

FUNDAÇÃO DE ENSINO EURÍPIDES SOARES DA ROCHA
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA - UNIVEM
MESTRADO EM DIREITO

Carlos Eduardo Almeida de Aguiar

**O PODER SOBRE A VIDA E A MORTE DO FETO ANENCEFÁLICO
NO BRASIL: Análise e discussão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.**

**Marília
2017**

Carlos Eduardo Almeida de Aguiar

**O PODER SOBRE A VIDA E A MORTE DO FETO ANENCEFÁLICO
NO BRASIL: Análise e discussão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na
Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.**

Dissertação apresentada ao programa de Mestrado em Direito, linha de pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos

Marília

2017

Aguiar, Carlos Eduardo Almeida de

O PODER SOBRE A VIDA E A MORTE DO FETO ANENCEFÁLICO NO BRASIL: Análise e discussão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54./ Carlos Eduardo Almeida de Aguiar, Orientador: José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília: [s.n.], 2017.
120 f. ; 30 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, do Centro Universitário Eurípedes de Marília (UNIVEM). Marília, 2017.

1. Feto anencefálico 2. Vida 3. Aborto 4. Ética 5. Constitucionalidade.
I. José Eduardo Lourenço dos Santos. II. Fundação de Ensino “Eurípedes Soares da Rocha”, do Centro Universitário Eurípedes de Marília. III. Título.

CDD -



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

Aprovado e recomendado pela CAPES em 29 de junho de 2000
Avaliação trienal - Reconhecido pela Portaria MEC nº 1.077, de 13 de setembro de 2012

ATA DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO

Mestrando: Carlos Eduardo Almeida de Aguiar

Título: "O PODER SOBRE A VIDA E A MORTE DO FETO ANENCEFÁLICO NO BRASIL: Análise e discussão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54".

Linha de Pesquisa: Crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Em 22 de junho de 2017, com início às 19:30 horas, realizou-se, nas dependências do Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM, a Defesa Pública da Dissertação de Mestrado. A Banca Examinadora, constituída pelos Professores Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos - orientador (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM), Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM) e Dr. Ilton Garcia da Costa (Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP), arguiu o candidato, tendo o examinado sido APROVADO, com nota 9,5 (NOVE E MEIO). Encerradas as atividades, foi lavrada a presente ata que, posteriormente, segue assinada pelos membros da Banca Examinadora.

Observações:

BANCA EXAMINADORA:

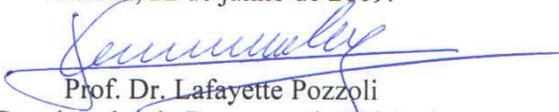
Prof. Dr. José Eduardo Lourenço dos Santos (Orientador) _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior _____
(Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa _____
(Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP)

Mestrando: Carlos Eduardo Almeida de Aguiar _____

Marília, 22 de junho de 2017.


Prof. Dr. Lafayette Pozzoli
Coordenador do Programa de Mestrado
UNIVEM

“A dor é passageira. Desistir é para sempre.”
(Lance Armstrong)

AGUIAR, Carlos Eduardo Almeida de. O PODER SOBRE A VIDA E A MORTE DO FETO ANENCEFÁLICO NO BRASIL: Análise e discussão sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. 2017. 120 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

RESUMO

O feto anencéfálico caracteriza-se pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, o que reduz, exponencialmente, sua expectativa de vida extrauterina. O Brasil é o quarto país no mundo em casos de anencefalia, deste modo, frente a este elevado índice de casos declarados pela Organização Mundial da Saúde - OMS e a repercussão no direito pátrio, a questão chegou ao Supremo Tribunal Federal por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, onde se reconheceu, por maioria dos votos, que a interrupção induzida da gravidez de um feto anencéfalo não se enquadra ao tipo penal do crime de aborto. Tal julgamento deu ensejo ao presente trabalho, que tem como objeto analisar a referida decisão sob o aspecto da ética e da constitucionalidade. Para tanto, far-se-á uma revisão sobre a atuação do Estado em diversos aspectos da vida, bem como uma análise de vários princípios e dispositivos previstos na Constituição Federal de 1988, bem como no Código Penal Brasileiro de 1940, além de um estudo detalhado dos votos proferidos no julgamento da ADPF nº 54. Como procedimento metodológico realizar-se-á uma revisão bibliográfica, legislativa e análise jurisprudencial da matéria relacionada ao tema, tendo como linha de pesquisa a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

Palavras-chave: Feto anencefálico. Vida. Aborto. Ética. Constitucionalidade.

AGUIAR, Carlos Eduardo Almeida de. THE POWER ON THE LIFE AND DEATH OF THE ANENCEPHALIC FETUS IN BRAZIL: Analysis and discussion on the decision of the Federal Supreme Court in the Argument of Non-compliance with Fundamental Precept No. 54. 2017. 120 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2017.

ABSTRACT

The anencephalic fetus is characterized by the partial absence of the brain and the skull, which reduces exponentially the expectation of extrauterine life. Brazil is the fourth country in the world in cases of anencephaly, therefore the high rate of cases declared by the World Health Organization - WHO and the repercussion in the paternal law, this question reached the Supreme Court through the Allegation of noncompliance of Fundamental Precept No. 54, which was recognized by a majority of votes, that interrupting induced pregnancy of an anencephalic fetus does not fall under the criminal offense of crime of abortion. This trial gave rise to this work, which aims at analyzing the decision from the aspect of ethics and constitutionality. Therefore, will be an extensive review of the role of the State in various aspects of life (biopower, biopolitics and bioethics), as well as the analysis of principles contained in the Federal Constitution of 1988 and provided legal provisions in the 1940 Brazilian Penal Code, as well as a detailed study of the votes cast at the trial of ADPF 54. As a methodological procedure, a bibliographical, legislative and jurisprudential review of the matter related to the topic will be carried out, having as a line of research the criticism of the foundations of legal dogmatics.

keywords: Anencephalic fetus. Life. Abortion. Ethic. Constitutionality.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ARENA	Aliança Renovadora Nacional
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CFM	Conselho Federal de Medicina
CPB	Código Penal Brasileiro
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
ELA	Esclerose lateral amiotrófica
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
EM	Esclerose Múltipla
FEBRASGO	Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia
FCJ	<i>Federal Court of Justice</i>
STF	Supremo Tribunal Federal
MDB	Movimento Democrático Brasileiro
OMS	Organização Mundial da Saúde
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ATUAÇÃO DO ESTADO E DA ÉTICA SOBRE DA VIDA HUMANA	12
1.1. Definição de poder.....	12
1.2. Biopoder segundo Foucault.....	13
1.3. O poder sobre a sexualidade feminina.....	17
1.4. O poder sobre a vida do feto anencefálico.....	18
1.5. Ética.....	22
1.5.1. Ética segundo Immanuel Kant.....	24
1.5.2. Ética Utilitarista segundo Jeremy Bentham e Stuart Mill.....	29
1.5.3. Bioética.....	31
1.6. Relação entre biopoder e bioética.....	34
2. ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	36
2.1. Evolução histórica dos Direitos Fundamentais.....	37
2.2. O direito à vida e os Direitos Existenciais.....	42
2.3. Dignidade da pessoa humana: origem, conceito e apontamentos da Constituição Federal Brasileira de 1988.....	49
2.4. O princípio da igualdade como expressão dos Direitos Fundamentais.....	54
2.5. O direito à liberdade como expressão dos Direitos Fundamentais	57
2.6. Liberdade segundo Kant, Hegel e Bobbio.....	61
2.7. O conflito entre Direitos Fundamentais.....	64
3. A CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	67
3.1. Constitucionalidade do aborto no direito pátrio.....	70
3.2. Aborto de anencefálicos.....	75
3.3. A repercussão da decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza o aborto de anencefálicos, nos casos de microcefalia decorrentes do Zika vírus.....	80
3.4. A decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza o aborto de fetos anencefálicos, sob a ótica da Derrotabilidade Normativa.....	82
3.5. A decisão do Supremo Tribunal Federal que autoriza o aborto de fetos	

anencefálicos, sob a ótica do ativismo judicial.....	83
3.6. Análise e discussão sobre os votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.....	89
3.7. O aborto e a recente interpretação do Supremo Tribunal Federal exarada no <i>Habeas Corpus</i> nº 124.306, de 29/11/16.....	102
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	105
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	111

INTRODUÇÃO

Os gregos indicavam a palavra vida por meio da expressão “zoé”, cujo significado é a vida de todos os seres vivos, a vida natural, biológica, comum entre homens e animais, bem como pela palavra “bios” que indica a vida humana tanto na dimensão pública, moral e política.

Com o decorrer dos anos a vida biológica, ou seja, a vida física e a saúde (“zoé”), que até os tempos modernos restringia-se ao âmbito familiar, passou a ter interesse ao Estado, que criou estratégias para geri-la, estabelecendo formas de pensamento e de comportamento.

Surgiu então, no século XIX, a medicina social, visando a preservação da saúde, bem como à prevenção de doenças na população sob jurisdição e importância para Estado, como descrito por Foucault (1977-1978). Num olhar mais crítico, a medicina assumiu uma característica social de concentração do poder e do capitalismo junto ao Estado. Portanto, a partir deste momento, o Estado passou a se preocupar com administração da vida, administrando os corpos da forma como lhe conviesse.

Dentro deste contexto, surge, como contraponto, a bioética, que representa uma harmonia entre a ciência dos sistemas viventes e o sistema dos valores humanos. Dados relatam o surgimento da bioética em 1927 relatada por Fritz Jahr, na Alemanha, em sua obra *Fritz Jahr and the foundations of global bioethics: the future of integrative bioethics*, recentemente divulgado por Muzur e Sass (2012). Paralelamente, em 1970, nos Estados Unidos, a bioética emergiu em um artigo do norte americano e bioquímico Van Rensselaer Potter (POTTER, 1970).

Das relações entre a tríade: ciência médica, bioética e biopoder surgiram ao longo dos anos inúmeras situações ou conflitos estabelecidos na vida social, as quais o Direito tem buscado regulamentar. Dentre tais situações destaca-se o aborto de fetos anencefálicos, amplamente debatido nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, de 2012.

Conforme a Organização Mundial da Saúde, o Brasil encontra-se no 4º lugar dentre os países com a maior taxa de recém-nascidos com anencefalia. O índice é de um anencefálico para cada setecentos nascimentos.

A elevada taxa da referida anomalia, em território nacional, seguida pela recente onda viral no país, o Zika vírus, com inúmeros casos de abortos clandestinos e conflitos de cunho político-social e jurídico, bem como a questionada decisão do Supremo Tribunal Federal

(STF) na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 (2012), que possibilitou a interrupção induzida da gravidez de um feto anencefálico, motivaram a realização do presente estudo.

Este trabalho possui relevância jurídica e social, uma vez que objetiva analisar um assunto altamente debatido por diversos setores da sociedade brasileira, sendo, ainda hoje, nebuloso e confuso.

O ponto central da presente dissertação caracteriza-se pela apreciação da decisão proferida nos autos da ADPF nº 54 sob o aspecto da ética e da constitucionalidade, abordando o tema a partir de ponto de vista crítico.

O trabalho se fundamentará na legislação pátria, bem como na literatura básica e específica sobre o tema, além de julgados e outros meios de informação que estejam à disposição e que possam vir a acrescentar na exposição do trabalho, sendo estes os referenciais teóricos.

Como procedimento metodológico realizar-se-á uma revisão bibliográfica, legislativa e análise jurisprudencial da matéria relacionada ao tema, tendo como linha de pesquisa a crítica aos fundamentos da dogmática jurídica.

O trabalho é dividido em três capítulos, sendo que no primeiro busca-se analisar a atuação do estado e da ética sobre a vida humana, passando-se pela análise do poder, do biopoder, da ética e da bioética.

No segundo capítulo analisaremos aspectos dos direitos humanos, abordando o direito à vida, a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a liberdade, bem como o conflito entre os direitos fundamentais.

Já no terceiro e último capítulo, passaremos à análise do abordo no direito pátrio, bem como faremos uma abordagem sobre questões relacionadas à anencefalia e o julgado do Supremo Tribunal Federal na arguição de descumprimento de preceitos fundamentais nº 54, sob diferentes aspectos.

1. ATUAÇÃO DO ESTADO E DA ÉTICA SOBRE DA VIDA HUMANA

1.1. DEFINIÇÃO DE PODER

O poder é um termo que se originou a partir do latim “possum”, que significa “ser capaz de”. Trata-se de uma palavra de ampla capacidade de aplicação em diferentes vertentes, tais como em aspectos sociais, humano, militar e político. A palavra poder exprime força, persuasão, controle, regulação etc.

Nos termos do dicionário de filosofia, o termo poder, na esfera social, é definido como “a capacidade de conseguir algo, quer seja por direito, por controle ou por influência. O poder é a capacidade de se mobilizar forças econômicas, sociais ou políticas para obter certo resultado (...)” (BLACKBURN, 1997).

Na Sociologia, poder é a aptidão de impor a vontade própria de um ser sobre os outros. Existem vários tipos de poder: o poder social, o poder econômico, o poder militar, o poder político, entre outros. Dentre os autores que descreveram profundamente sobre o assunto, destacam-se, dentre outros: Michel Foucault e Montesquieu.

Para Foucault, o poder é uma prática social, composta historicamente, ultrapassando o plano estatal e se alarga por toda a sociedade.

De grande relevância para os dias atuais, é o fruto do filósofo iluminista Montesquieu, responsável por elucidar, sistematizar e ampliar a divisão dos poderes que fora anteriormente estabelecida por Locke. Propôs o sistema de freios e contrapesos, consistente na limitação do poder pelo poder, apresentado de forma autônoma e exercendo determinada função, a qual deve ser controlada pelos outros poderes, de tal modo que sejam independentes e harmônicos entre si. Essa divisão clássica está consolidada atualmente pelo art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e é prevista no artigo 2º da Constituição Federal pátria.

No Brasil, o Estado atua por meio de três poderes distintos, harmônicos e limitados entre si, cujas funções estão divididas entre típicas, as quais são caracterizadas por atividades frequentes, e atípicas, sendo estas atividades realizadas mais raramente. Vejamos:

- **Poder Executivo**

Função típica: administrar a coisa pública

Funções atípicas: legislar e julgar.

- **Poder Legislativo**

Funções típicas: legislar e fiscalizar

Funções atípicas: administrar e julgar

- **Poder Judiciário**

Função típica: julgar, aplicando a lei a um caso concreto que lhe é posto, resultante de um conflito de interesses.

Funções atípicas: as de natureza administrativa e legislativa.

Além dos poderes tradicionais, hodiernamente afirmados, há um fluxo de velocidade de intercomunicação inimaginável, que revela a evolução de relações, sobretudo do Estado com seus indivíduos, ocasionando o surgimento de novos elos e referências de poderio, como por exemplo, o biopoder.

Giacchia Junior (2005) assevera que durante a segunda metade do sec. XVIII, surge uma nova tecnologia do poder. Um poder que abarcou desde o orgânico até o biológico, do corpo individual ao corpo populacional, por meio de técnicas de disciplina, de uma parte, e de técnicas de regulamentação de outra. Assim, este poder revela-se de uma abrangência tanto corporal, como vital, ou seja, da vida num todo, com uma entidade de dois polos, um do corpo e outro da população. Assim, portanto, tal poder passou a ser chamado Biopoder e o limite do seu exercício revela algumas incongruências e está diretamente relacionado com o tema deste trabalho “O poder sobre a vida e a morte do feto anencefálico no Brasil...”.

1.2. BIOPODER SEGUNDO FOUCAULT

O poder é um assunto de relevância em Michel Foucault. Para referido autor o poder é exercido em rede e os indivíduos estão sempre na posição de serem submetidos a ele, bem como, em posição de exercê-lo.

O biopoder é apresentado pelo autor, de forma inicial, no 1º volume de “A história da sexualidade”: a vontade de saber (1971), bem como, é discutido no Collège de France, por intermédio do curso “Em defesa da sociedade”. Para Foucault, tanto o poder como seus efeitos veiculam-se a partir das relações entre os indivíduos e tais relações são apontadas por saberes que se tornam “saber-poder”.

Para se entender melhor o conceito de biopoder é necessário uma pequena digressão no tempo, desde a época em que os gregos faziam uma distinção entre duas dimensões da vida humana. Os gregos indicavam a palavra vida por meio da expressão “zoé”, cujo significado é a vida de todos os seres vivos, a vida natural, biológica, comum entre homens e animais, bem como pela palavra “bios” que indica a vida humana tanto na dimensão pública, moral e política (AGAMBEN, 1998).

Com o decorrer dos anos a vida biológica, ou seja, a vida física e a saúde (“zoé”), que até os tempos modernos restringia-se ao âmbito familiar, passou a ter interesse ao Estado, realizando-se uma inclusão da “zoé” na “polis”, criando-se estratégias para geri-la, estabelecendo formas de pensamento e de comportamento. Esse fenômeno foi chamado por Michel de Foucault como biopoder (FOUCAULT, 1977-1978).

Para Giorgio Agamben tal apresentação de biopoder por Foucault é superficial e deve ser corrigido, nos seguintes termos:

A tese de Foucault deverá ser corrigida ou, pelo menos, completada, no sentido em que o que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da zoé na polis (tese em si antiquíssima), nem simplesmente o facto de a vida enquanto tal se tornar um objecto eminente dos desígnios e das previsões do poder do Estado; o que é decisivo é o facto de, a acompanhar o processo que por todo o lado faz da excepção à regra, o espaço da vida nua, situado originalmente à margem da ordem jurídica, vir progressivamente a coincidir com o espaço político, de tal modo que a exclusão e inclusão, exterior e interior, bios e zoé, direito e facto entram numa zona de irreduzível indistinção (AGAMBEN, 1998).

Pois bem, seguindo o pensamento de Foucault, o surgimento da medicina social é exemplo do empenho do Estado, que substituiu o poder de matar pela administração da vida, administrando os corpos da forma que lhe convém.

O homem passou então, a fazer parte de uma classificação, bem como a ser cuidado, estimulado e multiplicado, dentro dos interesses do Estado, que o obriga a realizar determinados serviços e o destina a uma certa forma de viver e morrer, de acordo com sua utilidade. Busca-se adestrar o indivíduo e docilizar os corpos, se valendo de instituições fechadas e controladas, tais como: as escolas, as fábricas, os hospitais, as prisões, dentre outras, controlando, o tempo e o espaço que incidem sobre eles, evitando, assim, a formação de grupos indesejáveis, em uma vigilância interminável, criando uma fórmula de ser humano apto para funcionar e manter a sociedade capitalista.

Segundo Michel Foucault, o Estado que anteriormente gerava a morte ou possibilitava a vida se valendo de guerras ou da pena de morte (chamado poder soberano), a partir do século XVII, assumiu a tarefa de administrar a vida por meio da disciplina dos corpos ou dos controles reguladores das populações (sociedade disciplinar).

O biopoder trata, a título de exemplo, de temas, relacionados ao nascimento, à vida, à morte e à saúde, objetivando manipular o corpo, transformá-lo, aperfeiçoá-lo, conhecê-lo para melhor dominá-lo, sendo necessário docilizá-lo para torná-lo produtivo.

A medicina passou, desde então, a adquirir uma propriedade social de confluência do poder e do capitalismo.

Segundo Foucault: “O investimento sobre o corpo vivo, sua valorização e a gestão distributiva de suas forças foram indispensáveis naquele momento” (FOUCAULT, 1988).

O enaltecimento do homem foi instrumento para possibilitar fosse ele docilizado e dominado. Passa-se da sociedade de soberania para as sociedades disciplinares, como aparelho de produção capitalista, fazendo com que a vida se transformasse em uma grande mercadoria econômica. É certo que se a dominação capitalista fosse baseada somente na repressão, ela não se manteria por muito tempo. O poder disciplinar não é imposto com contorno de violência explícita, mas absolutamente discreto e sutil, para passar desapercibido, sobretudo, diante da existência de métodos violentos que não obtiveram resultados tão eficazes, no passado.

Constitui-se então, uma política coercitiva com a manipulação avaliada dos gestos, comportamento e outros elementos do corpo humano, implantando uma espécie de maquinaria do poder que irá esquadrihá-lo, desarticulando-o para, posteriormente, o recompor, tornando o ser humano tanto mais obediente quanto mais útil.

Para conseguir que o ser humano se transforme em uma máquina, é necessário corrigir vagarosamente sua postura, de forma calculada e silenciosamente, aproveitando-se dos hábitos que se tornavam cada vez mais automáticos.

Uma vez que o corpo e o controle que sobre ele passam a ser o principal expoente para lastrear as decisões políticas, sobrevivendo uma unidade entre política e a vida, segundo Agamben, a política tornou-se biopolítica e a vida passou de um conceito científico para um conceito político adquirindo um significado por meio de uma decisão (AGAMBEN, 1998).

Passou a existir uma divisão dos seres humanos em grupos, aqueles que são considerados dignos e aqueles que são tidos por indignos de viver, grupos com relevância política de permanecerem vivos e os sem importância, que podem ser eliminados, como é o caso dos fetos anencefálicos, objeto do nosso estudo, realizando-se um controle social. Para

Agamben, na biopolítica moderna, soberano é aquele que decide sobre o valor ou sobre o desvalor da vida enquanto tal (AGAMBEN, 1998).

Para Santos, o controle social ocorre com a diminuição e até exclusão dos direitos daqueles menos beneficiados, não colocando fim em sua vida, diretamente, mas pela omissão.

O biopoder coexiste com a sociedade disciplinar, integrando-o. Enquanto no poder disciplinar existe uma técnica de adestramento do “homem-corpo” a partir da punição e da vigilância, preocupada com o movimento que o corpo do indivíduo deve produzir, o biopoder se refere à população, à cidade e à vida, dirigindo-se à multiplicidade dos homens, em questões relacionadas aos processos próprios da vida, a exemplo do nascimento, da morte, da reprodução, da enfermidade, ou seja, aos fenômenos coletivos mais relevantes, visando garantir a existência, a conservação, a saúde desse corpo social. Isso não significa, contudo, uma substituição ou desativação do poder disciplinar.

É possível, assim, que o biopoder aumente seus domínios sob o mote da saúde (criar pessoas saudáveis), da proteção etc., se comprometendo a garantir a normalização e a felicidade por meio da ciência e da lei.

Hoje se fala em sociedade de controle. O Estado não atua mais em lugares restritos (casas, fábricas, escolas etc), passando a alcançar a sociedade como um todo, abrangendo as mais diversas áreas da vida social.

A sociedade de controle, tida como uma nova fase do biopoder, nasceu após a segunda guerra mundial (DELEUZE, 1992). Essa mudança está ligada, principalmente, às novas formas de tecnologia usadas para o controle da sociedade, a exemplo dos celulares, câmeras de segurança, internet, cartão de crédito e “transponders”.

Para Antonio Negri (2001) “as sociedades de controle são aquelas nas quais mecanismos de comando se tornam cada vez mais ‘democráticos’, cada vez mais imanentes ao campo social...”.

Na hodierna sociedade de controle, o objetivo não é de esclarecer ou persuadir, mas de atrair e conquistar, valendo-se de mecanismos tecnológicos que transportam o controle para os lares. É o preceito da sedução do controle que se contrapõe à repressão utilizada nas sociedades disciplinares.

O poder não está centrado em um espaço particular da sociedade, mas espalhado como uma rede de mecanismos que não escaparam a ninguém.

Desta forma, essa concepção de poder evidencia que o Estado abarcou numerosas relações de poder, não somente as hierárquicas, mas, sobretudo as que surgem das relações

interpessoais, fazendo-se assim, imprescindível a análise da dimensão ética do poder, com o fim de escolher a forma e o propósito em que tal força será exercida.

1.3 O PODER SOBRE A SEXUALIDADE FEMININA

Desde a Idade Média, o corpo e a sexualidade feminina eram objeto de controle, repressão e domesticação. A mulher era destinada, tão somente, à vida doméstica resumida na função de cuidar do lar, da prole, do esposo, etc. Sua participação na sociedade se dava apenas por meio do matrimônio e da maternidade (DEL PRIORE, 1993).

A mulher enquanto considerada como um ser inferior era oprimida por meio de mecanismos de controle do seu corpo, da sua sexualidade, da sua reprodução, com o intuito de normatizar seus corpos e almas, esvaziá-las de poder ou saber (DEL PRIORE, 1993).

A antiguidade foi transpassada pela compreensão Aristotélica de que a disparidade entre os sexos não se relacionava com os genitais e sim na diferença de calor entre o corpo masculino e o corpo feminino. Para Aristóteles o responsável pela geração do feto não era a mãe e sim o pai, uma vez que, como o corpo da mulher era mais frio, ela não tinha o calor necessário para transmitir a vida, desempenhando apenas o papel de gerar a semente vinda do homem (NUNES, 2000).

Galeno também adotou esta mesma linha de pensamento. Para ele, o homem era mais perfeito em razão do seu calor corporal. “A mulher seria a representante inferior de um sexo cujo potencial máximo de realização só era elencado ao corpo masculino.” (NUNES, 2000)

Dentro de um contexto de uma sociedade em transformação, foi necessário embasar a hierarquia de gênero, bem como a exclusão da mulher do ambiente público, restringindo-a ao ambiente doméstico, se valendo como justificativa, a diferença biológica natural entre os sexos, propondo atribuições distintas de acordo com a morfologia sexual, como ressaltado por Rousseau:

Para Rousseau a mulher não seria nem inferior, nem imperfeita, ao contrário, ela seria perfeita para sua especificidade, dotada de características biológicas e morais condizentes com as funções maternas e à vida doméstica, enquanto os homens seriam mais aptos à vida pública, ao trabalho e às atividades intelectuais. (NUNES, 2000)

É certo que o pensamento ideológico arquitetado ao longo da história, se prestou a garantir os mecanismos de controle do corpo e da sexualidade da mulher.

A mulher era privada de qualquer liberdade de escolha. Para Bobbio, a liberdade e o poder se contrapõem:

há uma acepção prevalecente na tradição liberal - segundo a qual "liberdade" e "poder" são dois termos antitéticos, que denotam duas realidades em constante tensão entre si e são, por tanto, incompatíveis: nas relações entre duas pessoas, à medida que se estende o poder (poder de comandar ou de impedir) de uma diminui a liberdade em sentido negativo da outra e, vice-versa, à medida que a segunda amplia a sua esfera de liberdade diminui o poder da primeira (BOBBIO, 2000)

Hodiernamente, busca-se reverter este quadro historicamente instalado, equiparando homens e mulheres, diminuindo a ingerência sobre o corpo e a sexualidade feminina, buscando assegurar à mulher autonomia e liberdade, de tal forma que, como veremos em momento oportuno, o Supremo Tribunal Federal atribuiu à mulher o poder de decidir sobre a vida e a morte do feto anencefálico por ela gerado.

O que se pretende analisar por meio deste trabalho é a constitucionalidade de um órgão do Judiciário, o qual não exerce função legiferante, atribuir à genitora de um feto anencefálico, um poder de decisão vedado por disposição expressa de lei. Outro ponto a ser analisado é a constitucionalidade para o exercício de tal “poder de decisão”, já que o direito à liberdade não é absoluto, sobretudo, quando exercido sem amparo legal, em afronta ao direito à vida do nascituro, constitucionalmente garantido. Uma terceira questão a ser analisada é o aspecto ético de tal prática abortiva, tendo em vista que o feto não é propriedade da sua genitora embora se desenvolva no ventre materno e o direito reprodutivo, ligado à liberdade sexual, não permite à mãe dispor do fruto da concepção como se coisa fosse.

1.4. O PODER SOBRE A VIDA DO FETO ANENCEFÁLICO

O Supremo Tribunal Federal entendeu, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 (ADPF 54) que, a interrupção da gravidez de feto anencefalo, não

caracteriza um aborto e sim, o que eles denominaram de “interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo”.

Em que pese tal denominação sutil e inocente dada pela Corte Suprema, importa verificar o que ocorre na prática.

Bernard Nathanson, médico americano, autor de mais de 75.000 abortos, em seu livro *The hand of God*, enumera as técnicas usadas para interromper a vida de seres humanos no ventre materno. Depois de estudar o feto durante a prática abortiva, tal médico se deu conta que era um homicida de crianças e passou a ser um defensor da vida (Martins, 2004).

Segundo um documentário, realizado pelo Dr. Nathanson, chamado “o grito silencioso”, em uma ecografia feita durante a realização de um aborto pela técnica chamada de “sistema de aspiração”, o bebê que estava com 12 semanas ou três meses de vida, dispunha de movimentos calmos, se mexia lentamente, colocava o polegar na boca, aparentando estar muito a vontade em um ambiente calmo, na segurança do útero materno. Quando é introduzido o primeiro instrumento, para romper a bolsa amniótica, a criança perde sua tranquilidade. Os aparelhos captam o aceleração das suas batidas cardíacas e a alteração dos seus movimentos, momento em que o bebê (feto) muda de lugar, constantemente, desviando-se do instrumento cirúrgico.

