

Autorização concedida ao Repositório Institucional da Universidade de Brasília (RIUnB) pela editora executiva da revista, em 02 de setembro de 2014, com os seguintes termos: disponível sob Licença Creative Commons 4.0 International, que permite copiar, distribuir e transmitir o trabalho, desde que seja citado o autor e licenciante. Não permite o uso para fins comerciais nem a adaptação desta.

REFERÊNCIA

OLIVEIRA, Aline Albuquerque S. de; MONTENEGRO, Sandra; GARRAFA, Volnei. Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo. **Revista Bioética**, v. 13, n. 1, p. 79-92, 2005. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/94/100>. Acesso em: 04 maio 2018.

Supremo Tribunal Federal do Brasil e o aborto do anencéfalo

*Aline Albuquerque S. de Oliveira
Sandra Montenegro
Volnei Garrafa*

O presente artigo objetiva apresentar um delineamento sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, com a finalidade de analisar os argumentos formulados pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (autora da ação) e pelo procurador-geral da República (que se manifestou contra o pedido), sob os enfoques do discurso jurídico e do pensamento em bioética. Seu desenvolvimento está dividido em dois blocos. No primeiro, há um posicionamento favorável ao aborto do feto anencefálico, expondo os argumentos presentes na peça inicial e, como questão de fundo, a laicidade que os permeia. No segundo, adotou-se um entendimento contrário à interrupção voluntária de gravidez, considerando que a vida é um bem inviolável.



**Aline Albuquerque
S. de Oliveira**

Advogada da União no Ministério da Saúde, mestre em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e especialista em Bioética pela Universidade de Brasília (UnB)

Sandra Montenegro

Advogada e mestre em Direito pela Universidade do Rio Grande do Sul

Unitermos: anencefalia, Supremo Tribunal Federal

Introdução

A problemática em torno da interrupção voluntária de gravidez (aborto) de feto anencefálico – assim considerado o feto que não possui encéfalo nem medula espinhal – vem há muito repercutindo no âmbito jurídico e suscitando questionamentos éticos na sociedade brasileira. A polêmica decorre do fato de o aborto ser proibido no Brasil, constituindo crime previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal. No entanto, em duas hipóteses a lei admite a sua realização, afastando a ilicitude do crime praticado: gestação que apresente risco de vida para a gestante e gravidez resultante de estupro. Não está prevista na lei penal a realização de aborto de feto em razão de ser portador de anomalia incompatível com a vida – como enquadra-se a anencefalia. Contudo, nos últimos anos, surgiu com muita força no país a concessão de autorizações de aborto para esses casos.



Volnei Garrafa

Professor titular, coordenador da Cátedra Unesco de Bioética da UnB e presidente do Conselho Diretor da Rede Latino-Americana e do Caribe de Bioética da Unesco – Redbioética

O primeiro caso de autorização judicial para a prática de interrupção de gravidez de feto anencefálico ocorreu em 1991, no Mato Grosso do Sul (Diniz, 2003b). Desde então, estima-se que duas mil autorizações, emitidas pelo Poder Judiciário ou Ministério Público, já foram expedidas para permitir a realização da interrupção de gravidez em caso de anomalia fetal incompatível com a vida. Deve-se ressaltar que em nosso país não há registro de autorização para a prática de interrupção de gravidez no caso de anomalia fetal compatível com a vida (Diniz, 2003a).

A autorização para o aborto, no caso de anomalia fetal incompatível com a vida, deve ser emitida por juízes, mas no Brasil verifica-se também a emissão dessas autorizações por promotores, membros do Ministério Público. Muitos abortos são realizados em clínicas privadas, independentemente de autorização do Poder Público e à margem do Direito Penal brasileiro (Diniz, 2003a). No Sistema Único de Saúde (SUS), proporcionado pelo Estado, as interrupções voluntárias de gravidez de feto com anomalia fetal dependem necessariamente de autorizações judiciais. Contudo, o procedimento judicial para a emissão dessas autorizações é muito demorado, já tendo ocorrido partos sem que se tenha obtido a resposta do Judiciário autorizando ou não o aborto. Ante tal fato, os profissionais de saúde começaram, então, a aceitar a autorização concedida pelo Ministério Público. Com a insegurança gerada pelas autorizações não concedidas pelo Judiciário, mas sim pelo Ministério Público, muitas vezes não definitivas, os profissionais de saúde, principalmente os que trabalham no SUS, encontram-se sob o risco de ser acusados de prática de crime de realização de aborto, podendo ser

submetidos a conseqüências legais, inclusive no âmbito penal, sem liberação de punição, o que motivou a ação cuja análise será adiante explanada.

