

UMA REFLEXÃO SOBRE A ADPF 54 - *A CONDIÇÃO JURÍDICA DO ANENCÉFALO*

*Alfredo de J. Flores **

Introdução. 1. Apresentação da ADPF 54; 2. O problema da interpretação constitucional; 3. Método utilizado; I. Explicação do caso; I.1. Instâncias do debate atual sobre o status do anencéfalo; a. A petição inicial da ADPF 54; 1. A caracterização da ADPF 54; 2. A argumentação na petição inicial da ADPF 54; b. A apreciação da liminar sobre a ADPF 54 e o juízo de admissibilidade; 1. A justificação da decisão da liminar pelo Ministro relator; 2. O parecer do representante do Ministério Público; 3. A cassação da liminar no pleno do Supremo Tribunal; 4. O juízo de admissibilidade da ADPF 54 no Supremo Tribunal; I.2. Repercussões do debate em outras instâncias; a. Decisões de Conselhos federais no tema; b. Reflexos diretos na sociedade civil; II. Visão crítica; II.1. Análise desde o enfoque prático-jurídico; 1. O princípio ético em questão; 2. O equívoco de percepção da realidade na ADPF 54; 3. As críticas necessárias; 4. Referências a analogias do discurso 'personista'; II.2. Análise desde o enfoque técnico-jurídico; 1. O princípio técnico em questão; 2. O problema da técnica na ADPF 54; 3. As críticas necessárias; 4. Questões técnicas sobre a ADPF; II.3. Análise desde o enfoque teórico-jurídico; 1. O princípio teórico em questão; 2. O modelo teó-

rico equivocado da ADPF 54; 3. As críticas necessárias; 4. Questões teóricas sobre a ADPF; Conclusão. 1. Equívocos na ADPF 54 e suas repercussões; 2. Conclusões finais; Bibliografia utilizada.

Introdução

1. Apresentação da ADPF 54

O fato mais relevante nas últimas disputas judiciais no país, e que também tem sacudido a opinião pública brasileira, é sem dúvida a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) nº 54, que foi apresentada em junho de 2004 diante do Supremo Tribunal Federal tratando de uma difícil questão, a existência ou não de um status jurídico do anencéfalo.

Com efeito, é mister recordar que a ADPF é uma ação que pertence à jurisdição constitucional¹, ou seja, a citada ação estaria enquadrada no tipo daquelas ações que se procedem diante da Corte Maior do país, tendo, por essa razão, uma repercussão na totalidade da realidade jurídica nacional.

Tendo em conta esses aspectos mais gerais do instituto, é preciso apontar que a ADPF 54 é uma demanda judicial em que se solicita ao Supremo Tribunal Federal a interpretação segundo a Constituição brasileira de 1988 no que se refere aos artigos do Código penal de 1940 que definem o aborto. O que está sendo questionado nesta ação, segundo a opinião de seus defensores, é a negativa, por parte dos tribunais do país, de poder efetuar a antecipação do parto de um feto que sofra de anencefalia porque tal ato seria qualificado como prática abortiva, segundo as disposições deste Código penal que tipificam o aborto.

A partir disso, é possível constatar que o eixo central do debate gira em torno do valor da vida do anencéfalo e o reconhecimento ou a negação de seus direitos. De fato, a Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, a autora da citada arguição, possui a postura absolutamente contrária ao reconhecimento da personalidade jurídica dos fetos anencéfalos.

Por isso, na petição inicial da ADPF, o representante legal da autora apresenta o seu ponto de vista sustentando que existiria uma violação de preceitos fundamentais da Constituição brasileira nas decisões judiciais que negam a antecipação de parto de fetos anencéfalos. Para tanto, inicia sua argumentação fazendo uma 'nota prévia', acentuando que dita antecipação de parto, que enten-

de ser 'terapêutica', não poderia ser equiparada a um aborto. Por causa disso, continua o seu raciocínio com uma explicação sobre tal hipótese que se discute, na qual frisaria que esse anencéfalo possui uma anomalia que o impediria de poder exercer as funções superiores do cérebro, que seriam a consciência, a vida de relações, a comunicação, a emotividade, entre outras. Em consequência, anota que o anencéfalo não 'vive' realmente, pois terá sua inevitável morte no ventre materno ou logo após o parto; com isso, surge a opção de antecipar o parto para livrar a mãe de um 'perigo' para sua saúde.

2. O problema da interpretação constitucional

Refletindo sobre isso, vale a pena ressaltar que o assunto sobre a antecipação do parto de anencéfalo já foi discutido na Argentina, tanto em debates no âmbito judicial, sendo abordado até pela Corte Suprema de Justiça daquele país, como na legislação pertinente à Cidade Autônoma de Buenos Aires, que possibilitou essa antecipação. O debate neste último âmbito resultou na aprovação de uma lei que resultou favorável a tal antecipação de parto ².

O problema somente agora começou a ser discutido no Brasil, mas partindo de uma perspectiva distinta. Com efeito, o foro e as circunstâncias nas que se desenvolve o debate no país revestem certas particularidades. O mecanismo processual utilizado é de hierarquia constitucional, daí a intervenção do Supremo Tribunal Federal. Não se deve perder de vista ainda a relevância da decisão adotada por dito tribunal, considerando que revestirá efeitos de lei. Além do mais, deve-se ponderar igualmente que o problema é de interpretação constitucional, sendo que nesse caso não seria simplesmente material, mas igualmente processual, tendo em vista as relevantes repercussões que podem advir das decisões tomadas na ação.

Neste sentido, uma análise exaustiva do assunto demandaria uma abordagem que partisse de várias perspectivas, não devendo restringir-se ao aspecto meramente técnico, associado usualmente ao âmbito judicial. Tendo em conta a gravidade do tema tratado na ADPF, é imperativo aproximar-se do debate desde um ponto de vista tanto prático como teórico, atendendo respectivamente à preocupação pelos 'bens' e pela 'verdade' no citado caso.

Tendo em conta que a interpretação constitucional deve respeitar determinados critérios objetivos que não se resumem ao técnico-jurídico, mas que também se referem à Filosofia jurídica e à Ética, para completar a análise da questão, fica estabelecido que o estudo aqui apresentado terá por objetivo mostrar que a demanda da ADPF 54 possui vários problemas, que podem ser vistos segundo os enfoques que trabalharemos. Assim, pode-se citar como questões: (i) o não-reconhecimento da 'personalidade' do anencéfalo, (ii) o uso er-

rôneo de instrumentos do processo e (iii) a notória defesa de uma visão que nega a percepção do 'bem' segundo a moralidade.

3. Método utilizado

Apresentado esse debate, com algumas de suas circunstâncias particulares, seria necessário ainda definir o critério para a análise da questão. Nesse sentido, o estudo se dividirá em duas partes: a primeira, versando sobre a exposição do caso, e a segunda, que apresentará uma visão crítica do mesmo. Por sua vez, esta última parte se subdivide em três seções, que correspondem aos já mencionados três níveis de apreciação: (i) o nível prático-jurídico, que estará centrado no debate sobre a percepção do 'bem' como fundamento de toda apreciação das relações humanas; (ii) o nível técnico-jurídico, em que será avaliada o caráter instrumental do mecanismo processual que foi empregado e a "propriedade" dos argumentos apresentados; e (iii) o nível teórico-jurídico, em que se aprofundará a análise dos fundamentos teóricos das posições adotadas nesse tema.

1. Explicação do caso

Em primeiro lugar, não se pode perder de vista que o debate se desenvolve desde dois planos: por um lado, sua repercussão nas instâncias institucionais e, por outro lado, diretamente na sociedade.

1.1. Instâncias do debate atual sobre o status do anencéfalo

O plano referido às instâncias institucionais compreenderia fundamentalmente o âmbito judicial, plasmando-se na demanda apresentada nesta ADPF e na solicitação de uma liminar.

a. A petição inicial da ADPF 54

A análise da petição inicial da ADPF consiste basicamente na avaliação de suas características próprias como instituto e nos argumentos apresentados nesta demanda.

1. A caracterização da ADPF 54

Como instrumento de processo constitucional, a *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental* (ADPF) foi instaurada a partir do art. 102 § 1º da Cons-

tituição nacional de 1988, sendo regulada pela Lei nº 9.882 de 3 de dezembro de 1999. Nessa lei, estabeleceu-se que essa ação deve ser interposta ante o Supremo Tribunal Federal tanto para evitar ou reparar lesão a preceitos fundamentais que resulte de atos do Poder público (art. 1º, *caput*), como para dirimir contendas constitucionais a respeito de leis ou atos normativos da esfera pública, incluindo ainda o caso daqueles que eram anteriores à Carta constitucional de 1988 (art. 1º, § único, I) ³.

O caso específico em estudo é uma ação judicial iniciada no dia 16 de junho de 2004, apresentada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores de Saúde, sua autora, em que se solicitava ao Supremo Tribunal Federal que definisse a interpretação segundo a Constituição brasileira de 1988 naquilo que diz respeito aos artigos do Código penal de 1940 que tipificam o aborto. Segundo o que já foi apontado antes, na petição inicial se asseverou que os tribunais inferiores negavam a antecipação do parto de anencéfalo porque tal ato seria considerado como prática abortiva, em consequência, ilegal.