A bolsa amniótica é rompida, sendo introduzido outro aparelho, um aspirador. Nenhum equipamento tocou ainda o feto, no entanto, como se pressentindo que algo anormal e terrível está para acontecer ele muda de lugar num ritmo enlouquecido para o lado e para cima.

Quando o instrumento está próximo de tocá-lo, o pequeno encolhe seu corpinho e sua boca se abre desmesuradamente, como se quisesse gritar. O instrumento de aspiração alcança seus pezinhos e os arranca, contudo, a bebê encontra-se vivo e se debate, sendo seus pedaços destroçados e arrancados com grande brutalidade.

Em pouco tempo, resta apenas à cabeça, que não passa pelo aspirador. Nesse momento uma pinça é introduzida, triturando a cabeça.

São os últimos vestígios daquele que, pouco antes era um ser humano tranquilo e depois amedrontado, horrorizado, brutalmente assassinado junto àquela que deveria protegê-lo e, no último momento, abriu a boca ao máximo, num grito, com o objetivo, talvez, de pedir auxílio. A quem? À mãe? Ao pai? Ao médico? À justiça?

Outras perguntas emergem nesse momento: É essa a grande conquista da mulher? Seria esse o seu desejo, sua liberdade sexual e autonomia? Será que a mulher não está sendo

induzida, de forma velada, sob o manto de belos argumentos que a enaltecem e falsamente afirmam preservar e garantir seus direitos e com isso fomentam a indústria bilionária do aborto e os interesses por de trás dela? E se a mulher está sendo induzida pela falsa percepção da realidade, poder-se-ia dizer em liberdade de escolha?

Ainda sobre os métodos abortivos, existe outra forma para interromper a gravidez no início da gestação, introduzindo-se um raspador para separar o feto e cortá-lo em pedaços, provocando grande hemorragia na mãe, colocando em risco sua vida. Neste método, o abortista deve cuidar para que parte alguma do nascituro fique no ventre materno para não causar uma infecção.

Outro método de abortamento é por meio de uma injeção com substância salina, injeta-se o veneno no feto quase sempre com mais de 18 semanas, e este leva mais de uma hora para morrer, expelindo a mãe um filho morto por envenenamento, em torno de 24 horas depois.

Nos casos em que a criança possui cerca de 1kg, o método mais utilizado é a cesariana, e depois - como ocorre nos abortários americanos - deixa-se a criança morrer, numa lata de lixo, apesar de ter nascido viva. Há também o método de queimar o nascituro, como se fosse atingido por uma explosão.

Ao analisar o aborto como ele realmente é, nota-se claramente tratar-se de uma atrocidade com o mais alto grau de violência e maldade realizada a um ser humano. A Constituição Federal e a humanidade como um todo, não permitem tal pena de morte nem ao pior de todos os seres humanos, já o Supremo Tribunal Federal, suposto guardião da Constituição Federal Brasileira, com um discurso de respeito à liberdade sexual da mulher, autonomia e dignidade da pessoa humana, entendeu que tal prática é terapêutica (?).

Diante dos fatos retratados acima é difícil defender o argumento disposto na referida decisão do Supremo Tribunal Federal de que impor à mãe a manutenção de uma gravidez de feto anencefálico equivale ao crime de tortura.

Ora, o crime de tortura pressupõe a existência de um torturador e a intenção de causar um sofrimento injusto. Quem seria este torturador? Seria o torturador, o feto “mal intencionado”?

Será que não é o contrário, a mãe torturando e matando seu filho dolosa e violentamente, com o aval e estímulo do Estado?

No caso dos anencéfalos, há um grande agravante, a mãe pode matar a bebê (feto) no ventre materno, até um segundo antes do parto, quando este já está pronto para nascer.

Importa frisar que um segundo depois, quando o bebê já houver nascido, não se pode mais matá-lo, por ser considerado crime. Qual a lógica demoníaca de tal absurdo que, em uma diferença de segundos, a criança deixa de ser considerada um lixo hospitalar e passa a ser protegida e respeitada como o ser humano que é?

Essa é a “lógica” jurídica aplicada pelo Supremo Tribunal Federal na referida decisão.

É fato que, pouco tempo após o proferimento de tal decisão, o advogado, Dr. Luís Roberto Barroso, que atuou em favor do aborto de fetos anencefálicos no processo em questão, foi nomeado, por indicação da Presidente da República Dilma Rousseff, o novo Ministro do Supremo Tribunal Federal, para a alegria da indústria abortiva e daqueles que estão por detrás desta, uma vez que, logo em seguida, este mesmo advogado, agora como Ministro, reconheceu, em outra decisão que afrontou a Constituição Federal (HC 124.306), a possibilidade da prática do aborto de todo e qualquer feto, nos três primeiros meses de gestação, ainda que este feto não tenha problemas de formação.

Para melhor compreensão da questão aqui sopesada, se faz indispensável uma pequena análise de um documento elaborado pelo Conselho de Segurança dos Estados Unidos, liberado em 1989, que se deu o nome de “Implicações do Crescimento da População Mundial para a Segurança e os Interesses Externos dos EE. UU”, *National Study Memorandum - NSSM 200*, também conhecido por “Relatório Kissinger” por ter sido assinado pelo Sr. Henry Kissinger, quando Secretário de Estado. Frisa-se que referido documento foi enviado a todas as embaixadas norte-americanas do mundo, por aquele Secretário de Estado (VIEIRA, 2015).

O NSSM 200 (*National Study Memorandum - NSSM 200*) aduzia que o crescimento populacional mundial, principalmente dos países em desenvolvimento, punha em risco o acesso dos EUA aos minerais. A saída encontrada foi o controle em massa da população, até porquê, conforme consta em tal documento, a pressão popular é difícil de acontecer sob condições de baixo ou nenhum crescimento populacional. Entre os países elencados no relatório está o Brasil (VIEIRA, 2015).

O relatório segue com a afirmação de que é necessário que os Chefes dos países alvo, adotem essa política sem se sentirem ameaçados e que os EUA podem ajudar a diminuir as acusações de um movimento imperialista, por trás de seu apoio aos programas populacionais, que teria como uma das metas a introdução do aborto em tais países, sob o seguinte argumento: “nenhum país já reduziu o crescimento de sua população sem recorrer ao aborto - pág. 182” (VIEIRA, 2015).

Quanto aos demais métodos de controle de população foi proposto incentivar as práticas de a) anticoncepcionais orais; b) dispositivos intra-uterinos; c) melhores métodos de prever a ovulação; esterilização de homens e mulheres “tem recebido ampla aceitação em várias regiões onde um método simples, rápido e seguro é prontamente disponível”; d) anticoncepcionais injetáveis; e) meios leuteolíticos e auto-progesterona, métodos não clínicos (cremes, espumas, preservativo) - pág. 172 (VIEIRA, 2015).

Para a viabilização do referido projeto, investiu-se em ONGs (Fundações, Institutos etc), vários milhões de dólares para os chamados “Projetos de População”.

Esses projetos com respectivos recursos financeiros para todos os países do Terceiro Mundo, são publicados pelo Fundo de População da ONU (FNUAP). Bilhões de dólares são destinados a esses programas em todo o mundo. (VIEIRA, 2015).

Para o Brasil nos últimos cinco anos do referido programa foram destinados mais de 840 milhões de dólares para o treinamento de pessoal de saúde, para a aquisição e distribuição de contraceptivos, esterilização de homens e mulheres e para mudança da legislação brasileira no sentido de legalizar as práticas contraceptivas e o aborto (VIEIRA, 2015).

1.5. ÉTICA

A palavra ética deriva do grego “ethos” cujo significado é o hábito ou comportamento pessoal. Não há, entre os pensadores do assunto, um consenso sobre o conceito ou extensão da ética, podendo-se dizer tratar-se de um estudo científico, ou filosófico, ou até mesmo teológico, sobre os costumes (procedimentos, comportamentos, rituais e ritos aceitos pela comunidade; regras escritas ou não) ou sobre as ações humanas (VALLS, 1994)

Para Bittar, ética é a filosofia prática que tem por conteúdo o agir humano, um saber especulativo, voltado para a crítica conceitual e valorativa. É o estudo do bem e do mal, debruçando-se sobre o problema de como diferenciá-los e de como fazer para se desenvolver a ponto de gerenciá-los. Para o referido autor, a ética demanda mais que puro discurso, mais que teoria, pois requer prática, nesse sentido, não basta ter conhecimento é necessário aplicá-lo (Bittar, 2004).

Eduardo Bittar afirma, ainda, que a ética não pode ser uma ciência, diante da falta de precisão na demarcação de suas divisas de estudo e da grande complexidade decorrente da amplitude do seu conteúdo, uma vez que, a ação humana vive em profundo movimento.

Já Para Nalini, ética é uma ciência, uma ciência dos costumes, que não se confunde com a moral, que é objeto de estudo da ética, *ipsis litteris*:

“Conceituar ética já leva a conclusão de que ela não se confunde com a moral, pese embora aparente identidade etimológica de significado. ETHOS em grego e MOS em latim, querem dizer costume. Nesse sentido, a ética seria uma teoria dos costumes. Ou melhor, a ética é a ciência dos costumes. Já a moral não é a ciência, senão objeto da ciência. Como ciência, a ética procura extrair dos fatos morais os princípios gerais a eles aplicáveis. (Nalini, *Ética geral e profissional*, 1999, p.34).

As ações humanas possuem em si uma carga valorativa, uma vez que, o ser humano é livre e a liberdade supõe alternativas que se concretiza por meio da escolha consciente e avaliada.

Pode-se dizer que os pensamentos Éticos são gerados e desenvolvidos como respostas às necessidades sociais históricas decorrentes das relações entre os seres humanos, em especial, problemas que se relacionam com o comportamento moral. Entretanto, é possível que haja eventos em que comunidades diferentes apontem regras morais diversas sobre atos ou fatos semelhantes. Assim, no caso de se aceitar a possibilidade de que a valoração moral se justifica em razão do contexto social, estar-se-ia assentindo na validade de regras discrepantes, em sentidos opostos, ou seja, que se contradizem sobre um mesmo fato. (VASQUEZ, 2004.p. 259/260).

No transcorrer da história várias teorias emergiram com o objetivo de sustentar e esclarecer os juízos morais.

Para os gregos, o anseio ético encontrava-se na procura teórica e prática do bem, em face da qual a existência humana participava (Platão - 428/427 - 348/347 a.C.), ou encontrava-se na felicidade compreendida como uma vida virtuosa (Aristóteles, aluno de Platão - 384/322 a.C.).

Para outros filósofos gregos o ideal ético estava no viver de acordo com a natureza, em harmonia cósmica, a exemplo dos estóicos. Os epicuristas pregavam a procura dos prazeres moderados.

No Cristianismo, o homem vive para conhecer, amar e ser amado por Deus, diretamente e por meio do próximo.

Com o Renascimento e o Iluminismo (sec. XV a XVII) o objetivo era liberdade, igualdade e fraternidade, sendo que o ideal ético era a autonomia individual.

A concepção política de Platão e Aristóteles reaparece com o filósofo Georg Hegel (1770-1831).

Contudo, nos últimos 200 anos, os valores éticos, espirituais e religiosos, foram, de certa forma, se restringindo ao âmbito particular e os assuntos gerais passaram a ser dominados pelo discurso da ideologia (erro de ideias (princípios) a serviços de interesses escusos), que, possui um poder viral de disseminação, em favor dos detentores do poder e em detrimento do povo, enganado pela retórica de tal discurso.

Atualmente, a maioria dos países caracteriza-se com uma ética do prazer, mas que difere da ética grega, posto que hodiernamente não há qualquer moderação na busca do prazer, utilizado, inclusive como forma de controle, diretamente relacionado ao biopoder de Michel Foucault.

Como a moral pressupõe liberdade de pensamento, consciência e valorização da ação, há quem diga que, hoje, com os meios de comunicação de massa, ideologias, mecanismos econômicos, a maioria das pessoas não se comportam de forma ética, não por viverem imoralmente, mas por viverem amoralmente. (VALLS, 1994)

1.5.1. Ética segundo Immanuel Kant

Na visão de Kant o homem não é apenas um ser emotivo, dirigido pelo prazer e pela dor. Embora reconheça essas características, referido filósofo ressalta que, em sendo racional, o ser humano consegue se desatar das leis naturais, e efetuar opções, se distanciando, desta forma, dos objetos e dos animais que agem impulsivamente.

Para o mencionado filósofo, um dos pilares da ética é a razão humana, sendo a moral algo inato no coração e na consciência. Ele se opõe frontalmente ao pensamento de Jean-Jacques Rousseau (suíço – 1712/1778), uma vez que para este último, os homens são naturalmente bons e para Kant, não há bondade natural no ser humano.

Segundo Kant, o único caminho para ética é a razão, que em muitas vezes gera um conflito com o sentimento, já que para ele não há harmonia entre o homem e o divino da alma. Esta harmonia é defendida por Sócrates e Rousseau. Outro fundamento da ética para Kant é o fato de que no campo da moralidade o homem é livre. A razão garante a liberdade, pois se o ser humano fosse apenas um ser natural ele seria produto da natureza, determinado pelas leis naturais. É a capacidade de raciocinar que o diferencia do natural.

Kant afirma que a ação moral humana deve se lastrear no dever e não no prazer. Assim, por exemplo, um sentimento de ódio ou sofrimento não impediria a conduta ética, devendo-se agir de forma correta, por ser um dever, já que a vontade pode se jungir às más inclinações. É preciso, portanto, que a consciência imponha regras de conduta de caráter imperativo, absoluto, categórico no ser humano (KANT, 2004).

Ao analisar a ética em Kant, percebe-se, que se trata de uma teoria sobre a ação humana que busca estabelecer o que é correto de maneira universal e *a priori*, tratando-se do dever ser. A única intenção capaz de dar valor moral a uma ação é o cumprir o dever pelo dever, de forma imparcial e desinteressada, simplesmente porque é o correto a ser feito. Assim Kant reprime as ações que cumprem o dever, mas de forma interessada, como por exemplo, para evitar as consequências, ou por medo de uma sanção, ou para não perder um amigo ou cliente etc.

O referido filósofo acreditava que todas as pessoas, não importando sua condição social, poderiam ser juízes das suas próprias ações, distinguindo o certo do errado. Portanto, a ação moral, segundo Kant, deve ser exigente, racional e livre de interferências emocionais. Contrapondo-se a Aristóteles, que acreditava que ações morais eram motivadas por determinadas emoções, Kant entende que as ações não podem se lastrear em emoções ou sentimentos do "dever cumprido".

A Ética em Kant advém do fato da moralidade, que implica no dever e na consciência do dever pelo agente, sobre os seus próprios atos. Tal consciência implica em afirmar que o homem seria livre. Assim: “(...) dado que o homem como sujeito empírico é determinado casualmente e a razão teórica nos diz que não pode ser livre, é preciso admitir então, como um postulado da razão prática, a existência de um mundo da liberdade ao qual pertence o homem como ser moral” (VASQUEZ, 1989)

A moral, para Kant, consubstancia-se no fundamento da bondade dos atos:

Nem no mundo nem também, em geral, fora do mundo é possível conceber alguma coisa que possa considerar-se boa sem restrições, a não ser unicamente uma boa

vontade (...). A boa vontade não é boa pelo que possa fazer ou realizar, não é boa por sua aptidão a alcançar um fim que nos propuséramos; é boa só pelo querer, isto é, é boa em si. Considerada por si só, é, sem comparação, muitíssimo mais valiosa do que tudo o que poderíamos obter por meio dela. (KANT apud VASQUEZ, 1989)

A ética kantiana é formal e autônoma. Devido a este fato deve rogar um dever para todos os seres humanos, indistintamente. Por ser autônoma, opõe-se às morais heterônomas, regidas por uma lei, ou seja, onde a consciência vem de fora, advém da obediência, da submissão e do respeito unilateral às normas impostas por outros.

Referido pensador entende que a lei para a moral não estaria “fora”, mas “dentro do ser humano”. Esta lei moral, base da ética kantiana, é o pilar do caráter, uma lei em função da humanidade e não às vontades do agente. A lei moral não se trata de uma norma natural com propósitos certos ou errados, tratando-se, em verdade, de uma lei em serviço da humanidade à qual se escolhe vincular. O princípio que move a ação do homem segundo Kant é de que não se deve fazer nada que não queira que seja feito consigo mesmo.

Kant afigura imoral quem age com base em seus próprios fins, por caracterizar um modo de agressão contra o semelhante, e que só prestaria para avivar o que há de pior nas relações humanas, que é a tendência para autodestruição. A falta de ética equivaleria a um fingimento para não se comprometer com as consequências do que se faz. A ação deve ser responsável, comprometida com as consequências em relação a si e, sobretudo, em relação aos outros.

Kant reconhece que o ser humano não é um ser moral apenas, mas também um ser natural cuja psique é feita de impulsos, desejos e emoções. Mas, para o filósofo, quem se submete a tais fatores, ou seja, é dominado por eles, não pode possuir a autonomia ética.

Segundo o mencionado filósofo, existe violência em não compreender a destinação racional do homem e em confundir liberdade com a satisfação irracional de apetites e impulsos, revelando pelo dever a verdadeira natureza do ser humano.

A teoria dos imperativos proposta por Kant, comporta duas espécies: o imperativo categórico e o imperativo hipotético. Ambos se desdobram na moralidade.

Na espécie categórica, Kant está a se referir a obrigações absolutas, sem qualquer intenção a ser alcançada por determinado comportamento. Aqui, o mandamento racional não deve possuir um propósito diferente dele próprio. O cumprimento do dever é o único motivo que a ação se baseia. Nas palavras do mencionado filósofo:

“Finalmente, há um imperativo que, sem tomar por fundamento como condição qualquer outra intenção a se alcançar por um certo comportamento, comanda imediatamente esse comportamento. Esse imperativo é categórico. Ele não concerne à matéria da ação e ao que deve resultar dela, mas à forma e o princípio do qual ela própria se segue, e o que há de essencialmente bom na mesma consiste na atitude, o resultado podendo ser o que quiser. A este imperativo pode se chamar de imperativo da moralidade. (KANT, 2004)

Em uma de suas três enunciações, o imperativo categórico trata da perspectiva da universalização, devendo o agente agir de maneira tal que ele queira que a máxima da sua vontade possa valer sempre, para todas as pessoas, indistintamente, ao mesmo tempo, como uma lei universal: “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal” (Kant, 2004).

Assim sendo, é a imposição de universalização da máxima que faz a ação ser boa, uma vez que se garante a imparcialidade e a independência do autor da ação em relação aos seus interesses particulares. Um dos exemplos utilizados por Kant diz respeito à mentira: Poderia uma pessoa faltar com a verdade buscando beneficiar a si ou a outrem? Para Kant a resposta seria não, uma vez que a mentira não poderia ser universalizada sem autocontradição:

(...) pois, segundo essa lei, não poderia haver propriamente promessa alguma, já que seria inútil afirmar a minha vontade quanto a minhas futuras ações, pois as pessoas não acreditariam em meu fingimento, ou, se precipitadamente o fizessem, pagar-me-iam na mesma moeda. Portanto, a minha máxima, uma vez arvorada em lei universal, destruir-se-ia a si mesma necessariamente (Kant, 2004, p.31). KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos. São Paulo: Martin Claret: 2004.

Para Kant, todo ser humano é racional, por tal motivo tem *status* de sujeito moral, composto de normas, destarte, todas as pessoas possuem um “alarme” atrelado à sua consciência moral, que evidencia essa contradição, informando que determinada ação deve ser evitada, uma vez que tal ação não serve para todos, indistintamente, impondo-se o ser moral, o dever. O dever é o princípio supremo de toda a moralidade (moral deontológica). Dessa forma, uma ação é certa quando realizada por uma consciência de dever.

Além do modelo da lei universal, há uma segunda enunciação utilizada pelo filósofo, no tocante ao imperativo categórico. “age de tal maneira que, possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e

nunca simplesmente como meio” (KANT, 2004). Kant distingue, portanto, indivíduos e coisas, atribuindo dignidade aos seres racionais.

Assim, como exemplo, aquele que mata, aborta ou se suicida vai contra o imperativo categórico, uma vez que se está tirando a vida como meio para se atingir algum propósito: ou por ser um assassino contratado ou por estar dominado por grande emoção ou para minimizar a dor ou o sofrimento.

No livro *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, Kant utiliza esta ideia em quatro situações. A primeira ela fala sobre um homem desiludido da vida que busca o suicídio. O homem considera a máxima de pôr fim à vida, já que continuar a viver produziria mais dor que prazer. Diante de tal fato Kant afirma ser:

“duvidoso se este princípio de amor-próprio possa tornar-se uma lei universal da natureza. Imediatamente se vê uma contradição num sistema natural cuja lei fosse destruir a vida, dada a convicção de que a especial função de tal sistema é promover o aperfeiçoamento da vida. Neste caso, tal sistema natural não poderia existir. Logo, esta máxima não pode tornar-se lei universal da natureza e assim contradiz o princípio supremo de todo o dever.”

Referido filósofo sugere ser impraticável um mundo onde todos os seres vivos resolvem praticar suicídio quando as suas vidas forem acometidas de uma dor que supere o prazer. Tendo em vista que não há como se sustentar um mundo nesses termos. Tal ato não pode ser universalizado, portanto, não seria correto.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado para o aborto. Não pode existir um mundo que destruísse a vida de outro ser humano, para buscar se privar da dor ou do sofrimento, num sistema natural cuja lei fosse eliminar a vida, o que seria uma contrariedade, tendo em vista a certeza de que a especial função de tal sistema é, em verdade, favorecer o aprimoramento da vida. Estar-se-ia usando outra vida, neste caso destruindo uma vida em benefício de outra, e assim a vida destruída seria meio e não fim em si mesma, tratando-a, portanto, como objeto.

Se a Humanidade for utilizada como um meio deixa-se de respeitar à humanidade como um fim.

Para Kant os homens possuem dignidade, o que significa que toda pessoa é um fim em si mesma, sendo assim, a vida de qualquer ser humano tem um valia intrínseca, objetiva.

Ninguém existe no mundo para atender as necessidades e os desígnios de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade, vedando-se a instrumentalização ou

funcionalização de qualquer indivíduo, cujo respeito à dignidade não está atrelada a qualquer característica particular como a idade, sexo, estado mental, formação ou deformação física etc.

O imperativo categórico assemelha-se a uma lei prática, ao contrário do imperativo hipotético que se assemelha a princípios de vontade.

Os imperativos hipotéticos são mandamentos, mas com a palavra hipotéticos, Kant refere-se às obrigações adquiridas na hipótese de se ter um certo desejo, uma intenção por detrás da ação. A hipótese da ação é como uma receita que indicará os melhores caminhos para conseguir determinada coisa; sendo que esta coisa que se objetiva alcançar não se determina por si mesma e não dispõe de um fim semelhante ao próprio mandamento.

Assim, qualquer suposição hipotética que justifique a escolha de uma ação, o afasta do imperativo categórico, uma vez que se age com base nas consequências e não pelo dever.

Kant defende que, assim como os imperativos hipotéticos são realizáveis porque o ser humano tem desejos, os imperativos categóricos são realizáveis porque o homem tem razão, o que torna tal imperativo obrigatório para os seres racionais.

Imperativos hipotéticos empregam a razão instrumental. Desta forma, por exemplo, caso uma pessoa queira algo, deve então realizar um ato, utilizando-o como meio para se chegar ao fim pretendido. “Se a ação só é válida como um meio”, diz Kant, “o imperativo é hipotético”. Se a ação é válida em si mesma, portanto necessária uma ação que está em harmonia com a razão, então o “imperativo é categórico”.

Destaca-se que, o sentimento humano e, sobretudo, a busca incessante da felicidade, fez nascer uma outra visão de ética, conhecida como ética utilitarista, muito bem trabalhada pelos filósofos Jeremy Bentham e Stuart Mill, como veremos a seguir.

1.5.2. Ética Utilitarista segundo Jeremy Bentham e Stuart Mill

Segundo Bentham, as questões morais podem ser sintetizadas em como os homens se sentem. A felicidade, que para o referido filósofo é aquilo que se sente de mais valioso, constitui-se de prazer e ausência de dor (semelhante à concepção clássica dos estoicos e epicuristas) (NACIR, 2010).

Assim sendo, uma vez que a felicidade é formada de prazer e ausência da dor, quanto mais elevado o prazer ou quanto maior o gozo que domina a dor, mais plena será a felicidade (NACIR, 2010).

Nesta senda, a dor e o prazer são os sentimentos elementares que direcionam as ações humanas, considerando o sentimento do prazer como sendo a única coisa boa em si.

Dentro desta visão, Bentham afirma ser quantificável o grau de felicidade que se atinge quando se age, tendo como base a extensão do prazer, a sua veemência e a possibilidade de tal prazer originar outros. Após tal conclusão, deve-se descontar as consequências da ação em prejuízo do prazer. O resultado de tal equação é, segundo o pensador, a extensão de felicidade que se terá. A essa forma de pensar e agir Bentham denominou de "utilidade". O útil é, para essa teoria, critério de moralidade.

Nas palavras de Bentham “por princípio da utilidade, entende-se o princípio segundo o qual toda a ação, qualquer que seja, deve ser aprovada ou rejeitada em função da tendência de aumentar ou reduzir o bem estar das partes afectadas” (BENTHAM, 1979, apud NACIR, 2010).

Stuart Mill, que certamente foi influenciado pela teoria de Bentham, acreditava que sua explicação sobre a felicidade era grosseira e buscou aperfeiçoá-la.

Mill entendia que era preciso ir além da extensão de felicidade de uma ação, devendo-se diferenciar os prazeres mais elevados daqueles menos elevados.

No entanto, analisar a qualidade dos prazeres e mais, colocar a qualidade acima da quantidade é uma equação difícil, o que dificulta a tomada da decisão segundo o critério de Mil. Assim, sob este aspecto, a visão de Bentham era vantajosa, já que mais simples.

Na ótica utilitarista, os valores, princípios e normas são despidos de um teor objetivo, e o valor do bom, avaliado como aquilo que auxilia o ser humano na sua atividade prática, varia de acordo com o caso concreto.

Pode-se dizer que tal teoria tem em si um egoísmo ético.

Para a concepção utilitarista a moralidade das ações depende de suas consequências. Assim, se o resultado for favorável ao maior número de pessoas, a ação é moralmente correta, sendo que se o resultado não for favorável à maioria, será moralmente incorreta. O valor da ação está nas vantagens alcançada por meio desta.

Assim, a moralidade não é calculada a partir de um princípio, diante de um valor intrínseco, ela é calculada levando em conta os resultados de um ato e avalia seu impacto sobre o bem estar do maior número de pessoas (AMADO, 2010).

Dentro desta visão, pode se considerar que a bomba de Hiroshima lançada sob o argumento de acabar com a guerra e poupar a vida de milhares de pessoas, mesmo que muitos tivessem que ser mortos neste processo, pode ser considerada uma postura ética, pois salvaria mais pessoas do que supostamente mataria, posto que colocaria um fim à guerra. De igual forma poder-se-ia justificar o aborto, eutanásia e inúmeros outros crimes e atrocidades, a demonstrar o absurdo, incoerência e insubsistência de tal teoria que tende à própria destruição humana, teoria esta disseminada no Brasil e no mundo, bem como adotada pelo Supremo Tribunal Federal e pelos detentores do poder, sobretudo, no sistema capitalista. Com base em tal teoria, o fim justifica os meios.

Em contrapartida, ao longo dos anos percebeu-se a necessidade de se criar uma categoria ética que harmonizasse a vida (“ser”) e o sistema dos valores humanos (“dever ser”), surgindo então, a Bioética, que será estuda a seguir.

1.5.3. Bioética

Estudos datam o surgimento da bioética em 1926, na Alemanha, por Fritz Jahr. No entanto, sabe-se que a bioética emergiu em 1970, nos Estados Unidos, em um artigo do oncologista americano Van Rensselaer Potter, intitulado *Bioethics, the science of survival* (Bioética, a ciência da sobrevivência), bem como em seu livro *Bioethics: Bridge to the future* (Bioética: a ponte para o futuro).

Segundo Potter, existia uma divisão muito grave entre a ciência e a reflexão humanista, tornando-se premente a construção de uma ponte entre ambas, nascendo o termo bioética, que representa uma harmonia entre a ciência dos sistemas vivos e o sistema dos valores humanos.

