



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - MESTRADO EM
RELAÇÕES SOCIAIS E NOVOS DIREITOS**

CARLOS RENATO OLIVEIRA MENDES

**DISCURSO ACERCA DO ABORTO DE ANENCÉFALOS NO JULGAMENTO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADPF 54 EM FACE DA SUPREMACIA DO
DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

SALVADOR – BAHIA

2013

CARLOS RENATO OLIVEIRA MENDES

**DISCURSO ACERCA DO ABORTO DE ANENCÉFALOS NO JULGAMENTO PELO
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL DA ADPF 54 EM FACE DA SUPREMACIA DO
DIREITO À VIDA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

LINHA 2.2 - ASPECTOS JURÍDICOS DA BIOÉTICA E DOS DIREITOS DOS ANIMAIS

Grupo 1 – Vida

Dissertação apresentada ao Programa em Pós-Graduação em
Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para obtenção do grau de Mestre.

Orientadora: Prof. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva

SALVADOR – BAHIA

2013

M538

Mendes, Carlos Renato Oliveira,

Discurso acerca do aborto de anencéfalos no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 em face da supremacia do direito à vida no ordenamento jurídico brasileiro / por Carlos Renato Oliveira Mendes. – 2013.

120 f.

Orientador: Prof^a. Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, Faculdade de Direito, 2013.

1. Aborto. 2. Anencefalia. I. Universidade Federal da Bahia

CDD 174.2

CDD- 340.1

Dedico esta dissertação a Carol, minha noiva, sempre presente e tão amorosa. Obrigado por tudo!

“A força do direito deve superar o direito da força.”

(Rui Barbosa)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar, que ilumina meus pensamentos e guia meus passos ao longo dessa jornada. À Professora Dra. Mônica Neves Aguiar da Silva, pelos ensinamentos dados nas disciplinas Microbioética e Macrobioética, nas quais pude viver prazerosos embates junto aos demais colegas do Mestrado, com sua singular condução dos trabalhos nas aulas. Agradeço ainda à nobre Professora pela honra de poder dividir uma classe da graduação em Direito, na oportunidade em que fui seu tirocinista, na disciplina Bioética e Direito. Agradeço à Professora Dra. Roxana Cardoso Brasileiro Borges pela disponibilidade em participar da minha banca, bem como pelas sugestões e orientações na fase de qualificação deste trabalho. Agradeço a minha mãe Augusta, incentivadora constante da minha vida acadêmica, e ao meu pai, Antônio, sempre interessado pelos temas jurídicos. Agradeço ainda aos meus irmãos-professores Adolfo e Victor e minha querida irmã Ninha que sempre me presenteiam com olhares entusiasmados. Por fim, agradeço aos meus colegas do Mestrado, pessoas incríveis e amigas, e aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA pela atenção despendida.

RESUMO

Este trabalho analisa os aspectos legais, princípios e axiomas jurídicos diante do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 no Supremo Tribunal Federal, referente à descriminalização do aborto de feto anencéfalo, por conta da ação da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde. Para justificar o posicionamento final adotado neste estudo a respeito da temática central, perante o discurso jurídico de aborto de anencéfalos, qual seja, a inadequação do *decisum* pela Suprema Corte frente à defesa da vida humana, frisam-se as conquistas constitucionais, o respeito à separação dos Poderes, tendo por consequência ilegitimidade da Corte Máxima para admissão de terceira hipótese de abortamento e a valoração jurídica pela sociedade brasileira do bem supremo da vida humana; enfatiza a necessidade de invocação de princípios, observados como máximas de otimização; destaca a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como um verdadeiro norteador dos demais; verifica que os princípios gerais do Direito, incluindo-se ainda os princípios bioéticos, são de suma importância para a proteção do bem maior defendido pelo princípio basilador da dignidade da pessoa humana: a preservação da vida humana. A necessidade de proteção da vida humana é corroborada com o método da redução eidética de Edmund Husserl, posto que seu enfoque central se define, na análise reducionista, pela existência de vida humana e ainda pelo denominado bioconsequencialismo. Demonstra que o caminho de autorização do abortamento de anencéfalos escolhido pela Suprema Corte causa risco aos nascituros brasileiros, como já averiguado pela propositura do anteprojeto de Reforma de Código Penal em malefício dos embriões. Finalmente, ressalta que a problemática tem incomodado diversos setores sociais, que reagem ao dilema, a ponto de ser discutido no Congresso Nacional a promulgação do Estatuto do Nascituro.

PALAVRAS-CHAVE: Aborto, Anencefalia, Direito, Princípios, Vida Humana

ABSTRACT

This paper examines the legal aspects, principles and axioms legal complaint before the trial of the breach of fundamental precept 54 in the Supreme Court concerning the decriminalization of abortion of anencephalic fetus, due to the action of the National Confederation of Workers of Health to justify the final position adopted in this study about the issue central to the discourse of legal abortion of anencephalic, namely the inadequacy of decision by the Supreme Court against the defense of human life, to emphasize the constitutional achievements, respect the separation of powers, with the consequence of illegitimacy high Court for admission of third hypothesis abortion legal and valuation by the Brazilian society of the supreme good of human life; emphasizes the need to invoke principles, as observed maximum optimization; highlights the prevalence of the principle of dignity the human person as a true guiding the others, notes that the general principles of law, including even the bioethical principles are of paramount importance to protect the greater good basilador defended the principle of human dignity: the preservation of life human. The need for protection of human life is corroborated by the method of Edmund Husserl eidetic reduction, since its central focus is defined in reductionist analysis, the existence of human life and still called by bioconsequentialismo. Demonstrates that the path authorization of abortion of anencephalic chosen by the Supreme Court because risk to unborn Brazilians, as ascertained by the filing of the draft Penal Code Reform in harm embryos. Finally, he points out that the problem has troubled many social sectors, which react to the dilemma, the point being discussed in Congress the enactment of the Statute of the Unborn.

KEY-WORDS: Abortion, Anencephaly, Law, Principles, Human life

LISTA DE TABELAS

Tabela I: Embasamento jurídico da sentença judicial e do parecer da promotoria favorável a pedido de aborto seletivo	25
Tabela II: A argumentação dos juízes e promotores contra a autorização do aborto seletivo.....	26
Tabela III: Requisitos para a solicitação de autorização judicial para a interrupção da gestação em casos de anomalia incompatível com a vida	98

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBB	Conferência Nacional dos Bispos do Brasil
CNS	Conselho Nacional de Saúde
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde
CP	Código Penal
CREMESP	Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo
FEBRASGO	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia
MG	Minas Gerais
PLS	Projeto de Lei do Senado
PPST	Perturbação de Pós Estresse Traumático
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ	Tribunal de Justiça
UNESCO	Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
CAPÍTULO 1: VALORIZAÇÃO JURÍDICA	16
1.1 Terminologia: Aborto, Anencefalia e Bioética	16
1.2 Carta Magna e Proteção à Vida Humana	19
1.3 Relações Sociais	27
1.4 Senso Comum e Direito	28
1.5 Valores Sociais em Sentido Estrito	29
1.6 Compreensão do Direito	31
1.7 Necessidade de Debates Interdisciplinares	32
1.8 Características e Casos Individuais	36
1.9 Ativismo judicial	37
CAPÍTULO 2: PRINCÍPIOS NO DIREITO	40
2.1 Necessidade de Invocação dos Princípios	42
2.2 Dignidade da Pessoa Humana e Proteção das Minorias	46
2.3 Aplicação de Princípios nos Diversos Ramos do Direito e Bioética.....	47
2.4 Valores Sociais e sua Aplicação no Direito	48
2.5 Conflito entre Regras e Colisão de Princípios	51
2.5.1 Análise das Regras e dos Princípios	51
2.5.2 Necessidade de Aplicação de Sopesamentos.....	53
2.6 Princípios Bioéticos como Fatores de Proteção ao Indivíduo Singular	54
2.6.1 A Era dos Princípios	54
2.6.2 A Dignidade da Pessoa Humana e a Proteção das Minorias	56
2.6.3 Embate entre Princípios	57
2.6.4 Respeito à Preservação da Vida Humana	59

CAPÍTULO 3: O DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO: REDUÇÃO EIDÉTICA DE HUSSERL, BIOCONSEQUENCIALISMO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E JULGAMENTO NO STF	61
3.1 Métodos Fenomenológicos e a Influência no Direito	63
3.1.1 A Fenomenologia de Merleau-Ponty e a Percepção do Magistrado.....	63
3.1.2 Redução Eidética de Husserl nas Decisões Jurídicas e o Bioconsequencialismo...	65
3.1.3 Harmonia dos Métodos - A Influência de Cossio	67
3.2 Mudança da Conjuntura Social e Influência na Decisão Jurídica	68
3.3 O Valor Intrínseco da Vida	69
3.4 Discussão no Supremo Tribunal Federal	70
3.4.1 Sim e Não. Aborto de Anencéfalos	72
3.4.2 Votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal. A Problemática da Anencefalia	76
3.5 Proteção da Vida Humana e o Código Penal Brasileiro	83
3.6 Estado Democrático de Direito, Quebra de Princípios, Ilegitimidade do STF	88
CAPÍTULO 4: O CONSENTIMENTO INFORMADO E A PRESERVAÇÃO DO RESPEITO À AUTONOMIA DA MÃE GESTANTE: A VULNERABILIDADE ACRESCIDA EM RAZÃO DA ANOMALIA FETAL	92
4.1 A Resolução 1989/2012 do CFM e a autonomia privada da mãe gestante	98
4.2 Paradoxo entre a proposta de reforma do Código Penal e a elaboração do Estatuto do Nascituro	103
4.3 Projeto de Lei do Senado 236/2012 – Anteprojeto de Reforma do Código Penal....	103
4.4 Estatuto do Nascituro	106
CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS.....	113

INTRODUÇÃO

Este trabalho se propõe a analisar alguns aspectos jurídicos da bioética quanto ao aborto de feto anencéfalo, diante do discurso que envolveu a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2012, quando do julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54 em que se debateu a descriminalização do ato da mãe gestante que decide interromper a gestação de feto com anencefalia. A discussão abordou a possibilidade da mãe gestante ter ou não autonomia para decidir pelo aborto nestes casos.

O ordenamento jurídico pátrio vedava até o primeiro trimestre de 2012 a conduta do aborto nestas situações de gestação de feto com anencefalia, por não estar incluído nas hipóteses de permissão previstas na legislação penal: em caso de estupro ou quando a gestação oferecer perigo de morte para a mãe. Por conta dos avanços científicos, a disseminação da possibilidade do conhecimento da existência de anencefalia em nascituros trouxe discussões acerca de uma terceira hipótese de abortamento.

Surgiram questões sobre o respeito ao embrião anencéfalo e a autonomia dos pais em decidir sobre o prosseguimento da gestação do feto com tal anomalia, devido à influência de fatores psicológicos decorrentes da situação em que se encontram.

Perguntou-se, ainda, já que o nascituro não irá sobreviver, o porquê de não poupar a mãe de um desgaste mental tendo em vista a existência de uma gestação considerada, pela medicina, como infrutífera.

Todos esses questionamentos despertaram a atenção da sociedade quanto a temática do aborto de anencéfalos, especialmente dos familiares de pessoas que vivem tal drama, culminando na ação da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), o que estimulou uma análise e estudo detalhado sobre tais casos e as consequências jurídicas da decisão do Supremo Tribunal Federal.

Para justificar o posicionamento final adotado neste estudo a respeito da temática central, este trabalho analisa a necessidade de identificar as crenças, culturas e valores individuais no seio da sociedade, refletidos no discurso do STF, além de enfatizar ser imperativo compreender o Direito.

Neste aspecto, o magistrado encontra inúmeras dificuldades no seu labor, devendo-se atentar para a história, na sociedade em que está inserido, de conquistas constitucionais e valorização, em especial no Brasil, do bem em tela: a vida humana.

Diante disto, serão enfatizadas a necessidade de invocação dos princípios, observados como máximas de otimização, fazendo-se, assim, ressalvas no que tange às ponderações quando eles se conflitarem, uma vez que todos permanecem válidos, contudo, em dado momento, uns terão que ceder sob a preponderância de outros.

O predomínio de um princípio sobre o outro ocorre em atenção aos valores inculcados na sociedade. No caso particular da sociedade brasileira, as vitórias sociais atingiram o elevado patamar de prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como um verdadeiro norteador das demais máximas de otimização.

Assim sendo, serão trazidos, ao presente trabalho, diversos princípios que deverão ser sopesados, tais como os relevantes princípios da própria Bioética, que auxiliam na resolução de conflitos, como o emblemático caso do aborto de anencéfalos.

Assim, verificar-se-á que os princípios gerais do Direito, inclua-se ainda no presente estudo os princípios bioéticos, são de suma importância para a proteção do bem maior defendido pelo princípio norteador da dignidade da pessoa humana, qual seja: a defesa da vida humana.

Tal argumentação de que o princípio da dignidade da pessoa humana defende, sobretudo, a preservação da vida humana, será corroborado com o método, trazido à baila, da redução eidética do filósofo Edmund Husserl e do chamado bioconsequencialismo.

Neste método de percepção do objeto, será justificado que, no alcance do enfoque central no embate que permeia a interrupção da gravidez de fetos com anencefalia (muito embora envolva sentimentos outros como os dos familiares do embrião anencefálico, a visão médica do caso, argumentos de entidades pró-aborto), o que se identifica na análise reducionista citada é a existência de vida humana.

Contudo, este trabalho apresenta a forma como os ministros do Supremo Tribunal Federal votaram no julgamento que definiu a autorização do abortamento de fetos com anencefalia, sem perder de vista a percepção, defendida neste estudo, da necessidade de proteção da vida humana, anteriormente estabelecida pela Carta Magna; mesmo com advento do chamado ativismo judicial, a consideração pela respeitabilidade pela separação dos Poderes, concluindo, com a máxima *vênias*, pela ilegitimidade da Suprema Corte em relação à criação de terceira hipótese de abortamento.

Ex positis, o presente estudo demonstra que o caminho escolhido pela Suprema Corte, pode causar sérios riscos aos nascituros brasileiros, podendo influenciar no surgimento de outras hipóteses para a autorização de abortos no país.

Deste modo, já é percebido um entusiasmo para o lançamento do anteprojeto de Reforma de Código Penal que pode desproteger ainda mais os fetos do Brasil, quando busca abranger as possibilidades para a autorização de aborto, na medida em que objetiva liberar interromper gestações de até cento e vinte dias, mesmo que não haja anomalia fetal.

Por fim, aliada às conquistas obtidas pela sociedade brasileira em prol do direito inviolável à vida, a problemática tem incomodado diversos setores sociais ao ponto de ser discutido no Congresso Nacional a promulgação do Estatuto do Nascituro, do qual pode-se inferir, na sua própria denominação, a defesa do ainda por nascer.

Capítulo 1 – VALORIZAÇÃO JURÍDICA

1. Terminologia: Bioética, Aborto e Anencefalia

Inicialmente, cumpre destacar, que para enfrentar tema de tal monta é necessário que se faça a conceituação de alguns termos, que embora de conhecimento de significativa parte da sociedade, carecem de definição técnica para o adequado enquadramento jurídico a ser feito *a posteriori*.

Vale trazer à baila a definição de Bioética, que é um neologismo oriundo das palavras gregas *bios* (vida) e *ethos* (relativo à ética). Assim, a bioética é um estudo que compreende diversas disciplinas tais como a medicina, a filosofia e, especialmente, o direito. Quanto a esta última, é relevante a referência ao chamado biodireito que é justamente o ramo do Direito Público que estuda as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos relacionados ao corpo e à dignidade da pessoa humana.

Quanto à importância da Bioética, leia-se passagem da obra “Direito Penal e Biotecnologia” de Maria Auxiliadora Minahim:

“A expressão Bioética, utilizada atualmente com certa recorrência, para alguns autores, nem sequer constitui uma parte da ética, embora, para outros, trate-se de uma das éticas aplicadas: a ética da saúde, que se ocupa com o agir correto ou o bem fazer no que tange aos conflitos morais suscitados pela biotecnologia, os quais dizem respeito à vida e à saúde. A ética aplicada, portanto, procura promover uma articulação com a ação concreta e, no caso específico, com aquela que deve existir entre ciência e o valor insito à vida humana”. (MINAHIM, 2005, p. 21)

Pela complexidade dos temas que aborda, a Bioética constitui um importante espaço de interlocução entre a religião, o Direito e a moral, preenchendo, por vezes, vazios jurídico-normativos, através de seus princípios. (MINAHIM, 2005, p. 22)

No que se refere à palavra aborto, etimologicamente falando, tem ela a sua origem no latim *abortus*, sendo derivado de *aboriri*, que significa perecer, tendo a composição *ab* (a partir de) e *oriri* (nascer). Utilizando a classificação do ponto de vista médico, iremos encontrar o aborto espontâneo, que é aquele casual ou involuntário; e o aborto induzido, causado por ação humana, de maneira arbitrária.

Neste contexto, no presente estudo, lançar-se-á os olhos para esta última espécie de abortamento, subclassificada também com a expressão denominada de *aborto terapêutico* pois nela se encontra o tipo de aborto induzido objeto desta análise: o chamado *aborto terapêutico* para dar fim à gestação que resultaria numa criança com problemas congênitos que seriam fatais ou associados com enfermidades graves.

Deste modo, para melhor entendimento do objeto deste trabalho, citando o artigo da pesquisadora do Grupo de Estudos e Pesquisas sobre Saúde, Qualidade de Vida e Relações de Trabalho/ CNPq/ UNESP, Suelen Chirieleison Terruel, tem-se:

“[...] anencefalia consiste na ausência no feto dos dois hemisférios cerebrais. Não corresponde exatamente, no plano médico, à ‘morte cerebral’. O sinal inequívoco desta reside na constatação da ausência funcional total e definitiva do tronco cerebral. Este está presente nos fetos anencéfalos e permite, em alguns casos, uma sobrevivência de alguns dias, fora do útero materno [...]” (TERRUEL, 2010)

No Brasil, o aborto é tipificado pelo Código Penal como crime contra a vida, todavia o artigo 128 do Código Penal, até o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da ADPF 54 em abril de 2012, vigia no sentido de não existir punição em dois casos, a saber: quando não há outro meio para salvar a vida da mãe e, ainda, quando a gravidez resulta de estupro.

Desta forma, tínhamos que, em quaisquer outros casos que não fossem os elencados pelo art. 128 do CP, o aborto seria tipificado como crime contra a vida.

A vida referida aqui é a do nascituro, ou seja, a do feto no ventre materno. Nota-se, desse modo, o artigo 2º do Código Civil de 2002 que rege: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida”, advertindo ainda que “[...] a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Mônica Aguiar afirma em sua obra “Direito à Filiação e Bioética” que no que tange à expressão pessoa, titular de personalidade, esta se dá antes mesmo do parto:

“[...] Consoante salientado, anteriormente, o homem é pessoa desde a concepção e, portanto, titular de personalidade. A pessoa é, antes do parto.” (AGUIAR, 2005, p. 35)

A propósito de personalidade, averigüe-se pensamento de Roxana Cardoso Brasileiro Borges sobre o tópico:

“Os direitos da personalidade são os considerados essenciais à pessoa humana, visando à proteção de sua dignidade. Diante disso, em nosso direito, cada vez mais o conceito ‘personalidade’ se aproxima do valor ‘dignidade’”. (BORGES, 2007, p.14)

Mônica Aguiar lembra, inclusive, que Teixeira de Freitas, em seu esboço de Código Civil, “sublinhava que não entendia a existência de ente com suscetibilidade para adquirir direitos, sem que fosse pessoa.” (AGUIAR, 2005, p. 37) E acrescenta:

“Aduzia que, se se atribuíam direitos às pessoas por nascer, se os nascituros são representados, é forçoso concluir que já existem e são pessoas, como se já estivessem nascidas.” (AGUIAR, 2005, p. 37)

Aguiar ainda rebate aqueles que insistem em interpretar o comando do artigo 2º do Código Civil Brasileiro como sendo o nascimento mera condição para a aquisição de direitos ao nascituro:

“[...] incumbe adotar a máxima, segundo a qual, na dúvida, deve-se decidir pela vida – *in dubio pro vita*.” (AGUIAR, 2005, p. 39)

Quanto à denominação nascituro, ressalte-se, a expressão “*nasciturus pro jam nato habetur quando de ejus commodo agitur*”, ou seja, no interesse do nascituro é ele considerado já nascido, tem-se por nascido. (CALDAS, 1997, p. 159)

Neste ponto, ganha relevância o princípio estabelecido já no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal que afirma “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do **direito à vida**, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Portanto, o direito à vida é, sobretudo, um princípio constitucional inviolável.

1.2. Carta Magna e Proteção à Vida Humana

A partir destas premissas tem-se que a Carta Magna de 1988 resguarda, entre outros direitos invioláveis, o direito à preservação da vida, tendo especialmente o nascituro seus direitos a salvo desde a concepção conforme art. 2º do CC e, ainda, que o aborto, em regra, é tipificado como crime.

No que diz respeito à expressão vida humana, Maria Auxiliadora Minahim, aborda se tratar de “bem jurídico em torno do qual gravitam os demais”. (MINAHIM, 2005, p. 52)

Mônica Aguiar traz pensamento de Maria Helena Diniz quando afirma que “Há, entretanto, que ser reconhecida a individualidade no sentido de unicidade existente desde a fecundação, haja vista que a singularidade do código genético torna irrepetível a vida humana”. (AGUIAR, 2005, p.28).

Desta maneira, é vislumbrada a supremacia do direito à vida diante de outros direitos constitucionalmente protegidos, tendo em vista ser a partir dela que decorrem os demais.

Veja-se, nesse sentido, as palavras do jurista Celso Ribeiro Bastos quando de seu parecer oriundo de consulta jurídica formulada pela Associação das Testemunhas Cristãs de Jeová acerca do direito de recusa de pacientes, de seus familiares ou dependentes, submetidos a tratamentos terapêuticos, às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas:

“Todos os direitos encontram-se ancorados em um direito que lhes é pressuposto, qual seja, o direito à vida. Este é o fundamento de todos os demais direitos. Não é por outro motivo que este direito é tido como fundamental pelo nosso atual texto constitucional, estando logo consagrado no caput do seu art. 5º”. (BASTOS, 2003)

Arremata ainda Bastos que o direito à vida é essencialmente um direito contra o Estado, que deve preservar a vida e atuar positivamente no sentido de resguardar este direito. Explica que “o Estado há de prover a necessária e adequada segurança pública, que impeça inclusive os demais particulares de desrespeitarem este sagrado direito”. (BASTOS, 2003)

Faz alusão àqueles indivíduos que se mostrem incapazes de proteger-se, posto que o direito à vida não se esgota neste "direito contra o Estado" pela continuidade da vida:

“Significa, ainda, como assinala a doutrina mais moderna, que o indivíduo possa encontrar meios de prover a si mesmo e, quando não for capaz de fazê-lo, que o indivíduo possa contar com o apoio do Estado, que deve prover aquele mínimo necessário para assegurar as condições básicas na preservação da vida. Assim, o Estado há de fornecer, àqueles que se mostrem incapazes de prover o seu próprio sustento, condições de saúde, higiene, transporte, alimentação e educação”. (BASTOS, 2003)

Caracterizada, portanto, o dever de proteção pelo Estado daqueles seres humanos necessitados, sendo evidente que a proteção da vida humana é função estatal.

Corroborando Bastos com a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana quando se busca o direito à vida, conforme se depreende a seguir:

“[...] o direito à vida costuma ser atrelado à idéia de dignidade da pessoa humana. No caso do Brasil, pois, pode-se buscar como fundamento da tutela estatal referida, tanto o direito à vida quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988”. (BASTOS, 2003)

Logo, o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado aqui uma vez mais intentando a preservação da vida humana.

No quesito inviolabilidade de direitos consagrados na Constituição Federal, verifica-se especial atenção ao direito à vida, conforme ratifica Bastos:

“O conteúdo jurídico do direito à vida, pois, orienta-se por assegurar a inviolabilidade desta como um **bem jurídico da maior grandeza**”. (BASTOS, 2003) (Grifos aditados)

Ainda de acordo com Celso Ribeiro Bastos, ao reproduzir as palavras de Fernando Ferreira dos Santos, sobre a origem do conceito de pessoa e de dignidade, verifica-se:

"Não há, nos povos antigos, o conceito de pessoa tal como o conhecemos hoje. O homem, para a filosofia grega, era um animal político ou social, como em Aristóteles, cujo ser era a cidadania, o fato de pertencer ao Estado, que estava em íntima conexão com o Cosmos, com a natureza (...). O conceito de pessoa, como categoria espiritual, como subjetividade, que possui valor em si mesmo, como ser de fins absolutos, e que, em consequência, é possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais e possui

dignidade, surge com o Cristianismo, com a chamada filosofia patrística, sendo depois desenvolvida pelos escolásticos." (BASTOS, 2003)

Bastos acrescenta transcrição de Fernando Ferreira dos Santos quando arremata no seu parecer:

"A proclamação do valor distinto da pessoa humana terá como consequência lógica a afirmação de direitos específicos de cada homem, o reconhecimento de que, na vida social, ele, homem, não se confunde com a vida do Estado, além de provocar um deslocamento do Direito do plano do Estado para o plano do indivíduo, em busca do necessário equilíbrio entre a liberdade e autoridade". (SANTOS apud BASTOS, 2003)

E conclui com o pensamento segundo o qual conseguir manter um "necessário equilíbrio" entre os dois valores mencionados acima é o desafio de qualquer Estado, e o Brasil, como Estado Democrático de Direito que é, não poderia fugir à regra. O que fortalece a imperativa ideia de travar debates sobre temas como os que envolvem autonomia, liberdade e vida, encargo este destinado ao Congresso Nacional.

Como bem asseverou o ministro Ricardo Lewandowski, ao citar Xenófanes em seu voto no julgamento da ADPF 54 no STF, a verdade exata dificilmente se conhecerá:

“Xenófanes, por exemplo, renunciando o eticismo que caracterizaria o Iluminismo Grego, cujo clímax se deu em Atenas, no século V a. C., deixou-nos, a propósito, a seguinte observação: “A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá”. (Apud TARNAS, 2005, p. 39) Em que pesem, contudo, as múltiplas divergências gnosiológicas, todas as correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema concluíram que conhecer o real implica interpretá-lo de alguma maneira.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 7)

Não obstante, é fundamental que outro elemento venha somar na pauta de discussão que foi proposta a analisar - os aspectos jurídicos da bioética quanto à interrupção da gravidez de feto anencéfalo - a influência religiosa.

A Carta Maior em sua art. 19, I assevera que o Brasil é um estado laico, ou seja, não tem religião oficial uma vez que é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

“Art. 19 [...]

I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Entende-se, assim, que o objetivo do Legislador aqui é separar Estado e Religião sem, contudo, desprezar as colaborações oriundas desta última que sejam de interesse da coletividade.