A partir da realidade brasileira com relação ao aborto do feto com malformação incompatível com a vida e da construção de aportes teóricos em bioética por estudiosos do tema, os profissionais de saúde, por intermédio da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), aliada ao Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gêneros – Anis, propôs, em 17 de junho de 2004, uma “Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF)”. Na petição inicial, apontaram-se os dispositivos que prevêm o crime de aborto com o consentimento da gestante e suas excludentes de ilicitude como violadores dos seguintes preceitos fundamentais da Constituição da República do Brasil: dignidade da pessoa humana; princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade; e o direito à saúde.

O ministro Marco Aurélio de Mello concedeu decisão liminar em 1º de julho de 2004, reconhecendo o direito constitucional de as gestantes se submeterem à operação terapêutica do parto no caso de fetos anencefálicos, bem como determinando a paralisação de processos que discutem a mesma matéria.

O então procurador-geral da República manifestou-se na ADPF, em 18 de agosto de 2004, argumentando que as normas que criminalizam o aborto não ensejam interpretações discrepantes, pois as situações que excluem sua antijuridicidade estariam expressamente previs-

tas no Código Penal: o aborto terapêutico e o aborto sentimental.

Até o momento, o Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não se manifestou sobre o mérito da ADPF nº 54. Em virtude da ausência desse posicionamento e em face das alegações da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde e do procurador-geral da República, será apenas feita uma análise dos argumentos expostos na petição inicial e no parecer do Ministério Público da União, desconsiderando os aspectos processuais da ADPF.

Argumentação pró: a dignidade da pessoa humana da gestante

Primeiramente, para a análise sob o prisma da dignidade da pessoa humana da gestante, serão examinados os argumentos fornecidos no texto da petição inicial apresentada pela CNTS, passando, num segundo momento, para uma reflexão acerca dos mesmos, sob o enfoque da bioética.

a) Análise dos argumentos fornecidos pela CNTS

A construção argumentativa contida na petição inicial da ADPF nº 54 parte da hipótese da distinção entre antecipação terapêutica do parto e aborto. A anencefalia é um quadro incompatível com a vida, sendo fatal em 100% dos casos (Becker, 2004)¹ A ecografia, exame realizado a partir do terceiro mês de gestação, permite a visualização da caixa craniana do feto, possibilitando o diagnóstico preciso da anencefalia, sem, entretanto, permitir qualquer tipo de cura

ou perspectiva de sobrevivência. Por outro lado, o quadro clínico da gestante de feto anencefálico pode ser alterado via intervenção médica, considerando que sua permanência no útero pode acarretar graves danos à saúde e mesmo perigo de vida, em virtude do risco da ocorrência de toxemia gravídica (Becker, 2004). Em vista dos problemas advindos para a vida da gestante, a antecipação de parto, nessa hipótese, seria uma medida de caráter terapêutico.

O crime de aborto pressupõe a interrupção da gravidez, acarretando a morte do feto; assim, no caso em estudo, a morte do feto não é efeito da interrupção voluntária de gravidez, mas de sua anomalia. Em tal situação, não há nexo de causalidade entre a prática da interrupção e a morte do feto, pois a cessação de seus sinais vitais ocorre em função da patologia antecedente e não da intervenção médica (Ribeiro, 2003). O crime de aborto tutela a vida da gestante e a possibilidade de vida extrauterina do feto; se o segundo elemento não está presente, não cabe fazer referência a tal norma penal. Quanto à ausência de previsão da interrupção de gravidez de feto inviável como excludente de ilicitude, pode-se mencionar que em 1940, ano de promulgação do Código Penal brasileiro, não havia meios técnicos para constatar a má-formação de um feto anencefálico; portanto, é impensável que o legislador da época previsse essa situação singular.

Na análise da antecipação terapêutica do parto, a ponderação de interesses, que se revela problemática no caso do aborto, não tem relevância. Neste caso, não há colisão do direito à vida do feto com a liberdade e autonomia individual

da gestante, posto que não há vida a ser protegida. Partindo desse pressuposto, a tônica da problemática recai sobre o estado da gestante e o reconhecimento dos seus direitos fundamentais violados (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2006).