Para o referido oncologista, a bioética surgiu de uma situação pavorosa, bem como de uma preocupação no tocante ao progresso da ciência e dos seres humanos, colocando em desconfiança a aptidão de sobrevivência da sociedade em decorrência do próprio progresso científico descomedido. A ciência que, como suposição, deveria beneficiar a vida passou a ser seu algoz, a exemplo das armas biológicas, da alteração das formas de vida, das espécies e dos indivíduos.

Para Van Rensselaer Potter, a bioética era:

O objetivo da disciplina... seria ajudar a humanidade em direção a uma participação racional, mais cautelosa, no processo da evolução biológica e cultural. (...) Escolho “bio” para representar o conhecimento biológico, a ciência dos sistemas viventes, e “ética” para representar o conhecimento dos sistemas de valores humanos (REICH, 2002).

Não há um conceito único sobre o tema, podendo ser melhor definido como:

... um conjunto de pesquisas, de discursos e práticas, via de regra pluridisciplinares, que têm por objeto esclarecer e resolver questões éticas suscitadas pelos avanços e a aplicação das tecnociências biomédicas. (...) A rigor, a bioética não é nem uma disciplina, nem uma ciência, nem uma nova ética, pois sua prática e seu discurso se situam na interseção entre várias tecnociências (em particular, a medicina e a biologia, com suas múltiplas especializações); ciências humanas (sociologia, psicologia, politologia, psicanálise...) e disciplinas que não são propriamente ciências: a ética, para começar; o direito e, de maneira geral, a filosofia e a teologia. (...) A complexidade da bioética é, de fato, tríplice. Em primeiro lugar, está na encruzilhada entre um grande número de disciplinas. Em segundo lugar, o espaço de encontro, mais o menos conflitivo, de ideologias, morais, religiões, filosofias. Por fim, ela é um lugar de importantes embates (enjeux) para uma multidão de grupos de interesses e de poderes constitutivos da sociedade civil: associação de pacientes; corpo médico; defensores dos animais; associações paramédicas; grupos ecologistas; agro-business; indústrias farmacêuticas e de tecnologias médicas; bioindústria em geral (HOTTOIS, 2001).

Como outra forma de ponderação sobre a bioética Potter propõe, outrossim, uma comunhão entre a Ciência e a Religião. Segundo o referido médico, não está certa a concepção de que no futuro a ciência terá respostas para tudo:

Uma questão central para os nossos esforços deve ser a promoção do diálogo entre a ciência e a religião em relação à sobrevivência humana e da biosfera. Durante séculos, a questão dos valores humanos foi considerada como estando para além do campo científico e propriedade exclusiva dos teólogos e filósofos seculares. Hoje devemos sublinhar que os cientistas, não somente têm valores transcendentais, mas também os valores que estão embutidos no ethos científico necessitam ser integrados com aqueles da religião e filosofia para facilitar processos políticos benéficos para a saúde global do meio ambiente (POTTER, 1994).

O panorama em que surge a expressão bioética é sinalado por inúmeros fenômenos sociais e culturais, os quais se resumem em: o assombroso progresso das ciências biomédicas e o surgimento da preocupação sobre a capacidade de administração, pelo homem, de tamanho poder; a crescente consciência sobre o respeito a direitos humanos inalienáveis; a quebra do mito da neutralidade ética da ciência; a premente necessidade de repensar a relação do homem com o planeta para uma convivência mais respeitosa e equilibrado do ambiente (BENTO, 2008).

Em que pese a vasta visão postulada por Potter, velozmente a expressão bioética se restringiu às questões suscitadas pelo desenvolvimento das ciências biológicas e sua aplicação na medicina. Dentre as questões mais recorrentes envolvendo a bioética destacam-se: a- aborto; b- eutanásia, c- fecundação *in vitro*; d- inseminação artificial; e- clonagem; f- manipulação genética; g- experimento com embriões humanos; h- experimentação com fármacos; i- esterilização; j- a intervenção sobre o cérebro e a manipulação da personalidade; k- métodos contraceptivos, relação médico-paciente; suicídio, homossexualidade etc.

Em se tratando de bioética o bem a ser protegido deve ser refletido tendo como base um sujeito particular, sem se valer de uma forma abstrata ou coletivizada.

Um trabalho essencial para a elaboração da reflexão bioética, bem como, um terreno fértil de troca e combate contra as práticas aéticas, é constituído de duas estruturas típicas, nas quais a disciplina desenvolve-se e exprime-se: os Comitês éticos e os Centros de bioética. Os Comitês éticos, existentes nos maiores hospitais e nos grandes laboratórios de pesquisa, são formados por representantes dos enfermos e de especialistas em diversos setores (medicina, sociologia, filosofia etc.) e vigiam a eticidade da atividade realizada no instituto ao qual pertencem, com particular referimento aos protocolos clínicos e ao desenvolvimento de pesquisas e experimentos em seres humanos. Os Centros de bioética, normalmente estão ligados a uma universidade, a qual grupos de pesquisa sobre problemas emergentes estão vinculados e dispõem-se a específicos programas didáticos, publicam revistas especializadas, tornam disponíveis dossiês informativos, repertórios bibliográficos e arquivos.

A Bioética está diretamente relacionada com o Biopoder, posto que ambos estão inseridos no cotidiano vital do ser humano.

Neste diapasão, tal relação merece um aprofundamento neste trabalho, o que será realizado na sequência.

1.6. RELAÇÃO ENTRE BIOPODER E BIOÉTICA

Ao longo do tempo em que o desenvolvimento da vida sujeitava-se apenas à sorte da evolução natural não se pensava em questões éticas envolvendo a vida. No entanto, com a gestão da vida (biopoder), surge uma bagagem de intenções e valores que precisam de um juízo ético com o propósito de zelar e preservar este bem precioso. Destarte, a ética é inserida no contexto da vida com o nascimento do biopoder.

A existência da bioética pressupõe a existência do biopoder, portanto, estes institutos são indissociáveis. Em uma análise mais desenvolvida: a bioética tem o condão de assumir uma postura crítica frente a toda e qualquer prática que atente contra a vida e a saúde. Para tanto, assume o papel de debater a gestão da vida como meta política, visando alcançar uma autonomia da consciência e a edificação de uma sociedade democrática, sob pena de permanecer na superficialidade dos problemas éticos e de cultivar uma visão disforme da realidade. Assim sendo, só é possível entender a complexidade e a profundidade da ideologia e dos determinantes políticos que dão suporte às intervenções abusivas sobre a vida e a saúde, especialmente do ser humano, com a interpretação e estudo do biopoder.

O gerenciamento e a domesticação do homem, dentro dos interesses do Estado, advém de um longo processo que hoje culmina com a necessidade pela busca da saúde perfeita e a “imortalidade”, não se importando com os valores da vida humana, fomentado pelo consumo de novas tecnologias. Com o objetivo de busca pela saúde e longevidade esperada, tem-se um ciclo induzido e vicioso em que tem sua administração zelada pelo Estado capitalista. Tal fato fez com que o direito fosse repensado à luz da saúde. O emprego das mais diversas práticas em benefício da saúde, atribui uma nova conformação ao biopoder, que passa a ser um negociador de demandas e técnicas.

Um exemplo atual deste cenário é a discussão da legalização do princípio ativo que teoricamente combateria o desenvolvimento do câncer, a fosfoetanolamina. Em Março deste ano, o ex-ministro da Ciência, Tecnologia e Inovação, Celso Pansera, do governo recém suspenso da Dilma Rousseff, recomendou que a fosfoetanolamina fosse legalizada como suplemento alimentar junto à Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), segundo nota de sua pasta: "Achamos que uma saída seria a produção da fosfoetanolamina como suplemento alimentar, mediante orientações, obviamente". Isto se deu sem que houvesse prévio testes biológicos exigidos pela Anvisa, que certamente colocou em risco a vida de pacientes

que já estavam sob riscos severos, ao ingerir a droga. Médicos recusaram tal ato, sendo posteriormente repensado pelo Estado, o qual suspendeu sua utilização.

A saúde passa ser forma de riqueza do Estado, que eleva o bem-estar e o prazer e repele toda e qualquer forma de sofrimento, dor ou insatisfação. Como se tais sentimentos não fossem inerentes à natureza humana, dentro de uma visão capitalista de que a felicidade está nos bens de consumo, de tal forma que os medicamentos transformam-se em cápsulas de felicidade.

Segundo o filósofo britânico John Harris em seu livro sobre a melhora da espécie humana: “O que me importa é que as pessoas sejam melhores, mais felizes e vivam mais, e se o resultado é que se melhore a evolução até uma espécie diferente, inclusive até o ponto que não se possa cruzar com a espécie humana atual, eu creio que devemos fazê-lo” (*Enhancing evolution: The Ethical case for making better people*, editado pela Princenton Press. 2007).

Com base na reflexão do referido filósofo emerge-se a pergunta: Quem será aquele ou aqueles que decidirão o que, de fato, é uma melhora, bem como qual melhora é almejada pelo ser humano e ao ser humano?

A resposta a esta questão certamente está no biopoder. Foucault em sua obra *Doença Mental e Psicologia* (1975), afirma que todo saber é poder. Assim sendo, o saber médico, também incluído nesse pensamento, como poder que é, age como forma de controle sobre os corpos tornando-os úteis e dóceis. A medicina é, portanto, um instrumento de controle.

De se ressaltar que a medicina, enquanto ciência, é um meio que ajuda a compreender diversos acontecimentos do mundo, contudo, é equivocada a ideia de que sua percepção dos fenômenos traz em si uma verdade absoluta. É certo que a realidade tem várias faces e a ótica científica é uma perspectiva, mas não a única. O mito da Verdade científica nasce como forma de controle e um remédio para a insegurança do ser humano, que, apesar de dispor, em seu favor, de diversos direitos fundamentais, como veremos no capítulo seguinte, sucumbem, recorrentemente, a interesses de terceiros, como no caso do feto anencefálico, fadado à morte sem direitos e sem voz.

2. ASPECTOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sem o objetivo de esgotar as possibilidades conceituais, importa ressaltar que a doutrina conceitua os direitos fundamentais de diferentes formas. Miranda afirma serem direitos ou posições jurídicas subjetivas do ser humano, individual ou institucionalmente consideradas (MIRANDA, 1998).

Para Canotilho os direitos fundamentais possuem um aspecto subjetivo no tocante ao significado ou relevância da norma garantidora de um direito individual, resguardando os interesses e a situação de vida e liberdade do ser humano individualmente considerado, apontando, outrossim, um aspecto objetivo quando se verifica tais direitos em torno da coletividade (CANOTILHO, 2000).

Alexy restringe as normas de direitos fundamentais àquelas expressas por enunciados da Constituição (ALEXY, 2008).

Existe uma distinção doutrinária entre direitos fundamentais e direitos humanos. O termo “direitos humanos” é mais utilizado no âmbito internacional, a demonstrar aqueles direitos acolhidos internacionalmente. Por outro lado, a expressão “direitos fundamentais” é utilizada, com mais frequência, no âmbito interno de um Estado.

Segundo Ana Maria D’Ávila:

“Direitos humanos são princípios que resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporariamente.”(LOPES, 2001)

Para Paulo Bonavides, a utilização de “direitos humanos” é mais recorrente entre autores anglo-americanos e latinos. Já a utilização de direitos fundamentais é mais recorrente aos publicistas alemães. (BONAVIDES, 2002)

Frisa-se que o Poder Constituinte Originário brasileiro baseou-se na Constituição Portuguesa de 1976 e na Lei Fundamental Alemã, para se utilizar-se da expressão “direitos fundamentais”.

Segundo Perez Luño, “direitos humanos” é mais extenso e impreciso do que “direitos fundamentais”, sendo este último mais restrito por constituir um conjunto de direitos e liberdades adotados e resguardados institucionalmente pelo Estado. (PEREZ LUÑO, 1995)

2.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para Sarlet é pacífico que os direitos fundamentais não nasceram na antiguidade, embora seja reconhecida a influência do mundo antigo, pela religião e filosofia, que contribuíram na percepção jusnaturalista de que o homem, pelo próprio fato de estar vivo, já é possuidor de direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Impossível descrever os direitos fundamentais sem associá-lo ao constitucionalismo. Este está intrinsecamente associado ao surgimento dos direitos humanos. Os direitos fundamentais surgiram de uma corrente ideológica e teórica de um movimento alemão, que entendiam ser aplicáveis os direitos, não somente nas relações verticais entre Estado e indivíduo, mas também nas relações horizontais entre indivíduos e propriedades. Deste modo, para efeito de maior compreensão dos fatos, é necessário entender a origem do mesmo. Em uma revisão histórica é perceptível uma série de divergências acerca do surgimento do constitucionalismo.

De modo geral o Constitucionalismo surgiu como movimento de limitação dos poderes estatais. Neste sentido, surgindo dos tempos remotos para os tempos mais atuais, Karl Loewenstein, autor alemão, considera que a primeira Constituição teria surgido ainda na sociedade hebraica, estado teocrático com a instituição da Lei de Deus “Torah”. Desde aquela época, a “Lei de Deus” limitava o poder dos prefácios governantes, os “Juizes”. E é exatamente por isso que o autor Karl Loewenstein entende que esta foi um prelúdio do Constitucionalismo (TAVARES, 2010). Na Grécia Antiga, o Constitucionalismo esteve associado ao surgimento das normas fundamentais da sociedade “*nomoi*” e as regras “*pséfismata*” (CAPELLETTI, 2002).

Avançando para a Era Medieval, tem-se que esta foi marcada basicamente pela história do Constitucionalismo Inglês, na qual destacam-se os Precedentes (1066-1215) e a Magna Carta (1215). No primeiro, a Grã-Bretanha foi invadida por diferentes civilizações após a queda do Império Romano, até então vigente. Os normandos, ou também denominados de francos, sob o comando do Rei Guilherme II invadiram a Inglaterra, consolidando as Cortes Feudais, para analisar os casos nos termos do direito costumeiro, ou direito comum jurisprudencial (*Common Law*). Assim como creem a maioria dos estudiosos no assunto, o fenômeno constitucional surgiu com o advento da *Magna Charta Libertatum*, assinada por um rei atípico, João Sem-Terra da Inglaterra (1215), sob pressão dos barões feudais. Esta

Carta e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais foram as primeiras declarações formais de direitos, as quais positivaram vários aspectos daqueles que hoje são considerados direitos fundamentais, como: *habeas corpus*, o tribunal do Júri, o devido processo legal, a anterioridade tributária, dentre outros. (COMPARATO, 2010)

Na Constituição mais moderna, estabeleceu-se uma norma jurídica suprema, a partir das revoluções liberais que objetivavam instaurar o Estado de Direitos, em substituição ao Estado absolutista até então vigente. Nesta, destacam-se uma série de movimentos: a Revolução Gloriosa e *Bill of Rights* (1668) e o Pacto de Mayflower (1620).

A primeira declaração de direitos fundamentais foi a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia (1776). Este preocupava-se com a estrutura de um governo democrático, sob sistema de limitação de poderes. Mais adiante tem-se a Constituição Federal dos Estados Unidos da América (1787), a Revolução Francesa (1789), sendo aprovada na Assembleia Constituinte francesa a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, estendendo sua validade para toda a humanidade; e Constituições escritas (1791). É, portanto, no século XVIII que se verifica o surgimento de verdadeiros direitos fundamentais (SARLET, 2007).

Segundo Hannah Arendt, a Declaração dos Direitos do Homem anuncia a emancipação deste, posto que, desde tal declaração, o homem passou a ser fonte de toda lei, deixando de ser sujeito a regras provenientes de entidade divina ou garantida simplesmente pelos costumes da história, passando a ser dotado de direitos pelo simples fato de ser homem (ARENDR 1989).

No cenário Nacional, é primordial fazer detida ponderação acerca dos direitos fundamentais nas constituições brasileiras. José Afonso da Silva afirmou que o Texto Maior da Constituição Política do Império do Brasil (1824) caracterizou-se como primeira no mundo, a subjetivar e positivar os direitos do homem, dando-lhes concreção jurídica efetiva, sob a nomenclatura de Garantia dos Direitos Cívicos e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, anterior até mesmo a Constituição da Bélgica (1831), que se tem dado sob tal primazia (SILVA, 2007).

No entanto, ainda que primitiva, não tinha menção específica a uma declaração de direitos. Esta só foi verificada apenas na nova Carta Política (1891), a qual iniciava no Título IV, com uma “Declaração de Direitos”, direitos estes da primeira geração, não muito diferentes daqueles garantidos na constituição de 1824, que assegurava aos brasileiros e com extensão ao direito aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça

como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tratou-se de um período com introdução da República e Federalismo, artigo 1º, do presidencialismo e da separação dos três poderes, artigo 15. Seguiu modelo americano, inspirada nos ideais republicanos e liberais. Uma das maiores benfeitorias da época foi o *habeas corpus*, criado no mesmo período, como descrito no artigo 72. Estes valores já se encontravam, desde logo, condensados em seu preâmbulo. É perceptível que esta Constituição introduziu no constitucionalismo brasileiro um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais “implícitos e decorrentes” (SARLET, 2007), o que por sua vez foi modificado nas constituições sucessivas.

A Constituição Republicana foi promulgada em 1934, a partir da inspiração a constituição alemã de Weimar, após um período de intensa reforma do Estado. Tratava-se na época, de uma nova ordem, dita como avançada para o momento (BONAVIDES e ANDRADE, 1991) com novos direitos, antes não lembrados, como os sociais, econômicos e culturais a disposição da família, assim como forte legislação trabalhista e previdenciária. Foi a primeira que utilizou a expressão “Direitos e Garantias Individuais”, mas também os direitos de nacionalidade e políticos. Manteve os principais fundamentos constantes na Constituição de 1981, como o Federalismo, Presidencialismo e República. No entanto, tinha como preocupação limitar o poder do presidente da república. Houve inovações, como com o desenvolvimento dos primeiros Ministérios da Indústria, do Trabalho, do Comércio, da Educação e da Saúde Pública. Portanto, esta constituição inovou o constitucionalismo brasileiro e apresentou curta duração. Em 1935 sofreu tentativa a um golpe, denominado de a Intenta comunista. Entre 1934 e 1937 o Estado apresentou dupla ordem: uma Revolucionária, regida por Getúlio Vargas, e outra Constitucional regulada pela Constituição de 1934 (GORFF, 2008).

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil (1937) atentou-se a reconhecer e defender os direitos de liberdade, de segurança e de propriedade do indivíduo. Entretanto, a referida Carta Política, em muitos dos seus dispositivos, não possuía aplicabilidade prática, concretizando, assim, uma ditadura genuína, com todo o Poder Executivo e Legislativo detidos ao Presidente da República. Neste cenário, o Estado sofreu um golpe revolucionário, denominado o Golpe do Estado de 1937, comandado por Getúlio Vargas, adiantado acima, instalando o Estado Novo. Um novo regime foi adotado, o militarismo, ficando os direitos fundamentais sem qualquer garantia. Assim como qualquer regime ditatorial, neste também não houve espaço para os direitos fundamentais. Da Silva (2000) sustentou que tal constituição foi ditatória tanto na forma, como substancialmente, bem como em sua aplicação,

com total desrespeito a inúmeros direitos, especialmente aqueles referentes às relações políticas. Nesta, amplos poderes foram concedidos ao Presidente da República, colocando-o como suprema autoridade estatal. Neste momento, praticamente todas as grandes evoluções no setor político e social foram extinguidos (CARONE, 1976). Tratava-se de uma constituição de cunho fascista, inspirada no regime italiano e alemão.

A Constituição de 1946 emergiu dentro do contexto de democratização do país, restabelecendo os direitos fundamentais previstos na constituição de 1934. No Título IV, referente às Declarações de Direitos, foi dividida em dois capítulos: um acerca da Nacionalidade e da Cidadania, e outro sobre os Direitos e Garantias Individuais (Art. 129 a 144). No segundo capítulo, não foi incluído o direito à subsistência, que se achava inscrito no parágrafo único do art. 145, em que era assegurado, a todos, trabalho que possibilitasse existência digna. No entanto, em contrapartida, houve a inclusão do direito à vida, sendo garantida pela primeira vez na constituição de 1946. Nesta, apareceram os direitos econômicos e sociais melhor estruturados do que na Constituição de 1934, divididos em dois títulos: um tratando da ordem econômica e outro acerca da família, educação e cultura. Foi nesta constituição que tiveram reafirmados o sufrágio universal, o voto direto e secreto, o sistema eleitoral proporcional, um regime de partidos nacionais e da justiça eleitoral (LIMA SOBRINHO, 2001).

A Constituição de 1967 surgiu após o golpe militar de 1964. A República foi fortemente atingida. Para Rocha (1996) durante este período inexistiu república e federação, desaparecendo o regime constitucional com tudo que o representa, em específico os direitos fundamentais. Portanto, esta foi como a constituição de 1946, a qual manteve a Declaração de Direitos, no entanto de forma centralizadora, dotando a União de maiores poderes. Com isto, houve a redução da autonomia individual com a suspensão de alguns direitos e garantias constitucionais. A Carta de 1967 foi alvo de diversas Emendas, diante de modificações de atos institucionais. A primeira destas Emendas foi a EC n. 01/1969, que continuou tratando dos direitos sociais, econômicos e culturais. O Título II abordava a Declaração de Direitos, com cinco capítulos que faziam referência à Nacionalidade; aos Direitos Políticos; dos Partidos Políticos; aos Direitos e Garantia Individuais; às Medidas de Emergência, do Estado de Sítio e do Estado de Emergência. O Título III tratava da Ordem Econômica e Social e seguidamente da Família, da Educação e Cultura. Neste regime, houve também a extinção dos partidos políticos, surgindo o partido oficial Aliança Renovadora Nacional (ARENA) e o de oposição consentida, Movimento Democrático Brasileiro (MDB), com substituição do nome

da constituição do país de “Constituição dos Estados Unidos do Brasil” por Constituição do Brasil”.

Esta constituição terminou com o Ato Institucional n. 5, em 13 de Dezembro de 1968, que durou os próximos 10 anos, mantendo a constituição de 1967, no entanto, com profundas mudanças em relação ao poder e aos direitos individuais. Neste cenário, originou-se a constituição de 1969, marcada por forte repressão proporcionada pelo regime militar. Alguns julgaram que esta não se tratava de uma nova constituição, mas sim de uma emenda. Silva (2000) entende que técnica e teoricamente, houve uma nova constituição, alterando a denominação de Constituição do Brasil para Constituição da República Federativa do Brasil. Nesta foi ampliado a centralização do poder e o autoritarismo. Os direitos fundamentais firmam sob influência do AI-5, não tendo nenhum substancial modificação formal na enumeração dos direitos fundamentais.

É importante recordar que tão somente com o advento da Constituição Federal de 1988 que passou-se a vigor o diploma que realmente consagrou os direitos e garantias fundamentais. A Carta Política trouxe inovações relevantes para o constitucionalismo brasileiro. Inovou-se com um título referente aos Direitos e Garantias Fundamentais, com aspectos modernos, abrangendo-se os direitos individuais e coletivos, direitos sociais, da nacionalidade e os direitos políticos. Ressalta-se que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição Federal vigente, não elimina outros direitos ali não dispostos, que sejam decorrentes dos regimes e dos princípios por eles adotados, ou de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Nesse diapasão, entende-se que cabe à Hermenêutica constitucional a busca de outros direitos fundamentais que não estejam inclusos no rol do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Conforme observa SARLET (2007), desde as previsões nas primeiras constituições, os direitos fundamentais atravessaram inúmeras modificações no que diz respeito ao seu conteúdo e à sua titularidade, o que foi constatado com a análise das constituições brasileiras.

Frisa-se, que tão somente o reconhecimento e positivação de tais direitos, não se fazia suficiente, uma vez que a sua afronta era uma realidade que afetaria a sua eficácia, necessitando, assim, da presença de garantias como forma de efetivar os direitos fundamentais. LIMA SOBRINHO (2001) salientou que não basta a previsão dos direitos fundamentais por instrumentos normativos, sendo necessárias uma política pública e uma decisão para aplicar esses direitos, a fim de não torná-los direitos de papel. A criação de

mecanismos de proteção dos direitos fundamentais é uma exigência do Estado Democrático de Direito, conferindo maior segurança jurídica ao cidadão.

Portanto, é perceptível que dentro deste cenário os direitos fundamentais, no âmbito internacional e nacional, tem-se diferentes momentos políticos que culminaram com a evolução e ou limitação dos direitos pelo Estado e diferentes autores descrevem este fato. MENDES (2004) entende que os direitos fundamentais são, ao mesmo tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva, pois, como direitos subjetivos, tais direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na qualidade de elemento da ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático. SARLET (2007) conferiu ao aspecto espacial da norma o primeiro fator preponderante de distinção: “o termo direitos fundamentais aplica-se 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.”

2.2 O DIREITO À VIDA E OS DIREITOS EXISTENCIAIS

É certo que o mais elementar de todos os direitos é o direito à vida. Constitui-se em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos. É pressuposto indispensável da qualidade de pessoa, intransmissível, irrenunciável e indisponível, condicionando os demais direitos da personalidade.

No âmbito da criação da vida, assim está descrito no livro de Gênesis (1-2), disposto na Bíblia Cristã:

Deus criou a luz (dia), o firmamento (céu), a terra, o mar, o Sol, a Lua e as estrelas. Vendo que tudo isso, mesmo sendo maravilhoso, ainda não era suficiente, criou então a VIDA, primeiro a vida vegetal (ervas, sementes, árvores, frutos) e depois criou a vida animal (animais domésticos, répteis e animais selvagens, segundo a sua espécie). Coroando Seu trabalho, Deus criou então o homem e a mulher sua imagem e semelhança, tendo soprado sobre eles um sopro de vida, tornando-os seres viventes. Assim foram concluídos o céu, a terra e todo o seu exército (GÊNESIS).

Mais adiante, em tempos modernos, a vida passou a ser garantida pela Constituição Federal, conforme já analisado acima, de acordo com o art. 5º da Constituição Federativa do Brasil: 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. Trata-se de norma pétrea, contra a qual não é possível sequer emenda constitucional. Assim, conclui-se que todos os seres humanos possuem a mesma dignidade vital.

CHAVES (1994), no seu raciocínio romântico da vida, questiona:

Quem poderá definir essa pulsação misteriosa, própria dos organismos animais e vegetais, que sopita inadvertida nas sementes de trigo encontradas nos sarcófagos de faraós egípcios e que germina milagrosamente depois de dois milênios de escuridão, que se oculta na gema de uma roseira que mãos habilidosas transplantam de uma para outro caule, que lateja, irrompe e transborda na inflorescência de milhões de espermatozóides que iniciam sua corrida frenética à procura de um único óvulo, a cada encontro amoroso? (CHAVES, 1994, p. 16)

É perceptível por meio desta citação que CHAVES (1994) descreve o mais magnífico de todos os fenômenos da natureza, pois ainda que muitas vezes as condições sejam desfavoráveis ao brotamento e ou ao cultivo de organismos, a vida está presente. Do ponto de vista biológico a vida inicia-se exatamente no ato da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, resultando um ovo ou zigoto. CHAVES (1994), relata que no momento da fecundação, ainda que extrauterino, os cromossomos femininos e masculinos definem o novo ser humano e qualquer método artificial para destruí-lo põe fim à vida. Deste modo, hoje, de acordo com a concepção do início da existência de vida, é importante ressaltar que a constituição, protege a vida de forma geral, inclusive uterina (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 5º, 1988).

O Magistério da Igreja Católica é no sentido de que a vida humana se inicia com a fecundação, quando surge um genótipo, caracterizado pelos 46 cromossomos, distinto do pai e da mãe.

A partir do momento em que o óvulo é fecundado, inaugura-se uma nova vida que não é aquela do pai ou da mãe, e sim, de um novo ser humano que se desenvolve por si mesmo. Jamais chegará a ser humano se já não o é desde então. A esta evidência de sempre a genética moderna fornece uma preciosa confirmação [...]. Com a

fecundação tem início a aventura de uma vida humana, cujas principais capacidades exigem um tempo para desenvolver-se e poder agir. (Concílio Vaticano II, 1965-2010)

Para SGRECCIA (2009), no instante em que o óvulo é fecundado os dois subsistemas – os gametas, masculino e feminino – se integram, surgindo um novo sistema, que possuem propriedades fundamentais: “começa a operar como uma nova unidade, intrinsecamente determinada a atingir sua forma específica terminal, se for postas todas as condições necessárias. Daí a clássica e ainda corrente terminologia de embrião unicelular”. Uma outra propriedade, “é que o centro biológico ou estrutura coordenadora dessa nova unidade é o genoma de que está dotado o embrião unicelular [...]. É esse genoma que identifica o embrião unicelular como biologicamente humano e especifica sua individualidade”.