Desta maneira, deve-se analisar o aborto de anencefálos, considerando, em um primeiro momento, todos esses aspectos. O primeiro embate que é formado está no que diz respeito a qual vida deve ser levada em consideração se a do feto ou a da gestante. Se ambas têm o mesmo peso, ao que os religiosos (os mais numerosos no país: católicos, grande parte dos evangélicos e os espíritas) respondem, sem dúvidas, afirmativamente, pois, afinal, a existência da vida independe de estar dentro ou fora do ventre materno.

Na questão 358 da obra básica O Livro dos Espíritos, por exemplo, Allan Kardec afirma que “há crime sempre que transgredis a lei de Deus. Uma mãe, ou quem quer que seja, cometerá crime sempre que tirar a vida a uma criança antes do seu nascimento, por isso que impede uma alma de passar pelas provas a que serviria de instrumento o corpo que se estava formando”.

Nas palavras do padre Luiz Antônio Bento, da CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil – Igreja Católica) “antecipar o parto é matar o feto”, em reportagem da Folha Uol de 26 de Agosto de 2008.

Porém, o questionamento tem outras respostas também. Para alguns médicos, cientistas e algumas mães gestantes de fetos anencefálos a indagação deveria ser outra. Para estes, o que se discute é se aquele nascituro irá sobreviver após o parto. Em caso afirmativo, por quanto tempo mais.

Fica outro questionamento: se, juridicamente, a vida termina com a morte do cérebro, conforme o artigo 3º da Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 2007, analogamente, poder-se-ia supor que se iniciaria com a formação completa do sistema nervoso.

O primeiro caso de concessão de alvará judicial para a interrupção da gravidez de feto anencéfalo no Brasil foi emitido em Rondônia em 1989, conforme demonstra Marcelo Zugaib no livro Zugaib Obstetrícia. (ZUGAIB, 2008, p. 1145)

Em entrevista coletada pela jornal Folha Online em março de 2005, o então presidente da Febrasgo (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia) Edmundo Baracat considerou o aborto “uma questão de saúde pública”.

A discussão continua polêmica e, sem sombra de dúvidas, atual. Em decisão anterior ao julgamento da ADPF 54, a Justiça de Minas Gerais, em 18 de outubro de 2010, negou o pedido de aborto de uma jovem grávida. “O ultrassom diagnosticou que o feto não possuía cérebro (anencéfalo)” afirmou o defensor público Cláudio Miranda Pagano.

Segundo o juiz da 8ª Vara Cível de Belo Horizonte, Jair José Varão Pinto Júnior, "nem a ciência nem os homens podem afirmar o que se reserva a esta vida ou àquelas que com ela estão veiculadas".

Não obstante, no dia 17/06/2010, ainda antes da decisão do STF pela descriminalização de aborto de anencéfalos, a 13ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJ-MG), julgando caso semelhante, reformou decisão de primeira instância e autorizou uma outra gestante da cidade de Belo Horizonte a interromper a gravidez de um feto anencéfalo. Nesse caso, os pais tinham requerido autorização judicial para o aborto, contudo o juiz Marco Antônio Feital Leite, respondendo pela 1ª Vara Cível da capital, havia indeferido o pedido com a alegação de que o direito à vida é garantido constitucionalmente e não havia risco de vida para a gestante.

Diante de tal decisão reformada, a mãe pôde pôr fim à gestação, que estava na 19ª semana. Registre-se que a decisão foi unânime e os desembargadores determinaram a expedição imediata de alvará para a realização do procedimento. Alberto Henrique, relator do processo, ressaltou que o pedido foi instruído com pareceres médicos, todos recomendando o procedimento. Segundo ele, a denominada anencefalia é uma patologia sem cura e o feto portador da doença não possui expectativa de vida fora do útero materno.

Logo, antes do julgamento da ADPF 54, verifica-se, a título de exemplificação, duas decisões embasadas, contudo contrárias, sobre o mesmo tema.

Deve ser levado em consideração, ainda, que o argumento utilizado para se conceder a gestante que sofreu estupro possa praticar o aborto sem que seja criminalizada por isso, advém do fato dela não poder suportar, emocional e psicologicamente, o peso de carregar por nove meses e, mais ainda, por toda a sua vida o fruto de uma violência.

Analogamente, questiona-se se a gestação de um feto que se sabe, anencéfalo, também não traria consequências emocionais e psicológicas para a mãe. Em contrapartida, juridicamente, as exceções estabelecidas no Código Penal até então eram exclusivas.

Sendo assim, devem ser considerados todos esses fatores mencionados como o científico, religioso e jurídico, incluindo ainda o pensamento filosófico da ética quando tratar-se de temas com a máxima importância, como a vida.

Ainda para o ministro da Suprema Corte, Ricardo Lewandowski:

“No caso dos textos legais, raramente a *mens legis* se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 7)

Logo, lidar com a decisão de se manter uma vida humana a salvo a qualquer preço não é tarefa fácil. Os defensores do aborto de anencéfalo acreditam que irão reestabelecer a paz daquela gestante, pois evitaria um sofrimento futuro, afinal aquele feto mesmo que se desenvolva e venha a nascer não sobreviveria por muito tempo.

De outro modo, a ética, do ponto de vista filosófico, é o bom modo de viver pela racionalidade humana. Como a dignidade da pessoa humana da mãe deve ser preservada, caberia a ela a decisão pelo abortamento ou não de seu filho com anencefalia.

Todavia, a indagação central persiste: tem a gestante autonomia privada para decidir pelo abortamento de fetos com anencefalia ou se cabe ao Estado previamente estabelecer a melhor conduta em tais casos.

A *priori*, a conduta de aborto que não estivesse incluída nas exceções expostas no Código Penal seriam tipificadas como crime contra a vida. Existem correntes fortes que defendem a

liberdade de decisão da gestante, inclusive com julgamentos favoráveis a esse pensamento. Paralelo a isto tem-se que, para o Direito, a vida termina com a morte cerebral.

Como ilustração, neste primeiro Capítulo, vale a pena observar tabela demonstrada pelo Defensor Público do Rio Grande do Norte, Manuel Sabino Pontes em artigo publicado em setembro de 2005, “A anencefalia e o crime de aborto” em que apresentou 263 casos, com os respectivos embasamentos jurídicos, em que o Ministério Público opinou pelo deferimento ou não do alvará que autoriza a interrupção da gravidez:

Tabela I: Embasamento jurídico da sentença judicial e do parecer da promotoria favorável a pedido de aborto seletivo.

<i>Embasamento jurídico no deferimento</i>	Juízes	MP
Inexibibilidade de conduta diversa	1	2
Artigo 5º. da Constituição	3	4
Preservar a higidez psíquica da gestante	63	41
Inexibibilidade de conduta diversa + Preservar a higidez psíquica da gestante	1	2
Inexibibilidade de conduta diversa + Artigo 5º da Constituição + Preservar a higidez psíquica da gestante	7	5
Preservar a higidez psíquica da gestante e autorização do aborto pelo art. 128	17	5
No Artigo 5º. da Constituição + art. 3º, Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária e art. 1104 e seguintes do Código Penal	78	32
Estado de Necessidade + Aplicando-se analogia "in bonam parte" usando art. 124 CP c/c o Art. 128,I e II + Artigo 5º. da Constituição	1	4
Autorizar o aborto nos termos do art. 128,I e II do CP	39	24
Aplicando-se analogia “in bonam parte” usando art. 124 CP c/c o Art. 128,I e II	13	29
No Artigo 5º. da Constituição + art. 3º, Código de Processo Penal e princípios gerais do direito nos princípios de jurisdição voluntária	6	5
Não há crime em realizar o aborto pois o feto não tem mais vida a ser tutelada	6	3

Não encontra amparo no direito normativo	3	2
Sem acesso a informação / julgado na 2 ^a . Instância	12	43
TOTAL	250	201

Fonte: A anencefalia e o crime de aborto. Artigo publicado em setembro de 2005 por Manuel Sabino Pontes.

Tabela II: A argumentação dos juízes e promotores contra a autorização do aborto seletivo.

<i>Embasamento jurídico no indeferimento</i>	Juízes	MP
Não se opõem desde que haja risco de vida materna	0	1
Não configura estado de necessidade	4	5
Não encontra amparo no direito normativo	9	53
Inviolabilidade do direito à vida	0	3
TOTAL	13	62

Fonte: A anencefalia e o crime de aborto. Artigo publicado em setembro de 2005 por Manuel Sabino Pontes.

A discussão, portanto, fora aberta juridicamente.

Nesse sentido, a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) impetrou em 2004 com ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) com o objeto de se permitir a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, posto que a legislação brasileira não havia descriminalizado tal conduta, sendo portanto espécie de aborto não excepcional, logo, penalmente, tratava-se de crime.

O Supremo Tribunal Federal julgou, no mês de abril de 2012, pela procedência da ADPF 54, decidindo pela constitucionalidade de uma terceira hipótese de exceção ao art. 128 do Código Penal, permitindo, assim, a prática de abortamento *in casu*.

Em suma, foi exigido por expressiva parcela da sociedade que fosse considerado aquilo que era ético para o corpo social, ou melhor, a busca pela compreensão do que a coletividade preserva como axioma.

Desse modo, ao atender o pleito da comunidade civil pode-se conquistar aquilo que é justo, uma vez que segundo a professora Maria Helena Diniz “a norma existe para alcançar o valor maior que é a Justiça”.

Citando trecho do artigo “Reflexos do dissenso moral sobre o uso de células-tronco embrionárias no direito penal brasileiro” das professoras Maria Auxiliadora Minahim e Mônica Aguiar tem-se:

“[...] as sociedades contemporâneas são marcadas pela pluralidade moral e, conseqüentemente, pela busca de alternativas para afirmação intersubjetiva de sua compreensão de mundo. Um caminho possível para convivência entre os diferentes grupos morais passa pelo encontro e revelação dos pontos mínimos de contacto que possam ser compartilhados com vistas a possibilitar as bases de uma normatização comum. A harmonização dos interesses, portanto, seja dos indivíduos, ou dos grupos entre si, e os destas ordens com os gerais ou públicos, é considerada a tarefa básica de uma sociedade política [...]” (MINAHIM e AGUIAR, 2010)

Para a compreensão do que tem valor a ser cuidado para uma sociedade, como explicitado, é de grande valia o peso do conhecimento médico, da ética filosófica, das crenças religiosas ainda que em um estado laico e, por fim, as conseqüências jurídicas.

Assim sendo, a reflexão que se faz é a de que a decisão pela manutenção ou não da gestação de um ser humano anencéfalo devia e ainda deve obrigatoriamente passar pelo conjunto de valores que tem a sociedade brasileira bem como suas implicações jurídicas para, com a devida cautela, normatizar a respeito do tema para o alcance da almejada Justiça, levando em consideração a harmonização de interesses e a revelação de pontos mínimos de contato entre os diversos grupos morais.

1.3. Relações Sociais

Em assim sendo, o presente estudo analisa os valores jurídicos existentes no corpo da sociedade, bem como suas implicações sociais de maneira sucinta. Merece destaque ainda a influência da temática que trata da evolução tecnológica, do conteúdo do simples cotidiano dos indivíduos, chegando, por fim, na determinação da sociedade por escolhas que tocam o interesse pela preservação da vida humana, esbarrando em discussão jurídica de alta relevância.

Desse modo, chama a atenção as definições e entendimentos trazidos por alguns filósofos tais como Kant e Cossio e, ainda, ensinamentos trazidos por Paulo Bezerra em duas de suas obras.

As transformações sociais, as modificações dos valores por conta dos avanços científicos e, ainda, os choques e interrelações culturais trazem consequências diretas para o mundo do Direito.

Nesta medida, este Capítulo apresenta uma proposta de solução dos conflitos que envolvem os valores diversos pelos membros inseridos na sociedade pautadas inclusive na obra de Cárcova, posto que o pluralismo das relações sociais é de quantidade infinita e merece atenção diferenciada.

De pronto, vale observar a discussão sobre os axiomas feita pelo referido autor, em sua obra “*La Opacidad Del Derecho*”, quando cita Carbonnier:

“Dos axiomas cierran sus análisis: a) El derecho es mayor que la regla de derecho, com lo que vuelve a la idéia del derecho vivo de Ehrlich; y b) el derecho es menor que el conjunto de relaciones entre los hombres, con lo que levanta una justificada prevención respecto de toda y cualquier tentación panjuridicista.” (CÁRCOVA, 1998, p.70-71)

O reconhecimento da importância das relações sociais entre os indivíduos é fundamental para que tenham guarida de toda a sociedade e fortaleçam as ideias trazidas neste trabalho.

1.4. Senso comum e Direito

A discussão que se apresenta quanto à significação do senso comum se torna necessária na medida em que tal expressão denota o conjunto de opiniões tão geralmente aceitas em época determinada, que as opiniões contrárias aparecem como aberrações individuais.

A história demonstra que ir na contramão daquilo que é estabelecido pelo senso comum pode resultar em um processo discriminatório tão relevante que exclui o indivíduo discordante do seio social.

Nesse sentido, notável exemplo das consequências para aqueles que vão de encontro ao regramento social, ou culturalmente aceito, é o marcante episódio de Galileu, tendo em vista

que em seu tempo o senso comum considerava que a Terra era o centro do Universo e que o Sol girava em seu torno. Todavia, ao averiguar o equívoco e afirmar que era a Terra que girava em volta do Sol, Galileu quase fora condenado a morte.

Esse ponto tem correspondência com as valorações observadas em um determinado grupo social, posto que são formadas pelo próprio senso comum oriundos da cultura, dos costumes, da moral e mesmo da linguagem utilizada.

O Desembargador do TRT de Santa Catarina, José Ernesto Manzi argumenta quando trata de senso comum jurídico que “criaram-se determinados ‘lugares comuns’ jurídicos – cada vez mais utilizados e variados, para ‘aumentar a segurança jurídica’ e a ‘celeridade na prestação jurisdicional.” (MANZI, 2012)

Acrescenta Manzi que, por alguma razão, são usados na medida e também além da medida, mesmo que para isso seja necessário o ignorar de fatos, ou o aparar determinadas arestas, para que o caso concreto se aplique ao molde e, com isso, permita fazer vicejar a autoridade de uma súmula, por exemplo e, com isso, obter a decisão de primeiro grau (e a decisão recursal, com enorme possibilidade de mantê-la) a autoridade própria das Cortes Superiores. (MANZI, 2012)

Paulo Bezerra afirma que os fins almejados pelo direito são diversos e dentre eles estão a ordem, a segurança, a paz social e a justiça. Assim sendo, tem-se que as normas jurídicas se pautam por tais valores e estes apresentam uma hierarquia. (BEZERRA, 2008, p.10)

Deste modo, o regramento social depende diretamente dos membros da sociedade para que se direcione a normatização das condutas e, portanto, a sua aceitabilidade é colocada em pauta.

1.5 Valores sociais em sentido estrito

Diante do exposto, averigua-se a importância dos valores para o ser individualmente e, por conta disso, os membros da coletividade tendem a aceitar ou refutar determinadas regras jurídicas.

Sendo assim, de acordo com Bezerra, se existe no homem invariáveis axiológicas que lhes são incorporadas ao longo do tempo e, no direito, se incluem também constantes axiológicas

culturais e, ainda, se toda coletividade manifesta suas preferências em relação a valores nela existentes e a sua lista não está totalmente composta, em determinado momento haverá conflitos sociais. (BEZERRA, 2008, p.17)

Logo, transpondo tal situação para os processos decisórios de cunho jurídico, existirá uma quantidade significativa de métodos que tentarão pacificar os conflitos.

De acordo com Carlos Cossio, no livro “La valoración Jurídica y La Ciencia del Derecho” (1954), destaca-se a relevância da utilização dos métodos interpretativos que ao serem transportados para o Direito, poderão ser usados pelo juiz para compreender o sentido da lei que será aplicada em casos concretos.

Cossio sugere a adequação objetiva entre determinado método e o respectivo objeto, averiguando a esfera de influência e a correspondência entre método e objeto:

“En esta adecuación objetiva de los métodos interpretativos, que hasta ahora jamás se había estudiado, radica el principio general de solución de nuestro problema.” (COSSIO, 1954, p. 5)

De acordo com pensamento de Cossio, a questão passa a ser de legitimar cada um dos métodos envolvidos e para tanto deve haver um princípio maior, qual seja, a valoração jurídica:

“Esse objeto privilegiado para la interpretación judicial de la ley y al que sólo se puede tratar con el Método dogmático, lo hallamos nosotros en la valoración jurídica. La valoración jurídica como supraordinación de síntesis metódica es, pues, el principio especial de solución de nuestro problema.” (COSSIO, 1954, p. 6)

Ainda no que diz respeito aos valores jurídicos, vale salientar passagem do livro “Acesso à Justiça”, de Paulo Bezerra, que os condiciona a outros valores do homem:

“Dentre os valores que o homem busca realizar, estão aqueles que se convencionou chamar de valores jurídicos. Isso demonstra a existência de uma axiologia jurídica, ou seja, de uma teoria dos valores aplicadas ao direito.” (BEZERRA, 2008, p. 9)

Acrescenta ainda Bezerra trecho de Radbruch ao relacionar os valores com o direito nos seguintes dizeres: “o direito só pode compreender-se no círculo da conduta impregnada de valor.” E arremata transcrevendo:

“[...] o direito é um fenômeno cultural, é dizer, um elo relacionado a um valor. O conceito de direito só pode determinar-se como conjunto de dados, cujo sentido esteja na realização da ideia de direito.” (BEZERRA, 2008, p. 9)

Tem-se que colocar em foco, então, que a valoração jurídica envolve os aspectos culturais do homem e, por conseguinte, se evidenciarão as implicações morais de cada ato decisório no campo do Direito.

1.6. Compreensão do Direito

Valores jurídicos tais como a ordem, a segurança, a liberdade, a justiça sofrem influência direta do entendimento dos indivíduos acerca desses conceitos. Portanto, é relevante que se considere na pauta de discussões dos referidos valores a compreensão real daquilo que está sendo revelado.

Neste sentido, ressaltam-se novamente os aspectos culturais pelos quais o indivíduo está inserido, sob pena de não atingir a necessária compreensão de determinado axioma, segundo enuncia Cárcova no livro *La opacidad del derecho*, ao citar Zaffaroni, afirmando o seguinte:

“Piensa que el condicionamiento cultural y su entidad están vinculados, em mayor o menor medida, com los respectivos contextos culturales escindidos. Cuanto mayor se ala separación, menor será la posibilidad de comprensión.” (CÁRCOVA, 1998, p. 79)

Cárcova vai mais além, quando determina que, para averiguar uma situação de litígio, em que valores são confrontados, deve-se analisar as características pontuais e culturais nas quais o indivíduo está inserido e quais circunstâncias o levaram a tomar aquela atitude determinada:

“Será necesario analizar las características de cada caso, teniendo em cuenta las condiciones del sujeto, su grado de instrucción, el médio cultural al que pertenece, la actividad que desempeña, la culpabilidad, las circuntancias del hecho, las contradicciones de la jurisprudência o de los reglamentos, la oscuridad de la ley, etc.” (CÁRCOVA, 1998, p. 79)

Saliente-se, no entanto, que cada indivíduo não só tem planos de vidas diferentes, mas também, de acordo com John Rawls “existe uma diversidade de crenças filosóficas e religiosas, e de doutrinas políticas e sociais.” (RAWLS, 2002, p. 138)

Assim, as valorações são de cunho individual na medida em que cada ser encontra-se num posição diferente do outro. Contudo, se considerarmos posições igualitárias, as percepções podem ser coincidentes. Segundo Darlei Dall’Agnol:

“[...] se nós valoramos algo como sendo bom, mau, agradável etc. considerando alguns dos seus traços naturais, então, dado um estado de coisas indêntico, *ceteris paribus*, ele *deve* ser avaliado do mesmo modo. Isto significa que noções valorativas dependem, são supervenientes, sobre as propriedades naturais.” (DALL’AGNOL, 2004, p. 134)

Nessa perspectiva de posição idêntica dos indivíduos numa sociedade para se obter valorações razoavelmente equilibradas, pode-se inferir a necessidade da busca por uma condição de igualdade para se interpretar o objeto. Todavia, saliente-se, as diversidades culturais e individuais dificultam tal ocorrência.

1.7. Necessidade de debates interdisciplinares

A partir das considerações feitas neste texto, tem-se que as formas de decidir também são oriundas dos aspectos padronizados para os quais os juristas foram habituados a agir na esfera jurídica, por conta do meio social em que estão inseridos. Isto deve ser destacado posto que a realidade dos fatos pode sofrer fortes mudanças de realidade até então desconhecidas pelos operadores do Direito.

No que diz respeito aos avanços científicos, por exemplo, a postura do magistrado deve ser adaptável à disseminação dos conhecimentos científicos que terminam por influenciar as relações dos particulares.

Quando da promulgação do Código Penal (CP) brasileiro e, por conseguinte, seu decreto em 07 de dezembro de 1942, nem todos os cidadãos tinha acesso na época ao aparato médico tecnológico que, mesmo de maneira rudimentar proporcionasse o conhecimento, por exemplo, da condição de saúde de um feto no útero materno ao ponto atual em que se consegue verificar a formação, inclusive, do sistema nervoso.

Isto posto, devido aos avanços da medicina nos exames de ultrassom e a sua popularização, a identificação de características do feto ainda no útero materno nos dias atuais, se discutiu em abril de 2012 no Supremo Tribunal Federal a possibilidade de decisão por interromper uma gravidez de nascituro com anencefalia, uma vez que o CP previa, até então, a possibilidade do procedimento tão somente em duas situações específicas: no caso de perigo de vida para a mãe ou nos casos em que gestante tenha sofrido estupro.

Desta forma, com a possibilidade de averiguação de gestação de feto com o diagnóstico de anencefalia, tendo em vista a disseminação dos avanços tecnológicos, outra esfera de questões é retomada acerca da interrupção ou não da gravidez. Tal discussão não deve ser restrita à concepção individualizada do magistrado pautada apenas num parecer médico isolado.

Neste estudo, verifica-se a importância da intervenção, por exemplo, dos denominados Comitês de Ética específicos para o exercício do Direito, que auxiliem os magistrados na tomada de decisão em casos tão delicados como o da possibilidade da interrupção da gravidez de feto com anencefalia, uma vez que a esfera exclusivamente judicial terá sérias dificuldades de optar por um posicionamento acertado, sem uma informação médico-científica adequada.

Tal caso ilustra a relevância que se deve fazer na averiguação de valores presentes no corpo da sociedade. Na obra de Stephen Jay Gould, “A Falsa Medida do Homem”, o autor revela a construção de (in)verdades a partir de estudos sobre o homem, baseadas em argumentos quantitativos da teoria evolucionista, em que se diferenciava uns seres humanos de outros, tendo Lombroso proposto reformas no âmbito da Criminologia:

“A maior parte dessas reformas vingou, e poucas pessoas sabem que o sistema moderno de liberdade condicional, de redução da pena e de indeterminação da sentença deriva em parte da campanha de Lombroso em favor do tratamento diferencial dos criminosos natos e dos ocasionais” (GOULD, 2003, p. 141)

Verifica-se a criação de verdades e, por conseguinte, a inserção de valores no meio social quando se diferencia um indivíduo de outro com o objetivo, em muitos casos, de beneficiar um determinado segmento da sociedade não estereotipado em oposição aos demais.

Em suma, o que deve ser considerado nas decisões de cunho jurídico é a percepção da sociedade do que seja ético.

Assim sendo, a decisão pela manutenção ou não da gestação de um ser humano anencéfalo deve respeitar os valores pertencentes à sociedade brasileira a fim de que, cuidadosamente e com o rigor preciso, se normatize a respeito do tema com o balizamento necessário ao alcance da Justiça.

Tais ideias são coadunadas ainda por Paulo Bezerra, em “A Produção do Direito no Brasil”, quando afirma que “da natureza do agrupamento social depende a natureza do direito, que a reflete e a rege” e destaca:

“Os clássicos, notadamente Montesquieu, no século XVIII, já haviam apontado, com maior clareza que os antigos, o fato de o direito depender da realidade social, notadamente no que se referia ao meio geográfico, apontando a ‘natureza das coisas como fonte primordial do direito’. Essa idéia também está devidamente trabalhada por Durkheim, para quem o direito é ‘o símbolo visível da solidariedade social’, e por seu seguidor direto, Lévy-Bruhl, quando diz que o direito é antes de tudo um fenômeno social e propõe a definição segundo a qual ‘o direito é o conjunto das normas obrigatórias que determinam as relações sociais impostas a todo momento pelo grupo ao qual pertence’.(BEZERRA, 2008, p.30)”

O próprio Rawls ao idealizar o véu da ignorância supõe que “as pessoas na posição original não têm informação sobre a qual geração pertencem.”(RAWLS, 2002, p.147) Para esse autor as restrições mais amplas impostas ao conhecimento são apropriadas, em parte porque as questões da justiça social surgem dentro das gerações e, entre elas, por exemplo, a conservação de recursos naturais e ambientais.

Recorre-se aqui, outra vez, às ideias trazidas por Cárcova, pois este explica a necessidade de compreensão sobre determinado objeto, posto que o conhecimento sobre a coisa não é suficiente. Por vezes, pode-se conhecer determinadas normas ou formas de agir em um segmento da sociedade ou grupo social, todavia a compreensão dessas situações não são inerentes a elas:

“Para poder comprender uma valoración [la antijuricidad lo es] no basta com que podemos conocerla, y ni siquiera basta com que tengamos conocimiento de la valoración [...] De esto se deduce

claramente que la comprensión no es el mero conocimiento, sino una instancia superior.” (CÁRCOVA, 1998, p.77)

Nesse ponto, para diferenciar o conhecimento de uma norma de sua real compreensão, vale trazer à baila exemplo dado pelo próprio Cárcova quando destaca o comportamento de alguns grupos sociais para os quais o matrimônio prematuro tem uma motivação econômica e/ou prática, em nome da sobrevivência dos seus membros. Esse modo de vida pode ser interpretado como um valor daquele agrupamento, todavia, quando um de seus membros migra para os centros urbanos em busca de melhores condições de vida, naturalmente, seguindo seus ancestrais, poderá desejar casamentos prematuros e o choque com o ordenamento jurídico que os impede de contrair tal matrimônio estará estabelecido.

Nessa esteira, Marcelo da Costa Pinto Neves conclui que o Direito é, além de produto social, um fator social e, ainda, cita William Evan que aduz:

“o jurídico emerge não somente para codificar costumes, morais ou ‘mores’ existentes, mas também para modificar a conduta e os valores presentemente existentes em uma sociedade particular” (EVAN apud NEVES, 1984, p. 114)

Deve-se averiguar de que forma as posições antagônicas contribuem para a formação do melhor entendimento, tendo em vista que não podem representar obstáculos. Nessa linha assevera Paul Ricouer:

“Assim, a hermenêutica filosófica deve mostrar como é que a própria interpretação advém ao ser no mundo. Há primeiro que tudo o ser no mundo, depois o compreender, depois o interpretar, depois o dizer. O carácter circular deste itinerário não deve deter-nos.” (RICOUER, 1975, p. 260)

Através do choque de pensamentos e ideias pode-se encontrar a solução dos problemas, uma vez que passam a ser enxergados mais de perto, sob diversos pontos.