Destaca-se da argumentação o princípio da dignidade da pessoa humana como paradigma de novos valores da humanidade ocidental. A pessoa humana, com personalidade individualizada, dispõe de parâmetros normativos de proteção especificamente construídos para sua tutela. Dentre eles, os direitos da personalidade, que se subdividem em direitos vinculados à corporalidade e à vida psíquica e relacional.

A vedação, por meio de disposição legal, de que a gestante de feto anencefálico se submeta a procedimento médico a fim de interromper sua gravidez, impelindo-a a trazer consigo durante nove meses um feto inviável, revela grave violação aos seus direitos de personalidade. Seu corpo poderá sofrer as conseqüências da toxemia gravídica. Nesses casos, sua psique estará afetada pela lembrança diuturna da frustração e do luto decorrentes da condição de seu feto. Assim, a situação na qual a gestante se encontra assemelha-se à tortura psicológica (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2006), um suplício infligido a uma pessoa, que ocasiona grave quadro mental de angústia.

A autonomia da vontade da gestante precisa ser respeitada e o único óbice ao seu exercício são as normas jurídicas proibitivas contidas no Código Penal. A antecipação terapêutica do parto não está vedada pelo ordenamento jurídico

brasileiro. O crime de aborto parte da premissa de que o feto, para ser objeto de bem tutelável, terá vida extra-uterina, presumindo-se sua continuidade, importando a real possibilidade de vir a ser viável (Ribeiro, 2003). Desta forma, se a antecipação terapêutica do parto não é proibida pela lei, a gestante pode livremente optar por esse procedimento; qualquer decisão do Estado-Juiz que inviabilize sua realização viola os parâmetros normativos vigentes.

O direito à saúde é um dos direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Sua proteção não pode ser negligenciada por um Estado democrático de direito. A gestante, cujo feto é portador de anomalia fetal, acaba por se encontrar em um quadro de saúde debilitado. A saúde engloba os aspectos físicos e psicológicos da pessoa humana; nesses casos, a gestante que se vê diante da impossibilidade de interromper uma gravidez frustrada, não tem seu direito à saúde respeitado.

As linhas argumentativas expostas na petição inicial da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde se desdobram em dignidade da pessoa humana, autonomia individual e direito à saúde, onde a questão de fundo principal é a diferença entre a antecipação terapêutica do parto e o crime de aborto. A seguir, serão feitas considerações entendidas como pertinentes para a compreensão dos pontos apontados a partir da perspectiva bioética.

b) Sob o olhar da bioética

A bioética, entendida como ética aplicada à vida, surgiu em decorrência de alguns fatores.

O desenvolvimento científico e tecnológico no campo da biomedicina, a percepção coletiva da possibilidade humana de intervenção drástica na natureza, o surgimento da ética aplicada e a confluência de moralidades distintas podem ser apontados como alguns dos elementos de um contexto propiciador do nascimento da bioética. Dentre esses fatores, o pluralismo moral tem extrema relevância para a própria construção epistemológica da bioética.

Nas décadas de 60 e 70 do século passado, o movimento sociocultural de mudança da moralidade vigente no mundo ocidental, decorrente da organização e manifestação de minorias, fez emergir na sociedade grupos sociais com moralidades distintas e até mesmo incompatíveis. Agrega-se a esse fato a perda de espaço político e social da Igreja Católica Romana, com a consequente relativização de seus dogmas, incluindo o Princípio da Sacralidade da Vida². Atualmente, vive-se num mundo, no campo da bioética, no qual não há uma moral única que permeie todos os grupos sociais; não lidar com essa questão acarreta a adoção de um único marco valorativo, sem legitimidade para segmentos consideráveis da sociedade. O pluralismo moral é um dado, mas pode-se ir além, é inerente à própria bioética (Engellhardt Jr, 1998).

A bioética se propõe a teorizar sobre dilemas morais relacionados à vida humana, construindo ferramentas que habilitem os atores sociais a resolvê-los, mesmo aqueles que não compartilham a mesma moralidade. Desta forma, a bioética é essencialmente plural, seu corpo teórico não é constituído por assertivas inegociáveis. Portanto, não está vinculada a uma

única religião, o que não significa que o diálogo com éticas religiosas não deva ser estimulado e levado em consideração. As fundamentações teóricas religiosas, ao integrar o debate bioético, serão apenas situadas como outras tendências éticas.