Nos ensinamentos de SILVA (2011), pode-se verificar 4 pontos essenciais na formação do ser humano, identificados pela ciência genética:

O primeiro é o zigoto: “o encontro de duas células especializadas, chamadas gametas, uma de origem materna (óvulo) e outra de origem paterna (espermatozoide)” que, passando por um processo de fusão, dão origem a uma nova célula, o zigoto, que é o surgimento de uma nova vida humana.

Este embrião unicelular é uma nova vida humana ontologicamente una. Dentre as diversas atividades coordenadas desta nova célula, durante um período de cerca de 20 a 25 horas, enumera-se aquelas mais relevantes (SILVA, 2011):

- 1) a organização do novo genoma, que representa o principal centro informativo e coordenador para o desenvolvimento do ser humano e de todas as suas ulteriores atividades;
- 2) o início do primeiro processo mitótico, que leva o embrião a duas células.

Silva destaca, ainda, que o zigoto não é um ser anônimo, uma vez que tem sua identidade determinada; e esta nova célula é intrinsecamente dirigida a um bem determinado, “formar um sujeito humano, com uma precisa forma corpórea, de modo que, tanto a identidade como a orientação, são essencialmente dependentes do genoma, que leva, em si, toda a informação genética do novo indivíduo. É exatamente esta informação, substancialmente invariável, que porta o embrião, que estabelece sua pertença à espécie humana” (SILVA 2011).

O segundo ponto, nos ensinamentos de SILVA (2011), vai do zigoto ao blastocisto, tratando-se da primeira etapa do desenvolvimento do zigoto:

Durante um período de mais ou menos cinco dias acontece uma rápida multiplicação celular, sob o controle de um grande número de genes implicados nos muitos eventos do ciclo mitótico e na produção de proteínas necessárias para a estrutura e as funções do crescente número de células.

E dentro desse primeiro estágio de desenvolvimento do embrião está o novo genoma, já constituído no zigoto, quem assume o controle tornando-se a base e o suporte da unidade estrutural e funcional do mesmo.

O terceiro ponto é o dirigido do blastocisto ao disco embrionário, tratando-se da segunda etapa do desenvolvimento do embrião. “É o estágio em que acontece a expansão dos blastocistos e seu implante no útero, durante o qual mãe e embrião fazem de tudo para estabelecer uma harmonia.” (SILVA, 2011)

O quarto ponto é chamado de fase fetal, ocorrendo a modelagem dos diferentes órgãos e tecidos:

“Na quinta semana de gestação, no embrião, com cerca de 1 cm de comprimento, já se esboça o cérebro primitivo, coração, pulmões, os tratos gastroentérico e genitourinário; na sexta semana já são claramente visíveis os esboços dos membros e, ao fim da sétima semana, a forma corpórea está completa” (SILVA, 2011)

Estas afirmações científicas sobre o embrião humano levou a compilação de um documento pelo Centro de bioética da Universidade Católica, “Identidade e Estatuto do embrião humano”, em que a Igreja se serve para defender a vida humana já na sua fase embrionária.

O embriologista C. H. Waddington, fez um aprofundamento do processo biológico, definido por ele de “epigênese” ou “a contínua emergência de uma forma de etapas precedentes”, sendo que esse processo de desenvolvimento possui três características biológicas: a coordenação, a continuação e a graduação.

A primeira delas é a coordenação: “Em todo o processo da formação a partir do zigoto, há uma sucessão de atividades moleculares e celulares sob a guia da informação contida no genoma” (SGRECCIA, 2009). A existência do genoma no embrião humano, garantindo e exigindo uma rigorosa unidade do ser em desenvolvimento, leva à conclusão, segundo SILVA (2011), que o referido embrião, ainda nos primeiros catorze dias, “não pode ser tratado como

um acúmulo de células, visto que já é um indivíduo real a cada etapa num processo dinâmico e autônomo, criando o seu próprio espaço como organismo”.

O zigoto, a célula fundada, já tem em si todo o ser humano adulto programado. Ele não tem cérebro, não pode pensar ou ter ideias. Mas pode criar um cérebro, seguindo leis e normas que estão no código vivo que é essa celulazinha menor que a cabeça de um alfinete. (JOSAPHAT)

A segunda característica é a continuidade: “O zigoto é o primórdio do novo organismo, que está no verdadeiro início do seu próprio ciclo vital. Se considerarmos o perfil dinâmico desde ciclo no tempo, aparece claramente que isso procede sem interrupções” (Pontifício Conselho para a Família). Destaca-se não haver nenhuma fase mais importante que outra; todas elas são parte de um processo contínuo.

A terceira característica é a graduação: “É uma lei intrínseca do processo de formação de um organismo pluricelular o fato de ele adquirir a sua forma final através da passagem de formas mais simples a formas cada vez mais complexas”. (SGRECCIA, 2009)

O Magistério da igreja Católica afirma:

Desde o momento da concepção, a vida de todo ser humano deve ser respeitada de modo absoluto, porque o homem é, na terra, a única criatura que Deus quis por si mesma, e a alma espiritual de cada um dos homens é imediatamente criada por Deus; todo o seu ser traz a imagem do Criador. A vida humana é sagrada porque desde o seu início comporta a ação criadora de Deus e permanece para sempre em uma relação especial com o Criador, seu único fim (Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé).

Ressalta-se que não se pretende aqui analisar a formação ou a existência de vida em embriões extrauterinos, onde a maternidade, propriamente dita, ainda não existe (LEÃO JÚNIOR; MORGAT, 2010), não sendo objeto do presente trabalho, que se atém à formação de embriões intrauterinos.

O Código de Direito Canônico em seu cânon 1398 estabelece que, aquele que provoca o aborto, incorre em excomunhão *latae sententiae* (**automática**).

Frisa-se que o cânon acima referido não trás exceção quanto aos motivos do aborto, de tal modo que a excomunhão atinge também os que realizam o aborto no caso de estupro da mulher, de deformidades do feto, etc.. Atingindo, de igual forma, todos aqueles que intervêm

no processo abortivo, materialmente (médicos, enfermeiras, parteiras etc.), ou moralmente (como o marido, amigo/a, o pai que ameaça a mulher, obrigando-a a submeter-se ao procedimento abortivo, etc..). A mulher, no entanto, não incorrerá na excomunhão, se encontrar-se dentro das circunstâncias atenuantes do cân. 1324, a saber:

Cân. 1324 — § 1. O autor da violação não se exime à pena, mas esta, imposta por lei ou preceito, deve atenuar-se ou em seu lugar aplicar-se uma penitência, se o delito for praticado:

- 1.º por aquele que tinha apenas o uso da razão imperfeito;
- 2.º por aquele que carecia do uso da razão por embriaguez ou outra perturbação mental semelhante, que tenha sido culpável;
- 3.º pelo ardor grave da paixão, que no entanto não tenha precedido e impedido toda a deliberação da mente e o consentimento da vontade, e contanto que a própria paixão não tenha sido voluntariamente excitada ou alimentada;
- 4.º por um menor que tenha completado dezesseis anos de idade;
- 5.º por aquele que for coagido por medo grave, mesmo só relativamente, ou por necessidade ou por grave incómodo, se o delito for intrinsecamente mau ou redundar em dano das almas;
- 6.º por aquele que agiu por causa da legítima defesa contra o agressor injusto de si ou de outrem, mas não guardou a devida moderação;
- 7.º contra alguém que o tenha provocado grave e injustamente;
- 8.º por aquele que por erro, mas com culpa, julgou existir alguma das circunstâncias referidas no cân. 1323, ns. 4 ou 5;
- 9.º por aquele que, sem culpa, ignorava a existência de pena anexa à lei ou ao preceito;
- 10.º por aquele que agiu sem plena imputabilidade, contanto que esta tenha permanecido grave.

§ 2. O mesmo pode fazer o juiz, se existir outra circunstância que diminua a gravidade do delito.

§ 3. Nas circunstâncias referidas no § 1, o réu não incorre nas penas *latae sententiae*.

Os cristãos também se utilizam das suas Escrituras Sagradas para resguardar o direito à vida humana defendida por Cristo, a ponto dele próprio se entregar livremente em favor do homem. “A vida que Deus dá ao homem [...] é, no mundo, manifestação de Deus, sinal da sua presença, vestígio da sua glória” (*Evangelium Vitae*).

Deus disse: “Façamos o homem à nossa imagem, como nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e

todos os répteis que rastejam sobre a terra. Deus criou o homem à sua imagem, à imagem de Deus ele o criou, homem e mulher ele os criou” (Gn 1,24-27).

A sacralidade da vida humana deve ser respeitada e inviolada “desde a sua concepção até a morte natural” (São João Paulo II): O Evangelho da vida não é exclusivamente para os crentes: destina-se a todos [...]. Trata-se, com efeito, de um valor que todo ser humano pode enxergar, mesmo com a luz da razão, e, por isso, diz necessariamente respeito a todos.

É certo que outras religiões defendem a vida com a mesma veemência, existindo, ainda, culturas e crenças que vêem a vida de forma diversa daquela aqui retratada.

Existem diferentes pontos de vistas sobre o direito à vida, mas de modo geral, as definições mais humanísticas apresentam o ponto comum de que nada, nem ninguém é capaz de decidir sobre o futuro da vida do outro. Para CANOTILHO (2000), o direito à vida é um direito subjetivo de defesa. Assim sendo, a pessoa humana possui o direito de não ser morto, tanto diante do Estado quanto diante do seu semelhante. O mesmo autor afirma, ainda, que o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

Para o doutrinador argentino Alfredo Orgaz, a vida não é um direito subjetivo, devendo ser tutelado independentemente da vontade do seu titular, sendo que o consentimento é ineficaz para alterar sua tutela (ORGAZ, 1947). Portanto, qualquer ato no qual um indivíduo coloque a vida à disposição de outrem, ou se sujeite a grave perigo é nulo (ORGAZ, 1947).

Feinberg enfatiza tratar-se de um direito estrito (*claim-right*), com, no mínimo, duas posições, a de não ser morto e a de não ser abandonado à morte. Para referido autor tamanha é a relevância atribuída ao direito à vida, que é fácil achar referência sobre ser ele o primeiro, o mais importante dos direitos fundamentais, o direito fundamental que, por si só, já assume um peso abstrato mais alto em casos de ponderação, ou declarações no sentido de que “no right is more fundamental than the right to life” (BULOS, 2009)

Contudo, a Constituição Federal Brasileira de 1988, traz ao menos uma previsão de restrição ao direito à vida, quando permite a pena de morte em caso de guerra declarada (arts. 5º, XLVII, a e 84, XIX,). Há, outrossim, normas infraconstitucionais estabelecendo restrições a este direito, dada a aceitação da legítima defesa e do estado de necessidade, concluindo-se que havendo as mesmas posições subjetivas do direito à vida de titulares diversos, o legislador atribuiu maior peso a uma delas.

2.3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: ORIGEM, CONCEITO E APONTAMENTOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA DE 1988

A origem etimológica do vocábulo dignidade advém do latim *dignus*, tratando-se da pessoa que faz jus a estima e a honra. Sua origem nasceu com o advento do cristianismo surgindo o conceito de pessoa com direitos subjetivos (MARTINS 2003). Há diversas passagens Bíblicas que descrevem a introdução deste conceito na sociedade Cristã. E aqui serão descritos algumas das principais, para efeito de reflexão.

No início, Deus criou o ser humano à sua imagem e semelhança (GEN.1:26a), conferindo a ele autoridade sobre as coisas criadas, reconhecendo nele, o fim da criação e não o meio (GEN.1:26b), transmitindo ainda sua essência divina - o espírito humano (GEN.2:7).

Um grande exemplo da importância do homem na Sagrada Escritura, está na parábola da ovelha perdida, “Lucas 15”, em que Jesus Cristo se descreve como o pastor que deixa as outras noventa e nove ovelhas em busca de uma única que se perdeu (LUCAS 15:4-7). Deixa-se claro que ainda que existisse apenas um único ser humano sobre a Terra que necessitasse de salvação, Deus, na sua infinita bondade salvá-lo-ia. Nesse aspecto, Deus deu a vida de seu filho, Jesus Cristo, a morrer na cruz pela redenção, revalorização e dignificação da pessoa humana.

Um grande exemplo de fraternidade e solidariedade associadas à noção de dignidade encontra-se no ensinamento de Jesus Cristo sobre o amor ao próximo:

[...]Se alguém te bater na face direita, oferece-lhe também a outra. E se alguém quiser te processar para tirar a túnica, deixa-lhe também o manto. Se alguém lhe obrigar a carregar a mochila por um quilômetro, leva-a por dois. De a quem te pede e não voltes as costas ao que deseja um empréstimo.” (Mateus 5, 39-42)

[...]Amai vossos inimigos e orai pelos que vos perseguem [...]” (Mateus 5, 44)

[...]Amarás o Senhor teu Deus de todo coração, com toda a alma, com todas as forças e com toda a mente, e o próximo como a ti mesmo.” (Lucas 10, 27)

Tudo que desejais que os outros vos façam, fazei-o também vós a eles[...] (Mateus 7, 12)

Cristo também ensina sobre a liberdade, sem, contudo, incitar a libertação do Império romano pela força. Ressalta-se que, sobre este aspecto, Ele mesmo fala aos judeus para dar a

César o que é de César, e a Deus o que é de Deus. Jesus prega a libertação pela compreensão da verdade, que ilumina as trevas da ignorância, ou seja, por meio de uma transformação de valores, pensamentos e princípios dignificantes (JO 8:32). Além de ensinar sobre a dignidade, Jesus Cristo viveu-a diariamente. Ele tratava de forma dignificante e indistinta todos com quem conviveu: ricos, pobres, marginalizados, doentes, criminosos etc.

O Cristianismo, portanto, logra pela criação de uma cultura comum e universal, com a consciência de que todo o gênero humano formaria uma só unidade, uma vez que todos os povos e homens descenderiam de um mesmo Pai. Foi a partir da doutrina Cristã que se pensou no homem sob a ótica da igualdade. Passou-se a reconhecer nele uma dignificação pessoal e não ‘coletiva’, surgindo o reconhecimento de direitos personalíssimos e a afirmação de que na vida social, a vida do homem não se confunde com a vida do Estado, formando-se, a partir de então, a consciência da necessidade de haver equilíbrio entre liberdade, igualdade e a autoridade.

Hoje, estes mesmos ensinamentos de Jesus Cristo encontram-se presentes na Declaração Universal dos Direitos Humanos, que assim dispõe em seu primeiro artigo: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.”

Segundo MAIA NETO (2008):

A doutrina Cristã é precursora dos conceitos internacionais de Direitos Humanos, consagrando as cláusulas pétreas dos instrumentos universais de aceitação tácita ou aqueles aderidos e ratificados pelos governos (Declaração Universal dos Direitos Humanos, ONU - 1948; Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ONU - 1966; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, OEA - 1969; Convenção Internacional para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação, ONU - 1965; Convenção sobre os Direitos da Criança, ONU -1989, entre tantos outros) (MAIA NETO, 2008).

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana assume, a cada dia, papel mais importante no contexto do Estado Democrático de Direito, que no passado, era fortemente prejudicada pelas atitudes provocadas pelo Estado ou pelo setor privado. Superado este infeliz período na fase da história mundial, com o advento da Declaração Universal da ONU, de

1948, foram estabelecidas restrições aos poderes estatais, que possibilitariam aos indivíduos coexistir em um cenário de maior segurança, paz e dignidade em suas vidas.

Portanto, na história da sociedade como um todo, foi necessário o término da Segunda Guerra Mundial para alcançar a uma plena legitimação jurídica da dignidade humana. A partir do Estatuto ou Declaração da Organização das Nações Unidas (1945), da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) - que delineou os direitos humanos básicos, e da Lei fundamental da República Federal Alemã (1949), multiplicaram os documentos jurídicos em que se encontra o apelo à dignidade humana. Nos termos do artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948: "todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros com espírito e fraternidade".

Para Hannah Arendt, segundo afirma Celso Lafer, os direitos do homem não são um dado e não é verdade "que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos" como proposto na Declaração Universal dos Direitos Humanos acima mencionada. Tal fato se torna nítido na situação dos refugiados e internados em campos de concentração. Segundo a autora, estas pessoas são tidas como supérfluas, não porque eles não são iguais perante a lei, mas porque não existem leis para elas ao deixarem de participar da comunidade política. Tal fator coloca em cheque a premissa da pessoa humana como "valor-fonte" e a tradição ocidental, que dentro de si mesma criou esta situação (LAFER, 2003).

Assim Hannah Arendt, demonstra a impropriedade dos direitos humanos em dois pontos. O primeiro adverte que os direitos humanos pressupõem a cidadania como meio para a sua proteção. O outro evidencia que a cidadania não é um meio ou um fato para se alcançar os direitos humanos, mas um princípio, "pois a privação de cidadania afeta substantivamente a condição humana (LAFER, 2003).

O respeito à dignidade da pessoa traduz-se pelo respeito à liberdade humana, inclusive, a liberdade do homem ser homem, em sua inteireza, sem manipulações da vida humana, a qual atenta contra a própria condição de ser humano e suas características como tal. A liberdade produz a obrigação de respeitar a liberdade do outro. O respeito à dignidade do outro, contudo, é mais difícil. Esse princípio ultrapassa, portanto, tanto os deveres do Estado como os do indivíduo, ele torna necessária a solidariedade (MAUER, 2009).

Na análise de Hannah Arendt a condição do Direito a ter Direito esta acima de qualquer Estado ou nações, e neste sentido, contempla a humanidade como um todo.

Para SARLET (2010) a dignidade é uma qualidade intrínseca e indissociável do ser humano e seu acatamento e amparo constituem em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito. Por sua vez, VIEIRA (2006) afirma que a dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios, referindo-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa enquanto fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros, ou seja, não é uma coisa ou instrumento de terceiros. O conceito de dignidade se modifica e se aprimora a todo o momento (CAMARGO, 2013).

Quando a expressão “dignidade humana” adquiriu certa relevância filosófica, ela era utilizada sob duas acepções que se fazem presentes até os dias atuais. De um lado, dignidade aponta a posição especial do homem no cosmo, de outro, a posição por ele ocupada na vida pública. Ou seja, a dignidade está ligada tanto ao fato de o homem se diferenciar do restante da natureza em sendo o único animal racional, como pela maneira na qual ele se movimenta na vida pública, dependente da posição que ele ocupa na escala hierárquica social.

O primeiro significado tem um cunho universal considerando que o gênero humano a possui como dom natural, não podendo ser aumentada nem diminuída; o segundo encara o particular, no sentido que deriva dos serviços que alguns indivíduos prestam e outros não; nesse sentido, por ser relativa, pode ser adquirida ou perdida. Posteriormente, esta segunda acepção passará a indicar o alto cargo público e não mais a pessoa que ocupa; depois o título que se possui pela pertença a um determinado grupo e, finalmente, qualquer atividade ou função com que o homem contribui para o progresso material ou espiritual da sociedade.

Segundo ROSENVALD (2005):

A dignidade da pessoa humana seria um juízo analítico revelado a priori pelo conhecimento. O predicado (dignidade) que atribuo ao sujeito (pessoa humana) integra a natureza do sujeito e um processo de análise o extrai do próprio sujeito. Sendo a pessoa um fim em si – jamais um meio para se alcançar outros desideratos -, devemos ser conduzidos pelo valor supremo da dignidade.

É notório que o princípio da dignidade da pessoa humana possui forte conexão com os direitos humanos, à medida que resguarda os direitos à liberdade e à igualdade, mediante a construção de sociedade fraterna. Contudo, em nome da liberdade é grande o risco de que cada pessoa defina a sua própria dignidade. Desse modo, deve-se encontrar um valor universal ao princípio. SARLET (2010) propõe o seguinte conceito:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida (SARLET, 2010).

MAUER (2009) sustenta que “compreender a liberdade sem a dignidade pode levar à perda da liberdade”. Associadas e inseparáveis, elas não podem, no entanto, ser confundidas. A pessoa é digna, pois é um ser livre. Nas palavras de Mauer:

Liberdade, autonomia e dignidade formam uma trilogia inseparável. O princípio da autonomia é fundamental em Kant para compreender a sua concepção de dignidade. (...) Se tal conceito não é demonstrado pelo dogmatismo de Kant, esclareça-se, no entanto, que essa autonomia não é sinônimo nem de individualismo, nem de relativismo, muito antes pelo contrário. A investigação primordial de Kant é universal. Para ele, o homem é autônomo quando seus atos estão em conformidade com a lei moral. Ora, esta é universal. O homem age de forma livre quando obedece à razão, e não à sua razão. A intenção deve ser isenta de qualquer interesse pessoal, de qualquer paixão egoísta. (...) Segundo Kant, o homem livre não é um homem que pode fazer tudo, decidir tudo. A lei moral, conhecida pela razão, exprime, para Kant, uma conclusão necessária. Se a pessoa não chega a ela, é porque algo a está impedindo de fazê-lo. Assim, se a pessoa fica alienada, ela não é mais livre. Ele não chega a dizer que ela perdeu a sua dignidade (MAUER, 2009).

SARLET (2010) leciona, outrossim, que o respeito e a defesa da identidade pessoal, no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual, caracteriza-se no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, bem como o direito ao nome. Mostrando-se assim a forte conexão da dignidade com os direitos de personalidade em geral.

Negar a alguém a dignidade significa considerá-lo como inferior a alguém tido como padrão, portanto, este ato é preconceituoso extinguindo a própria pessoa da humanidade como um todo. Dessa forma, a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação à outra pessoa.

A Constituição Federal de 1988 elevou a dignidade da pessoa humana à condição de princípio estruturante de todo o ordenamento jurídico. Ao estabelecê-la como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a Assembleia Constituinte de 1988, tomou uma decisão fundamental sobre o sentido, a finalidade e a justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, além de reconhecer que, em verdade, o Estado existe em função da pessoa humana e não o contrário, já que o ser humano compõe sua finalidade principal, e não meio da atividade estatal (SARLET, 2010).

Observando tanto a concepção e localização, visto que disposto no Título I, dos Princípios Fundamentais (art. 1º, III, da CF), verifica-se que a dignidade da pessoa humana não se encontra no rol dos direitos e garantias fundamentais dispostos no Título II, art. 5º e seguintes itens da CF. Trata-se de supra princípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais, dando o parâmetro para a solução dos conflitos, exercendo função política à medida que funciona como referência para o processo decisório político e jurídico.

2.4. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Aristóteles introduziu uma noção do princípio da igualdade de que deve-se tratar os iguais de modo igual e os desiguais de maneira desigual na medida das suas desigualdades. Neste sentido, nasceu a igualdade substancial ou material, que busca o tratamento uniforme de todos os homens, não perante o direito, mas perante os bens da vida, como sua sujeição a deveres. Este pensamento foi disseminado em território nacional durante o governo de Ruy Barbosa, o qual afirmou que a regra da igualdade não consiste senão em compartilhar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.

A defesa da igualdade ganhou relevância, no contexto da Revolução Francesa. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1791, já afirmava, em seu artigo 1º, que os homens permanecem livres e iguais em direito.

Outro documento que enfatizou a proteção jurídica da igualdade entre as pessoas foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que já em seu artigo I preceitua:

“Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidades e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”.

Da mesma forma que as Declarações de direitos apontam que os homens nascem livres, também estabelecem que estes nascem iguais em direitos. Esta igualdade é a base sólida sobre a qual se sustentarão as liberdades individuais. Não há como conceber liberdade onde não exista igualdade.

Segundo BONAVIDES (2002) a isonomia consubstancia-se como um centro modular do Estado Social e de todos os direitos de sua ordem jurídica. Para RIOS (2001) o princípio da igualdade, tem que ser entendido como um princípio jurídico constitucionalmente vigente e que deve ser amplamente aplicado, sem qualquer melindre. Portanto, trata-se de um tema de cunho político-social e que tem atormentado o homem.

No sentido constitucional, desde o período Brasil Império, as constituições pátrias abarcaram o direito fundamental à igualdade em seu caráter formal. Contudo, a CF de 1988 buscou aproximar a dimensão formal, da dimensão material da igualdade firmada por Aristóteles, acrescentando à igualdade perante a lei, entraves às distinções de qualquer natureza, bem como qualquer forma de discriminação, a saber:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(...)

Art. 5º 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, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

(...)

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

Também no preâmbulo da constituição em questão assegura “o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

A não discriminação perante a lei não é suficiente para garantia da igualdade, exigindo-se do Estado uma postura positiva visando favorecer, por meio de normas e políticas públicas, a diminuição das desigualdades entre os mais diversos grupos que se distingue em razão da idade, como os nascituros, as crianças, os adultos e os idosos, bem como em razão do sexo, da etnia, da situação financeira, da saúde, a exemplo de portadores de deficiência física, ou mental, dentre outros. Apesar de a igualdade material ainda não ter alcançado pleno êxito, a igualdade formal e ou legal caminha no sentido evolutivo, ainda que a passos lentos, para tratamento de todos com igualdade, sem levar em consideração as distinções de grupos.

As diferenças, portanto, devem ser toleradas, consoante se extrai do próprio texto constitucional, como se denota a título de exemplo, dos seguintes dispositivos constitucionais: art. 3º, III; art. 5º, VIII e XLVIII; art. 7º, XII, XX, XXXI, XXXIII; art. 12, § 3º; art. 134, art. 170, VI, IX; art. 201, § 7º e 8º; art. 203; art. 215, §1º e 3º, III; art. 217, III; art. 226, § 3º e 4º, bem como art. 230 § 2º. Todos os referidos dispositivos constitucionais trazem em seu bojo disposições de tolerância às diferenças.

Assim, percebe haver uma grande urgência de conviver com as diferenças e com o diferente.

Inexiste, vida em sua plenitude onde a desigualdade impera. O mesmo se dá com a ausência de liberdade, posto que a igualdade e a liberdade estão entranhados na própria condição de vida humana.

A igualdade também está diretamente ligada ao conceito de democracia, a saber:

Ao colocar, assim, a democracia a serviço do sujeito pessoal, avançamos em uma direção que nos afasta de uma parte importante das reflexões sobre a democracia. Por exemplo: John Rawls procurou demonstrar que o interesse de cada um era mais bem garantido pela organização equitativa e justa da sociedade. Os dois princípios que, segundo ele, definem a justiça, ou seja, a liberdade e a igualdade, só são verdadeiramente compatíveis porque a diferenciação e a integração da sociedade são complementares; e, tal fenômeno acontece porque a sociedade é um sistema de trocas que não seriam possíveis se cada elemento do sistema não se definisse,

simultaneamente, através de uma função social e de determinados objetivos particulares; e, se os atores não interiorizassem valores e normas, enquanto perseguem racionalmente seus interesses. Se a sociedade não for concebida como uma comunidade diferenciada cujos elementos são mantidos em conjunto por uma solidariedade orgânica, a liberdade de cada um e a igualdade de todos, ou simplesmente, a diminuição das desigualdades, hão de acabar lutando entre si, em vez de se completarem (TOURAINÉ, 1996).

Assim, percebe-se que os níveis da existência pressupõem a igualdade e a liberdade.

Para Bobbio, a igualdade é conceituada como sendo uma aspiração permanente de homens que viviam em sociedade, como sendo um valor de uma convivência ordenada, feliz e civilizada, podendo ser desejada em companhia da liberdade (BOBBIO, 1993).

Adentrando ao tema deste trabalho e seguindo os ensinamentos de LOCKE (1978) é certo que, em sendo iguais, independentes, dotados de razão, não se permite aos seres humanos destruir seus pares, lesá-los na vida, na saúde, nos bens etc.. As pessoas, sejam elas pequenos seres humanos em formação intrauterina, crianças ou idosas possuem faculdades semelhantes e não foram criadas para satisfazer a vontade do outro, gerar prazer ou riqueza, bem como a servir a qualquer propósito de terceiros, como escravos e propriedade alheia. Assim, não podem ser descartadas, excluídas ou terem ceifadas a vida, quando não se enquadram a um suposto padrão de normalidade e aceitação ou diante de uma situação de angústia e sofrimento. Por tal motivo, cabe a um e a todos como comunidade, preservar a própria vida e a do próximo, sendo esta a única forma de conservar a espécie humana.

2.5. O DIREITO À LIBERDADE COMO EXPRESSÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

De acordo com o artigo 4º da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, a liberdade pode ser interpretada como a possibilidade de se fazer qualquer coisa que não seja prejudicial a terceiros. Sob este ângulo, desde já, no tocante ao objeto desta dissertação, é questionável a liberdade da mulher de matar seu próprio filho (feto).