Por tudo quanto aqui exposto, verifica-se que nem tudo que é colocado ao conhecimento do indivíduo será por ele compreendido. Neste sentido, surge a ideia da quebra de paradigmas no modo de conhecer, avaliar e compreender determinada situação, por exemplo, juridicamente litigiosa.

O magistrado ao se deparar com situações novas, não previstas pelo ordenamento jurídico pátrio terá que decidir conforme os pressupostos estabelecidos pelos princípios e os costumes. Contudo, determinadas circunstâncias terão um grau de influência maior sobre o aspecto íntimo do juiz, uma vez que é observador daquele objeto.

O jurista conhece a legislação e tem preconcebido seus entendimentos sobre essa ou aquela circunstância quando deparadas e questionadas no Direito. Ocorre que as alterações científicas trazem novas situações ainda não vivenciadas ou pensadas pelos operadores jurídicos e nem mesmo pelo Legislador. Do ponto de vista filosófico, Kuhn trata da quebra dos paradigmas e acrescenta:

“Ao aprender um paradigma, o cientista adquire ao mesmo tempo uma teoria, métodos e padrões científicos, que usualmente compõem uma mistura inexplicável. Por isso, quando os paradigmas mudam, ocorrem alterações significativas nos critérios que determinam a legitimidade tanto dos problemas como das soluções propostas” (KUNH, 2003, p. 144)

Por consequência, em períodos de mudanças, quando se altera a tradição científica normal, a percepção que o cientista tem de seu meio ambiente também deve ser reeducada, assim como o magistrado para as novas situações jurídicas que lhe são defrontadas. (KUNH, 2003, p. 148)

Diante desse quadro, a determinação de um método para a formação de consciência e decisão no campo jurídico para as mais diversas situações ainda se apresenta como a solução satisfatória. Assim a tentativa de se conhecer os fatos observados socialmente é via alternativa para se aproximar de julgamentos justos.

1.8. Características e casos individuais

Portanto, tem-se que as valorações jurídicas sofrem influências diretas do corpo social a que pertencem. Nessa linha, a maneira pela qual são elaboradas as normas positivadas não pode atender isoladamente a um determinado segmento da sociedade.

A necessidade da verdadeira compreensão dos valores incutidos na coletividade deve ser colocada em pauta, tendo em vista que a busca pela justiça tem que ser o norte de quaisquer ordenamentos jurídicos.

Com o objetivo de solucionar conflitos, a valoração jurídica deve ser colocada para a sociedade com elementos básicos de regulação, contudo, a interação com os costumes, hábitos e moral que advém dela deve ser objeto de constante atenção.

O regramento jurídico não pode ser uma imposição unilateral daqueles que estão no poder para os demais segmentos sociais, o que de pronto afronta a proposta do véu da ignorância de Rawls em que se busca visões equilibradas com a observação de diversos ângulos sobre um mesmo objeto.

Embora sem perfeição e ainda que seja desconsiderada proposta da posição original pelos operadores do Direito, pertinente é o pensamento de Cárcova que destaca a necessidade de analisar as características de cada situação e pessoas envolvidas quando postas sob o julgamento do Estado.

Tal proposta para solução de conflitos muita se assemelha com a dosimetria da pena observada no artigo 59 do CP. Contudo ela vai mais além. Destina-se a averiguar a origem cultural e o histórico de cada indivíduo para a devida adequação de valores, tentando a desejada Justiça.

1.9 Ativismo Judicial

Vale a pena o lançar de olhos ao fenômeno conhecido como ativismo judicial, bem estudado pelo professor Elival da Silva Ramos em sua obra “Ativismo Judicial – parâmetros dogmáticos” (2010), uma vez que analisa alguns pontos importantes do exercício da função jurisdicional, sendo crucial para o caminho defendido por este trabalho no que tange à hermenêutica jurídica.

Ramos ensina que o Estado democrático nasce sob o signo da juridicização do poder, chamando a atenção para o fato de que se, por um lado, importa no reconhecimento de que a origem do ordenamento jurídico se dá a partir de um ato de soberania, o qual, por conseguinte, não pode ser por aquele limitado ou condicionado; por outro, consubstancia uma proposta de institucionalização do poder, que passa a ser exercido pelos órgãos indicados na Constituição e na forma por ela prescrita e, ainda, pelas normas de conteúdo por ela antecipadamente impostas.

Destaca que dado ao êxito do movimento jurídico-político que ficou conhecido como constitucionalismo, o Estado submetido ao direito se tornou sinônimo de Estado Constitucional, em que uma das peças-chave, inquestionavelmente, é o princípio da separação dos Poderes.

Assim, ao deter-se no percurso histórico, de valoração da sociedade, pela separação dos Poderes, verifica-se que embora possa encontrar desde a Antiguidade alguns elementos que viriam a compor o núcleo do princípio, o certo é que apenas com as revoluções liberais do século XVIII lhe foi conferida a formulação com a qual se tornou conhecido, especialmente a partir da obra de Montesquieu, *O espírito das leis*. (RAMOS, 2010, p. 111)

Ramos alude que, até os albores da Idade Moderna, prevaleceu a ideia de que o êxito de um sistema de governo, no sentido de maior favorecimento ao bem comum, dependia antes da distribuição de seu exercício entre as principais forças sociais de que o rateio das funções estatais entre diferentes órgãos de poder, vale dizer, antes da concretização do ideal do governo misto do que da separação de Poderes. (RAMOS, 2010, p. 111)

Frise-se que, segundo Noberto Bobbio, “em seu significado original, o Governo misto é o resultado da distribuição do poder entre as diversas forças, cuja colaboração há de servir para manter a concórdia necessária à convivência civil”, enquanto que “a separação dos poderes resulta, em vez disso, da distribuição das três funções principais do Estado legislativa, executiva e judiciária por órgãos diversos.” (BOBBIO, 2000, p. 559)

Segue mencionado que no Capítulo VI do Livro XI, de *O espírito das leis*, Charles Louis de Secondat, a pretexto de descrever a Constituição da Inglaterra, faz a defesa enfática da monarquia limitada, em que as três funções estatais então por ele identificadas (legislativa, executiva e judiciária) são atribuídas a órgãos distintos, dotados de prerrogativas de independência institucional (Poderes), disso resultando um sistema de freios e contrapesos inibidor de abusos e altamente benéfico à liberdade individual. (RAMOS, 2010, p. 112)

Diante disso, enfatiza Ramos, o princípio da separação dos Poderes parte da identificação das principais funções a serem desempenhadas pelo Estado, para a consecução de seus fins. (RAMOS, 2010, p. 112)

Jorge Miranda, ao fazer a correlação entre as funções e fins do Estado, faz alusão à função no sentido de tarefa ou de atividade e destaca:

“A tarefa não é mais que um fim do Estado concretizado em certa época histórica, em certa situação político-constitucional, em certo regime ou Constituição material. Por seu turno, a função enquanto actividade (a descobrir por via de uma análise espectral da obra do Estado, dos seus órgãos, agentes e serviços) não vem a ser senão um meio para atingir esse fim, qualificado sob certo aspecto; e, se a tarefa implica a adstrição de um comportamento (positivo), tão pouco a actividade existe por si mesma”. (MIRANDA, 1997, p. 9-10)

Registre-se que considerar o princípio da separação dos poderes significa respeitar o caminho histórico percorrido e valorado pela seio social na busca pelo equilíbrio na divisão dos poderes legitimados pela própria coletividade e que terá importância especial na análise da temática objeto deste trabalho nos próximos capítulos.

CAPÍTULO 2 - PRINCÍPIOS NO DIREITO

Após a abordagem feita anteriormente no que se refere à compreensão do Direito e à valoração jurídica advinda do corpo social, busca-se fazer, neste Capítulo, uma breve e necessária apresentação da evolução dos direitos individuais, passando pelo Constitucionalismo e chegando à “era do ouro” da invocação dos princípios gerais do Direito. Por fim, enfrenta-se a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e decisões judiciais, especialmente da autorização do aborto de anencéfalos pelo Supremo Tribunal Federal.

Deste modo, vale inicialmente, citar Norberto Bobbio o qual, na sua obra “Era dos Direitos”, enfatiza uma mudança histórica na observância dos direitos dos cidadãos por conta da Revolução Francesa e, por conseguinte, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 (BOBBIO, 2004. p.93).

Sustenta Bobbio que, a partir da referida Declaração o ponto de vista para dar uma solução ao eterno problema das relações entre governantes e governados é o indivíduo, destaque-se, o indivíduo singular, considerado como o titular do poder soberano, na medida em que, no hipotético estado de natureza pré-social, ainda não existe nenhum poder acima dele, contrariamente a tempos remotos em que os súditos se limitavam a atender as obrigações impostas pelos governantes. (BOBBIO, 2004. p.93)

Assim sendo, tem-se que dessa inversão nasce o Estado moderno, inicialmente liberal, no qual os indivíduos que reivindicam o poder soberano são apenas uma parte da sociedade; depois o democrático, no qual são potencialmente todos a fazer a reivindicação; e, finalmente, o social, no qual os indivíduos, todos transformados em soberanos sem distinções de classe, reivindicam, além de direitos de liberdade, os direitos sociais, que são igualmente direitos dos indivíduos. (BOBBIO, 2004. p.93)

Percebe-se, uma inversão na verticalização de obrigações e direitos, tendendo a uma horizontalização e paridade em meio aos termos. O indivíduo que antes tinha somente obrigações para com o soberano passa a gozar de direitos os quais o governo, precisamente em consequência desses direitos, obriga-se a garanti-los. Desse modo, como mencionado

antes, a relação tradicional entre direitos dos governantes e obrigações dos súditos, leia-se cidadãos, é invertida.

Ainda segundo Bobbio, o conceito de democracia, portanto, é inseparável do conceito de direitos do homem haja vista que para a existência da democracia é imprescindível que sejam reconhecidos e garantidos aos cidadãos os direitos individuais de que são portadores. Defende a argumentação com ideia de que a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos. Dessa maneira, justifica-se o princípio da maioria que é a regra fundamental para que se reconheça uma decisão como democrática.

Assim sendo, o estágio atual de garantias individuais foi uma conquista alcançada ao longo da história e encontra nos princípios, que são máximas de otimização de direitos, os verdadeiros norteadores jurídicos das relações entre Estado e cidadão, instituições e cidadãos e entre cidadãos e cidadãos, sobretudo, com a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, averigua-se ainda, por exemplo, como as pesquisas sociais, aquelas que envolvem seres humanos nas suas respectivas experiências, podem trazer benefícios à sociedade sem que, para tanto, se sacrifique desproporcionalmente interesses e garantias individuais.

Não obstante o reconhecimento de garantias individuais para a predominância da democracia, observa-se a busca por setores da sociedade, em especial, do meio jurídico, pelo ativismo judicial. Deve-se frisar que tal fenômeno provem dos sistemas constitucionais, como destaca Elival da Silva Ramos:

“Se não se pode afirmar que o ativismo judicial esteja necessariamente associado a Estados cujas Constituições adotam como dogma a independência e harmonia entre os Poderes, não é menos verdadeiro que a identificação do fenômeno, em geral, provenha desses sistemas constitucionais. Com efeito, nos Estados democráticos a subversão dos limites impostos à criatividade da jurisprudência, com o esmaecimento de sua feição executória, implica a deterioração do exercício da função jurisdicional, cuja autonomia é inafastável sob a vigência de um Estado de Direito, afetando-se, inexoravelmente, as demais funções estatais, máxime a legiferante, o que, por seu turno, configura gravíssima agressão ao princípio da separação dos Poderes” (RAMOS, 2010, p. 120)

Clara e evidente a preocupação principiológica do referido autor, sobretudo a almejada reverência deste trabalho ao princípio da separação dos poderes, tendo como objetivo a estabilidade do Estado Democrático de Direito.

2.1. Necessidade de invocação dos princípios

Ao tratar a temática acerca da evolução histórica e consequente garantia dos direitos do homem, imperioso fazer uma abordagem das relações entre o Estado e o cidadão até a conquista de direitos e garantias individuais observadas nas constituições de inúmeros países, em particular, no Brasil.

Desse modo, afirma Dirley da Cunha Júnior, surge o constitucionalismo vinculado à noção e importância da Constituição que aquele movimento pretende realizar e o ideal de liberdade humana com a criação de meios e instituições necessárias para limitar e controlar o poder político, independente de época e lugar, opondo-se, desde sua origem, a governos arbitrários, o que já demonstra uma modificação no modo de ver e pensar a relação entre os cidadãos e os governantes (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 33).

Tal desenvolvimento das ideias constitucionalistas tem relevância já na República romana (V a II a.C.), sobretudo por existir um sistema de freios e contrapesos para dividir e limitar o poder político (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 35). Aduz, ainda, o mesmo autor que o constitucionalismo moderno durante o século XVIII até meados do século XX permaneceram inquestionáveis, a partir dos ideais iluministas da limitação do poder, quando surge, na Europa, um novo pensamento constitucional voltado a reconhecer a supremacia material e axiológica da Constituição e a condicionar a validade e compreensão de todo o Direito. Ressalta, inclusive, que esse pensamento, recebeu a sugestiva denominação de neoconstitucionalismo, proporcionando o florescimento de um novo paradigma jurídico: o Estado Constitucional de Direito.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo representa o novo constitucionalismo, contemporâneo, que surgiu por conta das atrocidades cometidas na segunda guerra mundial, tendo ensejado um conjunto de transformações responsável pela definição de um novo direito constitucional, fundado na dignidade da pessoa humana (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 40).

O neoconstitucionalismo provocou uma mudança dos textos constitucionais contemporâneos. No passado, as Constituições se limitavam a estabelecer os fundamentos da organização do Estado e do Poder, enquanto que os textos constitucionais do pós-guerra inovaram com a incorporação explícita de valores, com ênfase na promoção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, além de opções gerais, como a redução das desigualdades sociais, e específicas, como a obrigação de o Estado prestar serviços na área da educação e saúde. (CUNHA JÚNIOR, 2011, p. 41)

De acordo com a obra “Perspectivas Constitucionais” com a organização de Jorge Miranda permite-se distinguir normas jurídicas, que são regras, daquelas que são princípios. Acrescenta que as regras caracterizam-se por ter uma estrutura lógico-deôntica constituída pela descrição de uma hipótese fática e a previsão da consequência jurídica de sua ocorrência, enquanto que os princípios não oferecem semelhante tratamento de situações jurídicas, mas sim a prescrição de um valor, que por esse meio adquire validade jurídica objetiva, ou seja, em uma palavra, positividade. (MIRANDA, 1996, p. 249)

A importância dos princípios citada pelo autor é de tal modo que mesmo em rota de colisão quando um princípio irá ser privilegiado em detrimento do outro, todos se mantêm íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e pontualmente, em sua eficácia (MIRANDA, 1996, p. 252).

Miranda pontua que o princípio da proporcionalidade determina que se estabeleça uma correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado, o qual deve ser juridicamente a melhor possível. Segundo o autor, isso significa que, acima de tudo, não se fira o conteúdo essencial de direito fundamental, com o desrespeito intolerável do valor/princípio que o define: a dignidade humana (MIRANDA, 1996, p. 259).

Ainda na obra Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, o autor esclarece que os direitos fundamentais não passam de direitos humanos positivados nas constituições estatais e que, nessa perspectiva, existe forte tendência doutrinária em reservar a expressão *direitos fundamentais* para designar os direitos humanos positivados em nível interno, enquanto a concernente a *direitos humanos* no plano das declarações e convenções internacionais. Corroborar com tal corrente Ingo Wolfgang Sarlet:

“Em que pese sejam ambos os termos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de

que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).” (SARLET, 2006, p. 35 e 36)

E ainda no plano formal e material, Jane Reis Gonçalves Pereira distingue:

Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo. (PEREIRA, 2006, p. 77)

Defende Cunha Júnior que o melhor critério a partir do qual se permita construir com relativa precisão um conceito material de direitos fundamentais ou direitos humanos positivados e que possibilite identificá-los por um conteúdo comum, é a dignidade da pessoa humana.

O mesmo autor ainda enfatiza tal critério da dignidade da pessoa humana na medida em que, materialmente, os direitos fundamentais devem ser concebidos como aquelas posições jurídicas essenciais que explicitam e concretizam essa dignidade, e nisso residira, sem dúvida, a sua fundamentalidade material. Sendo assim, ratifica que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui critério unificador de todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau.

Daí a importância dos princípios e vale frisar passagem de Ronald Dworkin para quem princípio é um padrão a ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas por ser uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão de moralidade (DWORKIN, 2002, p. 36).

Ainda no que se refere à relevância dos princípios no campo jurídico, observe-se passagem do artigo “A responsabilidade civil e o princípio do poluidor-pagador” de Fabíola Santos

Albuquerque que menciona ensinamento de Canotilho ao aduzir que “o sistema jurídico é um sistema normativo formado por normas onde princípio e regra são espécies” e busca a distinção entre princípios e regras:

“[...] os princípios são *standards* juridicamente vinculantes radicados nas exigências de *justiça* (DWORKIN) ou na *ideia de direito* (Larenz); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional.” (ALBUQUERQUE, 1999)

Albuquerque, com base em Álvaro Mirra acrescenta que "os princípios prestam importante auxílio no conhecimento do sistema jurídico, no sentido de uma melhor identificação da coerência e unidade que fazem de um corpo normativo qualquer, um verdadeiro sistema lógico e racional". Isto evidencia a pertinência para com a coesão do ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista a quantidade de leis esparsas no sistema normativo brasileiro.

Enfatiza Albuquerque que “os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes”, lembrando que consoante reza o art 4º da LICC, "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito". Arremata citando Tercio Ferraz:

“Os princípios, como se vê, são enunciados diretores da atividade humana juridicamente considerada”. (ALBUQUERQUE, 1999)

A relevância dos princípios é evidenciada por Fabíola Santos Albuquerque quando analisa, inclusive, o novo Direito de Família, em especial a guarda compartilhada dos filhos. Esta encontra fundamento nos princípios constitucionais, informadores do direito de família, quais sejam: o da convivência familiar, o da unidade familiar, o do melhor interesse da criança, o da igualdade entre os cônjuges, sem esquecer-se do macroprincípio da dignidade da pessoa humana. (ALBUQUERQUE, 2006, p. 27)

Depreende-se do exposto que os princípios, consideradas neste trabalho como máximas de otimização, recebe o encargo de diretores da atividade humana no campo do Direito.

Portanto, as normas legais ordinárias, tendo em conta o postulado da supremacia da Constituição, da qual fala Hans Kelsen, devem ser ainda confrontadas com os princípios e regras nela abrigados, pois dela é aquelas retiram sua validade. (KELSEN, 2003, p. 102)

Cunha Júnior conclui com a ideia segundo a qual o princípio da dignidade da pessoa humana pode, com efeito, ser tido como critério basilar, embora não exclusivo, para a construção de um conceito material de direitos fundamentais.

2.2 Dignidade da pessoa humana e proteção das minorias

Uma vez elucidada a importância dos princípios - vale dizer que eles são tomados a sério como normas obrigatórias - aponta Edilson Pereira de Farias suas duas funções básicas -, os princípios como instrumentos hermenêuticos e os princípios como normas de condutas. (FARIAS, 2008, p.49)

De acordo com o referido autor, a função hermenêutica dos princípios serve de guia para a solução dos conflitos e de limites da interpretação arbitrária, enquanto que a função regulativa define que o princípio é *lex* e não apenas *ratio legis*. Posto isto, observe-se Edilson Pereira de Farias:

“Em suma, nessa função regulativa, os princípios cumprem o papel de *lex* e não apenas de *ratio legis*. Vale frisar, como normas de conduta e não como simples critério justificador ou orientador da aplicação de outras normas.” (FARIAS, 2008, p. 50 e 51)

Os princípios vivem a “era do ouro”, ou seja, a sua invocação deixa de ser opcional para situações em que o legislador deixou alguma normatização em branco e passa a ser necessária mesmo nos casos em que há norma legal específica sobre o tema. Desse modo, o princípio balizador da dignidade da pessoa humana tem ainda maior relevância nos dias atuais.

Segundo Eduardo Appio (2008), a dignidade da pessoa humana tem sido considerada núcleo essencial em diversos países que demonstram deferência à democracia constitucional, como no caso da Alemanha, onde tal princípio está diretamente relacionada à liberdade dos indivíduos. Frise-se, assim, que, após a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de proteger as minorias, aqui entendidas como aquelas parcelas da população em situação de inferioridade em relação a outro grupo em posição de privilégio, foi reforçada pela constatação de que existe uma propensão do ser humano a exercer o papel de opressor.

Ressalte-se que os direitos fundamentais não são um tema exclusivamente identificado com as correntes ideológicas de matizes liberais, que buscam a defesa do indivíduo perante o

exercício do poder estatal, sendo, também, reivindicados pelas mais diversas correntes políticas e filosóficas existentes nas pluralistas sociedades contemporâneas, constituindo-se em elementos essenciais para a democracia.

A democracia aqui é entendida como aquele regime político que, além de adotar o critério da maioria para a tomada de decisões essenciais numa sociedade pluralista, reconhece o respeito à liberdade de crítica individual e das minorias, posto que sem elas as maiorias não podem existir do modo que funcionam e nem legitimar-se por essa via. (FARIAS, 2008, p. 77)

A dignidade da pessoa humana assume o valor nuclear de diversos sistemas jurídicos, organizados funcionalmente para a sua manutenção, a partir da proteção das minorias. (APPIO, 2008, p. 197) No que tange a este tema, acrescenta o professor Edilsom que:

“(...) hodiernamente os direitos fundamentais exercem o nobre papel de proteger os indivíduos e as minorias, impedindo, assim, que o critério da maioria converta-se num princípio absoluto, desviando a função legitimadora da soberania popular.” (FARIAS, 2008)

Edilsom Pereira de Farias cita ainda Pontes de Miranda, para quem os direitos fundamentais protegem a minoria da maioria eventualmente eleita no sentido de que amparam “os que votaram e perderam, e os que não puderam votar e não votaram”. Conclui com o argumento de Ronald Dworkin para quem permitir à maioria julgar em causa própria parece contraditório e injusto.

Tais ideias reforçam os argumentos pelos quais as minorias e, sobretudo, o indivíduo inserido na sociedade, têm cada vez mais seus direitos resguardados, com a tutela do Estado que garanta o exercício de tal conquista.

2.3. Aplicação de princípios nos diversos ramos do Direito e Bioética

Para enfatizar a demanda acentuada e necessidade de invocação dos princípios nos mais diversos ramos do Direito e, em especial, na Bioética, destacam-se algumas máximas de otimização que norteiam esse campo de estudo. Desse modo, vale a pena destacar os ensinamentos trazidos por Darlei Dall’Agnol, no livro “*Bioética: princípios morais e aplicações*”, quando classifica os princípios estabelecidos pelos estudiosos da Bioética no que

diz respeito ao chamado Princípalismo. Registre-se, ainda, o surgimento de outros princípios bioéticos que serão abordados nesse trabalho no momento oportuno.

Nessa esteira, para o estudo da referida disciplina, por exemplo, é exigido, no mínimo o conhecimento da existência de quatro princípios básicos que a envolvem, conforme o Princípalismo, a saber: respeito a autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça.

Desse modo, os define de forma clara quando aduz que no princípio do respeito à autonomia “a possibilidade de um indivíduo de autodeterminar-se a agir é o que importa para caracterizá-lo como autônomo, como *pessoa*.” (DALL’AGNOL, 2004, p.31); no princípio da não-maleficência tem relevância a ideia da qual *primum non nocere* (em primeiro lugar, não causar dano) (DALL’AGNOL, 2004, p.38); quanto ao princípio da beneficência, ele afirma que “em termos simples, poderíamos formular o princípio da beneficência da seguinte maneira: *Faça o bem aos outros*.” (DALL’AGNOL, 2004, p.44) e finaliza argumentando que quanto aos princípios da justiça, poderíamos formular o princípio da justiça formal da seguinte maneira: *Trate equitativamente as pessoas*.” (DALL’AGNOL, 2004, p.49)

Do quanto exposto, verifica-se a necessidade de fazer uma análise dos conflitos entre as regras, os valores e os princípios para auxiliar na tomada de decisão dos magistrados em assuntos relativos, sobretudo, a respeito de temas emblemáticos como o aborto de fetos com anencefalia.

2.4 Valores sociais e sua aplicação no Direito

Prima facie, é preciso definir que entre princípios e valores existem semelhanças, mas também há diferenças relevantes. Desse modo, para Alexy o cumprimento gradual dos princípios tem seu correspondente na realização gradativa dos valores e do mesmo modo que existe colisão entre princípios e uma ponderação entre eles, pode haver colisão entre valores e uma ponderação de valores. (FARIAS, 2008, p. 52)

Assim sendo, embora existam semelhanças, no entanto, existe uma diferença significativa entre princípio e valor, tendo em vista que o primeiro se refere a mandados de otimização, pertencendo, por conseguinte, ao nível deontológico, enquanto que os valores devem ser incluídos no nível axiológico.

Deste modo, verifica-se que o princípio configura aquilo que é devido, ou seja, o conceito deôntico fundamental de mandado ou dever ser. O valor configura-se por aquilo que é considerado bom, ou seja, os conceitos axiológicos são considerados pelo conceito de bom.

Neste ponto, insta deter-se nas questões relativas aos valores, sobretudo, os sociais. A discussão que se apresenta diz respeito à significação do senso comum, na medida em que, tal expressão denota o conjunto de opiniões tão geralmente aceitas em época determinada que as opiniões contrárias, como já visto, aparecem como aberrações individuais.

Já debatido no Capítulo I deste trabalho, a história demonstra que ir na contramão daquilo que é estabelecido pelo senso comum pode resultar em um processo de exclusão do indivíduo discordante do seio social.

Esse ponto tem correspondência com as valorações observadas em um determinado grupo social, posto que são elas formadas pelo próprio senso comum oriundos da cultura, dos costumes, da moral e mesmo da linguagem utilizada.

Paulo Bezerra afirma que os fins almejados pelo direito são diversos e dentre eles estão a ordem, a segurança, a paz social e a justiça. Assim sendo, tem-se que as normas jurídicas se pautam por tais valores e estes apresentam uma hierarquia. (BEZERRA, 2008, p. 10) Desse modo, o regramento social depende diretamente dos membros da sociedade para qual se direciona a normatização das condutas e, portanto, a sua aceitabilidade é colocada em pauta, uma vez que cada grupo social percebe e concebe as normas de um modo diferente de outro.