Em vista disso, entende que tais artigos do Código penal não incidiriam sobre a prática de antecipação de parto e, por isso, solicita a declaração de inconstitucionalidade de tal aplicação normativa penal pelos tribunais nos citados casos.

Não se pode deixar de lembrar que o citado debate, que somente agora chega ao cume da estrutura jurisdicional brasileira, já se havia apresentado em outras instâncias judiciais, tanto no nível estadual como no federal ⁴, mas não tendo a mesma repercussão que se observa na ADPF aqui retratada. De qualquer maneira, é perceptível que há uma disparidade de opiniões sobre o tema, sendo visível nas peças processuais e nas decisões das ações, considerando ainda a dificuldade de sopesar os interesses que estão em jogo, ou seja, a situação psicológica da mãe e a condição biológica própria do feto anencéfalo, com sua deficiência.

2. A argumentação na petição inicial da ADPF 54

Considerando o que foi mencionado antes e entrando no âmbito da interpretação constitucional, pode-se constatar a relevância de uma perspectiva inicial, a natureza do instrumento processual empregado na jurisdição constitucional, a ADPF. Neste aspecto, seria importante realçar a amplitude do alcance da repercussão dessa ação, pois a sua sentença pode gerar efeitos *erga omnes* ⁵, que vinculam todos os casos semelhantes. Em outros termos, esse aspecto técnico do instrumento processual define alguns fatores para averiguação do tema, como o relativo às preliminares de legitimação ativa e pertinência do as-

sunto, que devem ser avaliadas nesse caso, sendo apreciadas no momento em que se julga desde um ponto de vista concreto. Com tais efeitos, é de ressaltar-se o perigo de uma decisão sobre um assunto de tal gravidade e relevância moral, como esse discutido na ADPF 54, sem observar todos os elementos que estão implicados.

Também se solicita na inicial a suspensão, por meio de liminar, da continuidade de processos semelhantes em outras instâncias e ainda dos efeitos de decisões judiciais fundadas nos artigos do Código penal que foram questionados na ação, por representar a antecipação dos efeitos da sentença que concluirá a contenda em questão. A suspensão citada é uma característica própria das ações constitucionais que manifestam o controle de constitucionalidade. Aqui igualmente, seria mister recordar que o critério processual se encontra dentro de um contexto de definir peremptoriamente os casos relativos à vida do feto anencéfalo, em que tal suspensão pode ser favorável ao nascituro, mas é preciso também resguardar os seus direitos.

Por outro lado, em termos materiais, nota-se que o núcleo da controvérsia reside no reconhecimento do direito à vida do feto com anencefalia no Direito constitucional brasileiro. Isto é, a questão de reconhecer ou não que o feto anencéfalo é 'pessoa' e, por conseguinte, que o direito à vida lhe é ou não inerente segundo a sua natureza.

Para a autora, o anencéfalo possui uma anomalia que o impede de poder exercer as funções superiores do cérebro, de onde não teria 'vida' humana; por essa razão, ela entende a antecipação do parto como 'terapêutica', sem corresponder à tipificação penal de aborto. Importa lembrar que a posição da autora da ADPF é que a 'inevitável' morte do feto anencéfalo seria um dado relevante na discussão sobre a antecipação do parto do feto. Daí que a tônica da arguição em questão se concentraria num argumento, de que existiria uma tensão entre a potencialidade da vida do anencéfalo e a liberdade da mãe, que é considerada mais importante pela autora. A julgar pela gravidade da contenda, era preciso fazer um exame mais detalhado, pois a solução do tema repercutirá diretamente na experiência jurídica do país; mas é preciso recordar que a autora solicitou ainda que o Tribunal aprecie o caso já na liminar, sem levar em conta o fato de ser satisfativa.

Concluindo, a posição manifestada na ADPF se resumiria nestes tópicos:

1) Transgressão de preceitos constitucionais, a saber: art. 1º, IV (dignidade da pessoa humana), art. 5º, II (princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade), art. 6º, *caput* (direito à saúde), art. 196 (garantia estatal da saúde).

2) Não-aplicabilidade das disposições do Código penal de 1940 que tipificam o aborto ao caso de antecipação de parto de anencéfalo, a saber: art. 124 (provocar aborto em si mesma ou consentir que outro venha a provocar), art. 126 (provocar aborto tendo o consentimento da mãe), art. 128, I (permissão do aborto necessário para salvar a vida da mulher) e II (permissão do aborto resultante de estupro) ⁶.

Assim, a autora solicita pontualmente que ditas regras penais sejam atingidas em sua eficácia mediante a declaração de inconstitucionalidade da aplicação para casos de indução de parto de anencéfalo; porém, é notório que a inconstitucionalidade solicitada é contrária às noções da técnica jurídica, pois atingiria somente os efeitos normativos.

Em virtude do exposto, pode-se dizer que, em síntese, os argumentos centrais da pretensão da autora da ADPF são: por um lado, a violação constitucional por lei penal anterior e, por outro, a distinção entre aborto e antecipação de parto de anencéfalo.

b. A apreciação da liminar sobre a ADPF 54 e o juízo de admissibilidade

O Ministro relator Marco Aurélio de Mello acolheu, no dia 1º de julho de 2004, a medida liminar instada por meio da ADPF 54. A medida foi rejeitada posteriormente pelo Ministério Público, sendo que, diante de tal parecer, pode-se afirmar que serviu de fundamentação para a posterior decisão provisória do Tribunal, que acabou revogando a concessão da liminar que havia sido feita antes pelo citado Ministro relator.

1. A justificação da decisão da liminar pelo Ministro relator

O relator da ação concedeu a liminar solicitada pela autora da ADPF e justificou fazendo referência à gravidade do tema tratado e ainda à urgência da medida liminar ⁷. Entendeu também que a saúde da mulher era o mais relevante, porque o feto anencéfalo não teria vida 'útil', na sua opinião, e por isso não seria lícito manter a gravidez ⁸.

Por fim, quanto à liminar solicitada, o Ministro acaba decidindo favoravelmente à autora ⁹, definindo efeitos de vinculação para todos os processos que não haviam sido ainda decididos, abrangendo igualmente as decisões que não apresentavam no momento o efeito de coisa julgada.

2. O parecer do representante do Ministério Público

Em dissidência com a posição do Ministro relator, o representante do Ministério Público, o Procurador Geral da República, Claudio Fonteles, opinou pela rejeição total das solicitações feitas na ADPF 54, isso em parecer datado de 8 de agosto de 2004 ¹⁰, de onde demonstra que a concessão da liminar pelo relator era equivocada.

De início, rejeita o argumento da autora de ser preciso declarar inconstitucional a interpretação do Código penal quanto à tipificação como aborto da antecipação de parto de anencéfalo. Segundo o fiscal da lei, isso se enquadraria sim como aborto, inexistindo aqui a possibilidade de empregar-se, para tal caso, a exceção legal de aborto terapêutico ou sentimental (resultante de estupro).

Partindo de outra visão, o Procurador Geral da República declara que a tese da autora contraria totalmente o direito à vida, que inegavelmente o feto anencéfalo possui, já que é um ser humano ¹¹. Justificando essa visão, o fiscal menciona ¹² os textos legais nacionais e internacionais que garantem o direito à vida desde a concepção, os que têm vigência no Direito brasileiro em vista dos tratados de direitos internacionais que o país é signatário, sendo que os acolhe pelo menos como legislação complementar, segundo o critério de aceitação destes tratados no Brasil (diversamente de outros países que, em matéria de direitos fundamentais, definem como regra de nível constitucional).

No final, conclui que o anencéfalo tem direito a ter toda a sua vida ¹³, ainda que seja intrauterina ou depois do nascimento; nesse sentido, o agente de Ministério Público entende que a vida do feto tem um valor maior que o sofrimento da mãe.

3. A cassação da liminar no pleno do Supremo Tribunal

Em razão das tramitações desse processo, até o momento não houve ainda uma decisão final no pleito; contudo, sem prejuízo disso, houve uma decisão do Tribunal no dia 20 de outubro de 2004, referente à liminar anteriormente concedida, em que ficou decidido que haveria a revogação do ato autocrático do Ministro relator ¹⁴.

Efetivamente, isso pode significar uma visualização do que seria a decisão final a ser dada. De qualquer modo, é possível indicar que o Tribunal se reuniu no dia citado para uma apreciação do caso, principalmente naquilo que respeita a essa liminar que o Ministro Marco Aurelio havia concedido. Em termos específicos, estipulou-se, por parte dos ministros da Corte, a revogação da liminar que garantia o pretensão direito, que seria considerado como de ní-

vel constitucional pelo Ministro relator, de poder antecipar parto de feto anencéfalo.

Na realidade, essa deliberação do Tribunal se limitou à liminar, de onde definiu que a suspensão dos casos análogos das instâncias judiciais inferiores continuava e que, por outro lado, não caberia mais requerer a antecipação de parto de anencéfalo com base num alegado 'direito constitucional' para tal antecipação.