Considerando que a bioética apresenta correntes alicerçadas no pensamento ético religioso e em teorias éticas não-religiosas, pode-se concluir que existe uma bioética de natureza religiosa e uma de natureza laica, cujas estruturas epistemológicas são distintas, posto que não compartilham paradigmas. O elemento paradigmático da bioética laica, porquanto compartilhado pelas vertentes que a integram, é a não-transcendência da vida². Para a bioética laica, o valor da vida humana não decorre de uma aceção descolada das contingências da realidade. O fato de a inviolabilidade da vida humana ter alcançado um *status* ético-jurídico nas sociedades contemporâneas é reflexo do desenvolvimento moral da humanidade. Conseqüentemente, o respeito à vida não é um dogma intransponível. Ajustes sociais podem conduzir tal princípio a caminhos diversos. Assim, os pactos da sociedade em torno do direito à vida podem ser revistos e adequados a novas condições materiais. As reordenações de consensos de moralidade sempre devem considerar, na perspectiva da bioética laica, a situação concreta das pessoas envolvidas³. A bioética laica tem como pressuposto a preocupação com a realidade das pessoas, como afirma Engelhardt: “A vida biológica humana só tem valor se contribui para a vida das pessoas” (Engelhart Jr, 2003).

As teorias religiosas conferem à vida um valor que não se justifica pela evolução ética das sociedades ocidentais, com as variabilidades decorrentes de uma construção axiológica forjada em contextos concretos, mas sim pela idéia da concessão divina. Entender que a vida terrena é um dom divino lhe adere um aspecto valorativo fundamentado na idéia de um mundo metafísico, negando, com isso, as condições vitais concretas. Assim, as religiões judaico-cristãs não têm sua moral como expressão de uma complexidade de fatores emergentes da realidade. Conferem a fenômenos naturais significações morais que se explicam a partir de leis naturais, advindas do mundo natural governado pela providência divina, que é a causa de todas as coisas.

O conjunto de argumentações colocado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde converge com a bioética laica, haja vista que a questão central do pedido é a situação na qual a gestante de feto anencefálico se encontra. Parte da premissa de que o sofrimento da gestante e seu estado de saúde são os elementos preeminentes da questão. Assim, a partir dessa constatação, iremos relacioná-la com a perspectiva da bioética laica. Foi apontado que a bioética laica pressupõe que a vida humana não tem um sentido religioso ou metafísico, seu significado é conferido pelo dever da humanidade fundamentado na idéia de corporeidade⁴, parâmetros sensoriais como definidores de condutas.

Segundo Eco, a ética laica paira sobre dois pontos: a noção do outro, que dá o sentido do eu, e a corporalidade, que traz em si a percepção de

que o limite ético é a dor ou o prazer desse outro, identificado como semelhante (Eco, 1997). Sendo assim, a tortura é um limite ético muito claro para a perspectiva laica. Infligir danos físicos e psíquicos é moralmente inaceitável para a maioria dos grupos humanos, mesmo aqueles que não compartilham moralidades.

Portanto, quando a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde apresenta a dor da gestante, seja física ou psíquica, como um argumento jurídico, encontramos, na verdade, sua origem na concepção laica de que os limites éticos se justificam a partir da percepção de que não se deve causar sofrimento a outrem. O valor da vida não é dado por uma explicação que desconsidere as sensações físicas e psíquicas da pessoa humana envolvida em dilemas concretos; as abstrações metafísica e religiosa, que conduzem ao valor absoluto da vida humana, não dizem respeito à sociedade plural contemporânea.

Argumentação contra: a proteção do direito à vida do feto

Na abordagem dos argumentos favoráveis à proteção do direito à vida do feto sob o alegado direito à dignidade da gestante, serão analisados os direitos à vida e à dignidade humana do ser em gestação, finalizando o estudo com a abordagem da manifestação social provocada pela ação que discute o aborto do feto anencéfalo.

a) Proteção à vida e à dignidade da pessoa humana

“Aborto ou antecipação terapêutica do parto atenta contra a vida humana que se inicia a

partir da fecundação”. Com essa manifestação, o ex-procurador-geral da República, Cláudio Fonteles, destacou ser fundamental a defesa da vida desde o início da gravidez, independentemente da doença ou deformação que o feto sofra⁵, pois o nascituro deve ter seu direito à vida protegido.

No Direito, segundo a visão ora comentada, a importância da proteção do nascituro não deve ser questionada (Perlingieri, 1997), pois desde a fecundação há vida. No entanto, questiona-se a abrangência dessa proteção e o momento do início do direito à condição de pessoa e de titular de personalidade jurídica.