Entendida como um direito natural, mas num sentido mais amplo, a liberdade corresponde ao direito de um indivíduo em não se submeter ao domínio de outro(s), ficando

sujeito apenas à égide de seus próprios atos e ações. A liberdade, assim, relaciona-se intimamente com a vontade humana e com a capacidade de escolha, seja pela própria consciência ou determinada pelas circunstâncias, podendo ser compreendida como uma faculdade primordial inerente ao ser humano.

A liberdade é inerente e imanente ao homem e sua natureza humana. Anterior à Sociedade, ao Direito e ao próprio Estado. Esta foi concebida ao homem desde a sua formação. A liberdade foi eleita pelo Estado liberal. Trata-se de um direito fundamental de grande relevância, destinando-se, essencialmente, a conter os abusos no exercício do poder (CANELA JUNIOR, 2009). Nesse sentido, o Estado reconhece, regula e restringe seu uso pelo homem.

Existem várias acepções à palavra liberdade. Oposição ao autoritarismo, ausência de coação; fazer aquilo que lhe apraz; antagonismo de cativo ou a participação no exercício do poder. Nesse sentido, existem vários autores que descrevem tal direito fundamental sob diferentes âmbitos. SILVA (2002) aduz que liberdade consiste na “possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal”. CHEVALIER (1998, p. 139) relata que a liberdade consiste em poder fazer o que as leis permitem, a liberdade da Constituição é fundamento da liberdade do cidadão.

Para John Locke (1632-1704) e Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), a liberdade está na natureza, no ser humano, em seu estado natural e a sociedade surge e a rouba. Segundo John Locke, tal fato é positivo, pois, como consequência, ficamos livres das barbáries da liberdade arbitrária. Segundo o mesmo autor, por meio do contrato social temos garantida a propriedade privada, as nossas vidas, frente da incerteza da liberdade alheia. No entanto, Rousseau discorda de Locke. Para ele devemos voltar ao nosso estado de natureza, em que o homem bárbaro não dobra sua cabeça e não deixa sua dignidade ser levada, embora pela comodidade da civilização que tenta dominá-lo. Rousseau vai além e coloca que a “renúncia da liberdade é a renúncia da qualidade de homem”.

John Locke assim assevera:

perfeita liberdade para ordenar-lhes as ações e regular-lhes as posses e as pessoas conforme acharem conveniente, dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir permissão ou depender da vontade de qualquer outro homem [...]. O estado de natureza tem uma lei de natureza para governá-lo, que a todos obriga; e a razão, que é essa lei, ensina a todos os homens que (...) nenhum deles deve prejudicar a outrem na vida, na saúde, na liberdade ou nas posses (LOCKE, 1978).

De outro lado, com outra reportagem de liberdade, o francês Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) defende que quanto mais rudimentar o organismo, mais é regido pela necessidade; quanto mais complexo, mais é levado pela espontaneidade. Assim sendo, ante sua complexidade, o homem seria levado pela espontaneidade.

Para Proudhon, existe uma liberdade praticada pelos bárbaros, sem sociedade desenvolvida, acreditando que se basta em si mesmo e outra vivida em sociedade, como consequência da convergência de várias liberdades individuais que se somam.

Fora da sociedade, a liberdade perde seu referencial, passando a ser um isolamento. Assim, para referido autor, a liberdade e a solidariedade se correspondem, posto que o máximo de liberdade é, outrossim, o máximo de relacionamentos entre os homens, em ajuda recíproca. De tal forma Proudhon não admite a visão popular de que a liberdade de uma pessoa termina onde começa a da outra pessoa, aduzindo que, em verdade, ambas as liberdades começam juntas, pois liberdade é comunhão e não isolamento.

Existem formas de liberdade: a interna e a externa. A primeira é subjetiva, ampla e abstrata, retrata a liberdade moral (CORREA, 1995). Para SILVA (2002): “é o livre-arbítrio, como simples manifestação da vontade no mundo interior do homem”. Por outro lado, a outra liberdade é objetiva, restrita (CORREA, 1995) e consiste na reprodução externa do querer pessoal, é a liberdade de poder fazer. Nesse sentido, o homem ao optar por viver sob esta dicotomia, nos berços de uma sociedade politicamente organizada teve a necessidade de aprender a conciliar ambas as formas de liberdade.

A liberdade também passou por um cenário de contínua evolução. Do ponto de vista internacional, no início, o Estado Antigo não reconhecia o direito de liberdade. De fato, o primeiro relato jurisdicional prisional foi com o Estatuto da paz pelo Rei Luiz VI da França (1108-1137) sob o comando de que “Ninguém poderá prender qualquer pessoa, livre ou serva, sem a intervenção do juiz; se este não aparecer, o indiciado réu poderá ser detido até ele chegar ou conduzido à sua casa” (CORREA, 1995). Na Inglaterra (1679) no reinado de Carlos II, nasceu o remédio jurídico: o *Habeas Corpus Act*, medida que susta a ordem de prisão sem fundamento. Nos Estados Unidos da América (1789) a Constituição foi acrescida de dez Emendas, com declarações de direitos (*Bill of Rights*), sendo confirmado o *Habeas Corpus*, como destacado anteriormente. Mais adiante, a Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (1948) em seu art. 1º expressa a liberdade

ao ratificar que todos homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Ainda o art. 3º relata que todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

No cenário Nacional, o ano de 1789 marca a busca pela liberdade com a Inconfidência Mineira, com o grito de liberdade contra a Metrópole portuguesa, propagando-se a Inconfidência Baiana (1798). A primeira Carta Constitucional, de 1824, em seu Título VIII, dispunha sobre as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros e tinha por fundamento a liberdade. No seu art. 179, VIII, constava que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, sem ordem escrita de autoridade e, o juiz, era obrigado contar ao réu o motivo de sua prisão, o nome do acusador e suas testemunhas, salvo nos casos de flagrante delito. Neste cenário, o Código de Processo Penal (1832) também firmou o *habeas corpus* no país (RUIZ, 2006).

Entretanto, são impostas restrições à liberdade do homem em razão de sua opção de conviver em sociedade. Hoje, parece extremamente necessário discutir o que vem a ser liberdade, frente aos contínuos ataques que temos a mesma. De um lado o Estado, sob o controle de tudo, com medidas que coagem a população ao voto, veta ações sociais, estabelece taxas fiscais exorbitantes, protege os mais favorecidos economicamente, dentre outras tantas ações. De outro a criminalidade, que como vemos em alguns lugares do país, tenta assumir o papel do próprio Estado, limitando o direito de ir e vir, ficar e ou estacionar, sem limitar a liberdade de circulação e ou de locomoção estabelecida por SILVA (2002).

Portanto, tem-se na atual conjuntura uma influência direta e sistêmica do exterior sobre a liberdade. Se por um lado somos livre, por outro, não é mais possível permitir-se locomover pelas ruas distraídos, ou a noite, pois certamente, seremos vítimas do próprio sistema operante – o Estado. Este nos impõe deveres, entretanto, não nos retorna com os nossos direitos, o de segurança pública, por exemplo.

No que diz respeito ao tema aqui estudado, importa ressaltar que a ideia de liberdade pessoal, a qual não é absoluta e como tal não pode sobrepor ao direito de liberdade alheio, não deve prevalecer quando se está diante da prática de um crime, no caso o aborto de feto anencefálico, crime este que não só aniquila toda liberdade, igualdade e dignidade do feto, como também sua própria vida. Assim, a mãe dispõe de liberdade sexual reprodutiva, mas não dispõe da liberdade de interromper a vida em formação. Pode-se dizer então, que o direito à liberdade reprodutiva implica no dever de proteger o fruto da concepção.

Assim, em que pese a mulher disponha da liberdade subjetiva (manifestação da vontade no mundo interior da mulher) de matar o produto da concepção, embora moral e

psiquicamente questionável, ela não dispõe da liberdade objetiva, que consiste na reprodução externa do querer pessoal, a liberdade de poder matar, a verificar o quão equivocada é a decisão do Supremo Tribunal Federal, que não dispõe de amparo legal.

Um outro aspecto que merece reflexão é a liberdade e autonomia do pai e demais familiares sobre a decisão de abortar o feto anencefálico. É evidente que todas estas pessoas são atingidas, cada qual de maneira específica, pela situação em si. Tais liberdades também não são merecedoras de respeito?

É certo que não existe feto sem um pai, assim sendo, não teria este o direito de ver nascer seu filho (a), o qual não é propriedade da mãe ? E os avós, não teriam direito de conhecer seu neto (a) ?

Percebe-se que a liberdade de uma pessoa quando sobrepõe completamente a liberdade de outra, não é liberdade e sim egoísmo, idolatria.

2.6. LIBERDADE SEGUNDO KANT, HEGEL E BOBBIO

Kant entendia que o ser racional é apto a dar-se a si mesmo a sua própria lei, lei esta que deve passar pela avaliação da universalização do imperativo categórico para ser legitimada. Ao passar pelo exame da universalização, o ser racional responsável pela sua própria lei submete-se a ela, sendo, de tal forma, um ser livre porque é um fim em si mesmo. Tal autodeterminação, deste fim em si mesmo, que corresponde a dar-se a si mesmo uma lei capaz de passar pela análise da universalização, corresponde ao conceito de autonomia. (KANT, 2004)

Kant trabalha a liberdade na causalidade da vontade, de modo que “[...] se poderia definir a liberdade prática pela independência da vontade relativamente a toda a lei diferente da lei moral” (KANT, 1994). Assim para o autor o ser racional é livre na medida em que age de acordo com a lei moral, não se deixando ser determinado pelas paixões.

Não existe liberdade para Kant quando o que motiva a vontade são causas exteriores à razão, posto que, se assim o fosse, caracterizaria uma heteronomia e não autonomia de vontade. Segundo o filósofo se não existisse a oportunidade de se agir de acordo com as paixões, não existiria mérito moral. O imperativo categórico se aplica, portanto, àqueles detentores de racionalidade e sensibilidade. Uma vontade inteiramente racional, sem sofrer

qualquer influência das paixões, não necessitaria do imperativo categórico, um vez que, se atuaria, necessariamente, da mesma forma, sem opção de escolha. Esta seria uma vontade necessária.

Para Kant não se deve levar em consideração a felicidade quando se fala em dever, uma vez que o fomento da própria felicidade não pode constituir imediatamente um dever, e menos ainda um princípio de todo o dever: “Ora, visto que todos os princípios determinantes da vontade, com exceção apenas da lei pura prática da razão (a lei moral), são todos empíricos, como tais dependentes, portanto, do princípio da felicidade, devem, no seu conjunto ser separados do princípio moral supremo e nunca nele ser incorporados como condição, porque isso suprimiria assim todo o valor moral [...]” (KANT, 1994)

Hegel acredita que o imperativo categórico kantiano tem uma indeterminação abstrata, por falta de conteúdo, tratando-se de um formalismo vazio, sem conteúdo material:

Tanto é essencial salientar a pura autodeterminação incondicionada da vontade, enquanto raiz da obrigação, como o fato de que o conhecimento da vontade apenas ganhou seu fundamento e seu ponto de partida sólidos com a filosofia kantiana pelo pensamento de sua autonomia infinita (ver parágrafo 133), quanto a manutenção do ponto de vista simplesmente moral, que não passa para o conceito da eticidade, rebaixa esse ganho ao nível de um formalismo vazio e a ciência moral ao nível de um falatório sobre a obrigação pela obrigação. (HENGEL, 2010)

Para Hegel, a liberdade é um processo que se efetiva, que não ocorre de forma imediata, apesar de ser a essência do sujeito. O que significa que para se conquistar a liberdade, é necessário se apropriar dela, conscientizar-se dela, entendê-la como sendo forjada ao longo do processo histórico, e, compreendendo que ela possui limites, não havendo, portanto, liberdade absoluta.

Na liberdade transcendental de Kant existe tão somente a identidade, sem nenhuma oportunidade de reflexão consciente no tocante ao seu apriorismo, e tal fato se dá, porque a dita liberdade transcendental já é em si e, apenas, um apriorismo. No tocante à liberdade em Hegel, esta implica negação, mediação, relação; tal Liberdade nasce por meio do ato humano, e não por conta de um apriorismo inato (KOJÈVE, 2002).

Para Hegel se equiparam os conceitos de liberdade e autonomia, por versar da mesma coisa, “liberdade autônoma”: aquela que compreende e passa pela mediação, pela relação. O que não deve ocorrer é compreender a liberdade em um sentido imediato, no intuito de

garantir ao sujeito a satisfação de sua vontade, sem passar por qualquer mediação e relação com outrem ou com o externo de si. Antes de ser livre toda pessoa humana é relação.

Assim, não se nega o conceito de autonomia kantiana enquanto autolegislação do ser racional, contudo, se acrescenta à referida ideia, o conceito hegeliano de mediação.

Já Bobbio enumera dois fatores na criação do pensamento sobre a liberdade, a saber: o querer – vontade, desejo, anseio – e a conduta – ação, comportamento. Para o autor, a liberdade é caracterizada por um valor natural do homem que se divide em negativa e positiva, entendendo-se “por liberdade negativa, a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de agir sem ser impedido, ou de não agir sem ser obrigado, por outro sujeito” (BOBBIO, 1997).

Para Bobbio, a liberdade negativa abarca duas manifestações de legitimidade de exercício de direito. Primeiramente, a liberdade negativa abrange a "ausência de impedimento, ou seja, a possibilidade de fazer". Assim a pessoa não deve ser privado ou inibido de agir, se lei nenhuma proibir a conduta específica. Pode-se fazer tudo o que a lei não proíbe. (BOBBIO, 1997).

Também como parte integrante da liberdade negativa encontra-se a "ausência de constrangimento, ou seja, a possibilidade de não fazer". Assim, ninguém é obrigado a agir, senão em virtude da Lei. A não existência de lei, ou seja, da obrigação de fazer, é entendida como a permissão do indivíduo de não-fazer. (BOBBIO, 1997).

Bobbio congrega os desígnios de Hobbes, Locke e Montesquieu para alegar que a referida liberdade versa na possibilidade de se praticar tudo o que a lei permite – seja por expressão desta, ou por sua própria omissão.

Referido autor entende por liberdade positiva, “a situação na qual um sujeito tem a possibilidade de orientar seu próprio querer no sentido de uma finalidade, de tomar decisões, sem ser determinado pelo querer de outros”, denominando-se capacidade de autodeterminação (autonomia do querer) (BOBBIO, 1997). Desta forma, o objeto da liberdade positiva é a qualificação do querer.

Assim, a liberdade negativa versa sobre inexistência de disposições legais, já a liberdade positiva versa sobre a existência de um querer.

Bobbio se vale de Rousseau, Kant e Hegel para delinear a liberdade positiva como sendo uma fonte de autonomia, contudo, autonomia esta que Hegel afirmou ser somente a do Estado, pois este a realizaria como vontade por meio das leis.

Bobbio não informa qual seria a verdadeira liberdade ou o sentido em que se deve compreendê-la ou aplicá-la, mas constata a possibilidade de ser livre no querer e não ser na ação, assim como a possibilidade de ser livre na ação e não ser no querer. Pode-se dizer, portanto, que a liberdade só será vivenciada plenamente quando se reúne os critérios positivos e negativos, ou seja, a liberdade depende da harmonia entre a capacidade de autodeterminação do querer e a possibilidade de materialização do mesmo no campo do ser (BOBBIO, 1997).

Percebe-se, portanto, que a liberdade está intimamente ligada com a norma e como veremos abaixo, uma norma pode dispor de inúmeras exceções que permitem seja a liberdade afastada.

2.7. O CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os bens jurídicos protegidos pela CF necessitam, em havendo conflito entre eles, serem coordenados para que cada qual tenha aplicação e não haja sobreposição de um à custa do outro. ANDRADE (1987) aponta que "(...) haverá conflito sempre que se deva entender que a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição concreta". Têm-se, assim, os conflitos de bens jurídicos tutelados. Segundo STEINMETZ (2001) os conflitos ocorrem porque:

(...) não estão dados de uma vez por todas; não se esgotam no plano da interpretação in abstracto. As normas de direito fundamental se mostram abertas e móveis quando de sua realização ou concretização na vida social. Daí a ocorrência de colisões. Onde há um catálogo de direitos fundamentais constitucionalizados, há colisão in concreto.

Segundo Da Silva (2002), no caso de colisão entre direitos fundamentais deve-se procurar a proporcionalidade em sentido estrito, sopesando a amplitude da restrição ao direito atingido e a relevância da realização do direito fundamental ora colidente, que justifica a utilização de medida restritiva. A proporcionalidade se vale da ponderação entre os direitos colidentes como forma de direcionar a decisão de preferência de um direito sobre o outro, resolvendo o conflito por meio do sacrifício mínimo dos direitos envolvidos.

Segundo Gilmar Mendes (2008), os direitos de individuais, por serem de hierarquia constitucional, para serem limitados é necessário previsão constitucional ou em legislação ordinária que se fundamente de forma imediata na Constituição Federal vigente.

A restrição de caráter constitucional significa que a própria Constituição traz em sua norma a respectiva restrição, a exemplo do art. 5º, XVI da CF (XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente).

A reserva legal significa, por sua vez, que a norma constitucional prevê a restrição a direito fundamental, a exemplo do art. 5º, VI, da CF (VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias). Há, outrossim, a restrição sem expressa reserva legal, pelo legislador ou por meio do juiz constitucional, como por exemplo uma lei que proíba o proselitismo religioso de caráter violento (Silva, 2010).

Neste sentido, existem diversos tipos de conflitos. Para diferenciar os tipos de conflitos é necessário que se determine os casos em que haja conflito. Referidos casos se desmembram em 3: a concurso de direitos fundamentais, a choque entre referidos direitos e as colisões entre um direito fundamental e um bem jurídico tutelado.

A concorrência de conflitos entre direitos fundamentais é descrita por Canotilho, em:

(...) ela pode se manifestar sob duas formas: a) cruzamento de direitos fundamentais, que acontece quando o mesmo comportamento de um titular é incluído no âmbito de proteção de vários direitos, liberdades e garantias e; b) acumulação de direitos, hipótese que um determinado bem jurídico, leva à acumulação, na mesma pessoa, de vários direitos fundamentais (CANOTILHO, 2000).

Canotilho (2000) define esses conflitos de duas formas, "(a) entre vários titulares de direitos fundamentais; b) entre direitos fundamentais e bens jurídicos da comunidade e do Estado".

Dentro do tema que abarca a colisão de Direitos Fundamentais é importante mencionar a quem compete criar as regras de solução de tais conflitos. STEINMEZ declara que o Poder público mais atuante em colisão de conflitos é:

(...) o Poder Judiciário. Primeiro, porque, em razão do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao Poder Judiciário compete pronunciar-se sobre qualquer questão, bastando que se invoque a sua apreciação por maior mecanismos processuais adequados, sendo-lhe, ainda, vedado o *non liquet*. Segundo, porque a colisão se dá em concreto. Terceiro por mais hipóteses de colisão que possam prever, em abstrato, os legisladores constituinte e ordinário jamais poderão oferecer uma enumeração completa (STEINMEZ, 2001).

Deste modo, é mais comum que o judiciário interfira em questões de naturezas diversas, contudo, devendo coordena-las para que não haja sobreposição entre os direitos fundamentais, bem como, respeitar a Separação de Poderes, própria de um Estado Democrático de Direito, o que não ocorreu na decisão objeto do presente trabalho, em que o Supremo Tribunal Federal fez sobrepor de forma absoluta, os direitos da genitora em face do nascituro e ainda invadiu a competência do Poder Legislativo ao contrariar disposição legal expressa, como veremos no capítulo seguinte.

3. A CONSTITUCIONALIDADE DO ABORTO NO DIREITO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O vocábulo aborto provem do latim *aboriri* (separar do lugar adequado), que deu origem a *ab-ortus*, que caracteriza a privação do nascimento, o prefixo *ab* equivale à privação, e o sufixo *ortus*, ao nascimento. De acordo com Giulia Galeotti:

Muitas das convicções que hoje são dados adquiridos constituem, na verdade, o fruto de um árduo trabalho amadurecido ao longo dos séculos: o papel da mulher, as formas de considerar o feto e a gravidez, as intervenções externas, os interesses políticos e os parâmetros de avaliação mudaram desde a Antiguidade até os dias de hoje, assumindo diferentes funções e significados (GALEOTTI, 2007).

Nesse sentido, as ponderações a seguir apresentadas passarão ao largo de todas as discussões que envolvem a fatores históricos e a personalidade jurídica do nascituro e do embrião. Não será analisado aqui a corrente natalista, nem a concepcionista ou qualquer outra, uma vez que, não se trata do objeto deste trabalho. O que importa analisar aqui é se o embrião, como tal, pertence ou não à espécie humana e até que ponto pode sofrer intervenções externas. Este estudo permeia, sobretudo, a ética e seus desdobramentos, que vai além do direito posto.

Desde tempos remotos, a mulher tinha como sua principal atividade a da gestação. Portanto, a imagem feminina por muitos anos esteve associada a capacidade de procriar. Estudos históricos relatam que as primeiras práticas de métodos abortivos tiveram origem na China, no século XXVIII antes de Cristo. Tal fato pode hoje estar relacionado a rígida política de controle da taxa de natalidade do país, que não será aqui discutida. Na Pérsia, o código de conduta da população utilizava a morte como forma de punição dos pais: “Se a jovem, por vergonha do mundo, destrói o seu germen, pai e mãe são ambos culpados; partilham do delito; serão punidos com a morte infamante (MATIELO, 1996). Tal fato era diferente de todas as formas de punições da época que geralmente tinham na mulher apenas a personagem de culpa e castigo.

Para os romanos e para os gregos, a opção pelo aborto detinha um cunho privado. Na época a mulher era tida como propriedade do homem e o feto, entendido como *pars vicerum matris* (parte das vísceras maternas), portanto, este seria, de igual forma, sua propriedade, de

modo que o aborto, conseqüentemente, configuraria uma violação ao direito do marido à prole (HUNGRIA e FRAGOSO, 1979), podendo o marido penalizar a esposa se praticasse o aborto sem sua aquiescência.

Grandes filósofos, tais como Aristóteles, Platão e Sócrates discutiram o tema. Assim sendo, Aristóteles e Platão, desde tempos antigos, debatiam o aborto como ferramenta para barrar o crescimento populacional, os quais segundo eles refletiam situação de miséria e escassez de alimentos nas cidades. Desde aquela época, falava-se na transferência à mãe sobre o direito de escolha de prosseguir ou não com a gestação.

No período republicano romano, a concepção do aborto adquiriu a identidade de ato imoral, o qual era praticado, sobretudo, pela futilidade da preocupação das mulheres da república com a aparência física. Legisladores passaram a considerá-lo um ato criminoso, punindo com a pena de morte (MATIELO, 1996).

Do ponto de vista religioso, o Cristianismo também ajudou alterar a história do aborto. Ao feto foi instituído uma alma, a qual era tida para alguns defensores como parte integrante do feto desde a sua concepção, e a outros apenas no momento do nascimento. Além disso, outra questão era com base na própria proposta criacional desenvolvida por Deus: se o homem foi criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, sendo tal ato atributo exclusivamente do Criador (MATIELO, 1996).

Até o século XVIII, o feto era entendido como parte do corpo feminino (GALEOTTI, 2007). Os apontamentos históricos indicam que, ainda que a mulher não pudesse ter a oportunidade de escolha, o aborto sempre foi uma prática frequente entre as civilizações. Apesar da interferência das religiões, a gestação, o parto e o aborto eram mantidos como assunto privado das mulheres, sendo o mesmo praticado em casos de prostituição, adultério e para salvar a vida da mãe (MATOS, 2011).

A partir do século XVIII, as revoluções sociais, científicas e tecnológicas marcaram esse período, devido influência direta da Revolução Francesa. A mulher perdeu a concepção dos saberes ligados a reprodução e ao corpo. Neste momento, o feto passou a ser considerado como entidade autônoma. Durante o século XIX e início do XX, o Estado tutelou o nascituro e reprimiu o aborto. Neste mesmo período, deu-se a difusão em grande escala dos preservativos masculinos, contribuindo para a diminuição do número de nascimentos na Europa (GALEOTTI, 2007).

A descoberta da pílula anticoncepcional deu-se após Segunda Guerra Mundial e proporcionou à mulher o autocontrole da sua própria fertilidade. Conseqüentemente, fato

inédito foi instituído, a maternidade deixou de ser o destino de toda a mulher. Neste momento também iniciou-se o processo de separação entre sexualidade e maternidade trazido pelo movimento político denominado feminismo da década de 60. E é neste quadro político que o aborto “tornou-se o símbolo da expropriação do corpo e da identidade feminina” (GALEOTTI, 2007).

Vários países como França, Alemanha, Inglaterra, Bélgica, Itália, Canadá e mais recentemente Portugal e Espanha, nossos colonizadores, entre outros, liberaram a interrupção voluntária da gravidez por desejo da mulher (GALEOTTI, 2007). No entanto, o assunto, ainda hoje, é bastante polêmico, sobretudo, nos países do hemisfério sul, onde o aborto é tido como crime.

No Brasil, o aborto desde 1940 é considerado um delito pelo Código Penal e passível de prisão, para quem se submete a e para quem conduz o ato. Hoje, a excepcionalidade dá-se somente em três casos, como reportado no art. 128 do Código Penal Brasileiro (CPB) e pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 (ADPF 54): i- quando a gravidez é resultado de violência sexual; ii- para salvar a vida da mulher e; iii- a partir de 2012, advinda de gravidez de feto anencefálico, sob direito de opção da mãe, como decidiu o Superior Tribunal Federal (STF) no julgamento da ADPF 54, objeto deste trabalho.

Já o aborto realizado por questões financeiras não se admite no âmbito jurídico, posto que, na operação de balanceamento teríamos de um lado uma situação existencial do ser humano concebido e de outro uma situação patrimonial da gestante, sendo certo e indubitável a primazia dada pelo ordenamento às situações existenciais.

Hoje, há maior consciência do fato de que "O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas sim um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado reconhecerem-lhe ou não personificação jurídica". (Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de Portugal - Processo: 436/07.6TBVRL.P1.S1).

Para a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, "se a proteção constitucional do direito à vida refere-se ao ser humano, ao *humanum genus*, nem se há duvidar que o embrião está incluso na sua proteção jurídica. O embrião é ser e é humano" (ROCHA, 2004).

Para que seja possível a manifestação sobre o tema, antes de mais nada, é preciso voltarmos-nos à exata dicção constitucional. Portanto, de acordo com o Art. 5º:

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, nos termos seguintes.

O Pacto de São José de Costa Rica, por exemplo, dispõe que "pessoa é todo ser humano", e que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida "a partir do momento da concepção" (art. 1º, § 2º, e art. 4º).

Nesse sentido destaca a ministra Carmen Lúcia:

Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza não se há fazê-los depender da personalidade[...] Há que se distinguir, portanto, ser humano de pessoa humana. E, de pronto, há que se antecipar que o princípio da dignidade, que se expressa de maneira relevante quanto à pessoa humana, não se circunscreve a ela, senão que haverá que ser respeitado para a espécie humana, tomada esta em sua integralidade.[...] O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial. Não é, ainda, pessoa, vale dizer, sujeito de direitos e deveres, o que caracteriza o estatuto constitucional da pessoa humana (ROCHA, 2004).

Não há dúvida de que o direito à vida é objeto de autonomia e específica tutela constitucional, abarcando sob o seu manto protetor todo aquele que pertencer à espécie humana, donde se conclui, realmente, pela existência de um "direito de nascer", que é titular a todo ser humano como tal concebido, não havendo como se admitir qualquer vulneração ao embrião e ao nascituro.

3.1. CONSTITUCIONALIDADE DO ABORDO NO DIREITO PÁTRIO

A constitucionalidade da permissão ao aborto é assunto de extrema importância e recorrente em qualquer período da história. Nesta temática encontra-se, em síntese, a

liberdade, autonomia e dignidade humana da mulher versus a liberdade, autonomia, dignidade humana e direito à vida do feto sob a ótica do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao direito à vida do nascituro, tem-se que é direito da personalidade garantido, repita-se, nos termos do art. 5º caput da nossa Constituição.

O direito à vida também foi retratado pelo Código Civil de 2002, nos termos seguintes: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; e a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. E por direitos que a lei põe a salvo, do nascituro, entenda-se, estão os seus direitos da personalidade, ou seja, de caráter não patrimonial. São os direitos de índole existenciais, fundamentais, que a lei põe a salvo desde o momento da concepção, momento em que começa a vida intrauterina. Nestes termos, GAGLICANO e POMPOLHA FILHO (2004) ressalta que:

O nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. (...) É de observar, outrossim, que essa personalidade confere aptidão apenas para a titularidade de direitos da personalidade (sem direito patrimonial), a exemplo do direito à vida, ou a uma gestação saudável, uma vez que os direitos patrimoniais estariam sujeitos ao nascimento com vida (condição suspensiva) (GAGLICANO e POMPOLHA FILHO, 2004).