4. O juízo de admissibilidade da ADPF 54 no Supremo Tribunal

Em outra decisão, tratando da admissibilidade da ADPF, no dia 27 de abril de 2005, a Corte acabou admitindo a ação por maioria de 7 a 4 votos. Em consequência, o processo voltou ¹⁵ para o relator, Ministro Marco Aurélio Mello, para que se efetue um exame sobre a aplicação ou não do art. 6º, § 1º da Lei 9.882 de 1999, em que haveria a possibilidade para o relator de estipular medidas instrutórias que viesse a entender como cabíveis ¹⁶ para a solução do caso.

Interessa lembrar que os votos contrários tiveram por motivação a noção de que tal questão deveria ser resolvida pelo Congresso Nacional, por tratar-se de assunto que toca os valores da sociedade brasileira. De qualquer forma, espera-se a decisão final do pleito.

Essa é a situação até agora.

I.2. Repercussões do debate em outras instâncias

a. Decisões de Conselhos federais no tema

Além da instância judicial, outros órgãos deliberaram sobre o assunto, mas tendo uma visão que não era propriamente jurídica. Assim, o *Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil* (CFOAB), em reunião no dia 16 de agosto de 2004, teve por bem entrar no debate e, assim, por maioria de votos dos presentes, considerou a interrupção de gravidez de anencéfalo como uma prática não-abortiva, sendo que teve essa decisão por fundamento a argumentação feita pelo relator da matéria tratada, o conselheiro Arx Tourinho ¹⁷.

Em esfera diferente, mas dentro da mesma linha, pode-se mencionar a decisão do *Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana* (CDDPH), em que no dia 19 de agosto de 2004 também se debateu o tema e houve uma votação que decidiu, por ampla maioria (7 a 1), uma resolução que foi totalmente favorável à interrupção de gravidez de anencéfalo. Vale recordar que a função de tal

Conselho era para ser a de dar consultas à Presidência da República, em especial no que tange a denúncias de violações de direitos humanos; estranhamente, defendeu uma nítida violação do direito à vida neste caso.

Situação ainda mais grave se nota no *Conselho Federal de Medicina*¹⁸ (CFM), em cuja reunião do dia 8 de setembro de 2004, foi elaborada uma resolução, a de nº 1.752/04, que dá uma autorização ‘ética’ para a utilização de órgãos e tecidos de fetos anencéfalos para efeitos de transplantes, mediante a simples autorização prévia dos pais. De fato, tal Conselho tem competência para isso em virtude da Lei nº 3.268 de 30 de setembro de 1957.

Diante da simples observação desses atos institucionais, é possível concluir que o tema não teve uma verdadeira reflexão jurídica, mas se converteu numa oportunidade para o debate a partir da instauração da ADPF 54. Entretanto, não se poderia negar que, em sua maior parte, essas decisões não passam de meras opiniões, pois não houve uma solicitação para as declarações, ainda mais porque não são instâncias judiciais. Tendo em conta a rapidez e a oportunidade destas declarações, mais parece que o relevante era o conteúdo ideológico, típico dos grupos de influência dos meios de pressão política, a que se associam as decisões dos Conselhos citados, de onde se pode levantar a hipótese de busca de um fortalecimento desse discurso relativista nos meios de comunicação.

b. Reflexos diretos na sociedade civil

Como seria de presumir-se em casos dessa natureza, a interposição da arguição teve a sua repercussão em vários âmbitos da sociedade brasileira. Apesar de não existir ainda uma decisão judicial formal e final da ADPF, nos meios de comunicação o tema é debatido com frequência, normalmente desde uma forma dicotômica, entre um discurso tido por ‘progressista’, que pretende dominar o ponto de vista ‘social’, e aquele que é enquadrado como sendo o discurso ‘conservador’ pelo *mass media*, que é o que defende o nascituro anencéfalo.

Neste sentido, em razão da gravidade do assunto abordado na ADPF 54, as mais diversas instituições da sociedade civil brasileira solicitaram a intervenção neste pleito, na condição de ‘*amicus curiae*’. Entretanto, o relator denegou essa condição para todas as instituições que fizeram tal solicitação¹⁹, diga-se que tanto para as que eram favoráveis como para as que rejeitavam os pedidos da ADPF 54. Ainda que cedendo espaço para debates nas arguições orais, o Ministro relator claramente manifestaria o seu ponto de vista dizendo que este tema, que sabidamente tem um caráter moral, para ele deveria ter uma solução meramente técnica.

Tudo isso pode ilustrar, de alguma forma, as condições do debate sobre o status jurídico do anencéfalo no Brasil neste momento.

II. Visão crítica

Tendo em conta o dito anteriormente, faz-se mister averiguar a condição jurídica do anencéfalo a partir de uma visão crítica aos postulados da ADPF 54. Com tal crítica, observa-se que se pode ter uma solução mais adequada à realidade, favorável a este feto.

II.1. Análise desde o enfoque prático-jurídico

1. O princípio ético em questão

A primeira verificação a ser desenvolvida nesta análise, no âmbito prático, deve ser a percepção do bem em questão, que é o objeto de proteção no caso concreto, já que, neste campo da ação humana, deve-se fazer o questionamento a respeito da finalidade²⁰ de cada ato humano com vistas a revelar qual é o bem em jogo, que justamente se torna o critério objetivo da ação humana.

Logo, no que tange ao ‘status’ do feto anencéfalo, haveria somente uma resposta para a interrogação feita na ADPF mencionada, que é a consideração de que o bem mais importante é a vida do feto, de modo que tudo deveria conformar-se para a preservação deste bem²¹, quando se trata de ações que possuem verdadeiramente um caráter moral. Em outros termos, a ‘vida’ enquanto bem em jogo é o fim no âmbito prático²², das ações humanas, e por isso, todas as ações que se referem ao anencéfalo devem respeitar a sua ‘vida’. Negar tal percepção é atuar imoralmente e negar o bem básico em questão. Logo, partindo do princípio de que sempre um bem domina cada relação particular no âmbito prático²³, pode-se passar para a análise dos argumentos feitos nesta ADPF.

2. O equívoco de percepção da realidade na ADPF 54

Em primeiro lugar, é preciso fazer a observação mais inegável, de que tal ADPF adota uma posição dogmática quanto à percepção da realidade. Com efeito, efetua uma análise da antecipação de parto desde o plano técnico da medicina, acudindo ao ‘senso comum’ e apartando o tema de um questionamento moral²⁴. Em consequência, a autora da ação faz uma diferenciação entre os casos de antecipação de parto de anencéfalo e o aborto desde o ponto de vista dos procedimentos médicos empregados pela medicina, de onde a conclusão é que tal antecipação se converte numa ação amoral, sem sentido para a moralidade, já que se configuraria como um mero procedimento técnico que é próprio de integrantes da classe médica.

O que se conclui de tal noção defendida na ADPF é a negação do caráter moral que existe nas ações relativas à antecipação de parto de anencéfalo, o que não é correto, pois a natureza das ações humanas é de buscar o bem prático em jogo nas relações.

Ao defender tal perspectiva, a autora da ADPF 54 cai neste equívoco já quando da exposição dos fatos, base primeira de toda demanda apresentada judicialmente, que justamente mostra o âmbito prático a ser averiguado. Nesse sentido, na petição inicial se defende uma posição equivocada sobre o anencéfalo, tomando a parte pelo todo, quando anota que somente existem no feto anencéfalo as suas funções inferiores ²⁵ do sistema neurológico, não havendo assim as superiores, que seriam próprias dos seres humanos que são desenvolvidos. Contudo, a autora esquece que há o mínimo de funcionamento desse sistema neurológico, com que é possível sustentar a vida do feto anencéfalo, ainda que ela seja efêmera.

De qualquer forma, fica claro que a intenção desta demanda é atribuir como algo inevitável sua morte, de onde deduz uma ‘inviabilidade’ desse feto, ao que se acrescenta um alerta de que seria perigosa sua permanência no ventre da mãe, pois poderia, na sua visão, gerar graves complicações para ela. Assim, resulta que o objetivo da ação seria justificar a necessidade da antecipação do parto, denominado ‘terapêutico’, ainda que o procedimento resultasse na morte da criança ²⁶.

Na verdade, entre os principais argumentos enunciados na ADPF 54, fica ainda por comentar, além da pretensa ‘inviabilidade’ do feto anencéfalo e do ‘perigo de vida’ para a mãe, a questão da intenção da tipificação penal ²⁷, que por sua vez mostraria uma questão moral que sempre foi negada pela autora. Em outras palavras, com a distinção apresentada no texto petitário, entre o aborto e a antecipação de parto, o representante da autora argumenta que o aborto sempre se enquadra como resultado direto da ação de meios abortivos que buscam a morte do feto, enquanto na antecipação de parto a morte do anencéfalo seria resultado da própria anomalia congênita que sofre tal ente. Disso se chegaria a um argumento muito estranho, que é defendido na ação, de que não existiria culpa de ninguém no que se refere a essa morte ‘natural’ do anencéfalo no pós-parto.