Ressalte-se, no entanto, não haver discordância quanto ao fato de que a vida é o bem maior da humanidade. A proteção da vida humana encontra guarida no título dos direitos e garantias fundamentais – art. 5º, *caput*, da Constituição Federal brasileira, que estabelece a inviolabilidade do direito à vida para todos, indistintamente.

O início da pessoa para o Direito é definido pelo Código Civil. O texto do artigo é o mesmo desde o Código Civil de 1916 (art. 4º), tendo sido mantido pelo novo Código Civil promulgado em 2002, que determina o seguinte: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”.

Não há consenso acerca do significado exato deste artigo. Clóvis Beviláqua afirma que “pessoa natural é o homem como sujeito de direitos e obrigações”, e o nascimento é o fato decisivo

para consolidar a personalidade do ser humano, pois assinala o “início da vida jurídica do homem” (Beviláqua, 1955). Deixa claro que o conceito de homem não está compreendido integralmente no conceito jurídico de pessoa natural, por essa tratar-se de uma atitude na sociedade civil.

Nesse sentido, Pontes de Miranda afirma que “sujeito de direito é *pessoa* (...) Pessoa é quem pode ser sujeito de direito: quem põe a máscara para entrar no teatro do mundo jurídico está apto a desempenhar o papel de sujeito de direito”. Sendo o início da existência do sujeito de direito o momento em que se reconhece a sua personalidade, que “não é em si direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível de *estar* nas relações jurídicas como sujeito de direito”, o que ocorre com o nascimento do homem. Antes do nascimento, no útero, “a criança não é pessoa” (Miranda, 2000).

Dentre as discussões doutrinárias no Brasil (Chinelato, Almeida, 2000) sobre o tema, são encontradas três principais correntes: teoria natalista, teoria da personalidade condicional e os concepcionistas ou verdadeiramente concepcionistas.

Segundo a primeira corrente, a natalista⁶, considera-se que a personalidade jurídica⁷ começa a partir do nascimento (Matos, 1990); e o nascituro não teria nenhum direito ou *status* antes do nascimento com vida. A segunda, fundamenta-se nas premissas de que a personalidade começa com a concepção e os direitos do nascituro estão sujeitos à condição suspensiva do seu nascimento com vida. A terceira corrente,

denominada por Silmara Chinelato de verdadeiramente concepcionista, “reconhece personalidade ao nascituro desde a concepção, sem considerá-la condicional senão com referência a certos direitos” (Chinelato, Almeida, 2000).

A definição do início da personalidade acarreta grandes conseqüências sobre a questão de se o nascituro, o feto anencéfalo, tem direito subjetivo. De fato, dependendo da corrente de pensamento adotada, a conseqüência será diferente ao se afirmar se existe direito à vida do nascituro ou se ele teria essa proteção somente a partir do seu nascimento. De qualquer forma, segundo o ex-procurador-geral da República, que se filia à corrente verdadeiramente concepcionista, a proteção geral do direito à vida é apontada como um axioma, um valor máximo, do ordenamento jurídico brasileiro.

O direito à vida do nascituro também estaria contemplado e reconhecido em dispositivos tanto de nosso Direito interno como do Direito Internacional. Além de resguardar o direito à vida no já citado art. 5º, *caput*, a Constituição Federal dispõe, no inciso XXXVIII, alínea d, do mesmo artigo, que o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é de competência do tribunal do júri. Entre estes crimes, encontra-se o aborto (Chinelato, Almeida, 2000). A Convenção Americana dos Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos (de 1969), inserida no ordenamento brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 27/92, estabelece no art. 4º, alínea 1, o seguinte: “Toda pessoa tem direito a que se respeite a sua vida⁸. Esse

direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém será privado da vida arbitrariamente”.

Baseando-se nesses dispositivos, o ex-procurador-geral da República afirma que, sendo esse o tratamento normativo do tema no Brasil, que protege a vida desde a concepção, “o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevivência visível” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2006). Isso decorre do entendimento de que, para ele, “o feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa” (Brasil, Supremo Tribunal Federal, 2006).

Por fim, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, cujo decreto legislativo é de 24 de setembro de 1990, traz como preâmbulo o seguinte trecho: “(...) tendo em mente que, como indicado na Declaração sobre os Direitos da Criança, a criança, em razão de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, incluindo proteção jurídica apropriada antes e depois do nascimento” (Chinelato, Almeida, 2000). Desta convenção, o ex-procurador apontou o art. 1º, que “reconhece o direito intrínseco à vida que tem todo ser humano concebido”.