Crítica feita à concretização dos valores é abordada por Newton de Oliveira Lima, quando defende:

“O resgate dos valores na pós-modernidade implica na construção de um arcabouço de natureza processual e lingüística, que reformule o marco de concretização dos valores. Nesse sentido, a contribuição neokantiana faz-se necessária a partir da crítica dos fundamentos dos valores, tomando-os como objetos culturais (Radbruch) e discursivos (Alexy-Habermas). A evolução histórica do neokantismo demonstra a necessária persecução da concretização racional-discursiva dos valores e a retomada deles no âmbito de uma hermenêutica e sociologia críticas, capaz de enfrentar os problemas de regulação da conduta humana.” (LIMA, 2009)

Tem-se, pois, que a pertinência dos valores advém do corpo social e nessa esteira a ideia de ordem justa deve partir da realidade averiguada entre os membros da sociedade a que se destina. Diante disso, Bezerra enfatiza pensamento de Habermas quando transcreve:

“La legitimidad de una regla es independiente de su impición o implementación fáctica. Pero a la inversa, la validez social y el seguimiento fáctico de las normas varía con la fe en su legitimidad por parte de los miembros de La comunidad jurídica, y esa fe se, apoya a su vez em la suposición de legitimidad, es decir, de la fundamentabilidad de las normas de que se trate. (BEZERRA, 2008, p. 11)”

Logo, a legitimidade do ordenamento jurídico se faz necessária sob pena de desobediência e mesmo reação social em sentido evidentemente oposto. Destaque-se, primordialmente as valorações jurídicas, proveniente dos legisladores que devem verificar o interesse da sociedade, ao não obterem a necessária legitimidade, advinda do corpo social, não terão um fundamento prático, ou seja, cada ser, individualmente, fará seu próprio juízo, de caráter subjetivo. Nesse ponto, cabe ainda aqui fazer referência a teoria moral do próprio Kant, qual seja o Imperativo Categórico, que estabelece máximas de ação, citada por Darlei Dall’Agnol, que explica:

“O Imperativo Categórico é exatamente o princípio que estabelece se as máximas de ação, que são regras subjetivas do agir, podem ser consideradas leis práticas, isto é, leis morais no sentido de um imperativo categórico que ordena uma ação como válida em si mesma” (DALL’AGNOL, 2004, p.91)

Por conta disso, vale frisar a ideia trazida por Kant da qual aquilo que é anteriormente concebido para o ser racional, que não há controvérsias, será suficiente para a determinação geral da vontade, uma vez que existiriam leis práticas aplicadas para todos. Deste modo, Kant esclarece:

“Admitindo-se que a razão pura possa conter em si fundamento prático, isto é, suficiente para a determinação da vontade, então existem leis práticas; mas, se não se admite isso, então todos os princípios básicos serão simples máximas.” (KANT, 2008, p. 27)

Dessa maneira, o Imperativo Categórico é uma regra que engloba as demais, seria como a regra das regras, um metaprincípio que justifica outros princípios, inclusive o princípio do

direito. No entanto, tais valorações universais não alcançariam determinadas situações pois dependem bastante da percepção do observador no caso concreto. Logo, remete-se a Ponty para quem:

“O percebido não é necessariamente um objeto presente diante de mim como termo a conhecer, ele pode ser uma ‘unidade de valor’ que só me está presente praticamente.” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.430)

Vale ainda citar os ensinamentos de Robert Alexy quanto aos valores, posto que, para este autor para que se possa realizar uma valoração global de determinado objeto, é necessário determinar a relação entre os critérios de valoração.

Não se pode desprezar, no estudo em tela, que a valoração jurídica envolve os aspectos culturais do homem e, por conseguinte, deverão se evidenciar as implicações morais de cada ato decisório no campo do Direito. Por vezes, o choque cultural e mesmo de valorações diversas entre os indivíduos e grupos sociais são motivos de diversos conflitos, o que é claramente refletido nos embates entre as regras sociais e jurídicas e, ainda entre os princípios norteadores de uma sociedade.

2.5 Conflito entre regras e colisão de princípios

2.5.1 Análise das Regras e dos Princípios

Temas que envolvem valores sociais e estudos acerca dos seres humanos são em geral polêmicos, controversos e envolvem discussões de cunho não apenas social, mas ainda cultural, religioso, técnico-científico e, por fim, jurídico. Surge, desse modo, a necessidade de averiguar a solução dos conflitos que permeiam as regras e os princípios que circundam os debates quanto aos temas mais controversos, tais quais envolvem diretamente a preservação da vida humana.

Assim sendo, vale ressaltar Robert Alexy ao elucidar que um conflito entre regras somente pode ser solucionado caso se introduza, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. (ALEXY, 2008, p.92)

Quanto à colisão entre princípios, Alexy ensina que um deles terá que ceder e afirma que nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso tem precedência. (ALEXY, 2008, p.94)

Desse modo, vale a definição pela qual os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto as colisões entre princípios, uma vez que só princípios válidos podem colidir, ocorrem para além dessa dimensão, ou seja, na dimensão do peso.

Neste sentido, ganha relevância aquilo que o autor Alexy traz na sua obra Teoria dos Direitos Fundamentais que é a necessidade de fazer ponderações quando da aplicação de princípios, ratificando que em cada caso concreto deve averiguar as regras e princípios norteadores para, por meio de sopesamentos, aplicar a melhor solução ao conflito. A influência do Princípioalismo ainda é muito forte nos países em desenvolvimento, mas outros princípios e adequações culturais devem ser consideradas e, portanto, sopesadas.

Segundo Bobbio, a sociedade democrática não é um corpo orgânico, mas uma soma de indivíduos e, nesse sentido, é preciso desconfiar de quem defende uma concepção antiindividualista da sociedade. (BOBBIO, 2004, p. 96)

Ainda afirma o autor que a concepção individualista da sociedade conquistou bastante espaço, tendo todo indivíduo sido elevado a sujeito potencial da comunidade internacional, quando antes os sujeitos considerados eram eminentemente os Estados soberanos. Assim sendo, ratifica, o direito das gentes foi transformado em direito das gentes e indivíduos. (BOBBIO, 2004, p. 96)

A defesa do ser humano individualmente faz-se cada vez mais necessária, posto que oriunda de um processo histórico que permitiu sua segurança e liberdade, devendo os princípios de direito protegê-lo.

Neste propósito, num eventual choque, por ilustração entre o princípio da beneficência e o princípio da não maleficiência, tem-se que o mais prudente é resguardar este último uma vez que o sujeito particular não pode sofrer danos desproporcionais ainda que em prol de outro benefício.

Isto posto, se faz necessária a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana sempre que houver conflito entre condutas que coloquem princípios em cheque.

De modo assemelhado, com a serenidade que o caso requer, se pede licença para expressar o argumento pelo qual nas relações entre o corpo médico e o embrião com anomalia, a parte frágil, qual seja, o nascituro, não pode ser objeto da imposição da força em prol do benefício do ser adulto.

2.5.2. Necessidade da aplicação de sopesamentos

Do quanto exposto no presente trabalho, tem-se que as valorações jurídicas sofrem influências diretas do corpo social a que pertencem e que as normas estabelecidas não podem atender tão somente a um determinado segmento da sociedade.

A necessidade da verdadeira compreensão dos valores inculcados na coletividade devem ser colocados em pauta, tendo em vista que a busca pela justiça tem que ser o norte de qualquer ordenamento jurídico.

O regramento jurídico não pode ser uma imposição unilateral daqueles que estão no poder para os demais segmentos sociais.

Desse modo, no caso de pesquisas sociais com seres humanos, por exemplo, estas são e devem continuar sendo de grande utilidade para as populações, no entanto, as formas de conduzi-las esbarram em limites que devem ser observados, quais sejam, o respeito aos princípios que norteiam as relações sociais.

Quando um princípio a favor de determinadas pesquisas ou das propostas tentadoras de bem-estar às mães gestantes de embriões com anomalias por meio do abortamento colidem com outros para a realização desses estudos ou procedimentos, tais como o da supremacia do direito à vida humana, bem inviolável protegido pela Constituição Federal, será preciso averiguar as regras e fazer sopesamentos dos princípios invocados para direcionar a adequada solução desses conflitos.

Contudo, frise-se, os direitos e proteções individuais são fruto de um processo evolutivo na história dos direitos do homem e tais conquistas não podem ser desprezadas, uma vez que a pessoa humana quando objeto de relação oferta de bem-estar ao ser adulto *versus* a preservação da vida de outro ser humano, encontram um princípio basilar, inclusive, dos demais princípios, que limitam atuação do homem, evitando abusos.

Portanto, as conquistas para o ser humano enquanto ser individual, seja nas relações de trabalho (entre patrão e empregado), de consumo (entre empresa e cliente), na administração pública (entre servidor público e cidadão comum), nas relações entre governantes e governados, nas relações entre pesquisadores e pesquisados e, por fim, nas relações avanços científicos e proteção da vida humana, faz-se necessário o sopesamento de princípios pendendo para o respeito ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob pena de retrocesso no histórico caminho percorrido pela evolução das garantias dos direitos individuais.

2.6 Princípios Bioéticos como Fatores de Proteção ao Indivíduo Singular

Neste tópico, após a averiguação da validade dos princípios como norteadores do ordenamento jurídico, ter-se-á comentários mais específicos no que tange aos princípios relacionados diretamente ao campo da Bioética com implicações jurídicas.

Cumprir enfatizar que ao abordar a temática acerca da necessidade de invocação dos princípios, ressalte-se a importância da evolução dos direitos do homem, o progresso histórico das relações entre o Estado e o cidadão até a conquista de direitos e garantias individuais observadas nas constituições de inúmeros países, sobretudo no Brasil.

2.6.1. A era dos princípios

Quanto à exposição sobre os princípios, retoma-se aos ensinamentos de Dirley da Cunha Júnior, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana constitui critério que unifica todos os direitos fundamentais, ao qual todos os direitos do homem se reportam, em maior ou menor grau. (CUNHA JÚNIOR, 2011)

Para aprofundamento dos princípios quanto à temática do presente Capítulo, vale a pena destacar os ensinamentos trazidos por Darlei Dall'Agnol, no livro *"Bioética: princípios morais e aplicações"* (2004), quando classifica os princípios estabelecidos pelos estudiosos da Bioética.

Assim sendo, verifica-se que após um processo de transformação social e mudanças nos padrões morais de relacionamento ente o profissional de saúde e o paciente, ocorrido entre as

décadas de 1960 e 1970 ocasionaram um período fundamental para a consolidação acadêmica da Bioética. Diante disso, o Governo e o Congresso norte-americano decidiram instituir, em resposta a uma série de acusações e escândalos envolvendo a pesquisa científica com seres humanos, um comitê para definir princípios éticos norteadores para pesquisas, ficando conhecido o trabalho como Relatório Belmont, sendo identificados a partir dele três princípios éticos supostamente universais, quais sejam, Respeito pelas pessoas, Beneficência e Justiça. (DINIZ e GUERRIERO, 2008, p. 21 e 22)

Após o marco do Relatório consagrando a Bioética como disciplina, o filósofo Tom Beauchamp e o teólogo James Childress publicaram, em 1979, Princípios da Ética Biomédica, sendo, de acordo com Débora Diniz e Dirce Guilhem, a primeira tentativa bem-sucedida de instrumentalizar os dilemas relacionados às opções morais das pessoas no campo da saúde e da doença, daí sugerem os autores quatro princípios éticos como base de uma teoria bioética consistente que ficou conhecido como a já mencionada teoria principialista. (DINIZ e GUERRIERO, 2008, p.25)

Nessa esteira, vale a pena relembrar, mais uma vez, os quatro princípios básicos que envolvem a Bioética, conforme o Principialismo, a saber: respeito a autonomia, não-maleficência, beneficência e justiça.

No entanto, com o objetivo de democratizar e tornar os estudos da Bioética de forma aplicada e comprometida com as populações vulneráveis e mais necessitadas e buscando atingir o aperfeiçoamento da cidadania e dos direitos humanos universais fora adotada em Paris, França, no ano de 2005, na sede da Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura – UNESCO, a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos.

Sem dúvida, tal declaração tem um significado histórico relevante, uma vez que proclama novos princípios, além daqueles adotados pelo Principialismo, que havia sido criticado por muitos estudiosos da Bioética por apresentarem uma visão tão somente estadunidense e, portanto, limitada e sem o alcance necessário das demandas de outras comunidades e populações quanto à disciplina.

Desse modo, destaca a própria Declaração outros importantes princípios, com pertinentes argumentos expostos na parte introdutória:

“Consciente da capacidade única dos seres humanos de refletir sobre sua própria existência e sobre o seu meio ambiente; de perceber a injustiça; de evitar o perigo; de assumir responsabilidade; de buscar

cooperação e de demonstrar o sentido moral que dá expressão a princípios éticos, Refletindo sobre os rápidos avanços na ciência e na tecnologia, que progressivamente afetam nossa compreensão da vida e a vida em si, resultando em uma forte exigência de uma resposta global para as implicações éticas de tais desenvolvimentos, Reconhecendo que questões éticas suscitadas pelos rápidos avanços na ciência e suas aplicações tecnológicas devem ser examinadas com o devido respeito à dignidade da pessoa humana e no cumprimento e respeito universais pelos direitos humanos e liberdades fundamentais [...]” (UNESCO, 2005)

Diante da citação acima exposta, a Conferência Geral da UNESCO proclama os seguintes princípios em sua Declaração: Dignidade Humana e Direitos Humanos; Maximização de Benefícios e Minimização de Danos; Autonomia e Responsabilidade Individual; Consentimento prévio, livre e esclarecido do indivíduo; Proteção especial para Indivíduos sem a Capacidade para Consentir; Respeito pela Vulnerabilidade Humana e pela Integridade Individual; Privacidade e Confidencialidade; Igualdade, Justiça e Equidade; Não-Discriminação e Não-Estigmatização; Respeito pela Diversidade Cultural e pelo Pluralismo; Solidariedade e Cooperação internacional; Responsabilidade Social e Saúde; Compartilhamento de Benefícios; Proteção das Gerações Futuras; Proteção do Meio Ambiente, da Biosfera e da Biodiversidade.

Além da importância da invocação dos princípios esse estudo apresenta ainda uma análise dos conflitos entre as regras, os valores e os princípios para auxiliar na tomada de decisão dos magistrados em assuntos relativos, sobretudo, à Bioética com efeitos no Direito.

2.6.2 A dignidade da pessoa humana e a proteção das minorias

Os princípios vivem a “era do ouro” como destacado, impondo a sua invocação deixando, dessa maneira, de ser opcional para ser necessária. Desse modo, o princípio considerado balizador, qualificado como um princípio superior, diga-se, o da dignidade da pessoa humana, tem sua essencialidade intrínseca nas sociedades contemporâneas.

Repita-se que, nesse diapasão, assume a dignidade da pessoa humana a valoração central dos mais variados sistemas jurídicos, organizados funcionalmente para a sua proteção, partindo da proteção das minorias (APPIO, 2008).

Os argumentos trazidos por Edilson Pereira de Farias pelos quais as minorias, sobretudo o indivíduo inserido na sociedade, têm cada vez mais seus direitos resguardados, com a devida salvaguarda do Estado, merece o acréscimo da necessária ressalva para o resguardo dos direitos do indivíduo gerado mas ainda não nascido, ou seja, aqueles que se encontram na condição de nascituros devem ser protegidos, sendo observado, justamente, o princípio da dignidade humana.

Não se pode perder de vista os preceitos de Robert Alexy no que tange à necessidade de determinar a relação entre os critérios de valores oriundos do seio da coletividade para alcançar uma valoração global de determinado objeto. Por conta disso, ao ser proferido determinado julgamento, deve-se atentar para as implicações morais de cada ato decisório, tendo em vista o reflexo na sociedade.

2.6.3 Embate entre princípios

Os assuntos que envolvem a Bioética causam debates acalorados surgindo, desse modo, a obrigação de solucionar os conflitos que permeiam as regras e os princípios por meios de sopesamentos.

A necessidade de fazer ponderações quando da aplicação de princípios, ratifica que em cada caso concreto deve-se averiguar as regras e princípios norteadores para, por meio de sopesamentos, aplicar a melhor solução ao conflito. Apesar da influência do Princípioalismo nos países em desenvolvimento, enfatize-se a aplicação dos demais princípios e adequações culturais que devem ser consideradas e sopesados.

Os valores jurídicos sofrem influência direta do entendimento dos indivíduos acerca dos objetos postos sob sua observância, sendo relevante que se considere verdadeira compreensão daquilo que está sendo revelado.

Perceptível que no intervalo de tempo da criação do Código Penal (CP) brasileiro aos dias atuais, o aparato médico tecnológico avançou de modo a permitir avaliar por meio do exame de ultrassom a condição de saúde de um feto ainda no útero materno, ao ponto atual de se conseguir verificar a formação, inclusive, do sistema nervoso. Desta maneira, compreensível a mudança de paradigma em que se discute, hoje, a tomada da decisão de se interromper uma gravidez de feto com anencefalia, tendo em vista a disseminação do exame ultrassonográfico

o que não era possível quando da publicação do CP, por conta da falta de qualidade e precisão moderna.

In casu merece relevância a necessidade do defendido sopesamento na aplicação dos princípios, por conta da existência de choques dessas máximas de otimização, tais como a autonomia de uma lado e a proteção da vida humana de outro.

Em suma, o que deve ser considerado nas decisões de cunho jurídico que envolvam situações polêmicas em temas como os que envolvem a decisão pela continuidade ou não de uma vida é a percepção da sociedade do que seja ético.

Diante disto, o Congresso Nacional buscou pacificar o entendimento quanto ao aborto de anencéfalos, sem obter êxito.

Assim sendo, a decisão pela manutenção ou não da gestação de um ser humano anencefálico deve obrigatoriamente passar pelo conjunto de valores que tem a sociedade brasileira para, com a devida cautela, normatizar a respeito do tema para o alcance da respeitada Justiça.

Pode-se conhecer determinadas normas ou formas de agir em um segmento da sociedade ou grupo social, todavia a compreensão dessas situações não são inerentes a elas. Por conseguinte, como dito, a compreensão não é mero conhecimento, mas algo maior. (CÁRCOVA, 1998, p.77)

Por tudo quanto aqui analisado, verifica-se que nem tudo que é posto ao conhecimento do indivíduo será por ele compreendido. Nesse sentido, surge a ideia da quebra de paradigmas no modo de conhecer, avaliar e compreender determinada situação, por exemplo, juridicamente litigiosa.

O magistrado ao se deparar com situações novas, não previstas pelo ordenamento jurídico pátrio terá que decidir conforme os pressupostos estabelecidos pelos princípios, e os costumes. Contudo, determinadas circunstâncias terão um grau de influência maior sobre o aspecto íntimo do juiz, uma vez que é observador daquele objeto.

Parte-se do pressuposto que o magistrado conhece a legislação e tem preconcebido seus entendimentos sobre esta ou aquela circunstância quando deparadas e questionadas no

Direito. Ocorre que as alterações científicas trazem novas situações ainda não vivenciadas ou pensadas pelos operadores jurídicos tendo que buscar compreender o caso concreto e as implicações do processo decisório.

Os magistrados devem considerar, em decorrência da segurança jurídica, o ordenamento jurídico quando este se demonstrar claro, sobretudo quando não abre possibilidade de controvérsias.

Ressalte-se que caso o Poder Legislativo verifique a mudança paradigmática e, ainda assim, não altera a legislação, posto que trata-se de verdadeiro legitimado pela sociedade para tanto, deve o Poder Judiciário respeitar a soberania do povo que legitima ao Congresso Nacional a incumbência da função legislativa.

2.6.4 Respeito à preservação da vida humana

Diante do quadro exposto no presente Capítulo, tem-se que as valorações jurídicas sofrem influências diretas do corpo social a que pertencem. Nessa linha, a maneira pela qual as normas são reguladas não podem atender tão somente a um determinado segmento da sociedade.

A necessidade da verdadeira compreensão dos valores incutidos na coletividade, as características de cada situação e pessoas envolvidas nos casos concretos, devem ser colocados em pauta, tendo em vista que a busca pela justiça tem que ser o norte de quaisquer ordenamentos jurídicos.

Tal análise muito se assemelha com a dosimetria da pena prolatada pelo artigo 59 do CP, contudo ela ainda se destina a averiguar a origem cultural e o histórico de cada indivíduo para a devida adequação de valores, intentando a almejada justiça. E vai mais além, na medida em que considera a importância de averiguar as regras e fazer sopesamentos dos princípios invocados para direcionar a adequada solução dos conflitos.

Em diversas disciplinas e, sobretudo, na Bioética, deve-se observar a diversidade cultural, o respeito ao dissenso, e não perder de vista a dignidade humana sempre que se tratar de direitos humanos e, sobremaneira, quando se tratar de princípios em que se baseiam as Declarações, convênios ou documentos no âmbito da referida disciplina, como é o caso da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da UNESCO, aprovada em 2005.

Ressalte-se que os novos princípios trazidos para a Bioética depois do Princípioalismo, oriundos da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos de 2005, demonstra a importância de invocá-los, posto que são máximas de otimização, e ainda destaca a necessidade de observar as culturas locais e, nesse sentido, os casos particulares e o indivíduo singular.

Cabe ressaltar que os princípios são norteadores das relações jurídicas e suas invocações são de suma importância, com destaque para o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana que está sendo aceito pela doutrina como um basilador dos demais quando com eles defrontados.

Desse modo, importante averiguar a origem cultural e o histórico de cada indivíduo para a devida adequação de valores intentando um equilíbrio social. Assim, as relações e avanços relacionados às questões bioéticas são e devem continuar sendo de grande utilidade para as comunidades.

Contudo, frise-se, os direitos e proteções individuais são fruto de um processo evolutivo na história dos direitos do homem e tais conquistas não podem ser desprezadas, uma vez que a pessoa humana ao ser objeto de análise da Bioética encontra o princípio basilar da dignidade da pessoa humana.

Faz-se necessária a averiguação dos valores individuais e a invocação dos princípios, sobretudo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, sob pena de retrocesso no histórico caminho percorrido pela evolução das garantias dos direitos individuais.

Fica claro, neste Capítulo 2, que a consideração às conquistas das minorias, o atendimento ao pleito dos indivíduos conforme suas valorações e o reconhecimento da necessidade de invocação dos princípios para a resolução de conflitos se tornam evidenciados. Todavia, claro e evidente também está que, no embate entre duas ou mais máximas de otimização, em prol do indivíduo singular, a solução se encontra no maior peso do princípio da dignidade humana, fiel da balança, que se traduz aqui pela preservação primordial ao respeito à proteção da vida do ser humano, ainda que no ventre materno, como será demonstrado adiante com o ideal da redução eidética e do chamado bioconsequencialismo.

CAPÍTULO 3 – O DIREITO À VIDA E SUA PROTEÇÃO: REDUÇÃO EIDÉTICA DE HUSSERL, BIOCONSEQUENCIALISMO, CONSTITUIÇÃO FEDERAL E JULGAMENTO NO STF

No Capítulo anterior fora abordada a necessidade de invocação de princípios para solucionar conflitos bioéticos com implicações no Direito, com ênfase no caráter pacificador do princípio da dignidade humana, mas especificamente na ideia trazida à baila de defesa da preservação da vida humana.

Neste terceiro Capítulo, visa-se a estabelecer de forma hipotética a adequação de critérios na tomada de decisão jurídica em casos que envolvem avanços científicos notadamente no campo da Bioética com consequências jurídicas. Para tal adequação, foram analisadas, de maneira sucinta, a fenomenologia da percepção de Merleau-Ponty, a proposição da redução eidética de Edmund Husserl, passando pelo princípio da imparcialidade do juiz e, ainda, a quebra de paradigmas de Thomas Kuhn.

Para a aplicação do princípio supramencionado, cabe frisar a guarida constitucional da imparcialidade do magistrado por conta do art. 95 da Carta Magna em que se estipula garantias, vedações e proíbem, segundo o seu art. 5, XXXVII, juízos e tribunais de exceção.

Nessa mesma linha, consta na Declaração dos Direitos Universais do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, a pertinente referência a necessidade de julgamentos sob tribunais independentes e imparciais.

De logo, saliente-se ainda que em um entendimento objetivo, juiz neutro se difere de juiz imparcial, posto que a primeira espécie se fecha a qualquer influência ideológica e subjetiva, se demonstrando indiferente e insensível. (ALMEIDA, 2011)

Como pressuposto dessa imparcialidade averigua-se a necessidade de decidir de forma justa, mas, para tanto, cabe ao magistrado buscar a maneira mais adequada para a resolução dos conflitos.

Após analisar situações emblemáticas que se situam no campo da Bioética, posto que traz conhecimentos científicos novos, urge uma postura diferenciada do juiz para o julgamento das lides contemporâneas. Observe-se que o próprio Ponty afirma:

“Se se admite chamar de juízo toda percepção de uma relação, e reservar o nome de visão à impressão pontual, então seguramente a ilusão é um juízo.” (MERLEAU-PONTY, 1999, p. 64)

Evidentemente que os avanços científicos estão em uma velocidade acima daquela em que o regramento jurídico pode alcançar no mesmo intervalo de tempo e, desta forma, a legislação nem sempre prevê determinadas circunstâncias.

É nessa linha de entendimento, que o presente Capítulo passeia pela formação do modo de decidir dos juristas, pontuando a necessidade do embate de ideias, a diferenciação entre conhecer e compreender o objeto a ser julgado e, por fim, verifica como métodos de pesquisa filosóficos podem influenciar no campo do Direito. Kuhn apresenta a quebra de paradigmas e assim destaca:

“[...] E o que é ainda mais importante: durante as revoluções, os cientistas veem coisas novas e diferentes quando, empregando instrumentos familiares, olham para os mesmos pontos já examinados anteriormente. É como se a comunidade profissional tivesse sido subitamente transportada para um novo planeta, onde objetos familiares são vistos sob uma luz diferente e a eles se apregam objetos desconhecidos.” (KUNH, 2003, p.147)

Nesta medida, se apresenta a proposta ousada da fenomenologia aduzida por Husserl como adequação no processo decisório em pontos específicos dos debates jurídicos que surgem ao longo dos anos. A redução eidética sugere, então, não a prática da dúvida cartesiana, mas um juízo diante do qual a existência individual do objeto perde seu interesse uma vez que o fundamento é a sua essência.

Chega-se, com isto na discussão que envolve definição de princípios para nortear questões acerca da vida, como a tratada no principialismo da Bioética e permite averiguar como a busca pela essencialidade do objeto pode ser o caminho certo da justiça. Diante disso, busca-se a transposição dessas ideias fenomenológicas para o processo de formação das prolações decisórias no âmbito do Direito.

3.1. Métodos fenomenológicos e a influência no direito

3.1.1 A fenomenologia de Merleau-Ponty e a percepção do magistrado

Inicialmente é relevante analisar o processo de formação das decisões dos magistrados no Brasil, que, passam, evidentemente, por valorações inerentes a cada ser humano e que dificilmente ficam totalmente excluídas das prolatações de sentença.