Assim, a autora defende na inicial que a indução ao parto em tal situação é algo imprescindível, principalmente para garantir um ‘direito à saúde’ da mãe. Para tanto, o seu argumento fundamental foi atingir a eficácia legal ²⁸ do Código penal no tema do aborto usando o instrumento processual constitucional, a ADPF, para afetar a incidência dos artigos que tipificam o aborto. Segundo esse discurso, tais artigos são anacrônicos e não acompanham a interpre-

tação considerada como ‘evolutiva’, segundo a Constituição, ou ainda não res-
peitam os fins que são buscados pelas normas, nessa situação, garantir direi-
tos à mãe menosprezando os direitos do nascituro.

Isso explica a ação, para resultar na garantia aos trabalhadores na área de
Saúde de que não serão consideradas ilícitas e culpáveis suas condutas na ta-
refa de antecipação de parto de anencéfalo. A razão é que suas atividades se-
riam uma instrumentalização do ‘direito à saúde’ da mãe, como uma concre-
tização desse direito.

3. As críticas necessárias

Primeiramente, deve-se rejeitar tal argumento de predomínio da caracte-
rística de ‘inviabilidade’ para definir o que é a vida do feto anencéfalo, argumen-
to esse que seria a base da pretensão da autora. Quanto a isso, basta apontar
para a existência da identidade genética humana no feto anencéfalo desde a con-
cepção, confirmando assim que tem um caráter verdadeiramente humano,
que é ponto essencial na análise. Ainda, é imperativo ressaltar que o feto anen-
céfalo é ‘pessoa’ em sua essência ²⁹, e ainda tem como caráter acidental a ano-
malia que o torna anencéfalo. Logo, o caráter acidental não poderia ser o cri-
tério para definir a aquisição ou o reconhecimento dos direitos de personali-
dade, em especial o direito à vida, pois, ainda que sofra de anencefalia, é um
ser humano ³⁰.

Isso demonstra que o caso do feto anencéfalo se enquadra em seu gêne-
ro, como nascituro, e justamente com isso se entende o problema, pois a tu-
tela dos direitos deste ente por nascer, estando na difícil condição de anencé-
falo ou não, está ligada ao status do nascituro. Importa lembrar que ainda exis-
te uma falta de clareza na atual regulação de sua condição jurídica. Inobstan-
te isso, para a civilística mais sólida, não há dúvidas, o nascituro é pessoa ³¹ por-
que tem a aptidão para adquirir direitos, quaisquer que sejam. Isso se compro-
va também mediante uma correta visão da moral, quando se compreende que
o papel do jurídico é a garantia do bem percebido na razão prática, fazendo is-
so por meio de instrumentos e raciocínios jurídicos, com que se alcança o jus-
to partindo de um ato que possui uma característica propriamente moral, de
buscar o ‘bem’.

4. Referências a analogias do discurso ‘personista’

Analisando detalhadamente a petição inicial da ação, percebe-se uma dis-
farçada analogia, própria do discurso ‘personista’ de alguns autores de Bioéti-
ca, em que esse feto anencéfalo é apresentado como um ‘monstrum’ ³², o que

remonta a uma imagem típica do Direito romano. Na verdade, o modo de referir-se na peça processual à figura do feto anencéfalo soava absolutamente trágico, chegando a lembrar por vezes a imagem de um ‘tumor’ que deveria ser extirpado do corpo da mãe, pois a autora da ação não reconhece a condição humana a esse ente anencéfalo ³³.

Esse segundo argumento da ADPF, de que haveria o grave perigo de saúde para a mãe, é apresentado como o critério para estipular o predomínio dos interesses da mãe sobre a vida do anencéfalo. Porém, os pareceres médicos não seriam no mesmo sentido, pois a condição de anencefalia não necessariamente interfere o processo de gravidez, de onde há notícias de que os partos são normais, afora essa condição que se nota somente no feto que a possui. Ou seja, os argumentos utilitaristas da ADPF têm um fundamento determinista, bem ao gosto dessa apologia abortista de alguns setores da sociedade, e não poderiam ser considerados para efeitos de um pleito judicial dessa magnitude.

Por fim, a questão se encontra basicamente centrada num problema moral, qual seja o de praticar um ato que afetasse a situação do anencéfalo no ventre materno. Nesse caso, configura-se num ato imoral em que se busca acelerar o processo de sua morte, e ainda liberar a mãe de um incômodo, a existência do feto. Segundo o enfoque presente da petição inicial da ADPF, o anencéfalo não teria direito à vida, e por isso, não haveria conflito de direitos entre a mãe e o feto ³⁴.

Nesse sentido, dita tese da ADPF 54 faz referência ainda à distinção de tipo legal entre aborto e antecipação de parto, mas sem vincular a um aborto indireto ³⁵, resultado notório a que se pode chegar mediante a percepção de que há intencionalidade no ato do médico que antecipa o parto de feto anencéfalo. Por isso, seria muito fácil aludir a um terceiro argumento, considerado ‘jurídico’, de que existiria a distinção ³⁶ entre tais casos para efeitos de uma tipificação legal. Contudo, isso soa uma falácia legalista (que seria bem utilitarista, pois o discurso da autora da ADPF era superar o ‘legalismo’ que refuta os procedimentos defendidos na inicial), de onde a ação parte de um reducionismo, ver um problema moral desde as linhas do Código penal, evadindo-se da intencionalidade do ato, em que se manifestaria plenamente a finalidade do mesmo. Assim, a autora diz que matar um feto anencéfalo é muito distinto de deixar que ele venha a morrer sozinho; logo, ficaria justificada sua solicitação da antecipação de parto, pois dita morte não seria responsabilidade de ninguém, segundo ela opina na petição inicial.

Com isso, conclui-se que a visão da autora é absolutamente equivocada no plano da prática jurídica, porque estimula a morte do anencéfalo em proveito do bem-estar da mãe, o que realmente não corresponde a uma compreensão plena de vida humana.

II.2. Análise desde o enfoque técnico-jurídico

1. O princípio técnico em questão

A análise técnico-jurídica do assunto que está em exame deve abarcar o aspecto instrumental, entendendo-se por tal aspecto a relação entre determinada ação humana e a consecução do fim a que tende essa arguição por intermédio dos instrumentos técnicos utilizados ³⁷, no caso o processo judicial da ADPF.

O elemento técnico aperfeiçoa as coisas e colabora para aperfeiçoar a pessoa ao fomentar a virtude, que é o bem no plano moral. Atendendo a essa percepção, evita-se a manipulação da técnica jurídica; entretanto, para isso é importante perceber esse bem e desejá-lo. Infelizmente, a técnica do Direito, enquanto instrumento para buscar um bem, pode ser transformada em disputa ideológica, como é possível observar na ADPF 54. A conclusão é que a forma com que a autora apresenta essa ação chega a renegar a própria natureza dessa ação, pois defende a negação do direito à vida do feto anencéfalo mediante um processo de nível constitucional que justamente deveria defender tal direito.

2. O problema da técnica na ADPF 54

O grave equívoco no aspecto técnico-jurídico da questão foi a utilização de uma ação da justiça constitucional para algo que seria contrário à legalidade e aos princípios constitucionais. Ao solicitar a declaração de inconstitucionalidade da eficácia de norma de matéria penal, a autora persegue uma modificação da técnica jurídica constitucional valendo-se do discurso filosófico-jurídico vigente que alenta o poder de criação jurídica dos tribunais.

Para a autora, a via judicial atua como uma via de escape como uma garantia de uma rápida transformação frente à reticência das instituições legislativas a adotar certos postulados defendidos na demanda dessa ADPF. Em consequência, pretende-se com tal discurso 'progressista', apregoado por determinados grupos de pressão política, encobrir uma ilegalidade, e assim a justiça sucumbe ante esse pretensão 'progresso' ³⁸ apregoado sob o pretexto de interpretação à luz dos preceitos constitucionais.

Na análise particular das questões técnicas da argumentação da ADPF, primeiro é preciso aludir à questão dos requisitos preliminares para tal ação, os que definem o acesso ao Supremo Tribunal desde o ponto de vista formal. Nesse caso, tendo em conta a novidade do instituto da ADPF, não há ainda uma atenção voltada para os critérios de caráter material, com que se evitaria que

alguém viesse a defender algo inconstitucional e ilegal por meio de uma ação de nível constitucional.

Em segundo lugar, é preciso reparar no enquadramento processual constitucional da ADPF, concentrando-se na matéria a ser avaliada e sua transcendência. Aqui se deve definir o que são os 'preceitos fundamentais' ³⁹. Em outros termos, deve-se entender que a ADPF defende alguns e não todos os preceitos da Constituição brasileira.

Quanto a isso, é necessário realçar que a doutrina constitucional brasileira não conseguiu ainda entrar em acordo com respeito a tal definição de 'preceito fundamental'. Isso explica, por essa confusão ⁴⁰, que a demanda da ADPF 54 parece vanguardista em suas solicitações, pois não houve um critério específico para a defesa da Constituição, mas, pelo contrário, chega-se a negar o próprio direito à vida, como se nota no petição da autora com relação ao caso do anencéfalo.

Dizendo de um modo mais sintético, os problemas técnicos mais notórios em tal debate são os seguintes: (i) o efeito *erga omnes* da sentença final, juntamente com (ii) o efeito vinculante a todos os casos semelhantes, e (iii) o pedido de liminar e seus efeitos imediatos. Tendo em conta a conotação política que entra nesse debate judicial através da mídia, os citados efeitos podem ser de uma relevância total na hora de solucionar a questão levantada na ADPF.