Na polêmica antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo, põe-se fim na gestação de forma voluntária sob o argumento de que o feto, sem cérebro, não chegaria a adquirir a condição de humano. Um segundo enfoque – advindo do conceito de morte introduzido no ordenamento jurídico a partir da Lei de Transplantes, que configura a morte a partir da “ausência de atividade cerebral” – diria que o

feto não chegaria a adquirir a condição de pessoa sob o aspecto jurídico, em razão de já nascer como morto. O anencéfalo, posto que o nome da doença é anencefalia, não traz em si a ausência total de atividade cerebral: o fato de possuir pelo menos o tronco encefálico lhe permitiria uma atividade cerebral que o manteria vivo, com algumas funções básicas ativas.

O anencéfalo, que pode viver fora do útero materno por alguns minutos e até alguns dias respirando, digerindo e se alimentando (apresenta movimentos de contração e sucção) sem o auxílio de máquinas, não está morto pelo critério jurídico de morte, pois possui alguma atividade cerebral.

O embate jurídico está instalado. Em defesa da vida, o Superior Tribunal de Justiça concedeu o *habeas corpus* nº 32.159/RJ para proteger um nascituro, revogando a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que concedia autorização para a realização do aborto. Dessa decisão houve recurso ao Supremo Tribunal Federal, que não alcançou tomar uma posição pois a gravidez chegou a termo, mas o neonato sobreviveu por apenas 7 minutos.

Essa foi a primeira decisão em defesa da vida do feto anencéfalo levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal; nesse sentido, a ADPF nº 54 terá a importância de estabelecer o primeiro precedente decidido pelo Supremo, com análise final de mérito.

Portanto, faz-se necessário registrar que além da manifestação do ex-procurador-geral da República, constante dos autos da ADPF e ora

estudada, o STF vem recebendo uma quantidade extraordinária de mensagens eletrônicas, fax e telefonemas manifestando-se em defesa da vida e contra a liberalização do aborto, vindos do Brasil e exterior.

- b) Democracia: a participação social em audiência pública

O debate vem provocando a manifestação de diferentes linhas de pensamento dentro da sociedade brasileira sobre o conflito do aborto. A liberalização de mais uma hipótese não ilícita de aborto pelo Supremo Tribunal Federal, o guardião de nossa Constituição Federal, tornou pública a polêmica que vinha sendo discreta e individualmente enfrentada por toda mulher que pleiteava a autorização para realização de aborto de feto anencéfalo. Essa publicidade despertou o interesse da sociedade, verificando-se inúmeros pedidos de associações e organismos não-governamentais para participar do debate trazido pela ADPF n° 54. A possibilidade de participação nesse tipo de procedimento ocorre por meio do instituto do *amicus curiae*, que vem a ser uma intervenção para apresentação de informações adicionais sobre o objeto da ação.

A figura de *amicus curiae* é exercida pela intervenção da pessoa física ou jurídica que tenha comprovado interesse no processo mas não é *parte* no mesmo. Logo após o ajuizamento da demanda, foi inserida pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde a participação de uma ONG chamada Anis, integrante da linha da bioética de gênero ou bioética feminista, a única entidade a ser admitida

como *amicus curiae* no processo, mesmo tendo havido diversos outros pedidos.

Em 23/6/2004, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) apresentou pedido fundamentado sobre o interesse de participar na atuação em defesa do direito à vida, o qual foi várias vezes indeferido. O deferimento do pedido de participação como *amicus curiae* é dado pelo ministro relator do processo. A fundamentação da decisão de negar o pedido de participação teve como principal argumento o fato de que poderia ocorrer “tumulto processual”.

No entanto, os múltiplos questionamentos de grande apelo social em torno da ADPF n° 54 revelam a necessidade de participação da sociedade civil. Para tanto, o ministro relator decidiu convocar uma audiência pública, para escutar algumas das entidades que pediram para participar como *amicus curiae*. Foram convocadas, além da CNBB, as Católicas pelo Direito de Decidir, a Associação Nacional Pró-vida e Pró-Família, a Associação de Desenvolvimento da Família, a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, a Sociedade Brasileira de Genética Clínica, a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, o Conselho Federal de Medicina, a Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, a Escola de Gente, a Igreja Universal, o Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e o deputado federal José Aristodemo Pinotti, por ser médico especialista na matéria. Contudo, a audiência pública ainda não foi marcada.

