizado há o aparecimento de lacunas, que em muitos casos não são preenchidas de forma satisfatória para sociedade, sendo o legislativo responsável pela caducidade de muitas leis.

A questão da antecipação do parto no caso de anencefalia trás consigo uma divergência muito grande, entretanto muitos procedimentos são liberados, sendo que são constatados mais de cinco mil alvarás para que a gestação seja interrompida neste caso. Devemos levar em conta que em muitos casos o judiciário dá sua resposta tardiamente.

A seguir, vejamos como a jurisprudência se posiciona sobre o tema.

**HABEAS CORPUS - ANENCEFALIA - ABORTO - ALVARA DE AUTORIZACAO**

*“Habeas Corpus”. Anencefalia. Alvará de autorização para intervenção cirúrgica. Presença do “fumus boni iuris” e do “periculum in mora”. Feto portador de anencefalia, observada a presença de diversas anomalias. A Comissão de Ética Médica do Instituto Fernandes Figueira, vinculado a Fundação Oswaldo Cruz, emitiu parecer favorável a interrupção da gravidez, por se tratar de conceito portador de graves más formações no sistema nervoso central, incompatíveis com a vida extra-uterina, tornando a gestação freqüentemente complicada por polidramnia, que acarreta graves consequências a saúde da gestante. Precedentes jurisprudenciais. A intervenção se faz necessária, justificada a realização da intervenção cirúrgica para remoção de feto anencefálico pelo estado de necessidade, reconhecendo-se o perigo de grave dano a pessoa, em face das consequências morais, familiares e sociais do parto. Conduta atípica por não atingir qualquer bem jurídico penalmente tutelado. Ordem concedida. PROCESSO: 2004.059.06681 (TJRJ). DES. DES. SUELY LOPES MAGALHAES. JULGADO EM 27/01/2005*

*ADPF-QO 54 / DF. ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA - MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencefalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal. ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia. (GRIFOS NOSSOS) DECISÃO: O Tribunal, por decisão unânime, deliberou que a apreciação da matéria fosse julgada em definitivo no seu mérito, abrindo-se vista dos autos ao Procurador-Geral da República. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 02.08.2004. Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Ministro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento,*

*o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004. Decisão: Renovado o pedido de vista do Senhor Ministro Carlos Britto, justificadamente, nos termos do § 1º do artigo 1º da Resolução nº 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Plenário, 09.12.2004. Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6º, § 1º da Lei nº 9.882/1999, vencidos os Senhores Ministros Eros Grau, Cezar Peluso, Ellen Gracie e Carlos Velloso, que não a admitiam. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Plenário, 27.04.2005.*

**STJ - HABEAS CORPUS: HC 54317 SP 2006/0029919-3 EMENTA HABEAS CORPUS. ABORTO. INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ. FETO ANENCÉFALO. PARTO. PERDA DO OBJETO. 1. Constatada a realização do parto pela chegada a termo da gravidez, perde seu objeto o presente writ que visava o deferimento de autorização para realizar o procedimento abortivo, por ser o feto anencefalo. 2. Writ julgado prejudicado Acórdão Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o pedido. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com a Senhora Ministra Relatora.**

## 8. Considerações finais

A sociedade clama para que seus direitos individuais e coletivos elencados na Constituição, que estão acima de qualquer outra norma hierarquicamente, sejam postos em evidência, fazendo com que a democracia seja vivida na prática.

Apresentou-se como exemplo dessa falta de efetivação dos direitos fundamentais a questão da anencefalia. Mulheres são obrigadas a manter uma gestação que poderá na grande maioria dos casos trazer conseqüências negativas, ficando a mercê da decisão de um juiz. Considera-se esse tipo de atitude uma tortura, pois em alguns casos quando a decisão é proferida a gestante deu à luz ao bebê e este já está enterrado e com sua certidão de óbito lavrada.

Outra questão muito bem suscitada é a da tentativa de o legislativo acompanhar as mudanças que a sociedade vem passando nos últimos tempos, devendo utilizar as inovações tecnológicas que poderão ajudar no desenvolvimento do judiciário, fazendo com que os códigos não fiquem tão defasados. Não podemos ficar nos baseando em códigos que mantêm uma postura com caráter religioso do legislador, pois vivemos em um país laico, e a partir do momento que decisões forem tomadas levando em conta os princípios religiosos, não estaremos mais diante do Direito, mas sim de uma nova religião.

A população menos favorecida deve ter uma assistência de qualidade, seja no tocante a saúde, seja na educação, ou seja, na sua participação no momento de utilizar o poder judiciário. O direito à vida digna, à alimentação, deve estar acima de tudo, pois segundo o princípio da igualdade não se admite uma discrepância tão grande só porque um indivíduo possui poder econômico maior que o outro.