O magistrado deve ser imparcial, mas, naturalmente não será neutro. A imparcialidade deve ser inerente a magistratura, todavia as percepções individuais de cada juiz não podem ser excluídas do contexto jurídico.

Nesse sentido, o presente tópico busca averiguar o ponto de encontro entre as decisões jurídicas e a Fenomenologia da Percepção aduzida por Merleau-Ponty.

Diante disso, verifica-se na obra de Ponty crítica ao Intelectualismo e ao Empirismo, na medida em que considera que tanto um como o outro não conseguem captar uma diversidade de nuances relativas a determinados objetos:

“A fraqueza do empirismo, assim como do intelectualismo, é não reconhecer outras cores senão as qualidades fixas que aparecem na atitude reflexiva, quando na percepção viva a cor é uma introdução à coisa.” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.409)

Como se não bastasse, Ponty ainda completa argumentando que “é preciso perder esta ilusão, sustentada pela física, de que o mundo percebido seja feito de cores-qualidades” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.409). Logo, aquilo que é percebido pelo observador contém inúmeras substâncias e situações que apenas podem aparecer para aquele olhar e naquela posição.

Assim sendo, a percepção do magistrado sobre determinado conflito, embora deva ser imparcial, naturalmente terá influência do ponto de vista pelo qual ele se situa. Dessa maneira, Ponty afirma que “quem toca e apalpa não é a consciência, é a mão” e ainda faz referência a Kant para quem “a mão é um cérebro exterior do homem”. (MERLEAU-PONTY, 1999, p.424)

Por conta disso, vale frisar ainda a ideia trazida por Kant de que aquilo que é anteriormente concebido para o ser racional, que não há controvérsias, será suficiente para a determinação geral da vontade, uma vez que existiriam leis práticas aplicadas para todos.

Assim, não obtendo-se um fundamento prático, cada ser, individualmente, faria seu próprio juízo, de caráter subjetivo, destacando-se a teoria moral de Kant do Imperativo Categórico, em que se estabelece as máximas de ação, ordena uma ação como válida em si mesma. (DALL'AGNOL, 2004, p.91)

Sendo assim, o Imperativo Categórico é uma regra que engloba as demais, seria como a regra das regras, como um metaprincípio que justifica outros princípios, inclusive o princípio do direito.

Todavia, tais valorações universais não alcançariam determinadas situações pois dependem bastante da percepção do observador no caso concreto, como alude Ponty, segundo o qual a “unidade valor” só está presente ao indivíduo praticamente. Assim é que evidencia-se a percepção do indivíduo sobre o objeto.

Observe-se ainda que alguns dados e compreensões só estão claros para o sujeito ou grupo de pessoas sob o mesmo ângulo. O próprio Ponty pontua:

“Uma série de reduções intervêm a partir do momento em que levamos em consideração o sujeito que percebe. Em primeiro lugar, observo que este dado só existe para mim” (MERLEAU-PONTY, 1999, p.435)

Nessa esteira, tem-se que a partir da ilusão que só é percebida pelo indivíduo em determinadas circunstâncias, haja vista as influências sensoriais, irá se formar um juízo. Portanto, cada indivíduo percebe e analisa o objeto de um modo diverso do outro de acordo com suas experiências, vivências, posição no conflito ou ângulo de observação, culminando em interpretações dissonantes.

No entanto, ressalte-se, a busca pelo denominador comum das observações diferentes de observadores diversos, aquele que colocará a análise do objeto por um indivíduo em paridade com a observância de outro, é justamente a busca pela redução das influências externas, das características de posicionamento, tentando a diminuição das distorções para o encontro verdadeiro do significado daquilo que está sendo observado.

Logo, no aborto de anencéfalo, alguns entendem que deve ser priorizado, a higidez psíquica da mãe gestante, outros que prevalece a autonomia privada desta e, ainda, há quem defenda a ideia segundo a qual o embrião não sobreviverá, mas o que predomina, após a redução dessas características em torno do objeto, o seu verdadeiro sentido é a existência de embrião anencefálico com vida e que merece proteção independente das posições diversas quanto a sua percepção, uma vez que este é o núcleo do objeto.

3.1.2 Redução Eidética de Husserl nas Decisões Jurídicas e o Bioconsequencialismo

Diante do quadro exposto no tópico anterior, quando fora tratado a questão relativa a percepção do observador sobre determinado objeto sendo correlacionado com o fato de que o magistrado, na mesma medida, também terá uma percepção única sobre aquilo que irá julgar, chama a atenção o método proposto por Edmund Husserl para quem o termo “eidos” ganha relevância, uma vez que propõe fazer reduções fenomenológicas.

Assim, Husserl sugere colocar todas as transcendências fora de circuito, tomando sobre o objeto tão somente a sua essência própria, abrindo-se, desse modo, um campo de conhecimentos eidéticos.

Portanto, no método fenomenológico de Husserl deve-se ter atenção à consciência doadora originária e o que realmente importa é o dado e não o que se encontra por trás desse fenômeno (HUSSERL, 2006). Com a redução eidética, eliminar-se-iam as generalizações e buscar-se-ia a essência pura de um objeto determinado.

Assim sendo, a proposta de Husserl sendo transportada para o Direito de uma maneira singular, teria-se que conflitos em que se exige uma sensibilidade maior do magistrado para tratar do objeto em litígio seria pacificado com o método aqui apresentado e proposto por Husserl.

Discussões que envolvem a moral, a ética, a diversidade cultural podem ser reduzidas a sua essência a fim de obter resultados e decisões mais acertadas. Debates que circundam a Bioética, por exemplo, podem ser simplificados na medida em que se averigua o *eidos*, uma vez que o cerne da discussão ficaria restrito ao que realmente é essencial no conflito.

A problematização que permeia a possibilidade de *manutenção* de uma vida através de determinados medicamentos, a *interrupção* ou não de uma gestação, independentemente do

motivo alegado, a influência que terá essa ou aquela *conduta* para o meio ambiente, poderá ser definida a partir do instante que se coloca a verdadeira essência do objeto na pauta de discussões.

Posto dessa maneira, a forma mais plausível para o Direito decidir sobre tais dilemas será concentrar o foco da solução dos conflitos na *qualidade* em que sobreviverá um paciente, na existência ou não de *vida* intrauterina e na *preservação* do meio ambiente.

Assim sendo, se na Fenomenologia de Ponty existe o reconhecimento de que o observador terá uma visão exclusiva, tendo em vista que o dado só existe para quem o percebe, verifica-se que em Husserl a redução eidética poderá ser a porta para a resolução de conflitos tais como os da grandeza que envolvem a Bioética e o Direito.

Visto dessa forma, muitos dos estudos que envolvem a Bioética ainda são novos, todavia, alguns pensadores já buscaram definir soluções de conflitos por meio de princípios criados para reger as condutas morais que são confrontadas no campo da ética relativa à preservação da vida.

Verifica-se, nos capítulos anteriores, a tentativa de colocar princípios norteadores para a solução de conflitos que circundam a Bioética, o que evitaria conflitos futuros de cunho moral e éticos. Todavia, vale a pena ressaltar com o pensamento de Darlei quando faz uma crítica ao princípalismo na medida em que tais regras possuem valor *prima facie* e acresce que “seria um erro, todavia, pensar que a vida moral deixa-se reduzir a princípios ou regras”. (DALL’AGNOL, 2004, p.56)

Nesta linha, averigua-se algumas críticas feitas por Darlei ao princípalismo que passam pelo formalismo dos princípios, o seu generalismo, na medida em que não dariam conta de casos particulares e ainda a rigidez dos princípios que pretendem valer sempre. (DALL’AGNOL, 2004, p.56)

Darlei então sugere, no caso do princípalismo para a Bioética, que se deveria aceitar as regras universalizáveis pelo Imperativo Categórico tendo, contudo, um critério final que seria o consequencialista:

“A verdade é que ela deveria aceitar aquelas regras que são universalizáveis pelo Imperativo categórico simplesmente como deveres *prima facie*, mas que o critério último da correção e da obrigatoriedade seria o princípio consequencialista.” (DALL’AGNOL, 2004, p.149)

Ou seja, para determinar qual norma básica do princípalismo aplicar em determinado caso, tem-se que considerar os efeitos e os resultados do cumprimento daquela norma.

Contudo, o consequencialismo citado por Darlei Dall’Agnol pode parecer uma teoria cega, que não especifica o fim desejado, na medida em que qualquer consequência aprovável poderia ser buscada. (DALL’AGNOL, 2004, p.149) Assim, sugere Dall’Agnol, deve-se cuidar de inserir no consequencialismo como fim a ser alcançado a preservação da vida:

“A forma de superar essa dificuldade na bioética é introduzir a criação e **manutenção da vida como fim a ser buscado**. É isso que poderia significar **bioconsequencialismo**.” (DALL’AGNOL, 2004, p.149). (Grifos aditados)

Deste modo, tem-se que as discussões acerca da Bioética e as críticas ao princípalismo de Darlei com a proposta trazida pelo bioconsequencialismo que tem a vida como fim a ser buscado, muito se assemelha com a redução eidética de Husserl anteriormente mencionada.

Destaque-se que o objetivo do bioconsequencialismo de Dall’Agnol, que entende pela necessidade da pacificação das regras com consequências aprováveis como objeto a ser considerado, defende a ideia de proteger a vida como fim a ser buscado.

O caminho da busca pela essência do objeto das lides jurídicas parece ser uma trilha viável para muitas das questões que chegam aos Tribunais, mas que carecem de uma solução pacífica e adequada aos casos particulares.

3.1.3 Harmonia dos métodos – A influência de Cossio

Como já mencionado anteriormente, Carlos Cossio observa a importância de destacar aplicação dos métodos interpretativos para a compreensão do sentido do regramento jurídico que será aplicado nos casos particulares.

De acordo com pensamento de Cossio a questão passa a ser de legitimar cada um dos métodos envolvidos e para tanto deve haver um princípio maior, qual seja, a valoração jurídica.

Neste sentido, questões relativas a temas que envolvam a Bioética e áreas em que temáticas ainda sejam novas no campo das discussões jurídicas, o método proposto por Husserl no que diz respeito a redução eidética pode ser uma alternativa perfeitamente considerável.

Aduz Bezerra trecho de Radbruch ao relacionar os valores com o direito nos seguintes dizeres: “o direito só pode compreender-se no círculo da conduta impregnada de valor.” (BEZERRA, 2008, p.9) Tem-se que apontar, então, que a valoração jurídica envolve os aspectos culturais do homem e, por conseguinte, se evidenciarão as implicações morais de cada ato decisório no campo do Direito.

3.2 Mudança da conjuntura social e influência na decisão jurídica

Diante das exposições feitas neste estudo até aqui, verifica-se as formas de decidir dos juristas e a influência que pode o meio social exercer no papel decisório. Dito isto, observa-se ainda que a realidade dos fatos podem sofrer fortes mudanças de realidade até então desconhecidas pelos próprios juristas.

A proposta de Rawls, portanto, embora positiva e perfeitamente adequada para inúmeras situações jurídicas, não abrangerá certas mudanças de paradigmas, tendo em vista que alterações paradigmáticas ocorrem com certa frequência. No que diz respeito aos estudos da Bioética e seus avanços científicos, por exemplo, a postura do magistrado deve ser adaptável aos novos conhecimentos científicos que terminam por influenciar nas relações dos particulares.

É nesse esfera que Rawls enfatiza como a posição original irá influenciar também no exemplo dos aspectos referentes à Bioética e transpõe para o campo do Direito, quando aduz:

“Também existe, pelo menos teoricamente, a questão de uma *política genética* razoável. Nesses casos também, a fim de levarem adiante a ideia da posição original, as partes não devem conhecer as contingências que as colocam em oposição. Elas devem escolher princípios cujas consequências estão preparadas para aceitar, não importando a qual geração pertençam.” (Grifo aditado) (RAWLS, 2002, p.147)

Portanto, inovações genéticas podem surgir, conflitos de interesse podem partir delas e ainda novas decisões jurídicas e regramentos poderão se fazer necessários devido a tais avanços científicos. É nesse aspecto que se derivam as necessidades de olhares renovados sobre o objeto em questão.

A fenomenologia da percepção, por conseguinte, tem relevância na medida em que enfatiza que o objeto terá uma significância de valores para o indivíduo que o observa e que nem sempre o compreende.

No campo da Bioética, a observância dos avanços científicos é extremamente importante, posto que terá repercussão em diversas disciplinas, notadamente no Direito. Em casos pontuais que são tangenciados pelos respectivos campos da ciência parece ser necessária a opção por um método plausível, tal como a redução eidética.

3.3 O valor intrínseco da vida

Do ponto de vista do observador, neste caso, do juiz no Direito, apresenta-se a ideia do não estabelecimento de um único método para a tomada de decisão, pois para cada demanda um adequado modo de facilitar a compreensão poderá ser ajustado.

No entanto, saliente-se o pensamento *a priori* para o qual, nos casos particulares que dizem respeito a situações que envolvam temas com abrangência moral numa sociedade de forma mais contundente como os relativos a Bioética, o método defendido por Husserl se apresenta como mais apropriado.

Cabe ainda citar passagem do livro de Darlei em que ele demonstra posicionamento semelhante quando afirma que questões bioéticas são demasiado vitais para se ter uma postura dogmática, fechada e irrefletida. Define ainda Darlei que há a necessidade de mais pesquisa empírica e reflexão filosófica para que possam ser melhor compreendidas. (DALL'AGNOL, 2004, p.196)

Ressalte-se que tal metodologia não fere o princípio da imparcialidade tendo em vista que o que busca é a solução justa e a decisão adequada a cada caso em particular e não a neutralidade do magistrado.

Com efeito, em situações de cunho moral que envolvam debates que irão definir o modo mais adequado para cuidar das problemáticas referentes ao início, o meio e o fim da vida, fazer uma redução eidética parece o caminho mais acertado. Logo, o valor intrínseco da vida ganha evidência.

3.4 Discussão no Supremo Tribunal Federal

Após a defesa pelo método da redução eidética em situação específica em que se discute a problemática referente à preservação da vida humana, far-se-á aqui análise do discurso jurídico acerca do aborto de fetos anencéfalos e suas implicações no âmbito do Direito.

A temática que envolve a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é tão importante como atual. No mês de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu acolher a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 54, proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) a respeito da antecipação terapêutica do parto de fetos anencéfalos. Com essa decisão, a Corte julgou inconstitucional a criminalização da interrupção de gestação de fetos anencéfalos.

Nesse sentido, se fará uma breve análise dos votos prolatados pelos ilustres Ministros da Suprema Corte quando do julgamento da ADPF 54, uma vez que tal julgamento, que durou dois dias, foi envolvido por polêmicas, reivindicações e protestos.

Chama a atenção os entendimentos trazidos pelos ministros do STF, os argumentos constitucionais pronunciados, a pressão social de um lado e de outro da problemática, dentre eles ativistas feministas e setores ligados à Igreja.

Os questionamentos que envolvem o procedimento do aborto apesar de bastante debatido, ainda é (e sem dúvida continuará sendo) objeto de muita discussão, embates fervorosos e que precisam de legitimação social, bioética e, portanto, jurídica.

Importante citar no presente Capítulo, a obra dos autores Débora Diniz e Diulas Costa Ribeiro, “Aborto por Anomalia Fetal”, sendo nela verificado que a politização da bioética brasileira vem sendo feita em torno de temas internacionais da bioética, sobre questões que possibilitam o diálogo da bioética brasileira com a de outros países. Assim sendo, temas característicos da bioética estadunidense, como a eutanásia e a pesquisa com seres humanos, estão também em pauta na agenda bioética brasileira. (DINIZ e RIBEIRO, 2004, p.24)

Após esse quadro analítico, e evidentemente antes do julgamento da ADPF 54 pelo Supremo Tribunal Federal, a autora Débora Diniz afirmara que o tema do aborto, no entanto, tem sido um exercício de pensamento para a bioética brasileira e não uma situação que reivindica urgência na reflexão e intervenção bioética mundiais. Isto pois, segundo a autora, por dois argumentos: 1- o aborto em caso de anomalia fetal incompatível com a vida deve ser

considerado uma prática legal no país; 2- o aborto por anomalia fetal incompatível com a vida não deve ser sanitária e juridicamente qualificado como aborto, e sim como antecipação terapêutica de parto (ATP). (DINIZ e RIBEIRO, 2004, p.25)

No tocante à apatia bioética frente aos desafios impostos pelo tema do aborto, a autora afirma que tal característica é da bioética internacional e não se restringe à bioética brasileira. Existem duas razões para tal apatia, segundo Débora Diniz: A- o aborto não estava na lista de discussões do conflito moral que impulsionaram o surgimento da bioética nos Estados Unidos (1960 e 1970) devido às denúncias de experimentos biomédicos com seres humanos no julgamento dos crimes dos médicos nazistas e as pesquisas com populações vulneráveis nos EUA; a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou, nos 1970, o aborto uma questão de foro íntimo e a estruturação da bioética como campo de pesquisa e intervenção política partiu nos países da bioética central de um contexto legislativo em que o aborto era legalizado (mesmo não tendo um consenso ético sobre a moralidade da prática do aborto); B- o distanciamento da bioética internacional em relação ao tema do aborto também tem fundamento epistemológico da bioética como disciplina, ancorado essencialmente no campo da filosofia moral e política, uma vez que grande parte dos países das teorias vigentes da bioética é de origem liberal, tendo grande consenso em torno da importância de princípios éticos como a autonomia e a igualdade, ao mesmo tempo em que o pluralismo moral é um valor continuamente revisto e revigorado nesse contexto. (DINIZ e RIBEIRO, 2004, p.26 e 27)

Logo, verifica-se que a bioética, matéria de cunho interdisciplinar e que por sua pluralidade é a que abarca mais adequadamente as discussões dos diversos setores da sociedade, inclusive o jurídico, deve voltar sua atenção ao Brasil (um país industrializado, mas ainda emergente), posto que sua realidade difere da dos países da bioética central e verificar as peculiaridades históricas e sociais de sua população.

Além disso, importante averiguar a condução dos procedimentos (já aprovados, mas não moralmente consensuais) de interrupção de gravidez de fetos anencéfalos, evitando-se a premissa da ladeira escorregadia, para fim de proteger ainda outros nascituros que por ventura tenham outras anomalias não tão graves como a da anencefalia e sejam erroneamente equiparados aos fetos daquelas gestações recentemente autorizadas a antecipar o parto.

3.4.1 Sim e Não. Aborto de anencéfalos

Uma discussão tão efervescente como a do presente trabalho que envolve verdadeira exaltação de ânimos não poderia ser levada diretamente para a conclusão do Supremo Tribunal Federal, sem que antes houvesse uma revisão de fortes argumentos que foram e continuarão sendo pontuados por estudiosos que se encontram dos dois lados da temática.

Assim sendo, é fundamental trazer os argumentos contrários ao aborto de anencéfalos e motivações favoráveis à descriminalização deste procedimento. Argumentações contrárias ao aborto de fetos anencefálicos aludidas aqui pelo jurista Ives Gandra da Silva Martins, presidente da União dos Juristas Católicos de São Paulo quando da apresentação de memorial antes do julgamento da ADPF 54 no STF, e pelo médico e professor Rodolfo Acatauassú Nunes, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Quanto às motivações favoráveis à interrupção da gravidez dos fetos com anencefalia será demonstrada a ótica de Sílvia Pimentel, doutora em Filosofia do Direito, presidente do Comitê sobre a eliminação da discriminação contra as mulheres – CEDAVI – da ONU, sendo artigo publicado no Jornal o Estado de São Paulo no dia 11 de abril de 2012, também quando do julgamento da ADPF 54 na Suprema Corte e motivos do professor Thomaz Gollop, livre docente em genética médica pela USP e coordenador do Grupo de Estudos sobre Aborto.

Inicialmente, será apresentada a posição do jurista Ives Gandra, registrada nas razões do Memorial ao Supremo Tribunal Federal:

“I - A ADPF objetiva criar uma terceira hipótese de impunidade ao aborto, ou seja, o aborto eugênico, não constante do Código Penal (art. 128), que só cuida do aborto terapêutico ou aborto sentimental (estupro). Acrescenta o que reza o § 2º do artigo 103 da Constituição Federal: “§ 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias.”

Desse modo, enfatiza que nem por omissão inconstitucional do Congresso poderia a Suprema Corte legislar positivamente, devendo neste caso: comunicar ao Congresso Nacional que sua omissão é inconstitucional; não aplicar nenhuma sanção, se o Congresso não produzir a norma; não definir qualquer prazo para que o faça; não produzir a norma não produzida pelo Parlamento.

Ratifica que, se nem nas omissões inconstitucionais do Parlamento pode a Suprema Corte legislar, com muito maior razão, não poderá legislar em hipótese em que o Congresso não legisla porque: todas as dezenas de projetos de leis que cuidam do aborto não conseguiram passar pelas Comissões Parlamentares encarregadas, após audiências públicas; a grande maioria do povo brasileiro é contrária à legalização do homicídio uterino; não pertence à cultura do povo brasileiro provocar a morte de alguém pelo fato de não haver tratamento curativo para uma determinada doença.

Arremata afirmando que falta, pois, competência normativa à Suprema Corte para a criação de uma terceira hipótese de aborto:

“II - Embora o nome “anencefalia” possa iludir aos não familiarizados com o assunto, não procede, em absoluto, a argumentação de que os nascituros com anencefalia não possuam encéfalo e já nasçam com morte encefálica. Na anencefalia, como os inúmeros laudos e trabalhos médicos atestam, entre eles os elaborados por insuspeitos especialistas estrangeiros em fetos mal formados, o que há é uma insuficiência do fechamento da porção anterior do tubo neural, que implica, evolutivamente, em perda de uma expressiva parte do encéfalo, restando uma outra parte, mais posterior.”

Acrescenta que a criança com anencefalia pode respirar espontaneamente e esta função exclui por completo a equivalência com a morte encefálica. Caso todos os governos mundiais fornecessem a todas as mulheres, no período periconcepcional, o baratíssimo ácido fólico, a incidência desta doença cairia significativamente.

“III - Por fim, o jurista ressalta o artigo 2º do Código Civil, que estabelece “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Seria estranho, interpreta, que o Código Civil garantisse todos os direitos ao nascituro desde a concepção, MENOS O DIREITO À VIDA.”

Enfatiza ainda a Constituição Federal no artigo 5º, ser inviolável o direito à vida. Diante de disposição tão clara, não procede o argumento daqueles que entendem que apenas aos brasileiros nascidos, e não aos nascituros, a inviolabilidade do direito à vida seria garantida. Se assim fosse, o artigo 2º do Código Civil seria inconstitucional por estar garantindo ao nascituro, desde a concepção, todos os direitos, sem exceção, menos o direito à vida! E o

próprio Código Penal não poderia punir a violência ao direito à vida, representado pelo aborto, pois, em todas as audiências públicas, seja naquela realizada por ocasião da ADI das células-tronco, seja na discutida ADPF, foi pacificado no STF o entendimento de que a vida começa na concepção, no zigoto, na primeira célula resultante da união entre o espermatozóide e o óvulo.

Lembra, por fim, que o artigo 4º do Pacto de São José declara que a vida deve ser assegurada desde a concepção. Este artigo cuida das duas formas de exaltação à vida e vedação à morte provocada, ou seja, tanto em relação ao do nascituro inocente, como ao ser humano nascido que se torne criminoso, exigindo, inclusive, dos países signatários, cuja legislação ainda preveja a pena de morte, que busquem revogá-la e, ao revogá-la, não voltem a introduzi-la. Proíbe também que os países que já eliminaram a referida pena, voltem a adotá-la. (TENÓRIO, 2012)

Ainda contra a mudança na interpretação da legislação quanto ao aborto, vale a pena salientar os argumentos do professor Rodolfo Nunes ao afirmar que a anencefalia não é equivalente à morte encefálica: as crianças podem ter uma parte do encéfalo posterior, médio e resíduos do anterior. Isso faz com que um pequeno percentual delas, em função do grau de comprometimento, possa ter alta hospitalar, chorando, movimentando-se, respirando espontaneamente, viver semanas, meses ou, excepcionalmente, mais de um ano. Desse modo finaliza o médico:

“Tentar abreviar o sofrimento trazido por uma doença grave eliminando alguém porque não se pôde curá-lo é cultura estranha ao nosso povo.” (NUNES, 2012)

Já para a doutora Sílvia Pimental, que é favorável ao aborto de anencéfalos, "Um processo civilizatório e humanista pressupõe o livre diálogo de ideais. Um debate respeitoso e construtivo sobre o tema exige sutileza intelectual, delicadeza de espírito, altruísmo e generosidade. Essas virtudes não faltarão à nossa máxima Corte, quando está em questão o respeito ao sofrimento das gestantes e, assim, o respeito aos direitos humanos das mulheres".

Para Pimental trata-se de questão de saúde a antecipação do parto de fetos anencéfalos. Justifica afirmando que a anencefalia é uma grave e irreversível malformação congênita caracterizada pela falta parcial ou total do encéfalo e da caixa craniana, tornando inviável a vida extrauterina. Sendo evitáveis o sofrimento e o risco à saúde física e mental das gestantes,

cabe à saúde pública impedi-los. Exemplifica com o que considera antológico depoimento à revista *Veja*, há cerca de uma década, de uma gestante de feto anencefalo: "Eu me sentia um sarcófago ambulante".

Indaga o porquê ser questão de justiça. Responde com a perspectiva de se referir aos direitos humanos das mulheres e invoca o Direito em seu conceito não legalista. O resgate da ideia do direito como aquilo que é justo representa avanço contemporâneo irrefutável. Ilumina essa reflexão o fato de hoje, no mundo jurídico, admitir-se sob certas circunstâncias a existência de uma insuficiência ou excedência no conjunto de normas postas pelo poder estatal, cabendo à Jurisprudência encontrar na fonte constitucional o sentido capaz de operar como corretivo em relação à lei escrita.

Relembra a filósofa que à época da elaboração do Código Penal de 1940, não havia condições científicas e tecnológicas que permitissem o diagnóstico de anencefalia fetal. Não era possível ao legislador explicitar legalmente a diferença entre antecipação do parto por motivo de anencefalia fetal e tipo penal aborto. É a ausência de potencialidade de vida humana no feto anencefálico que torna impróprio confundir os dois conceitos. Fora isso, a vigência da lei 9.434/97, que rege os transplantes de órgãos, estabelecendo como critério para o reconhecimento do óbito a morte encefálica, torna esse argumento irretorquível. (Instituto Humanitas Unisinos, 2009)

Acrescenta ainda que essa análise interpretativa está em consonância com os parâmetros internacionais acolhidos pelo Brasil, por meio da ratificação de diversos tratados de direitos humanos. Enfatiza que o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres (Cedaw) recomenda aos Estados-parte "exigir que todos os serviços de saúde sejam compatíveis com os direitos humanos da mulher".