São garantidos ao nascituro, principiando pelo DIREITO À VIDA, o direito à filiação, o direito à integridade física, direito a alimentos (Revista dos Tribunais, 650/220; RJTJSP, 150/906), direito a uma adequada assistência pré-natal, direito a um curador que zele pelos seus interesses em caso de incapacidade de seus genitores, direito a receber herança, direito de ser contemplado por doação, direito de ser reconhecido como filho, entre outros. Vejamos alguns dispositivos do Código Civil:

Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal.

[...]

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

[...]

Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:

I - no registro do nascimento;

II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;

III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;

IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.

[...]

Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:

I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;

II - as pessoas jurídicas;

III - as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação.

Art. 1.800. No caso do inciso I do artigo antecedente, os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz.

[...]

§ 3º Nascendo com vida o herdeiro esperado, ser-lhe-á deferida a sucessão, com os frutos e rendimentos relativos à deixa, a partir da morte do testador.

A lei penal vigente protege a vida intra-uterina (do nascituro) por meio dos tipos incriminadores do aborto, e resguarda a vida extrauterina.

Exceção à prevalência da vida é retratada pelo CPB que prevê, em seu art. 128, como já informado acima, duas hipóteses legalmente permissivas:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Em análise aos dispositivos constitucionais, entre eles, o artigo 5º, *caput*, acima transcrito, questiona-se, primeiramente, a constitucionalidade do dispositivo de lei infraconstitucional que permite violação ao direito à vida no nascituro (vida intra-uterina), no caso de gravidez resultante de estupro. Ao que parece, diante da Constituição Federal de 1988, este dispositivo legal, data a máxima vênia a toda doutrina penalista, não foi recepcionado, o que equivale a dizer que é crime esta espécie de aborto.

Quanto à proporcionalidade, de um lado da balança, reside o direito a uma vida digna (art. 1º, III da CF), cujo titular é a mulher, englobando sua saúde psicológica e sua liberdade sexual. De outro, encontra-se o direito à vida do nascituro, de sua saúde (saúde da gestação) e de sua dignidade, posto que lhe é garantido os seus direitos da personalidade, direitos fundamentais, existenciais, como acima dito, (art. 1º, III e 5º da CF, combinado com artigo 2º do CC).

Sem ignorar a brutalidade do delito de estupro, ora em análise, o aborto em tal situação é um crime de maior brutalidade que o primeiro, desta vez contra um ser totalmente indefeso, que tem o direito à vida constitucionalmente assegurado e que não teria qualquer possibilidade de defesa, tanto física quanto processual. Importa questionar se matando o nascituro, se garante uma vida digna e saúde psicológica à mulher vítima do estupro, bem como o respeito à sua liberdade sexual. De que adiantaria o aborto, neste caso? Ora, se a mãe ficou psicologicamente perturbada com o estupro, o que é de se esperar, deve-se buscar devolver a ela sua dignidade, por meio de acompanhamento médico e psicológico especializado. Não se pode aceitar que o Estado, ora incompetente em fornecer segurança pública à esta mulher, se exonere de sua responsabilidade, possibilitando que a ela o cometimento de um outro crime, o aborto.

É nítido que o Estado que, repita-se, fora incompetente em evitar a prática do estupro, agora deva agir, garantindo o nascimento deste feto, o seu direito à vida e, futuramente, garantindo-lhe uma vida digna, quer pela assistência de sua mãe biológica, quer pelos cuidados de uma família substituta. Se é possível que esta genitora vítima de um crime tão

bárbaro, não queira criar este filho, é certo que inúmeras outras mulheres gostariam de ter filhos, mas não podem tê-los. Vejamos o que dispõe o artigo 13, § 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) - Lei 8069/90: “§ 1o As gestantes ou mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção serão obrigatoriamente encaminhadas, sem constrangimento, à Justiça da Infância e da Juventude”.

Se o autor do crime de estupro, não é apenado com a morte, porque o inocente nascituro paga com a própria vida sem lhe ser garantido o sagrado direito de defesa, assegurado a qualquer criminoso, inclusive o estuprador? Não é razoável, proporcional ou justo.

Segundo a Dra. Alice Ferreira o ser humano, desde o ovo até o adulto, passa por diversas fases do desenvolvimento (ontogenia), mas em todas elas trata-se do mesmo indivíduo que, continuamente, se auto-constrói e se auto-organiza. Por ser o ciclo do desenvolvimento humano, um longo percurso, pode-se perder a visão do todo, fixando-se em suas partes. Daí o surgimento de estatutos que regulam fases da vida humana: o das crianças e adolescentes e o dos idosos.

O Direito ao próprio corpo, defendido por aqueles que são a favor do aborto, se esbarra, no caso de uma gestante, na existência da vida do nascituro. Não é mais para seu corpo apenas, que esse direito existe.

É certo que não há previsão constitucional para o aborto; em verdade, o aborto está implicitamente vedado pela Constituição na medida que não há previsão constitucional nesse sentido.

Deve-se considerar, outrossim, que o Estado existe em função do cidadão e não o contrário, assim, se o direito à vida é inalienável, irrevogável, imprescritível e, especialmente, indisponível para o seu titular (a própria pessoa), muito mais o será para o Estado; nem o Estado brasileiro, nem ninguém, dispõe do direito de decidir sobre a vida de uma pessoa, extirpando-a antes do fim do seu ciclo natural.

Ainda mais infeliz é o aborto em caso de feto anencefálico, que viverá poucas horas, minutos, dias ou meses após o nascimento. Não teria este feto o direito de viver ainda que por poucos minutos? Mesmo uma criança saudável está sujeita a morrer, por qualquer circunstância logo após o nascimento. É inconcebível diferenciar a vida daquele que vive um único minuto ou 90 anos, posto que ambos possuem o mesmo valor.

É certo que uma vez nascido, se o bebê anencéfalo for vítima de qualquer tipo de agressão, tal fato configuraria crime, seja homicídio, infanticídio, estupro, lesões corporais,

etc.. Nenhuma pessoa em sã consciência se atreveria isentar de punibilidade tais atos de violência cometidos contra anencéfalo recém-nascido. Como legitimar-se, pois, a prática de condutas semelhantes contra o mesmo ser humano, antes do parto?

Segundo já mencionado acima, o Brasil é o 4º país no mundo em casos de anencefalia. Não é necessário ser um gênio para saber que existe um grave fator a colocar o Brasil em tão absurdo patamar, a demonstrar, mais uma vez, a incompetência do Estado que, nada ou pouco faz para reverter este cenário e, agora, ao invés de assumir o erro e assegurar o nascimento deste feto, garantindo seu direito à vida, ainda que diminuta e prover assistência à sua mãe garantindo uma vida digna a ambos, lava as mãos, encontrando uma solução cômoda para a situação, que, em verdade, não tem nada que ver com a dignidade da genitora.

Questiona-se, então, se o art. 128, II, do CP foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista que surgiu antes da promulgação da Constituição de 1988, e afronta os princípios constitucionais, bem como, pelas mesmas razões, o aborto de fetos anencefálicos.

De forma contrária, defendendo a constitucionalidade dos dispositivos legais que possibilitam o aborto, excluindo sua ilicitude, existe a opinião doutrinária majoritária e a maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que serão analisados em tópico específico.

3.2. ABORTO DE ANENCEFÁLICOS

O período mais relevante para a formação do sistema nervoso do embrião é o da constituição do tubo neural, que acontece na terceira e quarta semana de gestação.

A formação e fechamento do tubo neural é passível de diversas falhas, podendo gerar malformações fetais, de grande monta ou menores. Tais malformações são tidas como fatais quando incompatíveis com a vida; de grande monta ou severas se causam a morte precoce, anormalidades ou paradas sérias no desenvolvimento físico ou mental; menores, quando comumente associadas a uma variável quantidade de deformidades ou "doenças", mas que permite, na maior parte das vezes, determinado tempo de vida (CYPEL, pg.62)

O Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa define a anencefalia como sendo: “Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abobada craniana, estando os

hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base” (FERREIRA, 1986).

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)

Referida malformação pode ser diagnosticada no exame pré-natal, desde 12 semanas de gestação, por dois métodos: ultra-sonografia e dosagem de alfa-fetoproteína. Esta, em gestação de anencéfalo, se encontra aumentada no soro materno e no líquido amniótico por volta da 12ª à 16ª semana de gestação (CYPEL, pg. 751). Geralmente os ultra-sonografistas preferem repetir o exame em uma ou duas semanas para a confirmação diagnóstica.

A ressonância magnética, ao lado da ultra-sonografia, mostra-se um relevante meio de diagnóstico na busca da identificação de outras afecções associadas à anencefalia, como a espinha bífida e a raquisquise, presentes em grande parte dos casos. Outras malformações frequentemente associadas à anencefalia são as cardiopatias congênitas e as alterações do sistema gênito-urinário fetal, conforme dados fornecidos pela Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO).

Pesquisadores e estudiosos do assunto evidenciam que os fetos anencefálicos morrem no período intrauterino, em mais de 50% dos casos, com variações na estatística, sendo que no restante dos casos, apresentam vida extrauterina diminuta, vivendo por minutos, horas, dias e, em poucos casos específicos, meses ou anos.

Pode-se dizer que há consenso na conceituação da referida anomalia, vejamos:

[...] uma má-formação fetal incompatível com a vida extra-uterina em 100% dos casos. O feto não apresenta os hemisférios cerebrais em virtude de um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não se fecha e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura sua face. Em linguagem coloquial, os fetos com esta má formação são chamados de “fetos rãs”. Em linguagem coloquial são fetos sem cérebro (DINIZ, 2004,).

[...] pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela de tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois (DINIZ, 2004).

“Anencefalia consiste em malformação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação”. (ANDALRAFT, 2007)

Conforme Shewmon, há ocorrências de anencefalia menos graves que permitem ao anencéfalo condições primárias sensoriais e de consciência. Isso se dá em razão da neuroplasticidade do tronco cerebral. Afirma o autor que:

Não se trata, obviamente, da possibilidade por parte do tronco de suprir as funções do córtex faltante, mas de admitir que a neuroplasticidade do tronco poderia ser suficiente para garantir ao anencéfalo, pelo menos, nas formas menos graves, uma certa primitiva possibilidade de consciência. Deveria, portanto, ser rejeitado o argumento que o anencéfalo enquanto privado dos hemisférios cerebrais não está em condições, por definição, de ter consciência e provar sofrimentos. (SHEWMON, 1988)

A literatura médica define encéfalo como “a parte do sistema nervoso central contido na cavidade craniana; que consiste em cérebro, cerebelo, protuberância e bulbo” (BLAKISTON, 1982). Conforme explica Lima (2011), as malformações do sistema nervoso central geram inúmeras anomalias e a anencefalia configura uma das malformações do encéfalo, que acarretam em diferentes graus de danos encefálicos, uma vez que nem sempre se caracteriza pela perda total do cérebro, podendo ser apenas parcial. Portanto a anencefalia é uma patologia decorrente de má-formação do encéfalo ocorrida na fase embrionária, e que pode ser constatada a partir de 12 semanas de gestação.

Existem indicativos de que a Anencefalia pode estar relacionada à exposição da mãe a compostos químicos; irradiações; alcoolismo e tabagismo; diabetes da mãe; deficiência materna de ácido fólico, um dos componentes vitamínicos do complexo B, sendo esta a mais frequente dentre todas as probabilidades, podendo ser prevenida pela ingestão de ácido fólico

por meio de tratamento que antecede a gravidez e evolui durante início da gestação. Estudos também relatam maior incidência em fetos do sexo feminino, o que sugere que possa estar relacionado ao cromossomo X.

As Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) emitiram um parecer atestando alguns dos possíveis problemas decorrentes da gestação de um feto anencefálico:

As complicações maternas são claras e evidentes. Deste modo, a prática obstetrícia nos tem mostrado que: A) A manutenção da gestação de feto anencéfalo tende a se prolongar além de 40 semanas. B) Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito freqüente. C) Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG). D) Associação com vasculopatia periférica de estase. E) Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante. F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo. G) Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério. H) Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito. I) Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação). J) Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina. K) Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstetrícias do parto de termo (FEBRASGO, 2004).

É certo, entretanto, que tais problemas podem acontecer na gestão de um feto que não seja anencéfalo, assim sendo, não servem de justificativa para o aborto.

Dados mostram que equipes médicas apresentam dificuldades de emitir o parecer final da anomalia. Neste sentido, destaca-se a situação da menina Vitória de Cristo, com a mãe entrevistada em abril de 2012, que viveu por 2 anos e 6 meses. O caso foi tratado como anencefalia, embora até hoje haja controvérsia sobre o diagnóstico, mostrando a falta de exatidão, dificuldade no diagnóstico e capacidade médica para tal. Neste sentido, a mãe destaca que foi instruída ao aborto. No entanto, por motivos pessoais esta optou por não realizar e se sente feliz de poder ter convivido com sua filha Vitória de Cristo durante os 2 anos e 6 meses de vida fora do útero, contrariando qualquer princípio médico (PRONIN, 2012).

Abaixo colaciona-se fotos da Vitória de Cristo:



Em outra situação, Cacilda Galante Ferreira, em entrevista declarou que sua filha Marcela nasceu com anencefalia e na época estava com um ano e meio de idade, contrariando também as declarações de morte imediata pela equipe médica. O caso ocorreu em Morro Agudo, São Paulo, Brasil. O bebê (nascituro) estava bem, saudável e reagia aos membros da família, até o momento da entrevista, manifestando sinais que mostravam reação ao se alimentar, por exemplo, assim como outras ações de estímulos (PORTAL DA FAMÍLIA, 2008).

Como estes, existem outros inúmeros casos semelhantes descritos na literatura. Deste modo, é perceptível que a afirmação de que anencéfalos não sobrevivem após o parto, não é uma verdade absoluta.

Com base na decisão do STF, a qual será analisada abaixo, o Conselho Federal de Medicina expediu a Resolução nº 1989/2012, disciplinando a respeito do diagnóstico de anencefalia para a “antecipação terapêutica do parto” (aborto). Exigindo, para tanto, diagnóstico inequívoco da deformidade, cujo exame poderá ser realizado a partir da 12ª semana de gestação, com apresentação de laudo assinado por dois médicos capacitados para o procedimento.

Estabelece ainda, que no caso de constatação da deformidade, a gestante poderá manter a gravidez ou interrompê-la, independentemente de autorização do Estado.

O projeto de lei do Senado n. 236/2012, que pretende reformular o Código Penal, mas não foi aprovado até então, trouxe novas situações que, se aprovado, excluiriam a antijuridicidade no crime de aborto, elencadas no art. 128.

Referido projeto de lei prevê novas situações para interrupção das gravidez: i- quando tiver havido emprego não consentido de técnica de reprodução assistida; ii- quando o feto sofrer de anencefalia ou graves e incuráveis anomalias; iii- em caso de risco à saúde da

gestante e, até a 12^a semana de gestação, quando for constatado que a mulher não apresenta condições físicas ou psicológicas de manter.

3.3. A REPERCUÇÃO DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE AUTORIZA O ABORTO DE ANENCEFÁLICOS, NOS CASOS DE MICROCEFALIA DECORRENTES DO ZIKA VÍRUS

O Brasil foi invadido, recentemente, por um surto de casos de microcefalia, que é uma condição neurológica em que a cabeça e o cérebro da criança são significativamente menores do que os de outras da mesma idade e sexo, deformidade está que pode ser causada por uma série de problemas genéticos ou ambientais.

Segundo a Dra. Marilisa M. Guerreiro, neurologista, Professora Titular da Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP), Chefe da Disciplina de Neurologia Infantil Departamento de Neurologia – FCM – Unicamp, CRM: 40662/SPA, as doenças genéticas que causam a microcefalia são: Síndrome de Down; Síndrome de Cornelia de Lange; Síndrome Cri du chat; Síndrome de Rubinstein – Taybi; Síndrome de Seckel; Síndrome de Smith-Lemli–Opitz e Síndrome de Edwards. Além das referidas doenças, existem outras causas e fatores que geram a microcefalia, tais como: malformações do sistema nervoso central; Diminuição do oxigênio para o cérebro fetal; Exposição a drogas, álcool e certos produtos químicos na gravidez; Desnutrição grave na gestação; Fenilcetonúria materna; Rubéola congênita na gravidez; Toxoplasmose congênita na gravidez; Infecção congênita por citomegalovírus.

Recentemente o Ministério da Saúde relacionou o surto de casos de microcefalia no país, com o Zika vírus. A febre Zika, ou simplesmente Zika vírus, é uma infecção causada pelo vírus ZIKV, transmitida pelo conhecido mosquito *Aedes aegypti*, mesmo vetor da dengue e da febre chikungunya. Trata-se de uma situação nova, desconhecida da medicina, que está sendo investigada. Acredita-se que o risco maior esteja nos 3 primeiros meses de gestação.

Segundo a referida neurologista, a criança com microcefalia pode apresentar: Déficit intelectual; atraso nas funções motoras e de fala; Distorções faciais; nanismo ou baixa

estatura; hiperatividade; epilepsia; dificuldades de coordenação e equilíbrio; alterações neurológicas.

Ressalta-se que algumas crianças com microcefalia podem não apresentar problemas de aprendizado.

Pois bem, a questão do aborto aqui estudado carrega um complicador quando se constata por meio de diagnóstico médico que uma gestante carrega consigo um feto com microcefalia. Neste caso, poderá esta gestante optar pelo abortamento por analogia às situações de anencefalia?

Não há como se comparar a anencefalia, constituída da má-formação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana, que resulta na pouca expectativa de vida, com a microcefalia, que possui regular expectativa de vida, porém com dificuldades cognitivas, motoras, de aprendizado, em consequência da má-formação cerebral, não se tratando de uma enfermidade que leva a morte.

Percebe-se que a expectativa das crianças com microcefalia é semelhante às das outras crianças, exigindo, no entanto, cuidados especiais para melhorar a qualidade de vida, como terapia ocupacional, fisioterapia, estimular a fala com sessões de fonoaudiologia e medicamentos compatíveis.

Tal questão chegou ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal, por meio Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.581 - Distrito Federal, de 24/08/16, ainda não julgada, com manifestação da Procuradoria no sentido de também possibilitar o aborto nessas situações, pelos seguintes fundamentos:

Tem razão a requerente quanto à inconstitucionalidade da criminalização do aborto em caso de infecção pelo vírus da zica. A continuidade forçada de gestação em que há certeza de infecção pelo vírus da zica representa, no atual contexto de desenvolvimento científico, risco certo à saúde psíquica da mulher. Ocorre violação do direito fundamental à saúde mental e à garantia constitucional de vida livre de tortura e agravos severos evitáveis.

Segundo relatório do Ministério da Saúde, até 23 de janeiro de 2016, foram registrados mais de 4.100 casos suspeitos de microcefalia, que acarretaram 68 óbitos, por malformação congênita após o parto (natimorto) ou durante a gestação (abortamento espontâneo).

Até o dia 9 de julho, o Ministério da Saúde registrou 1.687 casos confirmados de microcefalia e outras alterações do sistema nervoso em bebês de todo o país. No total, 8.451 casos suspeitos de microcefalia foram notificados pelos estados.

Segundo o chefe de gabinete da Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde, Alexandre Fonseca, os dados apontam possível queda no número de novos registros:

“O que a gente tem observado nessas semanas epidemiológicas é há uma aparente tendência de queda nos casos novos de nascimento com microcefalia, mas que ainda é cedo também, para tirar conclusões sobre essa curva. A gente ainda precisa de mais tempo para observação dessa tendência”.

3.4. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE AUTORIZA O ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS, SOB A ÓTICA DA DERROTABILIDADE NORMATIVA

Consubstanciado na doutrina da derrotabilidade das regras, uma norma pode abrigar ilimitadas exceções implícitas e imprevisíveis que, em uma situação em concreto, possibilitam seja episodicamente afastada, a pretexto de se fazer justiça, ou de assegurar os seus fins, permanecendo inalterado o texto que dispõe o seu comando. De acordo com CARSTEN BÄCKER (2011, 60): “derrotabilidade deve ser entendida como a capacidade de acomodar exceções”. “Sair da clausura dos saberes postos à reprodução e ir além das restrições que o molde deforma. A produção das regras de direito como ato de nascimento da vida e não certidão de óbito a ser estampada no museu das praxes” (FACHIN, 2009).

Surgida em 1980, Vancouver, Canadá, com R. Reiter, bem como na Universidade de Stanford, Estados Unidos, com John McCarthy, segundo referida teoria, pode-se ‘derrotar’ a interpretação original e possibilitar uma nova conclusão (VASCONCELOS, 2010). Não existem, no entanto, muitas referências no Brasil sobre tal teoria.

Para Santos, “A princípio se pode afirmar que toda norma jurídica é passível de ser derrotada (em tese). Já com relação aos Princípios fica um pouco mais difícil tal colocação, pois não se pode definir antecipadamente quando um princípio prevalece sobre outro, por se tratarem de sobrenormas. (SANTOS, 2016).

Nesse sentido, no que tange a temática envolvida neste trabalho, o Superior Tribunal Federal (STF), dada as controvérsias que envolvem o tema, sobretudo, no que diz respeito à Constitucionalidade, decidiu que não caracteriza o crime de aborto a antecipação da morte dos fetos anencefálicos em decisão proferida nos autos da ADPF-54, sem descriminalizar o aborto, como se verá abaixo, podendo-se dizer tratar-se de um caso de derrotabilidade jurídica, caso tal interpretação não contrariasse a Constituição Federal, sobretudo, no tocante a separação dos poderes e a legislação infraconstitucional.

Contudo, no referido caso concreto, a Corte Suprema julgou de forma a contrariar disposição expressa de lei, assim um tribunal “eleito” por uma só pessoa (Presidente da República), substituiu o Congresso Nacional eleito por 130 milhões de pessoas.

A constituição Federal dispõe em seu artigo 2º sobre a independência e harmonia entre os Poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), não autorizando a Suprema Corte de se revestir de funções legislativas para produzir normas.

Apesar de inúmeros projetos, até o momento, o Congresso Nacional, por sua maioria não entendeu por bem autorizar o aborto de fetos com anomalias e o Supremo Tribunal Federal, sem competência normativa, permitiu tal prática abortiva, infringindo a Constituição Federal em uma decisão ativista, como veremos abaixo.

3.5. A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE AUTORIZA O ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS, SOB A ÓTICA DO ATIVISMO JUDICIAL

A expressão “ativismo” foi utilizada, pela primeira vez, em uma revista americana chamada *Fortune*, vol. XXXV, nº 1, no mês de Janeiro de 1947, em um artigo intitulado *The Supreme Court*.

O autor do referido artigo chamado Arthur Schlesinger Jr., analisou a Suprema Corte Americana de 1947, formada, basicamente, por juízes nomeados pelo então ex-presidente Roosevelt. Ele classificou os julgadores da referida Corte em:

(I) juízes ativistas com ênfase na defesa dos direitos das minorias e das classes mais pobres – Justices Black e Douglas; (II) juízes ativistas com ênfase nos direitos de liberdade – Justices Murphy e Rutledge; (III) juízes campeões da autorrestrrição – Justices Frankfurter, Jackson e Burton; e (IV) juízes que representariam o equilíbrio

de forças (balance of powers) – Chief Justice Fred Vinson e o Justice Reed (Schlesinger Jr.,1947).

Para Schlesinger, os juízes ativistas trocam a vontade do legislador pela própria, por acreditarem que devem atuar ativamente na promoção dos direitos das minorias, dos indefesos, das liberdades civis, mesmo que se, para tanto, chegassem próximo à correção judicial dos erros do legislador.

O ativismo se contrapunha à “autorrestrrição judicial” (passivista), visão de que a Suprema Corte não deve intervir no campo da política, e sim agir com respeito à vontade do legislador. Os seguidores dessa corrente acreditavam que os juízes deviam decidir casos e controvérsias, e não criar um mundo novo. Essa tarefa seria tão somente do governo e do legislador. Segundo Frankfurter, juiz da Suprema Corte Americana, alargar ou contrair uma lei, interpretando-as além do significado das palavras postas pelo legislador seria uma usurpação do poder legislativo.

Nesses termos, o ativismo judicial representava uma “declaração de poder”, enquanto que a autorrestrrição consistia em “resistir à supremacia judicial”, em nome da vontade do legislador.

Schlesinger se posicionou como defensor da autorrestrrição judicial afirmando que os maiores interesses da democracia Norte Americana buscam que a Corte retraia ao contrário de expandir seu poder. Acrescentou, no entanto, que o ativismo seria necessário em havendo ameaçadas às liberdades garantidoras da participação política das pessoas, ou seja, ele não se posicionou absolutamente contrário ao ativismo, entretanto, não o defendia como um hábito institucional da democracia do Estados Unidos.

Não há, entre os estudiosos do tema, uma unicidade sobre a delimitação do termo ativismo judicial, existindo vários posicionamentos. Sem o intuito de esgotar a matéria, analisaremos abaixo, de forma sintética, as posições mais relevantes.

Uma das concepções de ativismo é a que imprime à expressão, uma decisão judicial imposta pela vontade do juiz, ignorando a vontade do legislador Constitucional e infraconstitucional. Tal concepção se esbarra na doutrina que não acredita ser possível encontrar objetivamente a vontade da lei ou do legislador.

O filósofo Ronald Dworkin, afirma, categoricamente, ser o ativismo:

... uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema

Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima. (Dworkin, 2007)

Nesse sentido, o ativismo judicial seria uma ofensa a Teoria da Separação dos Poderes, e ao modelo positivista de Kelsen, que considera a existência de um sistema puro de normas, diferenciando-se direito de valor. Para a doutrina de Kelsen (1998, p. 390) o julgador deve trafegar dentro da moldura jurídica imposta pelo legislador.

Importa ressaltar que a separação dos poderes, princípio fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, em seu art. 2º, constitui cláusula pétreia, conforme art. 60, § 4º, CF, assim sendo, não pode ser alterada, ainda que por emenda constitucional.

Uma segunda concepção sobre o Ativismo Judicial é o exercício do poder legislativo pelo judiciário.

Para Elival da Silva Ramos, ativismo significa:

a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. [...] da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros Poderes (RAMOS, 2010).

Segundo referido autor, em resumo, o ativismo judicial é o exercício da função jurisdicional ultrapassando os limites traçados pelo ordenamento jurídico, podendo ser considerado um fenômeno positivo ou negativo a depender do enfoque teórico de quem realiza a avaliação das decisões.

Uma terceira concepção aglutina a ideia de ativismo como sendo a realização de políticas públicas pelos juízes.

Thamy Pogrebinski (2000), considera “ativista o juiz que: a) use o seu poder de forma a rever e contestar decisões dos demais poderes do estado; b) promova, por meio de suas decisões, políticas públicas; c) não considere os princípios da coerência do direito e da segurança jurídica como limites à sua atividade”. Todavia, explica:

Não queremos sustentar que os três critérios acima devam ser preenchidos simultaneamente para que se identifique um caso de ativismo. Um juiz pode ser considerado ativista pelo exercício em graus diferenciados de quaisquer das atitudes acima descritas. Porém, a negação de qualquer destas atitudes implica, segundo nossa definição, que ele não seja considerado um ativista. Isto é, um juiz que se recuse a exercer seu poder de pelo menos uma das formas acima, não será considerado um ativista.

Prossegue referida doutrinadora (2000), afirmando que “o ativismo judicial implica em tomada de posição política; o juiz ativista define-se como um agente político.”

Para parte da doutrina a ideia de tripartição dos poderes mostra-se insuficiente frente à efetivação das necessidades sociais, defendendo ser o ativismo, o remédio necessário para enfrentar a crise no sistema legislativo nacional, que indiretamente transformou o Poder Judiciário no protagonista da efetivação dos direitos fundamentais, elencados na Carta Magna, com uma posição mais “positiva” e proativa, ao interpretar a Constituição, com o objetivo de concretizar os valores e fins constitucionais.

Nesse sentido, expõe Eduardo Cambi:

O Poder Judiciário é chamado a exercer função sócio-terapêutica, corrigindo desvios na consecução das finalidades a serem atingidas para a proteção dos direitos fundamentais. Não está, para isto, mais condicionado à estrita legalidade (*dura lex sed lex*), assumindo, ao lado do Poder Executivo e do Legislativo, a responsabilidade pelo sucesso político das exigências do Estado Social. (CAMBI, 2008).