3. As críticas necessárias

A simples observação dos argumentos apresentados em tal demanda exige que sejam feitas críticas a essas premissas:

1) Discutível legitimidade da autora: trazer o debate moral para dentro do âmbito processual constitucional necessariamente haveria de vincular-se a uma manipulação da técnica jurídica em prol de interesses de grupos de pressão política que defendem de um modo aberto o aborto e tudo aquilo que converge para romper com a intelecção de que há um caráter sagrado na vida humana.

2) Falta de critério objetivo de averiguação da 'inadequação de legislação pré-constitucional': isso explica porque o debate ocorre 16 anos após promulgação do texto constitucional atual para questionar um Código penal muito anterior, fato esse que seria até aceitável logo após a Carta ser publicada, por uma questão de adaptação ao modelo constitucional que então estaria sendo instaurado.

3) Falta de critérios para a segurança jurídica: o ponto de vista defendido na ação tem a prevalência de casuísmos e discursos infundados de forte conotação ideológica.

4. Questões técnicas sobre a ADPF

Pode-se apontar que a amplitude do alcance dos efeitos da ADPF é uma questão ainda não solucionada, pois a Arguição, sendo um instituto jurídico novo, não tem ainda uma regulação definida de maneira rigorosa. Em consequência, o alcance da decisão do Supremo Tribunal Federal nesta ação, sendo um tipo de controle de constitucionalidade, não é ainda preciso, e é possível que revistam efeitos '*erga omnes*', como também se cogita que estes sejam vinculantes para todos os casos semelhantes. Tratando-se de caso relativo ao reconhecimento ou não do direito à vida do anencéfalo, no mínimo, seria de veras imprudente uma decisão com tais efeitos. Além disso, entre os fatores que servem para a apreciação do tema, pesam igualmente as preliminares sobre a legitimação ativa e a pertinência do assunto, na verdade, pouco refletidas no juízo de admissibilidade feito pelo Tribunal, como também o pedido da autora de liminar para suspender os efeitos de decisões judiciais fundadas nos artigos questionados, o que acabou sendo indeferido por meio de cassação posterior pelo pleno da decisão da liminar do relator ⁴¹.

A análise técnica exhibe novas hipóteses a respeito da natureza da ADPF, pois no momento de sua definição na legislação, pretendeu-se através desta arguição adotar um modelo de controle concentrado de constitucionalidade das leis, no intuito de fazer com que o Supremo Tribunal Federal se assemelhasse mais a um Tribunal Constitucional. A leitura atenta da petição inicial da ADPF em questão parece mostrar que não teria sido a intenção da autora dessa ação buscar resguardar o texto constitucional; pelo contrário, o objetivo é defender interesses próprios, e não os 'preceitos fundamentais', o que seria um fato inaceitável, sobretudo nesse tipo de instrumento processual constitucional. Por isso, pode-se asseverar que a autora busca manipular a técnica jurídica nesta ação.

II.3. Análise desde o enfoque teórico-jurídico

1. O princípio teórico em questão

De início, notou-se que a análise do status jurídico do anencéfalo se desenvolveu em torno dos aspectos prático e técnico do Direito. Sem prejuízo disso, é preciso fazer a complementação mediante o enfoque teórico, em que se busca o nível abstrato do rigor científico e da reflexão filosófica.

Nesse aspecto, a teoria jurídica compartilha, com as demais ciências, o seu objeto formal: estudar o necessário ⁴², para que se revele a verdade teórica para compreender a realidade. No assunto em questão, uma análise teórica correta confirma a autêntica visão moral sobre o caso de parto de anencéfalos. Do contrário, faltando o fundamento teórico ou havendo certos equívocos na teoria, seria possível que se acabasse condicionando a regulação do status do anencéfalo a uma visão duvidosa, como se nota na inicial da ação em questão. Nessa ADPF 54, são solicitados graves efeitos mediante uma solicitação de que se reconheça um direito ‘constitucional’ para a mãe em contraposição à vida do feto anencéfalo, o que contraria qualquer doutrina jurídica razoável sobre o tema.

2.0 modelo teórico equivocado da ADPF 54

O modelo filosófico atual que possui maior repercussão recolhe noções próprias do Iluminismo e defende uma fundamentação empírica da vitalidade do feto anencéfalo, o que coincide em alguma medida com os postulados que são defendidos na ADPF 54. Na verdade, é possível indicar que estes argumentos possuem uma índole ‘personista’ (da corrente da Bioética que nega personalidade ao nascituro), conduzindo por isso a um grave erro, propriamente uma negação da realidade, que seria assemelhar o anencéfalo a uma ‘coisa’ ou ‘algo’⁴³. Para essa doutrina, a criança nascida é ‘pessoa’, enquanto o feto anencéfalo, um nascituro, teria a sua ‘personalidade’ anulada pelo fato de faltar o caráter de ‘independência’ do corpo da mãe, de onde se deduz uma pretensa ausência, no feto, de vitalidade.

Dessa forma, a julgar pela premissa defendida na ADPF 54, de que o anencéfalo não é pessoa e que não teria uma ‘vida útil’, obviamente se deduziria todo um conjunto de atos desfavoráveis a esse ente. Pelo que se nota, seria uma arbitrariedade teórica pura que, mais parece, está movida por interesses de caráter ideológico (no sentido do matiz relativista contrário ao reconhecimento do valor da vida) e, para tanto, instrumentaliza modelos teóricos que estão desvinculados da realidade e que correspondem a discursos de grupos de pressão política.

3. As críticas necessárias

Submeter a discussão da personalidade a premissas teóricas do Iluminismo seria reduzir a análise a um enquadramento num modelo abstrato, pretensamente científico. A partir disso, a conquista do pensamento moderno, reconhecer os direitos fundamentais da pessoa, não se estenderá a todos os seres humanos em razão de uma mera coerência de discurso, de onde se impediria a atribuição da noção constitucional de pessoa ⁴⁴ aos entes por nascer. Esse é

o perigo da noção apresentada na ADPF, prender-se a modelos próprios do ideário iluminista desligando tal análise da personalidade da percepção das relações humanas no caso concreto, em sua naturalidade. Ou seja, justamente aí residiria a questão teórica desse tema, o vínculo a um discurso considerado ‘moderno’.

Nesse sentido, pode-se aludir à origem histórica no Iluminismo. Partindo de uma noção teórica do ‘indivíduo’ isolado numa sociedade que se regula pelo padrão liberal consolidado na legislação e no Direito, nota-se que a Escola de Direito natural racional fundamenta seu discurso num modelo ideal de ser humano. Tal modelo seria concebido segundo o critério típico desta Escola, sendo totalmente abstrato, apresentando-se como uma ‘essência moral’ ou racional ⁴⁵ que se concentra na noção de ‘liberdade’ como sua característica própria. Por conseguinte, de tal liberdade são deduzidos todos os direitos e obrigações do indivíduo, que se ligam necessariamente ao status primordial, entendido aqui no sentido totalmente abstrato.

Passando agora para a questão do anencéfalo segundo o enfoque iluminista, se a ‘liberdade’ se inicia com o nascimento, quando haveria a ‘independência’ ante o corpo da mãe, então a personalidade se define a partir da aquisição dos direitos inatos, ou seja, desde o momento do nascimento. No caso dos nascituros, como ainda não nasceram, o resultado, segundo esse modelo teórico equivocados, é que eles não podem ter direitos e, por isso, a sua personalidade não é reconhecida.

Resumindo, o enfoque teórico, quando serve para compreender a realidade, deve seguir um método correto de raciocínio, segundo premissas verdadeiras. Entretanto, não apresentando tais fatores, na verdade se converte em mera fundamentação teórica de um discurso ou de uma ideologia discutível, o que se nota na demanda da ADPF 54.

4. Questões teóricas sobre a ADPF

Segundo o enfoque teórico-jurídico, predomina na ADPF o argumento retórico de superar a existência de um conflito de direitos entre o anencéfalo e a mãe, ou seja, a ‘vida inviável’ do feto anencéfalo e a saúde física e psicológica da mãe. Nessa visão de dualidade, a tendência é dar prioridade aos efeitos jurídicos, segundo a concentração do enfoque empírico, o que se traduz nos direitos em jogo. Por essa razão, tendo em conta a relevância social da mãe e esta fragilidade do feto anencéfalo, rapidamente se passa ao discurso dos ‘direitos reprodutivos’ da mãe e na sequência se chega à antecipação dos partos que se defende na ação. Em outros termos, partindo do equívoco de interpretação da relação em jogo, a vida do anencéfalo não possuiria sequer valor de

efeito jurídico; a conclusão, segundo a visão da autora desta ação, seria que o feto não poderia contrapor-se (em seus direitos) aos interesses da mãe, porque estes têm maior peso na sociedade.

É importante recordar que o citado argumento de matiz ‘personista’ se baseia na utilização de padrões contemporâneos da hermenêutica, os quais, na maioria das vezes, têm a tendência de adequar-se a modelos teóricos em voga, não partindo, por isso, de uma percepção da realidade das relações. Disso se conclui que a hermenêutica não pode associar-se a uma leitura superficial dos fenômenos da realidade, senão que deve estar vinculada a uma compreensão metafísica correta que sirva de critério para uma leitura dos fatos da vida.