Enfatiza ainda que o Comitê de Direitos da ONU, que monitora o cumprimento do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, também se manifestou sobre a anencefalia em um caso no Peru. Segundo o comitê, o Estado peruano descumpriu suas obrigações internacionais, pois foram violados o direito a não ser submetido a tratamento cruel, inumano e degradante e o direito à privacidade, entre outros. (TENÓRIO, 2012)

Destaque-se ainda os argumentos do docente Thomaz Gollop, favoráveis ao aborto. Para ele, a anencefalia é uma anomalia congênita grave e incurável que provoca a morte dos fetos em dias ou semanas após o parto. Afirma também que há riscos para a mulher, pois em 50% dos

casos há excesso de líquido amniótico com consequente hiperdistensão do útero, o que pode levar a hemorragias. Além disso, 25% dos fetos anencefálicos estão em posição anormal, causando dificuldades no parto e mesmo o deslocamento da placenta da parede uterina, condicionando graves complicações. Destaca mais:

“O diagnóstico ultrassonográfico de anencefalia é 100% seguro e já pode ser realizado a partir da 12ª semana de gravidez.” (GOLLOP, 2012)

Claramente perceptível a quantidade de argumentos que tendem para um lado e para o outro da problemática acerca da interrupção de fetos anencéfalos, o que demonstra a dificuldade que os ministros do STF tiveram de enfrentar durante a elaboração dos respectivos votos e da conclusão do julgamento, inclusive para evitar que tal decisão gere consequências jurídicas danosas à sociedade brasileira.

3.4.2 Votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal. A problemática da anencefalia

Inicialmente vale destacar que o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu autorizar o aborto de feto com anencefalia e considerou que a interrupção da gravidez nesses casos não é crime. Foram oito votos dos ministros a favor da descriminalização e dois votos contrários. Ressalte-se que até o julgamento do STF da ADPF 54 a lei brasileira considerava o aborto como crime, exceto se houver estupro ou risco de morte da mãe. Para interromper a gravidez em caso de anencefalia, as mães precisavam de autorização judicial.

Destaque-se que o Relator da ação, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, o ministro Marco Aurélio Mello votou a favor da descriminalização do aborto de fetos anencéfalos, defendendo que é inconstitucional a interpretação segundo a qual interromper a gravidez de feto anencéfalo é crime previsto no Código Penal. Os ministros Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ayres Britto, Gilmar Mendes e Celso de Mello acompanharam o relator. Ricardo Lewandowski e o então presidente da corte, ministro Cezar Peluso, votaram contra a liberação.

Vale a pena destacar que o ministro Dias Toffoli se declarou impedido de votar no julgamento por ter participado do processo enquanto era advogado-geral da União e ter emitido parecer a favor da legalidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencefálicos.

Diante disso, no presente tópico serão elencados alguns dos importantes argumentos utilizados pelos ministros do Supremo Tribunal Federal para sustentar seus respectivos votos. O ministro-relator do processo, Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo e, entre outras justificativas afirmou:

"Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida." (MELLO, 2012)

Para a ministra Rosa Weber, que também votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo:

"É de se reconhecer que merecem endosso as opiniões que expressam não caber anencefalia no conceito de aborto. O crime de aborto quer dizer a interrupção da vida e, por tudo o que foi debatido nesta ação, a anencefalia não é compatível com essas características que consubstanciam a ideia de vida para o direito." (WEBER, 2012)

O ministro Joaquim Barbosa não chegou a apresentar seu voto no julgamento porque precisou deixar a sessão e apenas pediu a juntada de seu voto aos autos, voto este favorável à liberação do aborto de feto anencéfalo.

Quanto ao ministro Luiz Fux que votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo um de seus argumentos foi:

"Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura." (FUX, 2012)

A ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, ao proferir seu voto alegou a dificuldade da escolha, o que enfatiza a problemática do tema dos fetos anencéfalos. No entanto, votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo e destacou:

"Não é escolha fácil. É escolha trágica. Sempre é escolha do possível dentro de uma situação extremamente difícil. Por isso, acho que todas as opções são de dor. Exatamente fundado na dignidade da vida neste caso acho que esta interrupção não é criminalizável." (ROCHA, 2012)

Já o ministro Ricardo Lewandowski votou contra a liberação do aborto de feto anencéfalo e alegou:

"Não é lícito ao maior órgão judicante do país envergar as vestes de legislador criando normas legais. [...] Não é dado aos integrantes do Poder Judiciário promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem." (LEWADOWSKI, 2012)

Ou seja, ao votar no sentido contrário à liberação do aborto de fetos anencéfalos, Lewandowski ratificou sua posição quanto a não legitimidade do Supremo Tribunal Federal de atuar como legislador ao decidir um caso tão controverso e que necessita de debate parlamentar como o que fora julgado.

Nesse ponto, cabe uma pausa reflexiva para citar trecho da obra de Elival da Silva Ramos sobre o ativismo judicial, tendo em vista o fato da sociedade buscar uma maior participação do Judiciário na celeridade da solução dos conflitos do Direito, mas causa estranheza sua interferência em outra esfera de Poder, qual seja, o Poder Legislativo, uma vez que o desenvolvimento político-institucional que acompanha a estabilização dos sistemas políticos democráticos passa, necessariamente, pelo amadurecimento da reflexão jurídica, particularmente no âmbito do Direito Constitucional, dada a supremacia, formal e material, das normas por ele estudadas e, por conseguinte, da jurisdição incumbida de atuá-las e acrescenta:

“Apenas um positivismo renovado e reflexivo, apto a integrar as três dimensões básicas do fenômeno jurídico, e adaptado à peculiaridade existente na interpretação-aplicação de normas constitucionais, está em condições de propiciar o ajuste ótimo entre a criatividade inerente à jurisdição constitucional (*lato sensu*) e o indispensável acatamento aos princípios do Estado de Direito, dentre eles o da separação dos Poderes, impedindo que o voluntarismo bem intencionado, mas institucionalmente desastroso, dos órgãos judiciários acabe por solapar um dos fundamentos mais caros de qualquer democracia: o respeito à

soberania popular e à participação política que dela decorre.”
(RAMOS, 2010, p. 316)

Esse trecho da obra de Elival da Silva Ramos elucida que o ordenamento jurídico brasileiro, fulcrado na Constituição Federal, deve ter atenção para com o princípio da separação dos Poderes, em respeito a soberania popular, legitimadora do Poder Legislativo.

Daí porque, enfatiza Ramos, “Não devemos incidir no equívoco elitista de tentar concretizar uma Constituição democrática, paradoxalmente, atribuindo ao povo um papel secundário.”
(RAMOS, 2010, p. 216)

O Congresso Nacional, repita-se, é quem tem a permissão legitimada e oriunda da Constituição Federal e do povo, soberano, para atuar como Legislador. Diante dessa observância, frise-se:

“O ativismo judicial, que seduz os incautos e agrupa os aristocratas do direito, existe tanto na jurisprudência “progressista” a proclamar a aplicabilidade imediata de direitos sociais veiculados por normas programáticas, quanto na resistência abusiva da Suprema Corte estadunidense à legislação trabalhista, no período do “governo dos juizes”. Compete aos juristas democratas colocar o seu saber a serviço da construção de instituições que permitam o triunfo de um governo que se faça não apenas em benefício do povo, mas com a sua participação decisiva, diretamente, sob determinadas condições, e indiretamente, de modo diuturno, por meio dos instrumentos de representação política. Quanto às distorções na prática da especialização funcional demanda pela separação dos poderes, devem ser combatidas sem tréguas, para o que o presente trabalho pretendeu ter dado alguma contribuição no plano da teoria constitucional.”
(RAMOS, 2010, p. 216-217)

As críticas aqui suscitadas buscam contribuir com a luta contra a repetição das distorções das esferas de Poder, enfatizando, mais uma vez, a supremacia dos princípios, em destaque, o respeito pelo princípio da separação dos poderes.

O ministro Ayres Britto, no entanto, como a maioria de seus pares, votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo e destacou:

"O feto anencéfalo é um crisálida que jamais, em tempo algum, chegará ao estágio de borboleta porque não alçará voo jamais. [...] Não se pode tipificar esse direito de escolha [da mulher] como caracterizador do aborto proibido pelo Código Penal. [...] Levar esse martírio às últimas consequências contra a vontade da mulher equivale a tortura, a martírio cruel.[...] É preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero do que vê-la precipitar no abismo da sepultura." (BRITTO, 2012)

Para o ministro Gilmar Mendes que votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo:

"O aborto de fetos anencéfalos está compreendido entre as duas causas excludentes já previstas no Código Penal [estupro e risco de morte para mãe], não citada pelo legislador de 1940 até pelas limitações tecnológicas, imagino. [...] Não parece tolerável que se imponha à mulher esse tamanho ônus à falta de um modelo institucional adequado para resolver esta questão. [...] A falta de modelo adequado contribui para essa verdadeira tortura psíquica e física causando danos talvez indelévels na alma dessas pessoas." (MENDES, 2012)

Vale ainda ressaltar que o Ministro Celso de Mello votou a favor da liberação do aborto de feto anencéfalo argumentando:

"O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e que o feto esteja vivo. E mais, a morte do feto vivo tem que ser resultado direto e imediato das manobras abortivas. [...] A interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não satisfaz esses elementos. [...] A interrupção da gravidez é atípica e não pode ser taxada de aborto, criminoso ou não." (MELLO, 2012)

No entanto, a existência ou não de vida não é direta e plenamente discutida na análise dos respeitáveis votos dos ministros. Deste modo, com a devida *vênia*, não se pode falar em descriminalização da conduta do aborto de anencéfalos por atipicidade alegando a inexistência de vida.

Já o então presidente da Suprema Corte, Cezar Peluso, não votou com a maioria de seus colegas, posto que fora radicalmente contra a liberação do aborto de feto anencéfalos e entre outros argumentos alegou:

"Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e

natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo. Todos esses casos retratam a absurda defesa em absolvição da superioridade de alguns, em regra brancos de estirpe ariana, homens e seres humanos, sobre outros, negros, judeus, mulheres, e animais. No caso de extermínio do anencéfalo encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda força, infringe a pena de morte a um incapaz de prescindir à agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa." (PELUSO, 2012)

Inferre-se do voto de Cesar Peluso, portanto, que a interferência do ser superior que inibe e avassala outros mais frágeis, que em verdade dependem da tutela dos detentores da força, ao invés de serem protegidos por eles terminam por correr o risco de serem eliminados, aqui, diga-se, da existência entre humanos.

Não seria redundante dizer que tais votos não foram isentos de críticas de um lado e do outro da polêmica, mas que o Estado Democrático de Direito deve respeitar as instituições vigentes. No entanto, destaque-se que o tema é tão controverso que mesmo após o referido julgamento uma manifestante se exaltou e os ministros deixaram o plenário enquanto ela gritava palavras de ordem. "Eu tenho vergonha. Hoje para mim foi rasgada a Carta Magna. Se ela não protege os indefesos, que dirá a nós", disse Maria Angélica de Oliveira Farias, advogada e participante de uma associação de espíritas. (FARIAS, 2012)

O entendimento do Supremo valerá para todos os casos semelhantes, e os demais órgãos do Poder Público estão obrigados a respeitá-lo. Em caso de recusa à aplicação da decisão, a mulher pode recorrer à Justiça para interromper a gravidez.

Assim sendo, é pedido legítimo, posto que pautado na jurisprudência. No entanto, ainda que legítimo legalmente, na análise deste trabalho é imoral a não proteção da vida humana mesmo que com destino vital já comprometido.

Em meio a discussões e, como já dito, muita controvérsia, fora aprovada a liberação de aborto de fetos anencéfalos. Nesse sentido, coube ao Conselho Federal de Medicina (CFM) dispor as orientações sobre a conduta ética do médico ante o diagnóstico de anencefalia, das informações que deverão constar no prontuário da paciente e do apoio necessário à gestante de fetos anencéfalos.

As regras norteadoras para o diagnóstico de casos de anencefalia – que permitirão à gestante optar de forma precoce entre a manutenção da gestação ou a antecipação terapêutica do parto, assim denominada pelo CFM – foram publicadas no Diário Oficial da União no dia 14/5/2012.

Após a autorização do Supremo Tribunal Federal para a realização da chamada antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos anencéfalos, há, a partir desta resolução do CFM, garantia de segurança dos critérios de diagnóstico e dos aspectos éticos envolvidos neste tipo de situação.

Após trinta e três dias de atuação intensa, a resolução foi publicada. Vale a pena citar artigos que regulamentam a possibilidade de interrupção da gravidez de fetos com anencefalia:

“Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.
Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter:
I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana e de parênquima cerebral identificável;
II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.”
(CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA)

Importante ainda notar que as regras se aplicam a casos de fetos anencéfalos não incluindo outras situações de gestações com anomalia fetais. Tal Resolução tem, portanto, aparentemente, o objetivo de filtrar e mesmo cumprir o rigor da lei tendo em vista a aprovação pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da ADPF 54.

Ressalte-se aqui a importância sugerida por este trabalho, por exemplo, da criação de Comitês de Ética específicos para o exercício do Direito, com o auxílio, inclusive, do próprio Conselho Federal de Medicina para que auxiliem os magistrados em temas bioéticos, como o enfrentamento de casos semelhantes ao de aborto de anencéfalos, para monitorar o rigor na identificação das citadas situações e de outras anomalias semelhantes, a fim de evitar que pela premissa da ladeira escorregadia se incorram graves erros e sacrifícios de mais vidas humanas.

Assim sendo, deve-se ter atenção para evitar equívocos e distorções no entendimento daquilo que fora autorizado pelo ordenamento jurídico.

3.5 Proteção da vida humana e o Código Penal brasileiro

Como já é sabido, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela autorização de aborto de fetos anencéfalos. Nesse sentido, alguns estudiosos poderão pensar que a discussão se findou, assim como em países da bioética central, posto que nesses locais o aborto já é legalizado e portanto suas discussões são colocadas em segundo plano.

Todavia, no Brasil, a discussão ainda está apenas começando. Primeiro, porque o aborto não foi totalmente descriminalizado (embora já exista projeto de lei para tanto) e, segundo, pois o receio dos que são contra a prática do abortamento é justamente a ampliação dos casos de autorização pela justiça brasileira de interrupção da gravidez livres de punibilidade.

Chama a atenção que a respeitada professora Débora Diniz afirma em sua obra “Aborto por Anomalia Fetal” que importa saber, em linguagem jurídica, se o feto (anencéfalo) é coisa ou pessoa.

No entanto, conclui que tal definição (coisa ou pessoa) não é essencialmente resultado de uma negociação razoável de premissas e argumentos, mas basicamente um ato de fé. Por este ato de fé, explica, deve-se entender a expressão de uma crença, que pode ser de cunho religioso ou não, mas que dará suporte à definição do feto como pessoa ou coisa, não se prestando, no entanto, à contestação. (DINIZ e RIBEIRO, 2004, p.71)

Desta forma, para fins de argumentação, se o feto é considerado pessoa ele teria direito à vida, uma vez que pessoas têm direito à vida. Afirma ainda que não é possível reconhecer o direito à vida por parte de um cadáver, pois inexistente o sujeito de direito neste caso e comparativamente não é possível atribuir o direito à vida a um feto inabilitado à experiência da vida após o nascimento. (DINIZ e RIBEIRO, 2004, p.76)

O que a ilustre autora não pontuou, com a máxima *vênia*, é que independentemente de ser ou não considerado pessoa no útero materno ou de potencialmente viver fora daquele útero o que deve se preservar, em simples análise, é a existência ou não de vida humana, ainda que intrauterina.

Em todo o caso, verifique-se Mônica Aguiar que menciona Silmara Chinelato para quem “a pessoa surge desde a concepção e o estado de filho é um dos direitos que não depende do nascimento com vida, no sentido de que, com o nascimento, ele segue sendo filho”. (AGUIAR, 2005, p. 35)

E mais, o feto anencéfalo é um ser de relação, a mãe gestante ao acariciá-lo estará com ele interagindo, tendo em vista o fato do embrião com anencefalia responder a estímulos e ainda sentir dor, caso provocado. Veja-se citação do voto do ministro Lewandowski:

“Importa trazer a lume, ainda, a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, que reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 18)

Com tal posicionamento quanto à importância da vida humana dentro do útero materno, especialmente do feto anencéfalo, vale ressaltar os argumentos jurídicos que sustentam essa ideia, sobretudo para evitar autorizações análogas às que a Suprema Corte do país acabara de julgar e mesmo com o objetivo da proteção da vida humana nas diversas fases do seu crescimento.

Corroborando com tal pensamento, o ministro Cezar Peluso na prolatação do seu voto quando do julgamento da ADPF 54 afirma que a **vida vale por si mesma, mais que qualquer bem humano supremo**. Segue aduzindo que o feto anencéfalo tem dignidade e dignidade plena. Tem vida e, ainda que breve, sua vida é constitucionalmente protegida.

Cita ainda os artigos 2º do Código Civil, em que a lei põe a salvo os direitos do nascituro, o artigo 542 em que se permite o recebimento de doação pelo nascituro e o art. 1779 em que rege a curatela ao nascituro que perder o pai por falecimento e não tendo a mulher poder falimentar.

Acrescenta ainda que o nascituro tem legitimidade para suceder, além de receber e transmitir herança. O ministro ressalta que a vida extrauterina não é requisito para a caracterização do crime de aborto. Demonstra preocupação inclusive com a ameaça eugênica na medida em que existe a possibilidade de fetos que tenham outras anomalias ou os que se encontram envolvidos em questões sociais pouco favorecidas. (PELUSO, 2012)

Peluso ainda questiona se os anencéfalos que nascem e choram não têm vida. E ratifica que ninguém é dono do ser humano. Apresenta no seu voto interesse pelos diagnósticos médicos quanto à constatação de anencefalia, uma vez que nem sempre ou quase nunca se terá a certeza de se trata de fetos anencefálicos. Segundo o ministro, o campo médico é de verdades provisórias.

Quando se compara a não permissão de abortamento de fetos com anencefalia ao crime de tortura, Peluso afirma que este último se dá quando de sofrimento injusto e intencional, diferentemente da gestação de anencéfalos que não pode ser legalmente evitada. Ratifica que a natureza não tortura. Esta, portanto, provém de um ato tão somente jurídico. Para o ministro é utópico crer que o ser humano não tenha sofrimento.

Em última análise, assevera Celso Ribeiro Bastos, a liberdade não consiste em uma vida livre das peias sociais ou jurídicas, mas ela é constituída como uma espécie de resíduo deixado pela anunciação das obrigações de fazer ou não fazer pelos instrumentos adequados para tanto (leis). (BASTOS, 2003)

Pode-se, portanto, prescindir dele por outras formas alternativas de tratamento. No entanto, é preciso justamente preservar esse bem maior, a vida, de acordo com as convicções pessoais de cada indivíduo.

Quando comparado ao crime de estupro em que a lei já autorizava o aborto em tais casos para preservar a higidez psíquica da mãe gestante, o ministro aduz que estão em esferas distantes os casos de estupro e de anencefalia, tendo em vista que no primeiro o ato sexual fora contra a vontade da mulher para aquela concepção e de enorme reprovação social, enquanto que, no segundo caso, a concepção fora fruto da liberdade sexual entre o pai e mãe e anomalia é obra do acaso.

A discussão jurídica sobre a autorização de aborto de anencéfalo traz inevitável comparativo entre as já existentes autorizações de aborto no Código Penal de 1940: uma para salvaguardar a vida da mãe gestante e outra para preservar sua higidez psíquica da mulher grávida por conta da violência sofrida decorrente de um estupro, uma vez que as duas já criadas hipóteses consideravam a supressão da vida em prol de outro bem jurídico. Além delas outra espécie de crime contra a vida, a chamada tentativa de suicídio, não é punida no Brasil. Registre-se ainda que no ordenamento pátrio é permitida a penal capital em tempos de guerra.

Desse modo, poder-se-ia questionar as autorizações para a eliminação da vida humana nos casos supramencionados no Direito brasileiro ao defrontá-las com a proteção da vida do feto anencéfalo. Nos dois primeiros casos de abortamento que já eram previstos no Código Penal, tem-se, no chamado aborto necessário, quando protege-se uma vida pela outra (da mãe pelo nascituro), há busca pela preservação do bem vida humana e, no outro, no denominado aborto sentimental, observa-se que o Legislador deixou claro, a tutela da higidez psíquica da mãe gestante naquela situação específica de violência sexual sofrida pela mulher, tendo em vista, inclusive, o alto grau de reprovação social, diferentemente da anomalia fetal, deformidade proveniente da natureza, como bem asseverou o ministro Cesar Peluso.

Ressalte-se Celso Delmanto, citado pelo Ministro Ricardo Lewandowski quando de seu voto no julgamento da ADPF 54 no STF:

“Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele *“não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável.”* (LEWANDOWSKI, 2012, p.5)

Segue aduzindo Lewandowski que “em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.” (LEWANDOWSKI, 2012, p.5)

No que se indaga a não punibilidade da tentativa de suicídio, uma vez que o ordenamento tem como pressuposto a proteção da vida humana, infere-se do Legislador que a própria vontade, distúrbio, depressão ou doença causadora de tal atentado à vida humana já seria considerado punição.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges, no seu artigo “Eutanásia, ortotanásia e distanásia” explica, por exemplo, que “O auxílio a suicídio de pessoa que não se encontra em estado terminal e com fortes dores, da mesma forma, não se caracteriza como eutanásia, mas como o simples auxílio a suicídio previsto no Código Penal.” Arremata afirmando que “Quem executa o ato que vai causar a morte é a própria vítima”. (BORGES, 2005)

Borges ainda esclarece que “O suicídio assistido, ou o auxílio ao suicídio, é também crime.” (BORGES, 2005)

Diante do exposto sobre o crime de auxílio ao suicídio, observe-se trecho do parecer de Celso Ribeiro Bastos quanto à prática de suicídio: [...] dentro da questão do direito à vida e à livre disponibilidade, que a legislação criminal pune aquele que pratica o homicídio, aquele que pratica o aborto e, por fim, aquele que auxilia na prática do suicídio. Nesta última hipótese, contudo, não há punição para o próprio autor da tentativa de suicídio.

Bastos insiste, neste ponto, que a Constituição acaba por assegurar, tecnicamente falando, a inviolabilidade do direito à vida, assim como o faz quanto à liberdade, intimidade, vida privada, e outros tantos valores albergados constitucionalmente. Não que se trata, propriamente, de indisponibilidade destes direitos. Realmente, não há como negar juridicidade a ocorrências nas quais pessoas se despojam inteiramente de sua privacidade. Não se vislumbra qualquer cometimento de um ato contrário ao Direito em tais circunstâncias. Por inviolabilidade deve compreender-se a proteção de certos valores constitucionais contra terceiros. Já a indisponibilidade alcança a própria pessoa envolvida, que se vê constrangida já que não se lhe reconhece qualquer discricionariedade em desprender-se de determinados direitos. No caso presente, não se fala em indisponibilidade, mas sim de inviolabilidade. O que a Constituição assegura, pois, é a "inviolabilidade do direito à vida" (art. 5º, caput).” (BASTOS, 2003)

Quanto à pena de morte admitida no país em tempos de guerra, observa-se que trata-se de uma normatização atemporal, incomum (para não dizer inexistente) e que foge aos olhos do ordenamento vigente, posto que se aplicada será sob a égide da justiça militar, o que não parece provável a sua ocorrência posto que se trata o Brasil de um país internacionalmente reconhecido pela característica pacífica de seu povo e da diplomacia da nação brasileira para com outros Estados soberanos.

Destaque-se, assim, que a Justiça encontra dificuldades em estabelecer o regramento de todas as esferas da vida humana em absoluto e não se responsabiliza, por conseguinte, em tratar todos os eventos provenientes da própria natureza humana, posto que muitos fogem da sua tutela na medida em que não foram causados injustamente por nenhum outro cidadão e, sim, foram acontecimentos oriundos do acaso.

3.6 Estado Democrático de Direito, Quebra de Princípios, Ilegitimidade do STF

Tem-se, portanto que o Estado Democrático de Direito deve ser extremamente respeitado ao passo que se devem preservar as instituições constitucionalmente estabelecidas, reverenciando, por conseguinte, o ordenamento jurídico pátrio.

Dessa maneira, a Constituição Federal que protege o bem supremo da vida humana merece ser cuidadosamente respeitada sob pena de ferir a ordenação jurídica maior da sociedade brasileira.

Assim sendo, as espécies de aborto permitidas pelo Código Penal brasileiro de 1940 e sua reforma em 1984, esta com a medicina mais avançada dispondo de exames ultrassonográficos, não permitia uma terceira hipótese de interrupção voluntária de gravidez. Consoante descreve o ministro Lewandowski:

“[...] caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 6)

E ressaltou no julgamento da ADPF 54 no STF a legitimidade do Congresso Nacional para a criação ou não da terceira hipótese de abortamento:

“[...] até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 6)

De acordo com o ministro, ainda que se considere a relevância do fenômeno do ativismo judicial mencionado anteriormente nesse trabalho, não se pode perder de vista que são os parlamentares eleitos pelo povo soberano que, após demasiados debates interdisciplinares, têm a legitimidade para alteração legislativa que atinja diretamente o bem protegido constitucionalmente da vida humana.

Quanto à interpretação das normas o ministro Lewandowski chama a atenção para os seus limites na medida em que “a tarefa dos exegetas, não raro, esbarra em limites objetivos, em obstáculos insuperáveis, representados pela univocidade das palavras, os quais impedem que, em linguagem popular, ‘se dê o dito pelo não dito’ ou vice-versa.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 10)

Acrescenta que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermenauta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 10) E arremata:

“Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais”. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 11)

Frise-se, ainda, Lewandowski quando expõe que o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, somente pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante, e por si só avassaladora, função de extirpar do ordenamento jurídico aquelas normas que são incompatíveis com a Carta Magna. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 12) Importante transcrever trecho do ministro quando esclarece:

“Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o **princípio da intervenção mínima** que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 13) (Grifos aditados)

Além de suscitar o princípio da intervenção mínima entre os Poderes, demonstrou preocupação o ministro quando do seu voto no julgamento da ADPF 54 em abril de 2012 com o que fora chamado neste trabalho do risco da ladeira escorregadia, ou seja, o perigo da autorização do procedimento abortivo decorrente de uma espécie de anomalia abrir precedentes para diversas outras razões para o aborto pautadas em deficiências embrionárias,

uma vez que menciona que a temática reveste-se de extrema complexidade não só do ponto de vista jurídico como ético e até mesmo científico.