## 9. Notas

1. Indagação feita pelo Ministro Carlos Ayres Brito no julgamento da argüição de descumprimento de preceito

- fundamental que anulou a possibilidade de haver antecipação terapêutica do parto sem a necessidade de buscar-se uma autorização judicial (alvará).
2. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996, Pág.25.
  3. DOTTI, Rene Ariel. Aborto de uma tragédia - Não há nada que obrigue mulher a ter um filho sem cérebro. Disponível em: [HTTP://conjur.uol.com.br/textos/247634/2005](http://conjur.uol.com.br/textos/247634/2005). (Acesso em: 19/12/2008)
  4. SANTOS, Marília Andrade dos. A Aquisição de Direitos pela Anencefalo e a Morte Encefálica. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007/> (Acesso em: 21/01/2009)
  5. PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia: Opinião. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>. (Acesso em 03/12/2008)
  6. HUNGRIA, Nelson. Comentários ao código penal. Rio de Janeiro: Forense, 1958, vol. v, Pág. 207-208
  7. VEIRA, Tereza Rodrigues. Aborto por Anencefalia Fetal e o Direito Atual. Ano VIII - n.º. 174. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;
  8. GOMES, Luiz Flávio. Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material. Elaborado em junho de 2006 e disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561> (Acesso em: 18/11/2008)
  9. CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito - Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988, Pág. 132.
  10. CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interrupção da Gravidez e o Anteprojeto de Reforma do Código Penal. Ano VIII - n.º. 174. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;
  11. HABIB, Sérgio. O Aborto por Anencefalia e a Cassação da Liminar do Ministro Marco Aurélio. Ano VIII - n.º. 188. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;
  12. MOISÉS DANTAS, Cristine Elaine et alli. Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil. São Paulo: Funpec Ed. Universidade de São Paulo - Faculdade de Medicina de Ribeirão Preto - Departamento de Ginecologia e Obstetrícia, 2005, Pág. 20.
  13. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 14.ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997, p. 174.
  14. SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4.ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, Pág. 68.
  15. ISRAEL, Jean-Jacques. Direito das Liberdades Fundamentais. Barueri: Monole, 2005, Pág. 287.
  16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6.ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995, Pág. 544.
  17. LARENZ, Karl. Metodologia da Ciência do Direito. 3 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 575.
  18. DINIZ, Débora &. RIBEIRO, Diaulas Costa. Aborto por anomalia fetal. Brasília: Letras Livres, 2004, Pág. 81.
  19. RABENHORST, Eduardo Ramalho. Dignidade Humana e Moralidade Democrática. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, Pág. 46.
  20. Junior, N. N.; Nery, R. M. A. Código Civil Anotado e Legislação Extravagante.. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, Pág. 8-9.
  21. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres, 2004, Pág.14.
  22. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996, Pág. 184.
  23. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Mini Dicionário Aurélio da língua portuguesa. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, Pág. 235.

## 10. Bibliografia

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARROSO, Luis Roberto. *Novo olhar - Ministro resolveu sofrimento de mães de fetos sem cérebros*. Disponível no site: <http://conjur.uol.com.br/textos/248490> (Acesso em: 19/12/2008)
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1996.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Interrupção da Gravidez e o Anteprojeto de Reforma do Código Penal*. Ano VIII - n.º. 174. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;
- CONDE, Francisco Muñoz. *Teoria Geral do Delito - Tradução de Juarez Tavares e Luiz Regis Prado*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988;
- DINIZ, Débora &. RIBEIRO, Diaulas Costa. *Aborto por anomalia fetal*. Brasília: Letras Livres, 2004.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Mini*

*Dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

GOMES, Luiz Flávio. *Aborto Anencefálico: exclusão da tipicidade material*. Elaborado em junho de 2006 e disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8561> (Acesso em: 18/12/2008)

HABIB, Sérgio. *O Aborto por Anencefalia e a Cassação da Liminar do Ministro Marco Aurélio*. Ano VIII - nº. 188. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004;

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

ISRAEL, Jean-jacques. *Direito das Liberdades Fundamentais*. Barueri: Manole, 2005.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Descomplicada*. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOISÉS DANTAS, Cristine Elaine et alli. *Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil*. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>. (Acesso em: 03/12/2008)

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11ª Ed. São Paulo: Atlas. 2002

RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Diaulas Costa. *Antecipação terapêutica de parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil*. Artigo publicado no livro *Aborto por anomalia fetal*, de DINIZ, Débora & RIBEIRO, Diaulas Costa. Brasília: Letras Livres, 2003.

SANTOS, Marília Andrade dos. *A Aquisição de Direitos pela Anencéfalo e a Morte Encefálica*. Disponível no site: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8007/>. (Acesso em: 21/12/2008)

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 14ª. Ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 1997.

VEIRA, Tereza Rodrigues. *Aborto por Anencefalia Fetal e o Direito Atual*. Ano VIII - nº. 174. Revista Jurídica Consulex. Brasília: Consulex, 2004.