Assim, o não-reconhecimento da personalidade dos nascituros, especificamente dos fetos anencéfalos, resulta dessa leitura que o discurso ‘personista’ determina para tal temática. Tal discurso, hoje dominante na mídia, parte de premissas meramente teóricas, distorcendo a verdade sobre a realidade das coisas e do homem ⁴⁶. Esse é o fundamento teórico e ideológico da demanda da ADPF 54, com seu método conseqüente.

Quanto a esse ideário ‘personista’ ⁴⁷, é possível apontar que tem uma unidade de pensamento em suas correntes: negar o reconhecimento de personalidade ao nascituro. Nesse sentido, o ‘personismo’ é inicialmente uma tese fundamentada na separação entre ‘ser humano’ e ‘pessoa’ ⁴⁸, em que a qualidade de ‘pessoa’ é adquirida posteriormente à de ‘ser humano’; disso se deduziria uma conclusão, que existiriam ‘seres humanos’ que não são ‘pessoas’, conclusão essa que é disparatada no contexto atual. Em tais premissas teóricas se fundamenta o pensamento defendido pela autora da ação.

Ainda que existam muitos defensores do discurso ‘personista’, é preciso lembrar que há autores que concordam com a identidade entre o ‘ser humano’ e a ‘pessoa’ ⁴⁹ nos discursos científico e filosófico, como se nota nas obras mais respeitadas destes âmbitos que justamente fundamentam o presente estudo. Partindo de tais posições, pode-se dizer que o feto anencéfalo é ‘pessoa’ em sentido pleno, pois é um ente que atua nas relações humanas, mesmo nas jurídicas – para tanto, basta recordar que o nascituro pode ser uma parte em qualquer relação jurídica que é compatível com sua capacidade jurídica, como, por exemplo, nos seus direitos de personalidade e nos de sucessão.

Além do mais, ainda que o anencéfalo possua graves problemas ⁵⁰, pois estes lhe afetam pontualmente o desenvolvimento normal de sua vida, isso não significa que tais problemas negam que o feto tenha propriamente vida humana. Aprofundando mais esse argumento, pode-se anotar que antecipar parto de feto anencéfalo é um ato imoral e, por isso, ilegal. Nesse caso, é possível aventar que se trata de um ‘-

nascituricídio', matar um ser humano que está para nascer ⁵¹, que é o caso genérico do aborto.

Em síntese, essa análise teórica combina com as análises anteriormente citadas, a prática e a técnica, pois estas últimas retratam a ação correta e justa nas relações do feto anencéfalo, e a primeira justifica racionalmente o acerto daquelas.

Conclusão

1. Equívocos na ADPF 54 e suas repercussões

Partindo do exame criterioso dos argumentos apresentados na ADPF 54, nota-se que houve, por parte da autora desta ação, uma manipulação dos fatos da realidade, que é vista desde a apresentação do caso e o discurso utilizado, como também houve um uso desviado dos instrumentos jurídicos, o que inequivocamente refletiria nos graves efeitos solicitados no petitório da inicial da ação.

Nesse sentido, os erros dessa perspectiva serão sentidos em todos os âmbitos da realidade jurídica, segundo se buscou exibir nesse estudo. De modo especial, percebe-se que o equívoco é mais grave ao atribuir ao Supremo Tribunal Federal, ante o real perigo de influências de setores da mídia e instâncias políticas não-governamentais duvidosas, o papel de debater tal tema, a vida do nascituro, nestas condições. A Corte, que garante a aplicação correta da Constituição nacional, vê-se inserida num debate sobre a moral e corre o risco de entrar no mesmo jogo destes grupos de pressão ideológica, que querem defender o relativismo questionando a moralidade dos atos humanos e desconhecendo, diria que por completo, o concernente propriamente à política, que é o bem comum.

2. Conclusões finais

Tendo em conta a importância do tema discutido na ADPF 54 e o que se refletiu nessa investigação, é possível chegar a algumas conclusões:

1) A autora da ação em questão procura utilizar a jurisdição constitucional para modificar a legislação penal sobre o aborto. Ao distinguir aborto e antecipação de parto de anencéfalo, pede a declaração de inconstitucionalidade da aplicação de tais normas penais ao caso da antecipação. Entretanto, não resalta a analogia que existe entre estes casos, em que tal antecipação de parto se configura como um tipo de aborto indireto, em razão dos efeitos, a morte

induzida do feto anencéfalo. Disso se seguiria que é incorreta a visão da autora da ADPF, pois busca uma situação de ‘bem-estar’ da mãe mediante a morte do anencéfalo.

2) No aspecto instrumental, ou seja, o processo constitucional da ADPF, nota-se que há ainda problemas técnico-jurídicos, em especial a amplitude dos efeitos que teria uma sentença definitiva no caso, que poderia ser ‘*erga omnes*’ e afetar a vida de todos os fetos anencéfalos da nação. Esse tipo de questionamento demonstra a impropriedade de discutir a vida de seres humanos não nascidos a partir de um processo judicial que pode receber fortes influências sociais, políticas e ideológicas.

3) A regulação do status jurídico do feto anencéfalo somente pode ocorrer dentro do âmbito dos direitos da personalidade, que é uma área da ciência jurídica; isso denota que o modelo metodológico das investigações bioéticas e biojurídicas deve respeitar os postulados da ciência e da filosofia jurídica, sob pena de, não ocorrendo isso, tornar-se impróprio para definir um critério único na interpretação das relações em jogo. Ou seja, seria necessário reconhecer que tal critério para definir o método aplicável ao caso passa pelo âmbito teórico-jurídico. O questionamento sobre a vida do anencéfalo não é mero problema técnico-jurídico; faz-se mister utilizar também um ponto de vista teórico para que se compreenda corretamente o conjunto das relações no caso em exame e se garanta uma fundamentação correta em sua interpretação, porque não cabe aceitar esse discurso que procura ser instrumento da ideologia relativista que domina o cenário das relações sociais, como se pode perceber no pensamento de certos autores.

4) O essencial no tema da ação é a atribuição de ‘personalidade’ ao anencéfalo e os conseqüentes efeitos jurídicos vinculados ao status de ‘pessoa’, como seus direitos de personalidade. Neste contexto, somente há duas posições possíveis, ou garantir toda esta vida do anencéfalo, no caso em questão, quando está no ventre materno, ou ignorar essa realidade. Em outras palavras, ou se reconhece seu direito à vida e os demais direitos que porventura pode adquirir, adotando assim a correta visão jurídica do caso (em todos os seus âmbitos – prático, técnico e teórico), ou então se defende a opinião da autora da ADPF, que distorce a leitura da realidade no relativo à vida desse feto, manipula a técnica jurídica em prol de interesses excusos e obscurece a compreensão teórica dessa.

* Doutor em Direito pela *Universitat de València* (Espanha), professor da disciplina de História do Direito na Faculdade de Direito da *Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*, sócio fundador do *Instituto de Filosofia e Ciência do Direito – ‘Lex et Ius’*.

Notas

1 Importa lembrar, quanto à natureza de tal instituto constitucional, a explicação dada por G. F. Mendes, quando esclarece que “o novo instituto, sem dúvida, introduz profundas alterações no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Em primeiro lugar, porque permite a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos, quando muitas situações já se consolidaram ao arrepio da “interpretação autêntica” do Supremo Tribunal Federal. Em segundo lugar, porque poderá ser utilizado para - de forma definitiva e com eficácia geral - solver controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização do recurso extraordinário. Em terceiro, porque as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal nesses processos, haja vista a eficácia erga omnes e o efeito vinculante, fornecerão a diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais. A solução oferecida pela nova lei é superior a uma outra alternativa oferecida, que consistiria no reconhecimento da competência dos Tribunais de Justiça para apreciar, em ação direta de inconstitucionalidade, a legitimidade de leis ou atos normativos municipais em face da Constituição Federal. Além de ensejar múltiplas e variadas interpretações, essa solução acabaria por agravar a crise do Supremo Tribunal Federal, com a multiplicação de recursos extraordinários interpostos contra as decisões proferidas pelas diferentes Cortes estaduais”, segundo se observa no seu artigo na Internet – Mendes, Gilmar Ferreira. ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)’ in *Jus Navigandi*, ano 4, nº 38, jan. 2000, p. 8, que está disponível no site <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=235>>, acesso em 06 de dezembro de 2004.

2 Sobre o projeto de lei que permite antecipar o parto de anencéfalo, A. M. Moreira recorda

que havia critérios para esse procedimento, “para o adiantamento do parto, caso essa seja a opção, três requisitos indispensáveis devem ser atendidos, conforme o art. 60. O primeiro diz respeito à existência de certidão de inviabilidade do feto, registrada no histórico clínico da gestante, firmada pelo médico da mulher grávida, pelo médico responsável pela ecografia e pelo diretor do estabelecimento assistencial. O segundo requisito é o consentimento informado pela paciente grávida, na forma prescrita em lei (...). Por fim, é necessário que o feto tenha alcançado 24 semanas de idade gestacional ou a idade mínima na qual se registra viabilidade em fetos, intrínseca ou potencialmente sãos”, como se nota em Moreira, Alexandre Mussói. ‘Anencefalia e antecipação de parto (a legislação de Buenos Aires)’ in *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, ano XXXI, no 95, set. 2004, pp. 7–21, esp. p. 15. É relevante lembrar ainda que a motivação para esse projeto, agora já aprovado, foi a existência de vários casos que foram apresentados no âmbito judicial da República Argentina nesse mesmo sentido.