Para Cambi (2008) o princípio da separação dos poderes não é um fim em si mesmo. Somente tem coerência se trabalhar como ferramenta de defesa dos direitos fundamentais e, portanto, não pode ser utilizado contra o objeto de tutela desses direitos.

Para Fredie Didier Jr., norma jurídica é a interpretação da lei, ou seja, norma não é lei e sim interpretação. Interpreta-se um preceito para dele se extrair uma norma jurídica. Por isso, não se pode confundir norma com o texto da lei (letra de lei). O texto da lei necessita de interpretação não apenas por não ser unívoco ou evidente, mas porque devem ser aplicados a casos concretos (2008).

Segundo referido autor, a norma é criada pelo intérprete (2008). Por isso, o juiz não interpreta normas, mas interpreta textos e deles se extraem normas jurídicas.

A lei é apenas o objeto de interpretação, a norma é o produto da mesma. Nesse sentido, é certo dizer que o juiz ao decidir cria a norma jurídica do caso concreto (norma individual), bem como a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto (precedente).

Ao se deparar com um situação que lhe é apresentada, o magistrado deve identificar a lei a ser aplicada, conformando-a à Constituição Federal, por meio de técnicas de interpretação. Nesse sentido, o juiz cria uma norma jurídica (norma legal conformada à norma constitucional) que vai servir de fundamento para a decisão. É no dispositivo da sentença que contém a norma jurídica individualizada. Já as razões de decidir disposta na fundamentação serão regras gerais a serem invocadas como precedente judicial.

Assim, conforme lição de Luiz Guilherme Marinoni, “se nas teorias clássicas o juiz apenas declarava a lei, agora ele constrói a norma jurídica a partir da interpretação de acordo com a constituição.

Esse conhecimento é indispensável para compreender a súmula vinculante, a repercussão geral no recurso extraordinário, a súmula impeditiva de recurso, o julgamento imediato das causas repetitivas, dentre outros.

Importa ressaltar que existem casos em que o texto normativo possui termos e conteúdos indeterminados ou vagos. Para estes casos o juiz, diante de uma situação concreta, deve definir sua extensão e seu conteúdo.

Ultrapassado, portando a credence de que a função do interprete é apenas descrever significados, o que não significa, segundo a doutrina majoritária, a prática de ativismo judicial que, pela doutrina tradicional caracteriza-se pela troca da vontade do legislador pela própria, com base na discricionariedade do julgador.

Contudo, afirmar que o intérprete confere sentido ao texto normativo, não é o mesmo que lhe atribuir a possibilidade de dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa, conferindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se texto e norma estivessem separados, coexistindo autonomamente.

Há, portanto, um espaço para que a criatividade inerente à compreensão e aplicação do direito seja controlada. Não buscar os parâmetros para este controle acarreta na abertura para que a criatividade se transforme em discricionariedade absoluta, ocasionando a perda de autonomia do sistema jurídico em favor de opções políticas, econômicas e morais do julgador, como acredita-se tenha ocorrido na decisão objeto deste trabalho, em que a Suprema Corte contraria a legislação vigente, substituindo-a pelo entendimento pessoal dos Julgadores que a compõe.

É evidente que os parâmetros reflexivos devem possibilitar que a decisão não seja dada por uma escolha do operador.

No Brasil, considerado um país de enfraquecida história democrática e pequena defesa de direitos fundamentais, os modelos de interpretação e aplicação de normas constitucionais sobrevalorizaram a subjetividade do julgador.

Com isso, deve-se atentar ao que Daniel Sarmento chamou de “oba-oba constitucional”, que seria a invocação demasiada de princípios constitucionais para fundamentar decisões. Segundo o autor, os operadores do Direito são estimulados a invocar sempre princípios muito vagos nas suas decisões, mesmo quando isso seja absolutamente desnecessário, pela existência de regra clara e válida a reger a hipótese. Os campeões são os conhecidos os princípios da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade. O primeiro é utilizado para dar imponência ao “decisionismo” judicial, se valendo de linguagem espetaculosa fundamentando qualquer decisão supostamente reconhecida pelo magistrado como politicamente correta, e o segundo para permitir que os juízes substituam livremente as valorações de outros agentes públicos pelas suas próprias (SARMENTO, 2012).

O ativismo judicial não se confunde com outro fenômeno, chamado judicialização, que se traduz na delegação de questões de repercussão política, social ou moral ao Poder Judiciário, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, ou seja, o Legislativo e o Executivo. Já o ativismo é uma atitude, é, em síntese, interpretar a Constituição de modo específico e proativo. Em ambos os casos, há aproximação entre jurisdição e política. Ocorre que essa aproximação decorre de necessidade, quando se estar diante de judicialização, e de vontade, quando se trata de ativismo.

Existe um deslocamento do polo de decisão de determinadas questões que cabiam primordialmente à análise dos poderes Legislativo e Executivo para o âmbito do Judiciário.

Para o ministro do STF Luís Roberto Barroso:

a judicialização e o ativismo judicial vêm da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo

o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais." (BARROSO, 2009).

A Constituição de 1988 ampliou a interferência do judiciário na vida política e social. No período que antecedeu a promulgação do atual texto Constitucional, de 1964 a 1985 (ditadura militar - prática da censura, perseguição política, supressão de direitos constitucionais, a falta total de democracia), o Executivo possuía um poder quase que absoluto, utilizando-se de meios de restrição à inafastabilidade do controle judicial. Em razão dos reflexos deste período, a atual Carta estabeleceu meios de proteção judicial que vêm sendo utilizados por minorias parlamentares, associações civis e profissionais, expandindo de forma qualitativa e quantitativa da atuação do Poder Judiciário.

É certo que os Poderes Executivo e Legislativo optam por delegar ao judiciário determinadas decisões, para não assumir a responsabilidade decisória sobre a análise de determinadas matérias. Isto porque o procedimento de barganha, por vezes, torna-se muito oneroso, favorecendo que a decisão fique a critério do Judiciário.

Assim sendo, embora próximos, Ativismo e Judicialização não se confundem.

3.6. ANÁLISE E DISCUSSÃO SOBRE OS VOTOS DOS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 (ADPF 54) garantiu, no Brasil, a possibilidade da interrupção da gravidez de feto anencéfalo. A ação foi relatada pelo ministro Marco Aurélio Mello, proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) (Jornal do Brasil, 2012) foi julgada oito anos depois, numa votação com a participação dos ministros do Supremo Tribunal Federal, do então governo do PT, de Dilma Rousseff, durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 (STF, 2012) em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, com a participação dos Ministros: Marco Aurélio Mello

(relator), Rosa Weber, Joaquim Barbosa, Luiz Fux, Cármen Lúcia , Ricardo Lewandowski, Ayres Britto, Gilmar Mendes, Celso de Mello..

A decisão do Supremo Tribunal Federal não descriminalizou o aborto, bem como não criou qualquer exceção ao referido crime. Por outro lado, na ADPF 54 decidiu-se, que não se considera aborto, aquilo que eles denominaram de “interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo”. Situação esta que antes o Estado não tinha uma interpretação definida, com recorrentes casos de aborto sendo levados aos tribunais. Até o ano de 2005, os juízes e tribunais de justiça formalizaram cerca de três mil autorizações para a interrupção gestacional em razão da incompatibilidade do feto com a vida extrauterina.

Por se tratar de tema altamente polêmico, a decisão ganhou capas de jornais na época, gerou protestos e críticas, sobretudo, por parte dos religiosos, contrários à decisão do STF. A decisão proferida na ADPF nº 54 é considerada por alguns juristas como um marco no qual o assunto é tratado no país, caracterizando-se como um divisor de águas.

O primeiro a votar foi o relator, Ministro Marco Aurélio Mello, na manhã de 11 de Abril de 2012, seguido dos demais ministros da Suprema Corte, cujos votos serão analisados abaixo:

O ministro Marco Aurélio, em seu voto, entendeu ser legal e constitucional a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, julgando procedente o pedido feito pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar inconstitucional a interpretação dada aos artigos 124, 126 e 128 (incisos I e II) do Código Penal que criminaliza o aborto de fetos anencefálicos, conduta esta chamada pelo referido Ministro, de antecipação terapêutica de parto em casos de anencefalia.

O mencionado Relator iniciou seu voto enfatizando o caráter laico do Estado.

Em seguida, afirmou que a “ incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher”. Para ele, é inadmissível que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver prevaleça em detrimento das garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Discorreu sobre o direito à vida, nos seguintes termos: “O 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”. Portanto, para o relator o feto anencéfalo não é caracterizado por vida em potencial, sendo assim não há proteção jurídica para ele.

Afirmou que nas décadas de 30 e 40, quando foi editado o Código Penal vigente, a medicina não possuía os recursos técnicos necessários para identificar previamente esse tipo de anomalia fetal, ressaltando, ainda, que mesmo à falta de previsão expressa no Código Penal de 1940, parece lógico que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida.

Em seu relatório o ministro afirma, outrossim, que segundo a Dra. Ieda Therezinha, não são controlados pelo Governo os fatores ambientais e sociais que levam à “construção” do feto anencéfalo. Citou a má qualidade do saneamento básico, a grande quantidade de agrotóxicos lançados na agricultura, especialmente os organoclorados, e a não inserção de níveis razoáveis de ácido fólico na alimentação das mulheres em idade fértil.

Apontou que no célebre caso de Marcela – suposta portadora de anencefalia que teria sobrevivido por um ano, oito meses e doze dias –, o diagnóstico estava equivocado, consoante informaram renomados especialistas, *ipsis litteris*: “Senhor Presidente, realmente houve um erro diagnóstico no caso da Marcela. Isso foi comprovado aqui pelo Doutor Pettersen, que expôs claramente essa questão. Não era um feto anencéfalo. Por outro lado, é perfeitamente possível, com aparelhos normais, por ecografistas, com o mínimo de experiência, ser feito um diagnóstico de certeza da anencefalia.”

Destacou as palavras do Dr. Thomaz Rafael Gollop: “A ultra-sonografia disponível, sim, no Sistema Único de Saúde é 100% segura. Existem dois diagnósticos em Medicina Fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Não há nenhuma dúvida para um médico minimamente formado estabelecer esse diagnóstico.”

Por fim, o relator finalizou descrevendo sobre a necessidade de o STF pronunciar-se sobre o tema, devido ao elevado índice de aprovações de abortos legais, sendo que o Brasil é o quarto país do mundo em casos de fetos anencéfalos, ficando atrás do Chile, México e Paraguai. A incidência é de aproximadamente um em cada mil nascimentos.

A ministra Rosa Weber após assistir a votação do relator, também defendeu a exclusão da interrupção ou antecipação do parto de feto anencéfalo do rol dos crimes contra a vida, conforme previsto nos artigos 124 e 126 do Código Penal (CP), julgando procedente a ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

Em seu voto, a ministra sustentou-se que a Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina (CFM) estabeleceu como parâmetro para morte a ausência de atividade motora

em virtude da morte cerebral, assim sendo o anencéfalo estaria morto juridicamente e o direito à vida seria garantido somente à genitora, cabendo a ela a escolha em conduzir ou não a gestação de um ser com ausência de vida. Em suas palavras: “A gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro da gestação de um feto anencéfalo. Todos os caminhos, a meu juízo, conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos”.

Em seguida, votou, no mesmo sentido, o ministro Joaquim Barbosa, ao pedir a juntada, com algumas modificações, do voto por ele elaborado no *Habeas Corpus* 84025.

O ministro Luiz Fux foi o quarto a emitir o voto. Ele se posicionou a favor da possibilidade da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos com base na CF, afirmando que: “Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal efetivamente equivale a uma tortura, vedada pela Constituição Federal”. Referido ministro sustentou, ainda, que a expectativa de vida do anencéfalo fora do útero é absolutamente efêmera, bem como que o diagnóstico de anencefalia pode ser feito com razoável índice de precisão e que as perspectivas de cura da deficiência na formação do tubo neural são absolutamente inexistentes nos dias de hoje.

Discorreu, ainda, sobre a proteção à saúde física e psíquica da mãe, a desnecessidade de punir a gestante frente à decisão pelo aborto em análise. Nas suas palavras:

O moderno Direito Penal mínimo recomenda que as sanções criminais devem ser o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado, na visão do professor René Ariel Dotti, no seu Curso de Direito Penal. E eu acrescento: maxime quando essa volição do Poder Público sequer era previsível no casos de aborto anencefálico.

Acrescentou ser “cediço que o princípio da proporcionalidade concreta no Direito Penal, que confronta punição com os fins penais, revela que a criminalização do aborto de feto anencefálico agrava ainda mais os custos sociais do infortúnio, reclamando do Estado medidas de amplo aspecto no segmento da saúde pública, atuação estatal que não se coaduna com a simples repressão criminal da conduta em foco.”

Por fim, afirma que a interrupção da gravidez de fetos anencefálicos é matéria de saúde pública, devendo ser tratada como uma política de assistência social eficiente, que dê à gestante todo o apoio necessário em uma situação tão lastimável, e não uma repressão criminal, uma repressão penal destituída de qualquer fundamento razoável.

Para a ministra Cármen Lúcia, interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não configura crime, assim como declarado nos votos antecessores. O voto da referida ministra foi fundamentado no direito à dignidade da vida humana e no direito à saúde, bem como na concepção de sociedade democrática. A mesma salientou que todos, estão preocupados com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana “com a visão que cada um tem de mundo e da própria vida”. Ela avaliou que essa situação reflete o momento democrático brasileiro: “de pluralidade e de respeito absoluto pelas opiniões contrárias, o qual precisa ser dito exatamente na perspectiva constitucional”.

A ministra frisou que o Supremo Tribunal Federal não estaria a decidir nem a permitir a introdução do aborto no Brasil, menos ainda a possibilitar o aborto em virtude de qualquer deformação. Para referida ministra, essa é uma questão posta à sociedade e o STF está tratando, fundamentalmente, de saber qual interpretação que deve ser dada aos dispositivos do Código Penal no sentido de se considerar crime ou não a interrupção de gravidez de feto anencéfalo: “Estamos discutindo o direito à vida, à liberdade e à responsabilidade. Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar uma mulher que esteja grávida de um feto anencéfalo, a fim de ter a liberdade de fazer a escolha sobre qual é o melhor caminho a ser seguido, quer continuando quer não continuando com essa gravidez”, explicou.

Acrescentou que “para algumas autoridades médicas, o feto anencéfalo não pode ser declarado morto encefálico, nos termos e critérios pretendidos pelo Conselho Federal de Medicina porque pode apresentar reflexos decorrentes de atividade infra-espinhal e descritos no item E 1 do Anexo da Resolução CFM n. 1.480/97.

O ministro Ricardo Lewandowski discordou do relator, ministro Marco Aurélio, e dos votos que o seguiram até então, julgando improcedente o pedido formulado pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS). O ministro seguiu duas linhas de raciocínio:

Na primeira linha de raciocínio, ele ressaltou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes, nos seguintes termos: “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição”. Mesmo este papel, segundo seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”,

diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional, nas suas palavras:

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. Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, *ex novo*, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Nessa perspectiva, o ministro observou que o Congresso Nacional, “se assim o desejasse”, teria modificado a legislação para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, ato este não executado até hoje, *ipsis litteris*:

...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 eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas 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.

Na segunda linha de raciocínio, discorreu sobre a grande probabilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos torne lícita a interrupção da gestação de embriões com outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina. Citou dados da OMS sobre malformações congênitas, deformidades e anomalias cromossômicas, onde as chances de sobrevivência são nulas ou muito pequenas, como acardia, agenesia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal e outras.

Citando Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, afirmou que: estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhece 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”. 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.

Contrariando o quanto alegado pelos ministros que o antecederam em seu voto afirmou ainda que:

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina. (Bsc.gwu.edu/mfmu/history.pdf. Acesso em 10 de abril de 2012).

Na sequência afirmou que a técnica hermenêutica “só é legítima quando existe um espaço de decisão”, não se admitindo jamais uma exegese *contra legem*, mencionando a advertência do doutrinador Paulo Bonavides, no sentido de “que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição”. Logo depois acrescenta: “Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois ‘isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional’ (Das ist Sache des Gesetzgebers, nicht des BVerfG)” .

Finalmente, finalizou o voto destacando a existência de diversos dispositivos legais em vigor que resguardam a vida intrauterina, sobretudo, o Código Civil, que, no artigo 2º, que estabelece que a lei ponha a salvo, “desde a concepção”, os direitos do nascituro. Tais normas, segundo Lewandowski, também teriam de ser consideradas inconstitucionais ou merecer interpretação conforme a Constituição.

O ministro Ayres Britto foi o sexto a votar, reconhecendo o direito da mulher interromper a gravidez de um feto anencéfalo sem ser criminalizada: “Levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher corresponde a tortura, a tratamento cruel. Ninguém pode impor a outrem que se assuma enquanto mártir”.

Ressaltou que a mulher, mesmo se sabendo portadora de um feto anencéfalo, poderá assumir sua gravidez até as últimas consequências. “Ninguém está proibindo. É opcional“, disse.

Para este ministro: “a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo é fato típico por argumentação, *ad argumentandum*, é aborto, sim, mas não configura prática penalmente cabível.”

O ministro Gilmar Mendes foi o sétimo a votar, julgando procedente a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54), em análise pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF). Ele considerou a interrupção da gravidez de feto anencefálico como hipótese de aborto, pois entendimento contrário seria ofensivo à parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos, mas entende que essa prática está compreendida como causa de excludente de ilicitude, já prevista no Código Penal, por ser comprovado que a gestação de feto anencefálico é perigosa à saúde da gestante, sobretudo a psíquica.

O referido ministro ressaltou ser indispensável que as autoridades competentes regulamentem de forma apropriada, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia, com a finalidade de “conferir segurança ao diagnóstico dessa espécie”. Enquanto pendente de regulamentação, disse o ministro, “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras”. Mas também destacou que fica a mãe responsável pela decisão a partir do diagnóstico proferido por um médico.

Discorreu, outrossim, sobre a limitação tecnológica no ato da elaboração do CP de 1940, para diagnosticar tal anomalia.

Por fim o ministro destacou a questão da prevenção e não da exterminação. O mesmo discorreu que o Ministério da Saúde homologou resolução do Plenário do Conselho Nacional de Saúde, na qual se atribui ao próprio ministério a responsabilidade de promover ações que visem à prevenção de anencefalia, disponibilizando ácido fólico na rede básica de saúde para acesso de todas as mulheres no período pré-gestacional e gestacional, além de garantir a inclusão de ácido fólico nos insumos alimentícios.

O Ministro Celso Mello julgou procedente a ADPF 54 ajuizada na Corte pela CNTS.

Assim como o ministro Gilmar Mendes, também destacou a importância do diagnóstico preciso por profissional apto, sem necessidade prévia de julgamento do Estado. Em seu voto, ele também endossou a proposta do ministro Gilmar Mendes no sentido de que

seja solicitada ao Ministério da Saúde e ao Conselho Federal de Medicina a adoção de medidas que possam viabilizar a adoção desse procedimento.

O último a votar, foi o então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Cezar Peluso, julgando totalmente improcedente da ADPF 54. Referido ministro frisou, o que ele chamou de “diferença abissal” entre este caso e a discussão sobre o uso de células tronco embrionárias em pesquisas. Para ele, no caso dos embriões não havia processo vital – ao contrário do feto anencéfalo, o qual, em seu entendimento, é portador de vida e, portanto, tem de ter seus direitos tutelados. O ministro lembrou, ainda, que a questão que envolve os anencéfalos deve ser analisada com “cautela redobrada”, diante da imprecisão do conceito, das dificuldades do diagnóstico e da falta de consenso em torno da matéria.

Do ponto de vista jurídico, Cesar Peluso afirmou que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta, tão somente, a eliminação da vida, “abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina”. Nesse sentido, para o Ministro, o aborto do feto anencéfalo é “conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica”. O princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “são limitados pela existência das leis”, e, nos casos tipificados como crime, não há, a seu ver, espaço de liberdade jurídica. Para ele, a discriminação que reduz o feto “à condição de lixo”, a seu ver, “em nada difere do racismo, do sexismo e do especismo”, retratam “absurda defesa e absolvição da superioridade de alguns sobre outros”.

Nas palavras do ministro:

...não é possível, reduzindo o diversificado círculo da humanidade, pensar o ser humano como entidade que só mereça qualificação jurídico-normativa de ser vivo, quando seja capaz de pleno desenvolvimento orgânico e social, de consciência e de interação. Sustento, agora, que todos os fetos anencéfalos – a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento – são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. Sintetizou-o, de forma didática, em raciocínio guiado de lógica irrespondível, LENISE MARTINS GARCIA: “o anencéfalo morre, e ele só pode morrer porque ele está vivo. Se ele não estivesse vivo, ele não poderia morrer.” (fls. 378)

Afirma que tem por insuficiente a analogia que se pretende estabelecer entre os momentos da chamada morte encefálica e do início da vida, sendo que a tentativa de aproximação não é adequada à anencefalia, por uma série de razões:

- (i) a morte encefálica caracteriza-se por “ser uma situação de prognóstico, de uma irreversibilidade em que não há respiração espontânea, inclusive”, o que não é o caso do anencéfalo;
- (ii) a audiência pública produziu resultados contraditórios e, como tais, inaproveitáveis, quanto à questão da existência de atividade e ondascerebrais no anencéfalo;
- (iii) é falsa a ideia de que o feto acometido de anencefalia não tenha encéfalo: “anencefalia é um termo que induz a erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a idéia de que anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”;
- (iv) a morte encefálica, diagnosticada para fins de transplante, mas que não tem aplicabilidade a fetos ou recém-nascidos, representa interrupção definitiva e irreversível do ciclo vital que chega a seu termo; já a condição da anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que chamamos vida. Destarte, sua evolução natural, posto que em direção à morte, não pode abreviada em nome das razões – estas, sim, legítimas em princípio - que autorizam a extração de órgãos no caso de genuína morte encefálica;
- (v) insisto, pois, na clara inconsistência, que já aponte, da “analogia com a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, porque aí se trata de hipótese em que se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de ‘morte encefálica’, mas para salvar a vida alheia. O símile não é adequado para a hipótese, em que ninguém sustenta a necessidade de permitir o aborto para salvar vida alheia.”

Afirma ainda que: “a definição legal de morte encefálica é só operacional, enquanto dirigida, pragmaticamente, a garantir aproveitabilidade de órgãos para fins imediatos de transplante. Não é, pois, conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação factual, nem isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico.

Segue dizendo não haver como, nem por onde cogitar, sem contraste ostensivo com o ordenamento jurídico, o resguardo à autonomia da vontade, quando esta se preordena ao indisfarçável cometimento de um crime.

Para mencionado ministro a conduta em questão transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena

capital ao feto anencefálico. E, nisso, atenta ainda contra a própria idéia de “um mundo diverso e plural.

Acrescenta que: “nesse quadro, é mal-avisada, se não imprópria, a remissão à liberdade de crença e de expressão religiosas, bem como ao caráter laico do Estado. A hipótese é de crime típico, que esta Corte não tem competência para abolir ou atenuar, muito menos sob tão débil quão especioso fundamento.”

O ministro faz ainda, a reflexão de que ninguém admitiria a matança de anencéfalos recém-nascidos (que, afinal, têm, de igual modo, pouca expectativa de vida) com a finalidade de poupar a mãe à carga de frustração, sofrimento, tortura psicológica, ou qualquer outro título pseudojurídico que se lhe atribua ao desagradável estado de espírito a respeito. Ninguém tem dúvida de que, sem surpresa nem espanto, o ato seria punido como homicídio ou infanticídio, sendo assim, entende estranho e repulsivo admitir tal ato contra a vida intrauterina, já que ambas as formas de vida guardam idêntico nível de dignidade não afastada pela diferença temporal.

Continua seu voto afirmando que de nada serviria a postura dogmática que, debaixo do pretexto da relatividade dos direitos constitucionais, pretende graduar o direito à vida com a régua impertinente de que, como, nos termos do direito positivo, o crime de homicídio tem pena maior que a prevista para o delito de aborto, então teria menor dignidade jurídico-constitucional a vida intrauterina, acrescenta que:

(...) O erro aqui é agravado e pouco sutil. As normas penais não valoram de modo diverso, na cominação de penas em cada tipo, o bem jurídico da vida em estado hipotético de violação, mas, sim, a reprovabilidade de cada conduta típica, segundo as modalidades e as circunstâncias da ação humana violadora. Cuida-se, aí, de nítida orientação de política normativo criminal, que em nada deprecia o eminente grau de dignidade e tutela que a Constituição da República reserva ao chamado direito à vida, que é, antes, o pressuposto ou condição transcendental da existência de todos os direitos subjetivos. Para vê-lo em toda a nitidez, basta atentar na própria figura do homicídio, cujas penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos, inerentes, por exemplo, às hipóteses de aumento ou diminuição, de qualificação, etc. A ninguém terá jamais ocorrido que, para o ordenamento jurídico, valha menos a vida de uma vítima de homicídio simples do que a de alguém morto em emboscada! Mas expressivo, ainda, é o caso o infanticídio (art. 123 do Código Penal), que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio (art. 121 do Código Penal), mas, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem isso

signifique, para a ordem jurídica, sobretudo a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.

Para o ministro Cezar Peluso é evidente que as deformidades das vidas intrauterinas não são novidade fenomênica. Novidade são hoje os métodos científicos de seu diagnóstico. A consciência jurídica jamais desconheceu a possibilidade de que de uma gravidez possa não resultar sempre nascimento viável. Afirma ainda que “(...) No instante em que o transformássemos [o feto anencéfalo] em objeto do poder de disposição alheia, essa vida se tornaria coisa (*res*), porque só coisa, em Direito, é objeto de disponibilidade jurídica das pessoas. Ser humano é sujeito de direito.”

Nesse sentido explica que o nascituro é sujeito de direito, anencéfalo ou não, gozando de proteção à vida como dispõe hoje o art. 2º do Código Civil, podendo ainda receber doação, tem direito a um curador quando lhe faleça o pai, sem que a mãe detenha o poder de família e ainda é legitimado a suceder. Acrescenta que a ínfima possibilidade de sobrevivência não é argumento para ceifá-la e que o bebê anencéfalo pode viver segundos, minutos, horas, dias, e até meses.

O ministro segue afirmando que a ausência dessa perfeição ou potência, embora tenda a acarretar a morte nas primeiras semanas, meses ou anos de vida, não é empecilho ético nem jurídico ao curso natural da gestação, pois a dignidade imanente à condição de ser humano não se degrada nem decompõe só porque seu cérebro apresenta formação incompleta. Para o referido ministro há muito tempo se abandonou a prática “ominosa sacrificar, segregar ou abandonar crianças recém-nascidas deficientes ou de aspecto repulsivo, como as disformes, aleijadas, surdas, albinas ou leprosas, só porque eram consideradas ineptas para a vida e improdutivas do ponto de vista econômico e social”.

Acrescenta, ainda, que falar em “morte inevitável e certa” chega a ser pleonástico, pois ela o é para todos. E mais:

Tamanha é a evidência de que tem vida o anencéfalo, que, se, uma vez nascido, for vítima de alguma agressão ou atrocidade, estará configurado o crime correspondente, seja homicídio, infanticídio, estupro, lesões corporais, etc.. Ninguém na posse de suas faculdades mentais ousaria reputar isentos de punibilidade tais atos de violência cometidos contra anencéfalo recém-nascido. Como legitimar-se, pois, a prática de condutas semelhantes contra o mesmo ser humano, antes do parto?

O que não cabe nem entra no raciocínio da arguente e, como tal, o torna inconclusivo, é o fato de a mãe não ter poder jurídico de disposição sobre o filho ou filha anencéfalos!

Sobre o atual estágio de diagnóstico da anomalia, o Ministro evidencia:

Ora, parecia-me, já antes das audiências públicas realizadas – e isso se confirmou depois – difícilíssimo, senão impossível, estabelecer, no plano de diagnóstico, distinção inequívoca entre a anencefalia e outras deformidades igualmente graves, talvez tão “incompatíveis com a vida extrauterina” quanto ela. O estado atual da ciência médica parece não ter condições de discernir, de forma absoluta, entre a anencefalia (também denominada, por segmentos científicos, de “holoanencefalia” ou “holoacrania”⁴³) e eventuais formas agudas de meroanencefalia.

...

Como concluiu, com argúcia, LENISE MARTINS GARCIA, “se a Marcela não foi considerada anencéfala, o problema é mais grave. Porque, se com ressonância magnética, se com tomografia de uma menina de mais de um ano, os médicos não chegam a um acordo sobre se ela é anencéfala ou não, como dirão que dentro do útero, com o ultra-som, eu tenho cem por cento de certeza se a criança é anencéfala?”