Destaca que além de envolver o princípio fundamental da proteção à vida, consagrado na Constituição (art. 5º, *caput*), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina:

“Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas de centenas patologias fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 15)

Nessa linha de argumentação jurídica, o ministro ainda é mais incisivo quando relembra os tempos da antiga Roma:

“Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.” (LEWANDOWSKI, 2012, p. 17)

Ressalte-se ainda que para demonstrar que o Congresso Nacional, legitimados para criar ou não terceira espécie de permissão legal do procedimento de aborto, a de fetos anencéfalos, não estava alheio ao debate travado no Supremo Tribunal Federal, se encontravam sob o crivo dos parlamentares ao menos dois projetos de lei com o intuito de normatizar sobre o tema, quais sejam: o PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que acrescentaria um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, “isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extrauterina” e o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, que também incluía um inciso no citado dispositivo do Codex Repressivo, com a seguinte redação: “Art. 128. (...) III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de

consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 20)

Cumprir enfatizar que os projetos de lei mencionados, que até o julgamento da ADPF 54 tramitavam no Poder Legislativo, buscaram estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos fosse isento de punição, mas como insistiu o ministro Lewandowski, tarefa totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional, e que continuou sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional. (LEWANDOWSKI, 2012, p. 23)

Contudo, apesar da discordância pela legitimidade do STF para tal posicionamento de autorização do aborto de fetos com anencefalia, que para muitos foi uma forma de legislar (o que não é da sua competência e, sim, do Poder Legislativo), e continuada tese segundo a qual o feto anencéfalo tem vida humana, relevante serão ainda outros embates.

É fundamental nesse momento a observância da Resolução do Conselho Federal de Medicina para com as obrigações e o cumprimento adequado do procedimento de interrupção da gravidez de anencéfalos, evitando desvios daquilo que fora efetivamente autorizado pela Suprema Corte. Importante analisar ainda a alteração interpretativa do artigo 2º do Código Civil, a sucessão hereditária dos anencéfalos (tendo em vista a não negativa da existência de vida nestes casos pelo STF) e a discussão quanto à distanásia do nascituro ou recém-nascido.

De suma importância, portanto, a demasiada atenção para com o respeito à vida humana, independentemente do seu tempo de vida e as suas condições fisiológicas, para evitar sua banalização (e também a busca por tratamentos fúteis), observando a coerência na interpretação do regramento jurídico, a fim de preservar primordialmente o bem maior do nosso ordenamento.

CAPÍTULO 4 – O CONSENTIMENTO INFORMADO E A PRESERVAÇÃO DO RESPEITO À AUTONOMIA DA MÃE GESTANTE: A VULNERABILIDADE ACRESCIDA EM RAZÃO DA ANOMALIA FETAL

Diante da exposição do debate, no Capítulo anterior, quanto à recente decisão do Supremo Tribunal Federal em permitir o aborto de fetos anencéfalos, vale a pena se debruçar nas consequências da interrupção da gravidez para a mãe gestante, no que se refere ao seu consentimento informado e a preservação do respeito à sua autonomia.

O processo decisório no STF, que culminou na permissão do aborto de fetos com anencefalia, sofreu protestos de diversos setores da sociedade brasileira. Isto forçou os ministros da Suprema Corte respaldarem os seus argumentos recheando-os de convicções doutrinárias no campo jurídico, ao proferirem os seus votos. Houve discussões acaloradas na Corte Máxima, objeto de destaque nos diversos canais midiáticos.

Neste diapasão, por mais especial que seja a situação médica do nascituro, feto anencéfalo, ou mesmo da mãe gestante, potencialmente abalada psicologicamente por conta da gravidez de embrião com anomalia, a autorização de um aborto gera desconforto em expressiva parcela da sociedade brasileira, reconhecidamente uma comunidade conservadora, devido, sobretudo, a sua colonização portuguesa de origem católica, tendo a Igreja como pilar moral e contrária à interrupção voluntária da gravidez.

Sendo assim, a permissão da espécie de aborto em tela não foi nada fácil, o que sugere a necessidade dos legisladores de atenuar as posições contrárias com a consequente imposição de restrições no procedimento autorizante, ocasionando a publicação da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº1.989/2012.

Deste modo, tal Resolução dispõe quanto ao diagnóstico de anencefalia para a chamada antecipação terapêutica do parto, determinando providências ao considerar que o exame é ultrassonográfico, que é de exclusiva competência do médico a execução e a interpretação do exame de ultrassonografia em seres humanos, bem como a emissão do respectivo laudo; que a meta de toda a atenção do médico é a saúde do ser humano, em benefício do qual deverá agir com o máximo de zelo e com o melhor de sua capacidade profissional; que elegeu o princípio

da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; e, ainda, que cabe ao médico zelar pelo bem-estar dos pacientes.

Essas considerações do CFM merecem comentários relevantes para este estudo, na medida que a interpretação do exame ultrassonográfico é exclusiva do médico e cabe a ele zelar pelo bem-estar dos pacientes, tendo como objetivo do profissional a saúde do ser humano. Nesse ponto, deve ser indagado de qual paciente o Conselho se refere a mãe ou o nascituro, tendo em vista os dois seres merecedores de cuidados provenientes da medicina.

Outra importante consideração do Conselho diz respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da Constituição Federal brasileira, logo, deve-se atentar para promover a dignidade do ser humano em sua máxima possibilidade. Não é preciso fazer esforço argumentativo para considerar o feto anencéfalo ser humano, uma vez que objeto este não é.

De toda sorte, por cautela, saliente-se os dizeres de Peter Singer que, de forma singular, dá à expressão ser humano um significado preciso, designando-o como equivalente a membro da espécie *Homo sapiens* ao arrematar:

“A questão de saber se um ser pertence a determinada espécie pode ser cientificamente determinada por meio de um estudo da natureza dos cromossomas das células dos organismos vivos. Neste sentido, não há dúvida que, desde os primeiros momentos da sua existência, um embrião concebido a partir de esperma e óvulo humanos é um ser humano; e o mesmo é verdade do ser humano com a mais profunda e irreparável deficiência mental — até mesmo de um bebé anencefálico (literalmente sem cérebro)” (SINGER, 2000).

Seguindo esta lógica-argumentativa, cabe outra indagação para saber se o feto com anencefalia não poderia ser paciente merecedor dos cuidados médicos, posto que a Resolução do CFM refere-se ao fato do médico ter que zelar pelo bem-estar dos pacientes, com o objetivo do profissional sendo a saúde do ser humano.

Em uma análise singular, tem-se que todo ser humano concebido merece, no Brasil, o respeito a sua dignidade humana e, mais especificamente, atendimento médico que lhe proteja do meio externo.

Diante disto, deve-se lançar os olhos ainda para a exposição de motivos da supramencionada Resolução quando se destaca:

“Desde o início da discussão sobre a legalidade e a constitucionalidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, restou perceptível a impropriedade conceitual das expressões “aborto”, “aborto eugênico”, “aborto eugenésico” ou “antecipação eugênica da gestação” para designar a *antecipação terapêutica do parto* nesses casos.” (Resolução do Conselho Federal de Medicina, 2012)

Ou seja, para embasar seus artigos, com a devida *vênia*, inverte-se a relação de valores da sociedade, vista no Capítulo I, ao denominar com outra expressão mais branda o procedimento cirúrgico, notadamente com a tentativa de suavizar uma prática que já tem peso no próprio nome, qual seja, aborto.

Este trabalho, saliente-se, não pretende, de maneira alguma, crucificar a situação em que a mãe gestante opta pela interrupção da gravidez de fetos anencéfalos por entender ser a melhor escolha.

Um dos propósitos desta discussão passa pelo maior esclarecimento daquilo que significa abortar uma vida intra-uterina, ao invés de buscar nomes menos chocantes para a prática abortiva como o proferido pela respeitável Resolução 1.989/2012, chamando-a de *antecipação terapêutica do parto*.

Neste sentido, indo direto ao ponto central deste Capítulo, verifica-se que o CFM, por conta da autorização proferida pela Suprema Corte, discute a maneira menos impactante para a sociedade para a aceitação de como interromper a vida dentro do útero materno, quando se tratar de um embrião com anencefalia, enumerando requisitos para a determinação do procedimento cirúrgico.

Ainda que se tratando de feto com anencefalia, registre-se que já na sua concepção está presente o código genético do ser humano, independentemente de crença religiosa, verifique-se que a questão moral é de ordem científica e conforme a matéria “O mundo e a fê segundo Bergoglio”, publicada na Revista Veja (2013), afirmara o Papa Francisco:

“O problema moral do aborto é de natureza pré-religiosa. No momento da concepção está o código genético da pessoa. Ali já existe um ser humano. Separo o tema do aborto de qualquer concepção religiosa. É um problema científico. Não permitir o desenvolvimento de um ser que já dispõe do código genético de um ser humano não é ético. Abortar é matar alguém que não pode se defender.” (PAPA FRANCISCO apud LOPES e SABINO, 2013, p. 70)

Deste modo, ressalte-se Arroyo Zapatero, a propósito do crime de aborto, ao entender que o bem jurídico protegido pela norma diz respeito a um interesse da própria comunidade, que valora positivamente a vida embrionária como um antecedente da vida plena. Assim, a comunidade reconhece, pois, no embrião um membro futuro da mesma comunidade com o qual se identifica. (ZAPATERO, 1983, p.71)

De pronto, os defensores do aborto de fetos anencéfalos podem arguir que esta vida não sobreviverá fora do útero da mãe ou simplesmente que terá uma curta existência. Neste diapasão, deve-se questionar quais dos seres humanos sabe quando finda sua própria vida.

Assim é que as mães e familiares de fetos com anencefalia devem ser amparados pela Medicina e, de igual modo, pelo Direito, ao se depararem com a situação que envolve os cuidados pela vida humana, seja da própria existência ou de um de seus entes familiares.

A mãe gestante pode querer levar sua gestação de feto com anencefalia até o final, mas formadores de opinião, tais como médicos e juristas, ainda que no intuito de ajudar essa mulher grávida, terminam por apresentar o referido diagnóstico como algo doloroso, um drama que terá que enfrentar. Em verdade, o que parece mais adequado é demonstrar o valor da vida humana e que os aparatos médicos estão à disposição dos pacientes – mãe e embrião – para a maior tranquilidade possível no período gestacional e pós-gestacional.

Ressalte-se pensamento da professora Roxana Cardoso Brasileiro Borges, quando esclarece:

“a defesa da autonomia do paciente não pode afastar uma indagação feita por Maria Helena Diniz quanto a possíveis defeitos na formação da declaração de vontade do paciente: ‘Poder-se-ia exaltar esse poder decisório do doente, ante o fato de que a autonomia de sua vontade pode ser uma arma contra ele mesmo, porque a decisão, em regra, vale conforme o seu grau de esclarecimento ou informação?’ Portanto, é imprescindível a preocupação com as circunstâncias em que se forma a vontade do paciente, devendo-se afastar, ao máximo, todos os

fatores que possam interferir ou reduzir sua capacidade de compreensão e de decisão livre.” (BORGES, 2005)

Ao apresentar à paciente nova nomenclatura à prática de aborto para a denominação antecipação terapêutica do parto, muito embora pareça com a melhor das intenções, ou seja, causar menos desconforto para os familiares do feto com anencefalia, esta alteração também pode causar desvio de entendimento do procedimento que a poderá ser submetida aquela mulher e, por fim, interferir diretamente na sua autonomia privada.

Assim, faz-se necessário o entendimento do que seja o princípio da autonomia privada em nosso ordenamento jurídico, observando o que acrescenta Borges, em outro texto, “A atual teoria geral dos contratos”:

“Vale ressaltar que autonomia da vontade e autonomia privada não têm conteúdo idêntico. A autonomia da vontade era o princípio do voluntarismo, segundo o qual o fundamento e a força obrigatória dos contratos encontravam-se na livre vontade das partes. Com a mudança de foco para a autonomia privada, compreende-se que a lei é fundamento do contrato, a vontade conforme a lei gera o vínculo jurídico, não a vontade pura. Assim, a lei, a ordem pública, a moral e os bons costumes compõem a autonomia privada, determinam as fronteiras da liberdade contratual” (BORGES, 2005)

Depreende-se da citação que a autonomia privada não é um ato dependente somente das partes negociantes, ou seja, a mãe gestante e o médico devem averiguar no que aquela decisão interfere, de acordo com o ordenamento jurídico. Nesta linha, tem-se que o grande afetado é o próprio embrião, segundo uma redução eidética, que, indefeso e sem qualquer participação no processo decisório, pode ter a sua vida ceifada.

Como se não bastasse tal afronta do verdadeiro sentido do princípio da autonomia privada, saliente-se ainda que a mãe gestante deve ter o seu consentimento realmente esclarecido, conforme o já citado princípio bioético do consentimento prévio.

Pode-se transmitir ideologia equivocada para a atual sociedade, sobretudo após a autorização do STF para o aborto de anencéfalos, segundo a qual a interrupção da gravidez acarreta um alívio para a mulher grávida, ao livrar-se de um ser com anomalia incurável, devendo ser poupada do sofrimento de uma gestação não frutífera.

No entanto, o que deve ser transmitido à sociedade brasileira são as consequências psicológicas para a mulher que opta pelo abortamento, ainda que sob orientação médica, tendo em vista, inclusive, a chamada Síndrome Pós Parto.

Em sendo assim, segundo Maria José Vilaça, a Síndrome Pós Aborto é o nome clínico dado a uma perturbação emocional e psicológica sentida por algumas mulheres na sequência de aborto voluntário. Ressalta que a prevalência desta perturbação nos Estados Unidos é de cerca de 19%, embora haja indícios de poder ser muito maior.

Salienta que sempre foram referidos os efeitos psicológicos do aborto, mas só recentemente é que se começou a identificar a Síndrome Pós Aborto com a Perturbação Pós Estresse Traumático, relatada pelos veteranos do Vietnã e que apresenta uma taxa de prevalência de cerca de 15%. Em Portugal, esta perturbação também foi identificada nos veteranos da Guerra Colonial e tem sido amplamente estudada. (VILAÇA, 2006)

Deste modo, arremata afirmando que um acontecimento traumático é algo que abala todas as crenças relativamente à segurança e confiança, isto, pois, são tão inimagináveis, que estes acontecimentos terminam por provocar reações que parecem estranhas e sem sentido. Adverte que é importante saber que, por estranhas que pareçam, essas reações são normais e esperadas. (VILAÇA, 2006)

Enfatiza ainda que o Síndrome Pós Aborto apresenta na generalidade os mesmos sintomas da Perturbação de Pós Estresse Traumático (PPST) embora com características específicas relacionadas com o evento traumático, desencadeante, que é o aborto. (VILAÇA, 2006)

Ainda segundo a autora, “o aborto fere a mulher naquilo que é o mais profundo da sua essência: a sua sexualidade e a sua identidade maternal e vai contra a percepção interior, consciente ou não, do que é certo e errado, do bem e do mal.”

Corroborando com tais argumentos, Julius Fogel, Obstetra e Psiquiatra que realizou cerca de 20.000 abortos, citado por Theresa Burke (2002), afirma:

“Qualquer mulher – independentemente da sua idade, do seu passado ou da sua vida sexual – fica traumatizada por destruir a gravidez. A sua humanidade é tocada. É uma parte de si própria. Quando destrói a gravidez, ela destrói uma parte de si. Não há hipótese de isto ser inócuo. Estamos a lidar com a vida. Não interessa nada se acreditamos ou não que há vida no embrião ou no feto. Não podemos negar que

algo está a ser criado e que esta criação está a acontecer fisicamente... Frequentemente o trauma pode afogar-se no inconsciente e nunca chegar a aparecer. Mas não se trata de um acontecimento tão indiferente ou inócuo como alguns querem fazer parecer. Há um preço psicológico a pagar. Pode ser a alienação, pode ser o afastamento do calor humano, talvez um endurecimento do instinto maternal. Algo acontece ao mais profundo nível da consciência da mulher, quando ela faz um aborto. Eu digo isto enquanto Psiquiatra.” (VILAÇA, 2006)

Logo, o respeito à autonomia privada da mãe gestante de feto com anencefalia tem como condição *sine qua non* o esclarecimento detalhado do que acontece com o corpo da mãe por conta do procedimento cirúrgico, as consequências psicológicas que podem ocorrer por conta do trauma do abortamento e, ainda, o real significado da exclusão de uma vida, mesmo predestinada a uma curta duração.

Assim sendo, considerar o aborto como algo simplesmente terapêutico, termina por minimizar algo muito maior que é a proteção da vida humana, bem supremo e que recebeu a tutela constitucional.

4.1 A Resolução 1989/2012 do CFM e a autonomia privada da mãe gestante

Ao analisar as cláusulas expostas na Resolução 1.989/2012 verifica-se em seu primeiro artigo que, na ocorrência de diagnóstico de anencefalia, o médico poderá, a pedido da mãe, fazer o procedimento de interrupção da gravidez, o que transmite a ideia de que se dá autonomia à mulher gestante de feto com anencefalia.

Destaque-se que antes do julgamento do STF que culminou na autorização do abortamento de fetos com anencefalia vislumbrava-se permissões judiciais nos casos de anomalias fetais consideradas incompatíveis com a vida, por não encontrar previsão nas normas legais. Nesse sentido, já se elencavam requisitos, como os do Cremesp (Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo), para as solicitações, conforme tabela abaixo:

<i>Tabela III.</i> Requisitos para a solicitação de autorização judicial para a interrupção da gestação em casos de anomalia incompatível com a vida
Livre manifestação da vontade da gestante de interromper a gestação devido ao diagnóstico de anomalia fetal
Um ou mais exames de ultra-sonografia morfológica, assinados por dois médicos,

comprovando os achados referentes à anomalia fetal
 Realização de avaliação psicológica da gestante.
 Relatório ou laudo do médico assistente esclarecendo à autoridade judicial que o feto não terá sobrevivência ao nascer
 Solicitação escrita pela gestante ou pelo casal à autoridade judicial requerendo a interrupção da gestação com base nos laudos médicos

Nota: Em situações de anomalias raras devem ser providenciadas ao juiz cópias de artigos científicos descrevendo o prognóstico da anomalia fetal, com vista a facilitar a decisão judicial.

Fonte: ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia**. São Paulo: Manole Ltda, 2008. p.1145

Percebe-se que já se enfatizava a consideração pela autonomia da mãe gestante em casos de anomalias fetais antes mesmo da procedência da ADPF 54.

No entanto, repita-se, essa autonomia para ser real não basta o atendimento do pedido da mãe gestante, mas o esclarecimento detalhado do diagnóstico com o propósito de obter o consentimento prévio quanto ao procedimento cirúrgico.

Neste sentido, a Resolução apresenta no artigo 3º que “[...] o médico deve prestar à gestante todos os esclarecimentos que lhe forem solicitados, garantindo a ela o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sem impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir [...]”.

A primeira observação quanto às normas estabelecidas pela Resolução são positivas do ponto de vista argumentativo e ao objeto a que se destina, sendo elogiáveis ainda os direitos esposados da gestante no parágrafo 2º do art. 3º no que se refere à possibilidade de manter a gravidez ou ainda adiar a decisão para outro momento. A análise que se faz no presente é que tais regramentos demonstram uma tentativa de não impor uma interrupção da gravidez considerada anômala.

Não obstante, no §3º da Resolução informa-se que “qualquer que seja a decisão da gestante, o médico deve informá-la das consequências, incluindo os riscos decorrentes ou associados de cada uma.” Desse modo, percebe-se a busca pelo consentimento informado da mãe gestante em variadas etapas do diagnóstico da anencefalia até o processo decisório que culmina pela interrupção ou não da gravidez.

Quando fala-se em decisão da mãe gestante pelo procedimento de aborto dever-se-ia observar o consentimento paterno, pois ao averiguar temas tais como a guarda dos pais, significa dizer que os filhos menores permanecem sujeitos ao poder familiar, conforme o art. 1.630, do Código Civil, independente da existência de relação afetiva entre os pais. Logo, como

assevera Fabíola Santos Albuquerque “este é constituído por um conjunto de direitos-deveres, dos quais a guarda desponta como uma das dimensões mais importantes (art. 1634)” (ALBUQUERQUE, 2006, p.23).

Segundo Albuquerque, por conta da alteração no cenário histórico que tem como marco a entrada da mulher no mercado de trabalho, o que acarretou na necessidade de que o pai passasse a exercer conjuntamente algumas tarefas, inclusive domésticas, que até então eram exercidas somente pela mãe, destaca que “a criação e educação de uma criança não é exclusivamente ínsita à natureza feminina”. (ALBUQUERQUE, 2006, p.31)

Analogamente, pode-se inferir que a decisão por um abortamento não deveria ser exclusiva da mulher gestante, tendo em vista ser o pai daquele por nascer detentor de obrigações, mas também de direitos para com a criança.

Com o rigor que o caso requer, apresenta-se no artigo 5º a seguinte orientação:

“Realizada a antecipação terapêutica do parto, o médico deve informar à paciente os riscos de recorrência da anencefalia e referenciá-la para programas de planejamento familiar com assistência à contracepção, enquanto essa for necessária, e à preconcepção, quando for livremente desejada, garantindo-se, sempre, o direito de opção da mulher.” (Resolução do Conselho Federal de Medicina, 2012)

Logo, é evidenciado que o intuito do respeitado Conselho Federal de Medicina é o de atender ao quanto normatizado em decorrência da decisão oriunda do Supremo Tribunal Federal, sobretudo atento ao ditames científicos, e não uma campanha pró-aborto.

Entretanto, enfatize-se, a preocupação desse estudo está no que podem representar as entrelinhas da decisão autorizante da Corte Máxima, bem como o respaldo médico-científico trazido alude.

O motivo da inquietude não é exclusiva do contexto do caso inserido na sociedade brasileira, isto porque, em diversas outras localidades, verificou-se um retrocesso na legislação no que diz respeito ao procedimento do aborto.

Exemplo disto fora averiguado pelo depoimento do ministro da Justiça da Espanha, quando confirmou o interesse do então governo direitista, de Mariano Rajoy, em alterar a legislação

atual que possibilita a interrupção da gestação até a 14^o semana de gestação, conforme publicação no portal Causa Operária. (Causa Operária Online, 2012)

Isto posto, enquanto participava da Conferência de Ministros de Justiça Ibero-americanos, Alberto Ruiz-Gallardón concedeu entrevista ao jornal Folha de São Paulo, onde disse que a ideia é aprovar a proteção ao feto desde a concepção. Diferentemente da sua lei atual, aprovada em 2010, que não legalizou a prática totalmente, mas criou critérios para o acesso ao aborto, a ideia é retroceder na legislação permissiva no que se refere à interrupção voluntária da gravidez. (Causa Operária Online, 2012)

Ainda como ilustração podem ser citados os casos das nações latino-americanas - Nicarágua, Chile, El Salvador e República Dominicana, que chegam a penalizar o aborto induzido, sem exceções, se unindo a outros países do mundo como Malta e Filipinas, conforme Instituto Humanitas Unisinos. (Instituto Humanitas Unisinos, 2009)

Tais casos demonstram que permitir o aborto, mesmo em uma gestação com anomalia fetal, não significa progresso de uma nação ou sinônimo de desenvolvimento econômico e social, posto que a valoração do ser humano se preserva ao longo do tempo, tendo como fim a própria sobrevivência da espécie na medida em que se respeita o seu semelhante, colocando-o na posição central do ecossistema e das relações interpessoais.

Registre-se ainda que segundo o instituto português Aldeia Aborto verifica-se que os defensores do aborto semelham os escravagistas:

“[...] em 1857 a Corte Suprema dos USA decretou por uma maioria de 7 contra 2 que os escravos legalmente não eram pessoas e, portanto, estavam privados de proteção Constitucional. Em 1973 a Corte Suprema com igual maioria (7-2) decidiu o mesmo em relação aos bebês, não nascidos [...]” (Aldeia Aborto, 2012)

Assim sendo, é desconfortável imaginar que condições expostas para o procedimento de aborto de anencéfalos (seja com a denominação menos aterrorizante tal como antecipação terapêutica do parto, seja com a determinação de requisitos tais como o suposto consentimento esclarecido e a autonomia da mãe gestante) signifiquem artifícios utilizados para dar mais um passo em direção ao abortamento generalizado.

Nesta esteira, flexibilizar normas com a justificativa apresentada de defender a dignidade da pessoa humana, qual seja a mãe gestante de feto com anencefalia, não é plausível quando se observa do ponto de vista histórico, uma vez que permite o caminho tortuoso da morte de embriões em benefício do acalento ao sofrimento psicológico da sua geradora.

Já fora evidenciado que a saúde da mãe gestante deve ser preservada, e a própria legislação previu antecipadamente a proteção da mulher grávida em caso de risco de morte, em situações que sua gestação seja arriscada.

No entanto, observe-se que os números são alarmantes no que se refere aos procedimentos abortivos em todo o planeta. Segundo M. D. Mateus, que elaborou trabalho sobre estatísticas do aborto do mundo:

“aproximadamente 97 países, com cerca de 66% da população mundial, têm leis que em essência permitem o aborto induzido. Noventa e três países, com cerca de 34% da população, proíbem o aborto ou permitem o aborto apenas em situações especiais como deformações do feto, violações ou risco de vida para a mãe. Todos os anos cerca de 26 milhões de mulheres realizam abortos legais, enquanto que 20 milhões de abortos são realizados em países onde esta prática é restringida ou proibida por lei.” (MATEUS, 2012)

Em verdade, a campanha da sociedade como um todo deveria e deve ser de identificar a grandeza de gerar e sustentar uma gestação em que o filho ou filha tem poucas chances de sobrevivência, mas que os pais souberam aproveitar cada minuto daquela vida humana e que não passará imperceptível. Até porque, mesmo que se aborte, tal vida humana jamais passará despercebida.

Lembre-se que o feto não pode ser uma coisa porque a sua natureza material e biológica o coloca entre os seres pertencentes à espécie humana. Ora, se não é uma coisa, no plano jurídico, o feto só pode ser um sujeito. (PEREIRA, 2012)

4.2 Paradoxo entre a proposta de Reforma do Código Penal e a elaboração do Estatuto do Nascituro

Este Capítulo final apresenta ainda o paradoxo existente dentro do campo jurídico em que está envolvida a sociedade brasileira, no embate persistente entre a autorização do aborto de anencéfalos pelo Supremo Tribunal Federal que angariou simpáticos ao *decisum* e sua rejeição por significativa parcela da população.

Neste sentido, verifica-se que antagonicamente tem-se de um lado o anteprojeto de Reforma do Código Penal brasileiro que busca um caminho ainda mais temerário que o já decidido pela Suprema Corte do país (quando propõe não só a legalização em fetos anencéfalos, como também quando o médico atestar incapacidade financeira ou psicológica da mulher) e, de outro lado, vislumbra-se o projeto de Lei nº 478, de 2007, que dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências (notadamente de cunho protetivo ao nascituro, especialmente aqueles com anomalias identificadas).

4.3 Projeto de Lei do Senado 236/2012 – Anteprojeto de Reforma do Código Penal

Nesse tópico, vale lembrar que no dia 27 de junho de 2012, o anteprojeto de Reforma do Código Penal foi apresentado ao presidente do Senado José Sarney, após sete meses de discussões feitas por uma comissão de juristas comandadas por Gilson Dipp. O projeto de modificação está no Senado Federal como Projeto de Lei do Senado 236/2012.