3 Na Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999, estipula-se que “Art. 1º. A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público. § único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

4 Esse debate sobre o status do anencéfalo já foi travado na jurisprudência de alguns tribunais do país: por exemplo – 1) **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime** 70.005.148.135 (Porto Alegre, decisão contra o feto, dada em 07 de novembro de 2002 – 2ª Câmara Criminal); **Mandado de Segurança** 70.005.577.424 (Porto Alegre, decisão contra o feto, dada em 20 de fevereiro de 2003 – 2ª Câmara Criminal). 2) **Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus** 84.025-6/130 (Rio de Janeiro, favorável ao feto no pa-

recer da Procuradoria Geral da República em 3 de março de 2004, não havendo uma decisão final porque o feto havia nascido durante esse processo).

5 De fato, na Lei no 9.882, de 3 de dezembro de 1999, há dois ditames referentes à temática dos efeitos ‘erga omnes’; primeiramente o “Art. 10. Julgada a ação, far-se-á comunicação às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. (...) § 3º. A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”. Igualmente se nota isso no “Art. 11. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, no processo de arguição de descumprimento de preceito fundamental, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

6 Justamente, pode-se perceber tais pedidos na parte final da petição inicial, quando se solicita o seguinte, “por todo o exposto, a CNTS requer seja julgado procedente o presente pedido para o fim de que essa Eg. Corte, procedendo à interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-lei no 2.848/40), declare inconstitucional, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado”, conforme a petição inicial da ação – Supremo Tribunal Federal. *Petição inicial*, ADPF 54. fl. 22.

7 Diria o relator na decisão da liminar, “conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um

só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana” (STF. *Decisão – dia 1º de julho de 2004*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, no 147, dia 02/08/04).

8 O citado Ministro acrescenta ainda que, “quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além de riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é – e ninguém ousa contestar –, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto – que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia da vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação” (*ibidem*).

9 Por fim, o Ministro Marco Aurelio decide quanto à solicitação da liminar feita na inicial asseverando o seguinte, “daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não tramitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decidido na espécie” (*ibidem*).

10 Defendendo seu ponto de vista, o Procurador Geral da República asseveraria que “16. Os artigos 124 e 126 tipificam, criminalmente, o aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento (124) e o aborto provocado por terceiro (126). 17. Bastam-se no que enunciam, e como estritamente enunciam. 18. Aliás, injurídico, data venia, manusear-se com a interpretação conforme a dizer-se que na definição dos tipos penais incriminadores, não seja criminalizada tal situação. 19. No caso em estudo, há norma específica, a propósito, a do artigo 128 e é para ela que há de se voltar o tema da interpretação conforme. (...) 21. O artigo 128 não a alberga, outrossim. 22. As situações extintivas da antijuridicidade, que enuncia, apresentam (...) sentido inequívoco e preciso, que se completa, e legaliza o aborto: a) para que a mãe não morra (aborto terapêutico); b) se a mãe, vítima de estupro, consente no aborto (aborto sentimental). 23. A situação de anencefalia não se coaduna, por óbvio, nessas situações. 24. O feto anencéfalo não causa a morte da mãe. Afasta-o a própria petição inicial. 25. Se causasse tal situação, ter-se-ia diante o aborto terapêutico. 26. Quanto ao aborto sentimental não há discrepância na abalizada doutrina penal de que sua compreensão é limitadíssima à hipótese que enuncia: gravidez resultante de estupro. (...) 27. Por tais considerações, lugar não há a que se cogite de interpretação conforme a Constituição nos textos apresentados” (Supremo Tribunal Federal. *Paracer 3.358 de Claudio Fonteles*. ADPF 54).

11 Além disso, pondera, “30. Com efeito, está no caput, do artigo 5o, da Constituição Federal, que abre o Título alusivo aos “Direitos e Garantias Fundamentais”, verbis: “Art. 5o Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residente no País a inviolabilidade do direito à vida”. 31. Portanto, o direito à vida é posto como marco primeiro, no espaço dos direitos fundamentais. 32. O autor desta ação tem por tema central do pleito o fato de que nos casos de anencefalia não há possibilidade de vida extra-uterina, então razão não há a que permaneça a gestação. 33. Mas se há normal processo de gestação, vi-

da intra-uterina existe. 34. E nos casos de anencefalia, há o normal desenvolvimento físico do feto (...)” (*ibidem*).

12 Afirmou ainda Fonteles, “35. Ora, o artigo 2o de nosso Código Civil, justo por não obscurecer esta realidade da vida que se forma no ventre materno, é textual, verbis: “- Art. 2o A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. 36. O artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos é, igualmente textual, verbis: “Toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, no geral, a partir do momento da concepção. (...) 38. Portanto, os diplomas legais, tanto do direito interno, quanto internacional, estabelecem que vida há, desde a concepção” (*ibidem*).

13 Efetivamente, o mencionado agente do Ministério Público conclui declarando que “45. Se o tratamento normativo do tema, (...), marcadamente protege a vida, desde a concepção, por certo é inferência lógica, inafastável, que o direito à vida não se pode medir pelo tempo, seja ele qual for, de uma sobrevida visível. 46. Estabeleço, portanto, e em construção estritamente jurídica, que o direito à vida é atemporal, vale dizer, não se avalia pelo tempo de duração da existência humana. (...) 53. É de se reconhecer, outrossim, e mantido o raciocínio na ponderação dos bens, que por certo o sofrer uma dor, mesmo que intensa, não ultrapassa o por cobro de uma vida, que existe, intra-uterina, e que, seja sempre reiterado, goza de toda a proteção normativa, tanto sob o ótica do direito interno, quanto internacional. 54. O feto no estado intra-uterino é ser humano, não é coisa !” (*ibidem*).

14 Nesta decisão provisória, o Supremo Tribunal Federal havia determinado o seguinte – “Decisão: Após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, resolvendo a questão de ordem no sentido de assentar a adequação da ação proposta, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Carlos Britto. Em seguida, o Tribunal, acolhendo proposta do Senhor Minis-

tro Eros Grau, passou a deliberar sobre a revogação da liminar concedida e facultou ao patrono da argüente nova oportunidade de sustentação oral. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, referendou a primeira parte da liminar concedida, no que diz respeito ao sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, vencido o Senhor Ministro Cezar Peluso. E o Tribunal, também por maioria, revogou a liminar deferida, na segunda parte, em que reconhecia o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, vencidos os Senhores Ministros Relator, Carlos Britto, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. Votou o Presidente, Ministro Nelson Jobim. Falaram, pela argüente, o Dr. Luís Roberto Barroso e, pelo Ministério Público, o Dr. Cláudio Lemos Fonteles, Procurador-Geral da República. Plenário, 20.10.2004” (STF. *Decisão – dia 20 de outubro de 2004*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, no 208, dia 28/10/04).

15 A última decisão no processo, em 27 de abril de 2004, trata do juízo de admissibilidade: “prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria, entendeu admissível a argüição de descumprimento de preceito fundamental e, ao mesmo tempo, determinou o retorno dos autos ao relator para examinar se é caso ou não da aplicação do artigo 6o, § 1o da Lei no 9.882/1999 (...)” (STF. *Decisão – dia 27 de abril de 2005*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, no 84, dia 04/05/05).

16 Quanto ao texto deste art. 6o, *caput* e § 1o, seria o seguinte: “Art. 6o. Apreciado o pedido de liminar, o relator solicitará as informações às autoridades responsáveis pela prática do ato questionado, no prazo de dez dias. § 1o. Se entender necessário, poderá o relator ouvir as partes nos processos que ensejaram a argüição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

17 Entre os argumentos do relator nesta matéria, notam-se essas idéias, “não podemos trazer para um tema, que possui consistência

técnica, princípios religiosos ou fundamentos jusnaturalistas, que brigam com a realidade e descambam para a irracionalidade. (...) À gestante de um feto anencefálico basta que se lhe conceda a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. E, para assim agir, basta que se lhe reconheça o direito de interrupção terapêutica de uma gravidez, marcada pela patologia, que constrange e perturba a ciência e os homens” (Conselho Federal da OAB, 16/08/04).

18 Com seu caráter oficial, o Conselho de Medicina decidiu que, “Considerando que os anencefálos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais) que têm parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas pós-parto, quando muitos órgãos e tecidos podem ter sofrido franca hipoxemia, tornando-os inviáveis para transplantes. Considerando que, para os anencefálos, por sua inviabilidade vital em decorrência da ausência de cérebro, são inaplicáveis e desnecessários os critérios de morte encefálica (...). Resolve : Art. 1o Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencefálo, após o seu nascimento. Art. 2o A vontade dos pais deve ser manifestada formalmente, no mínimo 15 dias antes da data provável do nascimento” (Resolução CFM 1752/04. *Diário oficial da União*, Seção I, dia 13/09/04).