O ministro rechaça o argumento de que o sofrimento degrade a dignidade humana, em suas palavras:

“O sofrimento em si não é alguma coisa que degrade a dignidade humana; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. E o que o sistema jurídico não tolera não é o sofrimento em si, porque seria despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. Nem quero discorrer sobre o aspecto moral e ético - não me interessa - de como o sofrimento pode, em certas circunstâncias, até engrandecer pessoas, pois isso não releva à discussão do caso. Só quero lembrar que o sistema jurídico repudia, em relação ao sofrimento, apenas os atos injustos que o causem.

...

Mas a solução alvitrada, sobre apoiar-se nas impertinentes ideias de liberdade pessoal, inexistente quando se cuida da tipificação de crime, e de tortura, onde não há sofrimento injusto nem intencional, reflete apenas uma atitude individualista e egocêntrica, enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia, sobrepondo ao sentido ético de respeito, que o pacto pressuposto instaurador da civilização e da cultura consagrou à vida humana,

solicitações primitivas do princípio do prazer. Tal ansiedade, que, voltada para si mesma, depende da história e da conformação psíquicas de cada gestante, é exaltada, na proposta, em detrimento do afeto da piedade, da compaixão, da doação e da abnegação, que participam da dimensão de grandeza do espírito humano.

Próximo de finalizar seu voto, referido ministro afirma ser reconhecida a impossibilidade de aplicação analógica ou interpretação expansiva de normas limitadoras de excludentes de punibilidade, em restrição ou dano ao alcance da tutela constitucional garantida à dignidade da vida humana.

Por fim, o presidente do STF à época, ressaltou que não cabe à Corte Suprema atuar como legislador positivo, destacando que o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses que autorizam o aborto.

3.7. ABORTO E A RECENTE INTEPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EXARADA NO *HABEAS CORPUS* Nº 124.306, DE 29/11/16

Em recente decisão (29/11/2016), proferida nos autos do HC 124.306, seguindo o voto do Ministro Relator, Luís Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal excluiu do âmbito de incidência do crime de aborto a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, por entender violar diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. Vejamos parte do voto do relator:

Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPÇÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos.
2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução

criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação.

3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A

criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade.

4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria.

5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro;

(ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.

Por discordar da decisão do STF e entender que a Corte Suprema está usurpando os poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional, o presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia (DEM-RJ), anunciou em plenário na madrugada do dia 30 de novembro de 2016, que irá instalar uma comissão especial, com 34 membros titulares e igual número de suplentes, com o objetivo de rever a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal, sobre aborto, bem como toda e qualquer decisão do STF quando referido órgão “legislar no lugar da Câmara dos Deputados ou do Congresso Nacional”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A origem da dignidade humana se deu com o Cristianismo. Jesus Cristo nos ensinou que cada ser humano é único, precioso, insubstituível e proveniente do mesmo criador que lhe atribuiu sua essência divina e estabeleceu, para o próprio bem da humanidade, 10 (dez) simples mandamentos, dentre eles “Não Mataras”. Tais mandamentos foram resumidos por Jesus, em apenas 2 (dois): “Amar a Deus sobre todas as coisas e ao próximo como a si mesmo.”

Pois bem, a humanidade se apropriou do conceito Cristão de que cada ser humano é digno em si, mas o fez, contudo, à sua conveniência.

A dignidade da pessoa humana foi tão desvirtuada do conceito original, que, a exemplo do julgado em análise, bem como de outras tantas situações, como no caso do aborto decorrente do estupro e do aborto necessário, tal princípio se tornou fundamento para justificar a sentença de morte de outro ser humano, criando-se uma escala inconcebível de valoração da vida, atribuindo-se maior ou menor dignidade ao homem, de acordo com sua utilidade, do ponto de vista social e econômico, considerando o bem estar que ele possa ou não gerar à coletividade.

O Estado e os demais detentores do poder, utilizando-se de estratégias para gerir a vida humana e destiná-la a uma certa forma de viver e morrer, busca adestrar o indivíduo e docilizá-lo, se valendo de diversas instituições, tecendo uma grande rede de interesses.

Sob este enfoque, é certo que a permissão do aborto do feto anencefálico, utilizado, inclusive, como escada para se permitir, logo em seguida ao julgado em análise, o aborto de todo e qualquer feto, com ou sem problemas de formação, é muito interessante para um país capitalista como o Brasil, tendo em vista que a indústria do aborto é uma das maiores indústrias do mundo, a qual faz girar um capital quase que incomensurável na economia mundial. Percebe-se, de outro lado, interesses dos países desenvolvidos no controle da natalidade dos demais países, incluindo o Brasil, incentivando e investindo na prática do aborto, por entenderem que o crescimento populacional gera uma ameaça à economia das grandes potências mundiais, diante do iminente exaurimento dos recursos naturais dos país em desenvolvimento, como restou claro no Relatório “Kissinger”, assinado pelo Secretário do Estado dos Estados Unidos da América.

Pois bem, diante desse panorama, em que pese o esforço hercúleo da Suprema Corte, de buscar atenuar e justificar a prática abortiva, em uma decisão de quase 500 (quinhentas)

laudadas, nenhum argumento por ela aduzido foi capaz de respaldar, aos olhos deste mestrandu, a permissão para matar brutal e impiedosamente um ser humano, sobretudo, um bebê em formação (nascituro), tão frágil, indefeso e inocente.

É certo que o “ser” do nascituro encontra-se intimamente ligado com o “ser” de sua mãe, só podendo, neste período, subsistir em unidade física com ela, no entanto, tal fato não elimina a sua alteridade e não permite negar, que ele possui um próprio ser-em-si-mesmo, que contrapõe o próprio querer da sua genitora e experimenta o oposto à liberdade desta.

É certo, outrossim, que mesmo depois de nascida, a criança continua a depender de um outro ser para com ela. Pode-se afirmar, inclusive, que o “ser com outro” é característica também dos adultos, o que equivale dizer que o homem não subsiste em total liberdade, sinônimo de isolamento, inclusive, pela necessidade de preservar a si mesmo, ou seja, a própria espécie humana. Assim, a dependência do feto à mãe representa uma dependência que todo ser humano tem do outro, o que não faz de ninguém propriedade alheia e não permite a esse outro, o direito de disposição de sua própria vida ou da vida do seu semelhante.

A própria limitação existente no corpo e na mente humana impõe restrições ao homem, que, por sua vez, não é onipotente e onipresente, embora queira ser, para tudo ter, sem depender de nada nem de ninguém, em uma idolatria de si próprio.

O homem se destrói, na medida que se afasta da verdade, se rebelando contra seus semelhantes, em uma contradição consigo mesmo.

Com isso, resta evidente que a liberdade está ligada a uma medida, que é a medida da realidade. A liberdade para a destruição de si mesmo ou para a destruição do outro, não é liberdade, uma vez que a liberdade é compartilhada, só existe liberdade na co-existência de pessoas e de liberdades, as quais se limitam mutuamente, bem como se sustentam mutuamente.

Um mundo onde se é permitido destruir a vida alheia, está fadado à ruína, tendo em vista a certeza de que a essencial função da humanidade é favorecer a existência e não o contrário.

A mulher que recebera o Dom Divino de gerar a vida, não dispõe do poder maléfico de destruí-la. A liberdade pessoal, a qual não é absoluta e como tal não pode sobrepor ao direito de liberdade alheio, não deve prevalecer quando se está diante da prática de um crime, no caso o aborto, crime este, que não só aniquila toda liberdade, igualdade e dignidade do feto, como também sua própria vida.

Desde a concepção até a vida adulta, passamos por diversas fases do desenvolvimento, mas em todas elas trata-se do mesmo indivíduo que, continuamente, se auto-constrói e se

auto-organiza. Por ser o ciclo do desenvolvimento humano um longo percurso, não se pode perder a visão do todo.

Criou-se, propositadamente, para sustentar atrocidades como esta, uma mentalidade de que o ser humano não deve sofrer; de que a vida pode ser relativizada e o ser humano coisificado; que os fins justificam os meios; que a mulher deve, ao invés de se unir, competir com o homem; que só importa aquilo e aquele que é útil e só é útil o que dá prazer, gera e gira riqueza; que “o outro” é objeto de prazer; que alguns podem ser superiores aos outros; que a religião entorpece; que o ser humano é autossuficiente; que Deus não existe ou se existe, seus mandamentos não precisam ser obedecidos; que liberdade não tem limites e que a felicidade é um fim e não uma consequência.

O aborto de anencefálicos é crime previsto no Código Penal, que a Suprema Corte não tem competência para abolir ou atenuar, vez que o Supremo Tribunal Federal só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de retirar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição, não podendo inová-lo, como se fossem parlamentares eleitos.

No caso em análise, se o legislador assim o desejasse poderia ter alterado a legislação para permitir o aborto dos fetos anencefálicos, o que não foi feito até o momento.

Mesmo se, ao contrário do que penso, considerar-se constitucional o aborto necessário ou terapêutico, eles não legitimam o aborto dos fetos anencefálicos, posto que, embora a maioria dos Ministros da Suprema Corte diga o contrário, tal aborto ou antecipação terapêutica do parto, como se preferiu chamar, trata-se, em verdade, do velho crime de aborto eugenésico e que muito se assemelha com a eugenia nazista, ora revestida com um belo discurso sobre a dignidade da mulher.

A denominação poética de antecipação terapêutica do parto é uma falácia, uma vez que não se “antecipa” o parto, o que se dá é o assassinato do feto, então vivo, e sua retirada forçada do ventre materno, jogando-o, literalmente, no lixo. Para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, assim sendo, não importa o fato dos ministros terem dado um nome diferente para a prática abortiva. Se com o aborto o anencefalo morre, só pode morrer quem está vivo.

É certo que à época da promulgação do Código Penal e de suas reformas já existiam métodos para detectar degeneração fetal, ainda que não tão avançados como os atuais, como, por exemplo, o exame do líquido amniótico, que já se encontra a longa data à disposição da Medicina. Ainda assim, o legislador de então, não entendeu por “descriminalizar” esta prática

de aborto, assim como o legislador de hoje também não. Ressalta-se, inclusive, que ainda nos dias atuais, com todos os aparatos tecnológicos, a medicina não conseguiu estabelecer um diagnóstico conclusivo no caso da Menina Marcela, que, mesmo depois de nascida, com um ano e oito meses de vida e após realizar vários exames, a exemplo da tomografia, não se identificou, com certeza, se ela era acometida ou não de anencefalia.

Destaca-se, ainda, que a técnica hermenêutica utilizada pelo STF no presente julgado, só é legítima quando existe um espaço de decisão, não se admitindo jamais uma exegese *contra legem*, assim diante de uma lei cujo texto e sentido é claro e inequívoco, como é o caso do aborto, a nenhum julgador é permitido dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição.

Houve no caso concreto uma usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional. Assim, não é lícito ao Supremo Tribunal Federal, a qualquer pretexto, inclusive de empreender interpretação conforme a Constituição, agir como legislador positivo, criando normas legais, inovando no ordenamento jurídico em decisão ativista.

Há diversos dispositivos legais em vigor que resguardam a vida intrauterina, sobretudo, o Código Civil, que, no artigo 2º, põe a salvo, “desde a concepção”, os direitos do nascituro. O nascituro pode, por exemplo, receber doação, desde que aceita por seu representante legal (art. 542 do Código Civil), tem direito subjetivo a curador, quando lhe faleça o pai, sem que a mãe detenha o poder de família (art. 1.779, caput, do Código Civil). É ainda legitimado a suceder, quando já concebido no momento da abertura da sucessão (art. 1.798 do Código Civil). O que significa ser sujeito de direito, não devendo ser tratado como coisa ou objeto.

Importa ressaltar que a morte inevitável ou certa, bem como, a pequena expectativa de vida, não podem servir de fundamento para retirar a vida de qualquer pessoa. Até porque, morte inevitável e certa, chega a ser pleonástico, pois ela o é para todos.

Outra questão a ser ressaltada é o fato de que morte encefálica e anencefalia serem termos distintos, vejamos:

a- A morte encefálica é caracterizada por ser uma situação de prognóstico, de uma irreversibilidade em que não há respiração espontânea, diferentemente da anencefalia;

b- Ainda não se chegou até o momento, a uma conclusão quanto à questão da existência de atividade e ondas cerebrais no anencéfalo;

c- é falsa a ideia de que o feto acometido de anencefalia não tenha encéfalo: anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroanencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”;

d- a morte encefálica, diagnosticada para fins de transplante, representa interrupção definitiva e irreversível da vida, que chega a seu termo; já a condição da anencefalia integra, ainda que brevemente, o processo contínuo e progressivo a que se chama vida.

e- a autorização do aproveitamento de órgãos, em caso de morte cerebral, quando se sacrificam certos órgãos de alguém que teve o que a lei e os cientistas chamam de ‘morte encefálica’, não tem nada que ver com o caso em questão, posto que a lei não permite o aborto para se retirar órgãos.

A definição legal de morte encefálica é direcionada para garantir o aproveitamento de órgãos para transplante. Não é, assim, conceito normativo suscetível de aplicação a qualquer situação, bem como não é isento de críticas no plano científico e, muito menos, no próprio âmbito jurídico.

Ninguém admitiria a execução de anencéfalos já nascidos. Certamente quem o fizesse seria condenado ou por infanticídio ou por homicídio. Ora, esse bebê não tem mais dignidade do que o feto só por ter nascido, ou seja, por ter alguns dias de vida a mais que o nascituro.

É equivocada a visão de que as normas penais valoram de modo diverso a vida de acordo com o tempo de duração ou idade. No homicídio, por exemplo, as penas variam em função de diversos fatores objetivos e subjetivos. O infanticídio, que, em termos de sacrifício do bem jurídico tutelado, em nada difere do homicídio, em razão de condições subjetivas especialíssimas (estado puerperal da mãe), tem pena em abstrato consideravelmente mais branda, sem que isso signifique, para a ordem jurídica, sobretudo, a constitucional, que a vida do infante valha menos do que a de qualquer outra pessoa.

Frisa-se, que o sofrimento em si, um dos argumentos utilizados para permitir o aborto em questão, não degrada a dignidade da mulher; é elemento inerente à vida humana. O remorso também é forma de sofrimento. Seria um despropósito que o sistema jurídico tivesse a absurda pretensão de erradicar da experiência humana as fontes de sofrimento. E mais, se a mãe encontra-se tão abalada psicologicamente, conclui-se que ela não está em condições de, racionalmente, tomar uma decisão tão grave e irreversível como esta, que colide com os interesses do hipossuficiente por ela concebido, o que retira, também sob este enfoque, toda legitimidade de sua decisão, caso esta seja contrária à vida do bebê (nascituro). Inclusive, o Código de Processo Civil no seu art. 72, I, prevê que, quando há conflito de interesses entre

um incapaz e seus representantes legais, será nomeado curador especial para defender o interesse deste hipossuficiente.

É certo, a título de exemplo, que um filho usuário de drogas, estuprador ou homicida, gera muito sofrimento à mãe, contudo, esta ou a própria vítima, não estão legitimadas a matá-lo, a demonstrar que nenhum sentimento, negativo ou positivo, serve como justificativa para sentenciar à morte um criminoso e, muito menos, para matar um inocente.

Assim sendo, o julgado em análise não está em consonância com as normas pátrias, sobretudo, a Constituição Federal. Tal julgado encontra-se lastreado por uma ética utilitarista que, do ponto de vista deste mestrando, colide com a própria preservação da espécie humana.

Importa ressaltar que, independentemente de crença, raça, status, nacionalidade ou religião, bem como de garantias e previsões legais ou constitucionais, a vida deve ser defendida e preservada, pois ela antecede a qualquer instituto, pensamento, sentimento ou ação humana e é o pressuposto da existência destes, assim como é o pressuposto da existência deste mestrando e daquele que se deu o trabalho de ler esta humilde dissertação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. O poder Soberano e a vida nua: Homo Sacer. Lisboa: Editorial Presença, 1998.

ALMEIDA, Guilherme Assis de; BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Curso de filosofia do direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2004. (Capo 14: Kant: criticismo e deontologia).

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

AMADO, Madalena da Conceição. O utilitarismo em John Stuart Mill. Maputo, 2010. Monografia (Gestão de Recursos Humanos e Ética) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade São Tomás de Moçambique. Maputo, 2010.

ANDALRAFT NETO, Jorge. Anencefalia: Posição da FEBRASGO. 2007. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acessado em: 01 de Junho de 2016.

ANDRADE, José Carlos Vieira. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1987.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução: Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

BENTO, Luis Antonio. Bioética: desafios éticos no debate contemporâneo. São Paulo: Paulinas, 2008.

BÍBLIA. Português. Bíblia Sagrada. Edição Pastoral. São Paulo: Sociedade Bíblica Católica Internacional e Paulus, 1990.

BLACKBURN, Simon. Dicionário Oxford de Filosofia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BLAKISTON. Dicionário Médico. 2. Ed. São Paulo: Organização Andrei, 1982.

BOBBIO, Noberto. Liberdade contra poder, in Liberalismo e Democracia; tradução Marcos Aurelio Nogueira, São Paulo, Ed. Brasiliense, 2000.

_____. Igualdade e Liberdade. 3. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. História constitucional do Brasil. São Paulo: Paz e Terra, 1991.

_____. Curso de Direito Constitucional. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 4ª ed. ref. atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgada em 12 de abril de 2012, publicada em 30 de abril de 2013.

BRASIL. Constituição Federal, promulgada em 05 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm Acessado em: 12 de Abril de 2016.

CAMARGO, Caroline Leite de. Dignidade humana e a ciência: a proteção da vida em conflito. Revista EM TEMPO - Marília - v. 12 – 2013.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. A efetivação dos direitos fundamentais através do processo coletivo: o âmbito de cognição das políticas públicas pelo poder judiciário. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 4. ed. Coimbra (Portugal): Livraria Almedina, 2000.

CAPELLETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1993. No mesmo sentido: ARNAOUTOGLOU, Ilias. Leis da Grécia Antiga. São Paulo: Odysseus, 2002.

CARSTEN, Bäcker. Regras, Princípios e Derrotabilidade. Revista Brasileira de Estudos Políticos. Belo Horizonte, n.º 102, 2011.

CARONE, Edgard. O estado novo (1937-1945). Rio de Janeiro: Dfel, 1976.

CHAVES, Antônio. Direito à Vida e ao Próprio Corpo (intersexualidade, transexualidade, transplantes). 2ª ed. revista e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

CHEVALIER, Jean Jacques. As grandes obras políticas de Maquiavel a nossos dias. Trad. Lydía Cristina. 8.ed. Rio de Janeiro: Agir, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CYPEL, Saul; DIAMENT, Aron Judka. Malformações cerebrais. Rio de Janeiro: Guanabara-Koogan, 1977.

DELEUZE, Gilles. Conversações. Tradução de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro: Editora 34, 1992.

DEL PRIORE, Mary. Ao sul do corpo: condição feminina, maternidades e mentalidades no Brasil Colônia. Rio de Janeiro: José Olympio. Brasília, DF: Edunb, 1993

FACHIN, Luiz Edson. Apresentação. In: CORTIANO JÚNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (Coords.). Apontamentos críticos para o direito civil brasileiro contemporâneo: anais do projeto de pesquisa virada de copérnico. Curitiba: Juruá, 2009.

FEBRASGO, apud Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia, 2004, p. 104, 105. Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia. Anencefalia e Supremo Tribunal Federal. Brasília: Letras Livres, 2004. COSTA JR, Paulo José da. Aborto: eugênico ou necessário? Disponível em: www.geocities.com/CollegePark/Lab/7698/dp35.htm, Acesso em: 17 de maio de 2016.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986.

FERREIRA, Alice Teixeira. A Origem da vida do ser humano e o aborto . Biodireito-medicina (online). Disponível em: Biodireito-medicina/Artigos. Acessado em 20/01/2016.

FOUCAULT, MICHEL. O nascimento da medicina Social in: Microfísica do Poder. Organização e tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

_____. Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France; tradução Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. Segurança, território, população: curso dado no Collège de France (1977-1978). Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. História da Sexualidade: a vontade de saber. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

_____. Doença mental e Psicologia. Traduzido por Lilian Rose Shalders. Rio de Janeiro. 1975.

Disponível em: <<http://ir.nmu.org.ua/bitstream/handle/123456789/131638/5174ee58a95d324b833826602ef78d5.pdf?sequence=1>>. Acesso em 10/11/2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; RODOLFO, Pamplona Filho. Novo Curso de Direito Civil, parte geral. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

GALEOTTI, Giulia. História do aborto. Coimbra: Edições 70, 2007, p. 21.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. Direitos humanos e bio-poder. Anais... XIV Encontro Preparatório para o Congresso Nacional de CONPEDI, 2006: A construção do saber jurídico no século XXI. Florianópolis, Santa Catarina: Fundação BOITEUX, 2005.

GOMES, Luis Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4jun. 2009 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 02 Junho de 2016.

GORFF, Paulo Vargas. Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira. Brasília a 45: Rill, 2008, N. 178.

HARDT, Michael; NEGRI, Antônio. Império. Rio de Janeiro: Record, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2010.

Hottois, Gilbert. & Jean Noël. Bioéthique. Missa. Nouvelle encyclopédie de bioéthique. Bruxelles: De Boeck, 2001, p. 124-126. Disponível em: <<http://www.ghente.org/bioetica/>>. Acesso em: 17/05/2015.

HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno. Comentários ao Código Penal. V.V. Rio de Janeiro: Forense, 1979, pp. 270-271.

JOSAPHAT, Carlos. Ética mundial: esperança da humanidade globalizada, p. 397.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos*. São Paulo: Martin Claret: 2004.

_____. *Crítica da Razão Pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

_____. *Crítica da Razão Prática*, 1994.

KOJÈVE, Alexandre. *Introdução à leitura de Hegel*. Rio de Janeiro: Contraponto: EDUERJ, 2002.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

LEÃO JÚNIOR, Teófilo Marcelo de Arêa. MORGATO, Melissa Cabrini. *Clonagem humana, um dano aos princípios constitucionais que orientam o Estado Democrático e Social de Direito*. In: *Estudos sobre direitos fundamentais e inclusão social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. Dirceu Pereira Siqueira e José Roberto Anselmo (organizadores). Birigui-SP: Boreal Editora, 2010.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

LIMA SOBRINHO, Barbosa. *O direito e a constituição de 1946*. In: BALEEIRO, Aliomar; LIMA SOBRINO, Barbosa. *Constituições brasileiras: 1946*. Brasília: Senado Federal, 2001.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2001.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Ensaio acerca do entendimento humano; Segundo tratado sobre o governo*. Trad. de Anoar Aiex. 2ª ed., São Paulo: Abril Cultural, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de processo civil: teoria geral do processo*, v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Como se faz um aborto*. <http://www.portaldafamilia.org/scpainel/cart015.shtml>. Acessado em 06 de junho de 2017.

MARTINS, Flademir Jerônimo Belinati. Dignidade da pessoa humana. Curitiba: Juruá, 2003.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Jesus Cristo e os Direitos Humanos, 2008. Artigo Portal Jurídico Investidura, Florianópolis, SC. Disponível em: <http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/filosofia-do-direito/1541-jesus-cristo-e-os-direitos-humanos>. Acessado em 02 de Junho de 2016.

MAUER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana ou pequena fulga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). Dimensões da Dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MATIELO, Fabrício Zamproga. Aborto e o Direito Penal. 3. edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MATOS, Fernanda Patrícia Lopes. Aborto: liberdade de escolha ou crime. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 2008.

MINGATI, Vinicius Secafen; GOES, Winnicius Pereira; COSTA, Ilton Garcia. The Anencephalic Fetus Abortion and the Constitutional Issue. Revista Brasileira de Crescimento e Desenvolvimento Humano (Impresso), v. 22(2), p. 133-141, 2012.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. São Paulo: Editora Atlas, 2002, v. 1.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 1998.

MODUGNO, Franco. "I nuovi diritti nella Giurisprudenza Costituzionale". Torino, G. Giapicheli Editore, 1995.

MORAES, Maria Celina Bodin. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MUZUR, Amir; SASS Hans-Martin. Fritz Jahr and the foundations of global bioethics: the future of integrative bioethics. Munster: Lit Verlag; 2012.

NALINI, José Renato. *Ética geral e profissional*. São Paulo: RT, 1999.

NACIR, Alcino Manuel. A concepção do utilitarismo segundo John Stuart Mill. Maputo, 2010. Monografia Científica (Recursos Humanos) - Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade São Tomás Moçambique. Maputo, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. Código penal comentado. 10. ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2010.

NUNES, Silvia Alexim, O corpo do diabo entre a cruz e a caldeirinha: um estudo sobre a mulher, o masoquismo e a feminilidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

ORGAZ, Alfredo. *Personas Individuales*. Buenos Aires (Argentina): Editorial Depalma, 1947.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. Teoria Política do Processo Civil. A objetivação da Justiça Social. Curitiba: J. M. Editora, 2011.

PAULO II, João. *Evangelium Vitae*, n. 34.

PEREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1995.

Pontifício Conselho para a Família. *Lexicon: termos ambíguos e discutidos sobre família, vida e questões éticas*, p. 192

PORTAL DA FAMÍLIA, por Matthew Cullinan Hoffman, 2008. Disponível em: <http://www.portaldafamilia.org/artigos/artigo709.shtml> Acessado em 30 de Maio de 2016.

Portela, Fábio. O aborto como direito fundamental, 2010. Em: <http://www.bulevoador.com.br/2010/10/o-aborto-como-direito-fundamental/> Acessado em: 08 de Junho de 2016.

POTTER, Van Rensselaer. *Bioethics, science of survival*. Persp Biol Med.v. 14, 1970.

_____. *Bioethics. Bridge to the Future*. Englewood Cliffs (NJ): Prentice Hall, 1971.

_____. Science, religion must share quest for global survival. *The Scientist*, 1994.

REICH, Warren Thomas. The Birth of biotech. Suplemento especial do *Hastings Center Report*, v. 23, n. 6, 1993. In: RODRIGUES, M. R. J. B. *Biodireito. Alimentos transgênicos*. 1. ed. São Paulo: Lemos e Cruz, 2002. p. 54.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *República e federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. *O direito à vida digna*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

ROSEVALD, Nelson. *Dignidade humana e boa-fé no código civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RUIZ, Thiago. O direito à liberdade: uma visão sobre a perspectiva dos direitos Fundamentais. *Revista de Direito Público, Londrina*, v. 1, n. 2, p. 137-150, MAIO/AGO. 2006.

Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. *Donum Vitae*, Introdução, n. 5

Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Documentos publicados desde o Concílio Vaticano II até nossos dias (1965-2010). Declaração sobre o aborto provocado III, n. 12-13.

SANTOS, José Eduardo Lourenço dos. O surgimento do biopoder, os avanços tecnológicos e o controle social. *Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil*, n. 25. p. 87-114.

_____. Direito penal, derrotabilidade e princípio da insignificância. *RJLB*, Ano 2 (2016), nº 3.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 7. e 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. 8ª ed. rev. atual, e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, Adriano Corrêa. O magistério católico e a defesa da vida humana na sua origem, à luz do dado científico, *Revista de Cultura Teológica* - v. 19 - n. 76 - OUT/DEZ 2011.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. Rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, v. 798, 2002.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. *Direitos Fundamentais*, ed. Atlas, 2010.

SGRECCIA, Elio. *Manual de Bioética – I: fundamentos e ética biométrica*, 2009.

SHEWMON, Alan. *Anencephaly: selected medical aspects*. New York: Hastings Center Rep, 1988.

SOUZA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito Geral de Personalidade*. Coimbra (Portugal), 1995.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Ed. Livraria do advogado, 2001.

TERRUUEL, 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.

TEPEDINO, Gustavo. *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil – constitucional Brasileiro in Temas de Direito Civil / Gustavo Tepedino (coordenador)*. 3. ed.. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOURAINÉ, Alain. *O que é a democracia*. Rio de Janeiro (Petrópolis): Vozes.

VALLS, Álvaro Luiz Montenegro. *O Que é Ética*. Coleção Primeiros Passos. Editora Brasiliense, 1994. nº 177. ISBN 85-11-01177-3.

VASCONCELOS, Fernando Andreoni. *Hermenêutica jurídica e derrotabilidade*. Curitiba: Juruá, 2010.

VÁSQUEZ, Adolfo Sanchez. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1989.

_____. *Ética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

VEIGA-NETO, Alfredo. *Foucault e a educação*. Belo Horizonte: Autêntica, 2003.

VIEIRA, Humberto Leal. *Aspectos Políticos do Aborto no Brasil*. 2015. Em <http://www.acidigital.com/vida/aborto/aspectosp.htm>. Acessado em: 08 de junho de 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2006.