Ressalte-se que em agosto de 2012, Pedro Taques assumiu como relator da matéria do projeto. Durante a tramitação, houve mais de 30 mil sugestões de setores da sociedade civil e de entidades jurídicas e propostas mais de 350 emendas ao projeto, incluindo emendas sobre pontos polêmicos, como o aborto. (SENADO FEDERAL, 2012)

Entretanto, no dia 28 de novembro, foi suspensa a tramitação após pedido do presidente da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante. Conforme Cavalcante, seria necessário dar um prazo maior para debates sobre o novo código penal. Após isso, Pedro Taques alegou que iria fazer debates e audiências com entidades civis e setores acadêmicos, jurídicos e religiosos da sociedade brasileira para debater sobre o projeto. (SENADO FEDERAL, 2012)

Lembre-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal em abril 2012, referente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) sob nº 54, interposta pela Confederação

Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) que declarou inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal Brasileiro, no sentido de penalizar o que a entidade denominou de “antecipação terapêutica de parto de fetos anencéfalos” e, em consequência, reconhecer o direito da gestante de antecipar o parto nos casos de gravidez de feto anencefálico, devidamente diagnosticado por médico habilitado, sem a necessidade de autorização judicial prévia, já gerou uma série de críticas e protestos por entidades civis pró-vida.

Na ocasião, lembre-se, dois dos Ministros do STF foram favoráveis a manutenção da gravidez de fetos anencéfalos, preservando a vida intra-uterina, sendo, portanto, contrários a autorização do aborto em tais casos. Assim é que os ministros Ricardo Levandovski e Cezar Peluso votaram no sentido de que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 deveria ser julgada improcedente.

Assim sendo, o ministro Ricardo Levandovski destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da interpretação das normas conforme a Constituição Federal a serem desempenhados pela Suprema Corte.

Não obstante, asseverou o ministro que o STF só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Logo, segundo o ministro, a Corte usurpou os poderes atribuídos aos integrantes do Congresso Nacional, ou seja, jamais poderia promover inovações no ordenamento jurídico brasileiro – cabendo ao Congresso Nacional alterar a legislação penal para incluir, dentre os casos em que o aborto não é criminalizado, o dos fetos anencéfalos (GUASQUE, GASQUE, FERRAZ, 2012).

Destacou, também, que a decisão do Tribunal de descriminalizar o aborto de feto anencefálico, ainda que a legislação penal não contemple esta hipótese, pode dar azo à interrupção da gestação em inúmeros outros casos de patologias que resultam em pouca ou nenhuma perspectiva de vida fora do útero materno.

Ao que parece, diante da PLS 236/2012 que tramita no Senado Federal, o temor proferido pelo ministro Lewandowski da permissão de aborto de fetos anencéfalos aprovada pelo STF abranger a tal possibilidade em outras patologias é ainda pior, tendo em vista o fato de o referido projeto tentar abarcar situações em que sequer observa-se uma anomalia fetal.

Segundo, a Defensora Pública Juliana Garcia Belloque, jurista integrante da Comissão de Reforma do Código Penal, a proposta do projeto de lei no que tange ao aborto permite a interrupção da gravidez até a 12ª semana, bastando que um médico ou psicólogo ateste que a mulher não terá condições de arcar com a maternidade. (BELLOQUE, 2012)

Corroborando com a negativa de autorização do aborto de anencéfalos pela Corte Máxima, o ministro Cezar Peluso frisou seu entendimento de que o feto anencefálico é portador de vida e, em consequência, deve ter os seus direitos tutelados. Ratificou o ministro que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina e, deste modo, o aborto de feto portador desta anomalia é uma conduta vedada pela legislação penal (GUASQUE, GASQUE, FERRAZ, 2012).

Acerca da alegação de liberdade e autonomia da gestante debatidos, anteriormente, neste estudo, o ministro afirmou que a liberdade jurídica é limitada pela existência das leis, sendo, nestes casos, justificações inócuas. Por fim, Cezar Peluso afirmou que não cabe ao STF atuar como legislador positivo – posicionamento defendido pelo ministro Ricardo Lewandowski.

Deste modo, pautando-se na posição dos Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso de que o Superior Tribunal Federal só pode exercer o papel de legislador negativo, frisa-se que a Suprema Corte não pode usurpar funções do Legislativo.

A decisão do STF em julgar procedente a arguição afronta a Constituição Federal Brasileira, o Pacto de São José da Costa Rica, Código Civil Brasileiro e o próprio Código Penal na medida em que as hipóteses de aborto determinadas pelo Legislador eram exclusivas. Neste sentido tem-se uma decisão tomada ao arpejo da lei e que aniquila o maior bem jurídico a ser tutelado: o direito à vida. (GUASQUE, GASQUE, FERRAZ, 2012).

Cláudio Lemos Fonteles avalia as questões referidas afirmando que “o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana”.

Destacam-se, neste ponto, mais uma vez as palavras de Cláudio Lemos Fonteles: “o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro a uma vida, que existe, intrauterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob a ótica do direito interno, quanto internacional”. Outra não é a razão para que a legislação penal, assim como as

legislações anteriormente mencionadas, estabelecerem de forma contundente a proteção do direito à vida. (FONTELES, 2004)

Nessa esteira, percebe-se um caminho à vulnerabilidade da proteção da vida do nascituro por duas razões impactantes: uma que se refere a respeitável **decisão do Supremo Tribunal Federal** que autoriza abortamento de fetos anencéfalos e outra, com destino ainda mais maléfico à sociedade sobre o aspecto da valoração jurídica da espécie humana, qual seja, a **reforma do Código Penal** com a permissão quase generalizada do aborto.

Ressalte-se que este trabalho não objetiva ir de encontro, do ponto de vista jurídico, à decisão do STF, embora data máxima *vênia* esteja em desacordo com aquilo que esse estudo apresenta do ponto de vista da preservação da vida humana pautada na Constituição Federal, como já mencionado em trechos anteriores.

A inquietude se dá, inclusive, pelo fato de tais decisões acarretarem alterações no texto legal podendo proporcionar uma legitimação para práticas contrárias ao que a Carta Magna, quando promulgada, buscou preservar como bem maior, a vida humana.

Além disso, casos emblemáticos como o julgamento da ADPF 54 podem ensejar um efeito político influenciador na população equivocado, posto que pode transmitir a ideia segundo a qual a autonomia privada permite decidir por qualquer ato na vida social, sem qualquer compromisso com as suas implicações, que, após inúmeras conquistas para o indivíduo singular, assegurou o cuidado para a proteção da vida humana.

4.4 Estatuto do Nascituro

Nesse tópico, averigua-se a existência de movimento em busca do equilíbrio no sopesamento dos princípios da autonomia privada da mãe gestante e o princípio da dignidade da pessoa humana, leia-se aqui, toda a vida humana, prevalecendo este último, surgindo com força a defesa da vida do nascituro.

Neste sentido, surge o Projeto de Lei nº 478, de 2007, de autoria dos Deputados Luiz Bassuma e Miguel Martini, que objetiva instituir o Estatuto do Nascituro, entendendo-se como nascituro o ser humano concebido, mas ainda não nascido. De acordo com o Relatório

proferido pelo Deputado Eduardo Cunha, no Estatuto é elencado uma série de direitos e tipificados alguns crimes contra o nascituro.

Assim sendo, conforme explicitado na justificativa da proposição, o Estatuto pretender tornar integral a proteção ao nascituro. Para isto, realça o direito à vida, à saúde, à honra, à integridade física, à alimentação, à convivência familiar e proíbe qualquer forma de discriminação que o prive de direitos em razão do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da origem, da deficiência física ou mental, da expectativa de sobrevivência ou de delitos cometidos por seus genitores.

Deste modo, importante averiguar que no artigo primeiro do Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro demonstra que o objeto da lei é o de dispor sobre normas de proteção ao nascituro.

Nesta linha, em seu artigo 2º, o Estatuto do Nascituro esclarece que nascituro é o ser humano concebido, mas ainda não nascido. Isto posto, exaure dúvidas sobre a partir de que momento o embrião receberá a proteção do Estatuto, uma vez que evidencia que será desde a concepção.

Destaque-se ainda que o Estatuto considera o nascituro ser humano, conforme determina o artigo supramencionado.

O artigo terceiro reforça o argumento acima na medida em que determina que “reconhecem-se desde a concepção a dignidade e natureza humanas do nascituro conferindo-se ao mesmo plena proteção jurídica.”

O nascituro com anomalia fetal, em especial o feto anencéfalo, não pode ser discriminado, menos ainda eliminado devido a sua deficiência, tendo em vista tratar-se de ser humano vivo.

Assim, observe-se o artigo 5º quando frisa:

“Art. 5º Nenhum nascituro será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, sendo punido na forma da lei, qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos.” (Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro, 2007)

Recorde-se nesse ponto o princípio bioético da não-estigmatização para o qual este artigo merece respaldo do ordenamento jurídico.

Logo, o feto anencéfalo é objeto de proteção, consoante destaca o Estatuto do Nascituro; é corroborada ainda tal assistência no artigo 10º:

“Art. 10. O nascituro terá à sua disposição os meios terapêuticos e profiláticos disponíveis e proporcionais para prevenir, curar ou minimizar deficiências ou patologia.”
(Projeto de Lei do Estatuto do Nascituro, 2007)

Por tudo isto, fica claro que o Projeto de Lei nº 478, de 2007, impõe à sociedade brasileira a retomada da discussão no que tange à preservação da vida humana desde a concepção.

Por fim, além da desconstrução do pensamento que culmina na prática do procedimento abortivo, é fundamental que tenha atenção a ser despendida ao nascituro pelo ordenamento jurídico pátrio, posto que trata-se de vida humana.

Do ponto de vista legal, pelo Código Civil Brasileiro, o nascituro tem a expectativa de vida e por consequência, a expectativa de aquisição da personalidade jurídica, acaso venha a nascer e inspirar pela primeira vez.

No que se refere ao Direito Civil Brasileiro, qualquer nascituro que venha a falecer ainda durante a gestação, não terá direito a sucessão ou herança. No caso dos anencéfalos, após o nascimento, eles respiram e têm batimentos cardíacos por segundos, minutos ou horas a partir do nascimento, e isso basta para a capacidade de aquisição e também transmissão de direitos, independente da versão da Lei 9.434/1997 que reconhece o fim da vida com a morte encefálica.

Com a multiplicação dos direitos, afirmam Adriane Guasque, Consuelo Guasque e Mairantonieta Pailo Ferraz que está a ocorrer uma horizontalização e inflação de direitos fundamentais, gerando um desequilíbrio e por consequência, um conflito, e arrematam:

“[...] surge aí o efeito da neutralização e nesse sentido, se todos estão protegidos, ao mesmo tempo ninguém está na verdade do modo como merecem, a exemplo: ao proteger o direito da dignidade, da liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde da mulher que já teve o direito de nascer, o Supremo Tribunal Federal desprotegeu o direito de nascer de terceiros, primeiro e maior direito do ser humano, o que, sucessivamente, por efeito “dominó”, veio a atingir outros direitos envolvidos na cadeia, ainda que secundários, no caso,

os direitos sucessórios do nascituro e de terceiros [...].”(GUASQUE, GASQUE, FERRAZ, 2012).

Por isso, é fundamental que se pense o direito à vida como fundamento dos demais direitos a serem resguardos pelo e para o ser humano.

CONCLUSÃO

Diante de tudo quanto exposto neste trabalho de Dissertação, verificou-se a definição de termos como Bioética, nascituro, personalidade e aborto. Apresentou-se o bem jurídico vida como direito superior, dando atenção especial à tutela do nascituro anencéfalo, com a consideração de ser pessoa antes do parto.

Demonstra-se nas questões referentes ao abortamento ou não de fetos com anencefalia, ser imperioso que se adote a máxima na qual determina que na dúvida deve-se decidir pela vida, consagrando a expressão *in dubio pro vita*.

O direito fundamental vida é colocado em evidência, tendo em vista ser tido como bem jurídico em torno do qual gravitam os demais, sendo considerado de maior grandeza.

Não obstante, necessária se faz a compreensão do Direito pelos indivíduos, por conta da valoração jurídica admitida no seio da sociedade. Em sendo assim, fora analisada a importância das conquistas sociais garantidoras de direitos e normatizados pelo Estado.

Neste sentido, ganhou relevância a promulgação das constituições, em especial, a Constituição Federal de 1988 que abarcou, sobremaneira, a proteção dos indivíduos.

Vislumbra-se que o regramento social depende da legitimação da sociedade, devendo o ordenamento averiguar as diversidades culturais e os valores nelas incutidos.

Diante do advento do constitucionalismo, das garantias dos direitos individuais e da perseguição constante pela Justiça, outro fenômeno chamado ativismo judicial procura, através de uma postura mais acentuada do Poder Judiciário, solucionar conflitos sociais com maior celeridade.

Todavia, a proposta do ativismo judicial deve respeitar limites oriundos da própria história de conquistas sociais, impondo restrições aos poderes da República, evidenciando-se o princípio da intervenção mínima, enfatizando, assim, o princípio da separação dos poderes.

Ressalta-se que no Estado Democrático de Direito são festejados os princípios, que vivem a “era do ouro”, como norteadores e verdadeiros defensores das vidas humanas.

Assim sendo, a relevância dos princípios ganham peso no ordenamento jurídico pátrio, sobretudo em pontos que envolvem temáticas controversas como as relativas à Bioética com efeitos no âmbito jurídico.

Por conta disso, o princípio da dignidade da pessoa humana recebe dos doutrinadores do Direito o *status* de princípio congregador, ou aquele com predominância sobre os demais, na ocorrência de choque entre as máximas de otimização. Logo, os princípios se mantêm válidos e íntegros, quando se defrontam para a resolução de um determinado caso. No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é invocado à preservação da vida, aparecendo com preponderância sobre outros princípios como o da autonomia privada e liberdade.

Convencido da magnitude do princípio da dignidade da pessoa humana, neste trabalho, direcionou-se a sua tutela para toda a vida humana, desde a concepção até a morte natural, ou seja, o princípio é lido nesta Dissertação como basilador que protege a vida humana, ainda que embrionária, sobre os outros princípios que venham com ele a ser sopesados.

No que tange ao aborto de fetos com anencefalia debatido pelos respeitados ministros do Supremo Tribunal Federal em abril de 2012, independentemente do posicionamento final adotado no referido julgamento, verificou-se, por meio da redução eidética e do bioconsequencialismo, que o que prevalece é a existência de vida humana e a sua preservação é o fim a ser buscado como consequência da invocação dos princípios, bem inviolável protegido pela Carta Magna.

Além disso, em respeito à aclamada Constituição Federal de 1988, o Poder Judiciário não tem competência para criar novas hipóteses excludentes do crime de aborto, posto que os legitimados para tanto são os parlamentares escolhidos pelo povo soberano e, por isso, encarregados de fazer debates interdisciplinares, revisões analíticas e normas para que o Poder Legislativo exerça o papel que fora incumbido.

Portanto, após análise dos votos dos ministros da Corte Máxima do país, demonstrou-se posições discordantes, com manifestações contrárias e a favor da procedência da ADPF 54, em que se pleiteou a autorização de abortamento nos casos de gravidez com fetos anencéfalos, mas observou-se a inadequação do *decisum*.

Com oito votos a favor da liberação do aborto de fetos anencefálicos e dois votos contrários a tal permissão, a análise deste trabalho foi pela inadequação do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que foram feridos princípios constitucionais, como a separação dos poderes e da

segurança jurídica (apesar do aparecimento do ativismo judicial e por ultrapassar a função legitimada ao Congresso Nacional que não estava alheio ao tema, uma vez que debatia a temática com atenção as partes discordantes); da supremacia do direito à vida e da dignidade da pessoa humana (considerando a redução eidética, o bioconsequencialismo, o nascituro ser pessoa, tratar-se a vida de bem jurídico de superior grandeza).

Devido à discordância quanto ao proferido pela Suprema Corte, este estudo analisou a Resolução do Conselho Federal de Medicina que discorreu acerca do procedimento a ser averiguado pelos médicos na decisão da paciente que opte pelo aborto de fetos com anencefalia. Chamou-se atenção para o fato de que tais critérios podem servir como justificativa para o aborto autorizado, apresentando-se como supostas preocupações em pontuar limites ao procedimento cirúrgico descriminalizado, acalmando posições contrárias ao aborto de anencéfalos.

Causa inquietude ainda o caminho temerário, já alertado por setores da sociedade denominados pró-vida, da ladeira escorregadia no que tange a flexibilização dos tipos de abortos autorizados, posto que casos assemelhados aos de fetos anencefálicos poderão vir a ser pleiteados.

Surpreendente foi o lançamento no Senado Federal do anteprojeto de lei para a Reforma do Código Penal, com a proposta de autorizar o aborto mesmo de fetos totalmente saudáveis até os primeiros 120 (cento e vinte dias) de gestação, bastando, para tanto, parecer médico que ateste a necessidade psicológica de determinada mãe de interromper a gestação voluntariamente.

Ressalte-se, contudo, que o discurso em favor do abortamento deve ser desconstruído como fora observado em algum países onde a legislação recuou em benefício da preservação da vida humana e contrária ao procedimento cirúrgico que interrompe voluntariamente a gestação.

Por fim, traz ainda alento, esperança e vigor jurídico a propositura do anteprojeto denominado Estatuto do Nascituro no qual seu próprio nome sugere um percurso mais encorajador para mães gestantes que passam por dificuldades, sejam físicas, psicológicas e mesmo financeiras durante o período em que carregam no seu ventre a constitucionalmente inviolável **vida humana**.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Mônica. **Direito à Filiação e Bioética**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **A responsabilidade civil e o princípio do poluidor-pagador**. Jus Navigandi, Teresina, ano 4, n. 37, 1 Dezembro de 1999. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/1694>>. Acesso em: 18 de Março de 2013.

ALBUQUERQUE, Fabíola Santos. **As perspectivas e o exercício da guarda compartilhada na separação consensual e litigiosa**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

Aldeia Aborto. **Aborto e escravatura**. Cf. Alcorn, 2012. Disponível em <http://aborto.aaldeia.net/aborto-escravatura/>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Patrícia Donati de. **Há diferença entre neutralidade e imparcialidade do juiz?** Agosto de 2011. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigo/20080825115541409_direito-processual-civil_ha-diferenca-entre-neutralidade-e-imparcialidade-do-juiz.html> Acesso em: 30 de Junho de 2011.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

BARACAT, Edmundo. **Edmundo Baracat** [São Paulo]: Jornal Folha Online, 7 de Março. 2005. Entrevista concedida ao Jornal Folha Online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fofha/cotidiano/ult95u106511.shtml>. Acesso em: 10 de Maio de 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Parecer Penal: Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas religiosas**. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2003.

BELLOQUE, Juliana Garcia. **Defensora Pública Juliana Garcia Belloque**. Entenda o que pode mudar com a reforma do Código Penal. Entrevista concedida ao Estadão em 26 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.estadao.com.br/especiais/entenda-o-que-pode-mudar-com-a-reforma-do-codigo-penal,173572.htm>. Acesso em: 17 de Janeiro de 2013.

BENTO, Luiz Antônio. **Padre Luiz Antônio Bento** [Brasília]: Folha Online, 26 de Agosto. 2008. Entrevista concedida ao Jornal Folha Online. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u437948.shtml>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça: Um problema ético-social no plano da realização do direito**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legbras/>. Acesso em: 14 de Novembro de 2012.

BOBBIO, Norberto. **A era dos DIREITOS**. 10ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 5ª Ed. Brasília, UNB, São Paulo, IMESP, 2000. p.559.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **A atual teoria geral dos contratos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 811, 22 set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7267>>. Acesso em: 15 de Março de 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de personalidade e autonomia privada**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Eutanásia, ortotanásia e distanásia: breves considerações a partir do biodireito brasileiro**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 871, 21 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7571>>. Acesso em: 14 de Janeiro de 2013.

CALDAS, Gilberto. **Como traduzir e empregar o Latim Forense**. 20ª Ed. São Paulo: Edipraxis Jurídica, 1997. p.159.

CÁRCOVA, Carlos María. **La opacidade del derecho**. Madrid: Trota, 1998.

Causa Operária Online. **Ministro da Justiça quer retroceder lei do aborto**. Abril de 2012. Disponível em: <http://www.pco.org.br/mulheres/ministro-da-justica-quer-retroceder-lei-do-aborto/espj,y.html>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

BRASIL, **Código Civil Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm. Acesso em: 15 de Novembro de 2011.

BRASIL, **Código Penal Brasileiro**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 10 de Novembro de 2011.

BRITTO, Ayres. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de Ética Médica**. Disponível em: < <http://portal.cfm.org.br/>>. Acesso em: 16 de Maio de 2012.

COSSIO, Carlos. *La valoración jurídica y la ciência del derecho*. Arayú, 1954.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 5ª Ed. Salvador: Juspodium, 2011.

DALL'AGNOL, Darlei. **Bioética: princípios morais e aplicações**. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL SOBRE BIOÉTICA E DIREITOS HUMANOS. Adotada por aclamação em 19 de outubro de 2005 pela 33a. Sessão da Conferência Geral da UNESCO.

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

DINIZ, Débora; GUERRIERO, Iara. **Ética na pesquisa social: desafios ao modelo biomédico**. In: *Ética em pesquisa. Temas globais*. Brasília: UNB, 2008.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e comunicação**. 3ª Ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

FONTELES, Cláudio. **“PGR emite parecer contrário ao aborto de anencéfalos”**. Jus Navigandi, Teresina, 24 agosto de 2004, ano 9, nº 413. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/16603>. Acesso em: 19 de Agosto de 2012.

FUX, Luiz. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

GOLLOP, Thomaz. **A doença é incompatível com a vida e há riscos para a mãe**. São Paulo: Folha de São Paulo, Abril de 2012.

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Mariantonieta Pailo. **Aborto de anencéfalos: direito a vida e impacto sucessório**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 105, Outubro de 2012. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11924. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2013.

HUSSERL, Edmund. **Idéias para uma fenomenologia pura e para uma filosofia fenomenológica: introdução geral à fenomenologia pura**. São Paulo: Idéias & Letras, 2006.

Instituto Humanitas Unisinos. **Nicarágua: Penalizar o aborto é tortura, alerta a ONU**. Maio de 2009. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/noticias-anteriores/22673-nicaragua-penalizar-o-aborto-e-tortura-alerta-a-onu>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Prática**. 2ª ed. São Paulo: Martin Claret, 2008.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p.102.

KUNH, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril 2012.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do ministro em 2012**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204750>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

LIMA, Newton de Oliveira. **Teoria dos Valores Jurídicos: o neokantismo e o pensamento de Gustav Radbruch**. Espírito Santo: Revista Jusvigilantibus, 2009. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/39572>> Acesso em: 11 de Junho de 2011.

LOPES, Adriana Dias; SABINO, Mário. O mundo e a fé segundo Bergoglio. **Edição Especial VEJA**. São Paulo: Abril, Edição 2313, ano 46, nº 12, p.70, Março de 2013.

MATEUS, M. D. **Estatísticas do aborto no mundo**. 2012. Disponível em: <http://aborto.aaldeia.net/estatisticas-aborto-mundo/>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

MANZI, José Ernesto. **Senso crítico, senso comum, argumentação jurídica e decisões judiciais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3151, 16 de Fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21097>>. Acesso em: 22 de Fevereiro de 2013.

MELLO, Marco Aurélio. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

MENDES, Gilmar. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

MERLEAU-PONTY, Maurice. **Fenomenologia da percepção**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Direito Penal e Biotecnologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MINHAIM, Maria Auxiliadora. AGUIAR, Mônica. **Reflexos do dissenso moral sobre o uso de células-tronco embrionárias no direito penal brasileiro**. Setembro de 2010. Disponível em: <http://www.porto.ucp.pt/lusobrasileiro/actas/Maria%20Minahim.pdf>. Acesso em: 10 Outubro de 2010.

MIRANDA, Jorge. **Perspectivas Constitucionais – Nos 20 Anos da Constituição de 1976**. 1996. p.249.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 1997. p.9-10.

NEVES, Marcelo da Costa Pinto. **O direito como fator de desenvolvimento**. Revista do instituto dos advogados de Pernambuco. Recife, 1984.

NUNES, Rodolfo Acatauassú. **A malformação na criança não é equivalente à morte cerebral**. São Paulo: Folha de São Paulo, Abril de 2012.

PELUSO, Cezar. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro : Renovar, 2006. p.77.

PEREIRA, Nuno Serras. **Que é feto humano?** 2012. Disponível em: <http://aborto.aaldeia.net/feto-humano/>. Acesso em: 13 de Janeiro de 2013.

Projeto de Lei nº 478, de 2007 (Apensos os PLs 489/07, 1.763/07 e 3.748/08). **Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências**. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=345103>. Acesso em: 13 de Outubro de 2012.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial – Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010. p.111.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. 2ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RICOUER, Paul. **Conflito de interpretação: ensaio da hermenêutica**. Illinois: Jstor, 1975.

ROCHA, Carmém Lúcia Antunes. **G1 Política**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.35 e 36.

Senado Federal. **Portal Atividade Legislativa - Projetos e Matérias Legislativas**. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=107112. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

Senado Federal. **Entenda o que é anencefalia**. Portal de notícias. 03 de Novembro de 2010. Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2010/11/03/entenda-o-que-e-anencefalia>. Acesso em: 15 de Março de 2012.

SINGER, Peter. **Ética Prática**. Lisboa: Grandiva, 2000.

TARNAS, Richard. **A epopéia do pensamento ocidental: para compreender as ideias que moldaram nossa visão de mundo**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005. p.39.

TENÓRIO, Padre Marcelo. **STF e anencéfalos. O que está em jogo?** Abril de 2012. Disponível em: <http://www.padremarcelotenorio.com/2012/04/aborto-em-caso-de-anencefalia-memorial.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

TERRUEL, Suelen Chirieleison. **Saúde entre o social, o científico e o jurídico: o abortamento de anencéfalo**. 2011. 159 f. Dissertação (Mestrado em Serviço Social) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2011.

VILAÇA, Maria José. **Síndrome Pós Aborto**. Alameda digital. Actualidade, ideias e cultura. Ano I - Nº 4, Dezembro de 2006. Disponível em: http://www.alamedadigital.com.pt/n4/sindrome_pos_aborto.php. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

WEBER, Rosa. **G1 Política.** Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/04/veja-como-votaram-os-ministros-do-stf-sobre-aborto-de-feto-sem-cerebro.html>. Acesso em: 25 de Abril de 2012.

ZAPATERO, Luís Arroyo. **Prohibición del aborto y constitución.** in: S Mir Puig (Coordenador) La despenalización del aborto, Bellaterra: Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1983, p. 71.

ZUGAIB, Marcelo. **Obstetrícia.** São Paulo: Manole Ltda, 2008. p.1145.