Dentre as associações indicadas pelo ministro relator, verifica-se clara tendência favorável ao discurso sustentado no texto da petição inicial da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em defesa da antecipação terapêutica do parto. Essa informação é denunciada tanto por entidades pró-aborto de feto anencéfalo quanto por associações religiosas, abertamente contra qualquer tipo de aborto.

O relator do processo decidiu quais seriam os organismos, associações e entidades a serem ouvidos na audiência pública. Esses, em sua ampla maioria, tiveram o pedido de *amicus curiae* indeferido. O relator não deixou claro, no entanto, se outras entidades poderão vir a ser ouvidas.

Considerações finais

Uma vez que a discussão sobre o tema da interrupção da gestação em casos de anencefalia ainda não está concluída no Brasil, serão aqui apenas apontadas algumas questões importantes identificadas no decorrer deste trabalho.

Partindo de perspectivas teóricas consolidadas no âmbito da bioética, constata-se que a fundamentação da vida humana, enquanto valor, mostra um diferencial abismal entre a bioética laica e a religiosa. A bioética laica trabalha com a idéia de corporalidade como possível limite ético consensual, diante da pluralidade moral existente no mundo contemporâneo. Ou seja, a transcendência não é fator fundante do valor

concedido à vida humana; em conseqüência, não apresenta um conteúdo axiológico absoluto, posto que seria forjado nas relações sociais segundo os referenciais de época. Na bioética religiosa, ocorrendo a abordagem da vida como uma concessão divina, a formulação parte de referenciais dogmáticos intransponíveis mesmo em situações concretas de limite. Assim, diante de conflitos éticos, existe dificuldade para combinar dilemas concretos, envolvendo pessoas expostas a situações de extrema vulnerabilidade, e a vida como um valor supremo.

A singularidade da questão tratada parte da inviabilidade da vida do feto quando portador de anencefalia. Aqueles que consideram a vida um valor absoluto afirmam que seu valor não pode ser mensurado pelo tempo, não estando submetido a qualquer limite. Não caberia, portanto, à mãe, a escolha do tempo que o feto viveria. Aqueles que consideram o referencial da corporalidade, por sua vez, buscam ponderar o sofrimento ao qual a gestante pode estar submetida com o potencial de vida existente no feto anencéfalo. Abrem a faculdade de se optar pela suspensão do sofrimento; como não é possível tratar o feto anencéfalo, defendem a opção de a mãe evitar a dor física e psíquica. A decisão final da ADPF n° 54 será a primeira oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal analisará até o fim (até a abordagem de mérito) o direito à vida e a concretização da dignidade da pessoa humana. Essa decisão poderá abrir a análise do Direito sobre um tema mais amplo e ainda mais polêmico: o aborto.

RESUMEN

El Supremo Tribunal Federal de Brasil y el aborto del anencéfalo

El presente artículo tiene por objetivo presentar un delineamiento sobre la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental nº 54, con la finalidad de analizar los argumentos formulados por la Confederación Nacional de Trabajadores de la Salud (autora de la acción) y por el Procurador General de la República (que se manifestó contra el pedido), bajo los enfoques del discurso jurídico y del pensamiento en bioética. Su desarrollo está dividido en dos bloques. En el primero, existe una posición favorable al aborto del feto anencefálico, exponiendo los argumentos presentes en la pieza inicial y, como cuestión de fondo, el laicismo que trasciende. En el segundo, se adoptó un entendimiento contrario a la interrupción voluntaria de la gestación, considerando que la vida es un bien inviolable.

Unitérminos: aborto, anencefalia, Supremo Tribunal Federal

ABSTRACT

Brazil's Supreme Federal Court and abortion of anencephalic fetus

This article aims to present an outline on the Allegation of Inobservance to Fundamental Rule no. 54 with the purpose of analyzing pleadings formulated by the National Confederation of Healthcare Workers (the plaintiff) and by the Attorney General (the respondent) under the focus of legal discourse and of bioethical thought. Its development is divided into two blocks. In the first block, there is a positioning in favor of abortion of anencephalic fetus; it exposes its pleas in the complaint and, as a deeper question, the secularism that permeates them. In the second block, an understanding that opposed the voluntary interruption of pregnancy was adopted, considering that life is an inviolable asset.

Uniterms: abortion, anencephaly, Supreme Federal Court

BIBLIOGRAFIA

Becker MA. Anencéfalo: um natimorto cerebral. In: Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero. Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade. Brasília: Anis: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, 2004: 32-33.

Beviláqua C. Teoria geral do Direito Civil. 7ª ed. atual, por Achilles Beviláqua e Isaias Beviláqua. São Paulo: Paulo de Azevedo, 1955: 64-69.

Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510. Inconstitucionalidade do parágrafo 2 do artigo 7º da Lei nº 9.868, de 1999. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acessado em 25 jul 2006.

- Chinelato E, Almeida S. Tutela civil do nascituro. São Paulo: Saraiva, 2000: 2-5, 144-175.
- Diniz D. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura bioética do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: Diniz D, Ribeiro RC, organizadores. Aborto por anomalia fetal. Brasília: Letras Livres, 2003a: 45-46.
- Diniz D. Quem autoriza o aborto seletivo no Brasil? Revista Physis 2003b;13:253.
- Eco U. Cinco escritos morais. São Paulo: Record, 1997: 86.
- Engelhardt Jr HT. Fundamentos da bioética. São Paulo: Loyola, 1998: 21-50.
- Engelhardt Jr HT. Pluralismo moral e metafísica. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. Bioética, poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2003: 447.
- Matos LTB. A proteção ao nascituro. Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial 1990 abr./jun.;14(52):30-37.
- Miranda P. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000. t. I: 161-162.
- Perlingieri P. Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 1997: 177.
- Ribeiro DC. Antecipação terapêutica do parto: uma releitura jurídico-penal do aborto por anomalia fetal no Brasil. In: Diniz D, Ribeiro DC, organizadores. Aborto por anomalia fetal. Brasília: Letras Livres, 2003: 103.

NOTAS

- 1 Sobre percentuais de sobrevivência do anencéfalo, ver Oliveira AAS. Anencefalia e transplante de órgãos. Rev Bras Bioética 2005,1(1):64.
- 2 A esse respeito, Mori define que o Princípio da Sacralidade da Vida “impõe o dever absoluto de nunca violar o finalismo próprio do processo reprodutivo (quer dizer, nunca desrespeitar as funções próprias da reprodução). O termo 'sacralidade' (...) indica aqui somente a inviolabilidade ou intangibilidade do processo reprodutivo”. Mori M. A moralidade do aborto. Brasília: Editora UnB, 1997: 80.
- 3 O conceito de pessoa adotado se alicerça na noção de pessoa como existência relacional e potencial desenvolvida por Pegoraro. Pegoraro A. Uma justificativa ética para a clonagem humana. In: Garrafa V, Pessini L, organizadores. Bioética: poder e injustiça. São Paulo: Loyola, 2003: 182-183.
- 4 Para a idéia de corporeidade como referência concreta, ver Garrafa V, Porto D. Intervention bioethics: a proposal for peripheral countries in a context of power and injustice. Bioethics 2003;17(5-6):199-216.
- 5 Não se fará uma abordagem histórica do tema; no entanto, vale ressaltar que se verifica uma retomada relativa da idéia de viabilidade para a designação de nascituro, originária no Direito Romano. Sobre a “viabilidade da criança” para a caracterização de sua capacidade de direito, ver Savigny FCV. Traité de droit Romain. Paris: Firmin Didot Frères, 1855: 371 e ss.

- 6 Marques CL. Assisted Reproductive Technology. In: Papers of the Symposia of Human Reproduction and International Law 1999, Feb 4-5, Austin, Texas: 70, afirma que o Brasil não adotou a teoria concepcionista nem no seu Código Civil de 1916 nem na Constituição Federal de 1988. Para a autora, o Brasil segue a doutrina natalista. Além do Brasil, também aponta o Chile e o Uruguai como adeptos desta corrente.
- 7 França GV. Direito médico. 8ª ed. São Paulo: Fundação BYK, 2003: 287, afirma que a existência da pessoa natural ou física somente ocorre a partir do nascimento com vida, mas desde a concepção o nascituro tem “personalidade fictícia”.
- 8 Marques CL. Assisted Reproductive Technology. In: Papers of the Symposia of Human Reproduction and International Law 1999, Feb 4-5, Austin, Texas: 69, cita a Convenção Internacional de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) como exemplo de norma que protege o embrião desde a concepção.

ENDEREÇO PARA CORRESPONDÊNCIA

Aline Albuquerque S. de Oliveira
SQSW 302 - Bloco F - Aptº 406
Sudoeste
Brasília/DF - Brasil
CEP 70673-206