19 Como exemplos de solicitação para a condição de ‘amicus curiae’, temos: Petição STF 69.849/2004 pela *Conferência Nacional dos Bispos do Brasil* – decisão denegatória em 24 de junho de 2004. Petição STF 81.135/2004 por parte das *Católicas pelo direito de decidir* – decisão denegatória em 03 de agosto de 2004. Petição STF 75.796/2004 pela *Conferência Nacional dos Bispos do Brasil* por reconsideração – decisão denegatória em 03 de agosto de 2004. Petição STF 84.862/2004 pela *Associação Nacional pró-vida e pró-família* – decisão denegatória em 10 de agosto de 2004. Petição STF 89.467/2004 feita pela *Associação de Desenvolvimento da Família* (- ADEF) – decisão denegatória em 23 de agosto de 2004. Além disso, deve-se também mencionar a solicitação particular, da Associação Provida Família, que ao final o relator, minis-

tro Marco Aurélio, não aprecia. Nos seus documentos e no pedido, a associação mostra uma preocupação pelo perigo da adoção de práticas abortistas em vista de certas interferências externas, como a feita pela Fundação McArthur.

20 Isso seria indicado por Aristóteles, no início de sua *Ética a Nicômaco*, “toda arte y toda investigación, y del mismo modo, toda acción y elección, parecen tender a algún bien; por esto se ha dicho con razón que el bien es aquello a que todas las cosas tienden” (Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. trad. M. Araujo e J. Mariás. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 1).

21 Dessa percepção do bem em Aristóteles, aponta J. Finnis, “es fácil confundirse por el dicho aristotélico de que “el bien es lo que todas las cosas desean” – como si la bondad fuera consecuencia de los deseos. Pero, tal como se aplica al bien humano y al deseo humano, este dicho estaba pensando para afirmar simplemente que (i) nuestro uso primario del término “bien” (y de términos relacionados) es para expresar nuestro pensamiento práctico, *i.e.* nuestro pensamiento, en términos de razones para la acción, orientado hacia la decisión y la acción; y que (ii) no nos molestaríamos en un pensamiento o acción de ese tipo a menos que estuviéramos efectivamente interesados en (*deseos de...*) lo que sea que estemos llamando bueno” (Finnis, John. *Ley natural y derechos naturales*. trad. e estudo preliminar – Cristóbal Orrego. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 101).

22 Sobre os fins no âmbito prático, diria M. Rhonheimer, “más bien ocurre que el intelecto práctico posee desde el principio otro tipo de relación con el apetito, se encuentra en el seno de éste, es dependiente de él. Lo *appetibile*, principio (*primum consideratum*) del intelecto práctico, no es un bien cualquiera, sino un bien *práctico*. Los bienes prácticos no son bienes que se encuentran ya como «hechos dados» en la necesidad de la estructura del ser, o «cosas» a las que se aspira o que se tienen presente en el obrar” (Rhonheimer, Martín. *Ley natural y razón práctica*. Pamplona, Eunsá, 2000, p. 57).

23 Com referência aos princípios da razoabilidade prática, haveria de argumentar Finnis, “en seguida, no se debe dejar de lado, o exagerar, o descartar arbitrariamente, ninguno de los valores humanos básicos. Cualquier compromiso con un plan de vida coherente va a implicar algún grado de concentración en una o algunas de las formas básicas de bien, a costa, temporal o permanentemente, de otras formas de bien (...). Pero el compromiso será racional sólo si se basa en la valoración por cada uno de sus propias capacidades, circunstancias, y aun de sus gustos. Será irrazonable si se basa en la desvalorización de cualquiera de las formas básicas de excelencia humana, o si se basa en una sobrevaloración de esos bienes meramente derivados o complementarios o instrumentales como la riqueza o las ‘oportunidades’ o de esos bienes meramente secundarios y condicionalmente valiosos para la reputación o (en un sentido diferente de secundariedad) el placer” (*op. cit.* p. 136).

24 Na petição inicial da ADPF 54, o representante da autora argumentava que “a antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos situa-se no domínio da medicina e do senso comum, sem suscitar quaisquer das escolhas morais envolvidas na interrupção voluntária da gravidez viável” (STF. *Petição inicial*. cit., fl. 4).

25 Assim, o advogado explicaria na inicial, quanto à anencefalia, que “a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central – responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e a medula espinhal” (*ibidem*. fl. 4), concluindo em seguida de uma forma absolutamente categórica que “não há qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa” (*ibidem*. fl. 5).

26 Justamente dentro desta perspectiva, o representante da autora na ação haveria de afirmar – “uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. O mesmo, todavia, não

ocorre com relação ao quadro clínico da gestante. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-útero desses fetos. De fato, a má-formação fetal em exame empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior que o inerente a uma gravidez normal” (*ibidem*. fls. 5–6).

27 A citada distinção entre aborto e antecipação de parto de anencéfalo foi defendida na petição inicial, “o aborto é descrito pela doutrina especializada como “a interrupção da gravidez com a conseqüente morte do feto (produto da concepção)”. Vale dizer: a morte deve ser resultado direto de meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Não é o que ocorre na antecipação do parto de um feto anencefálico. Com efeito, a morte do feto nesses casos decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os 9 meses normais de gestação. Falta à hipótese o suporte fático exigido pelo tipo penal” (*ibidem*. fl. 6).

28 A conclusão na inicial foi “não se pode permitir, todavia, que o anacronismo da legislação penal impeça o resguardo de direitos fundamentais consagrados pela Constituição privilegiando-se o positivismo exacerbado em detrimento da interpretação evolutiva e dos fins visados pela norma” (*ibidem*. fl. 6).

29 Essa é a doutrina do maior jurista brasileiro, A. Teixeira de Freitas, quando afirma, “são *personas por nascere* as que, não sendo ainda nascidas, achão-se porém já concebidas no ventre materno”, segundo está definido no art. 53 de seu *Esboço do Código civil* (Teixeira de Freitas, Augusto. *Código civil – Esboço*. fasc. I. Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1860, p. 59).

30 Analogamente para o anencéfalo, vale o que disse Teixeira de Freitas no art. 221 do *Esboço*, “desde a concepção no ventre materno começa a existencia visível das pessoas, e antes de seu nascimento ellas podem adquirir al-

guns direitos, como se já estivessem nascidas” (*ibidem*. p. 153).

31 É muito claro o argumento de Teixeira de Freitas ao comentar a pé de página o art. 221 do *Esboço*, “não concebo (Art. 16) que haja ente com susceptibilidade de adquirir direitos, sem que haja *persona*. Se se attribue direitos ás *personas por nascer* (...) é forçoso concluir, que já existem, e que são *personas*, pois o *nada* não se representa. Se os nascituros deixão de ser *personas* pela impossibilidade de obrar (...), tambem não são *personas* os menores impuberes, ao menos até certa idade” (*ibidem*. p. 154).

32 Distintamente desta mentalidade, Teixeira de Freitas, no art. 35 do *Esboço*, não concorda com esse estilo de analogia, pois buscava esclarecer incisivamente que “todos os entes, que apresentarem signaes caracteristicos da humanidade, sem distincção de qualidades ou accidentes, são *personas de existência visível*!”. Na nota a pé de página sobre o citado artigo, o letrado chega a fazer uma crítica a essa posição quase supersticiosa que existia em Roma e que, na atualidade, incrivelmente, ainda tem uma grande repercussão, “a redacção ampla do texto resume tudo quanto se tem escripto verdadeira ou falsamente sobre *monstros, hermaphroditos, eunuchos*, etc” (*ibidem*. p. 41).

33 Nesta linha de argumentação, afirmava o representante da autora que “como já referido, no caso do feto anencefálico, há certeza de que o feto não tem potencialidade de vida extra-uterina. Diante disso, o foco da atenção há de voltar-se para o estado da gestante. O reconhecimento de seus direitos fundamentais, (...), não é causa da lesão a bem ou direito de outrem – por fatalidade, não há viabilidade de uma outra vida, sequer um nascituro, cujo interesse se possa eficazmente proteger. É até possível colocar a questão em termos de ponderação de bens ou valores, mas a rigor técnico não há esta necessidade. A hipótese é de não-subsunção da situação fática relevante aos dispositivos do Código Penal. A gestante portadora de feto anencefálico que opte pela antecipação terapêutica do parto está protegida por direitos constitucionais que imunizam a sua conduta da incidência da legislação ordi-

nária repressiva”, como se nota em STF. *Petição inicial*. cit., fls. 13–14.

34 Efetivamente, esse teria sido o modo de refletir a existência do nascituro na argumentação que foi feita na inicial da ADPF, “a antecipação terapêutica do parto em hipóteses de gravidez de feto anencefálico não está vedada no ordenamento jurídico. O fundamento das decisões judiciais que têm proibido sua realização, (...), não é a ordem jurídica vigente no Brasil, mas sim outro tipo de consideração. A restrição à liberdade de escolha e à autonomia da vontade da gestante, nesse caso, não se justifica, quer sob o aspecto do direito positivo, quer sob o prisma da ponderação de valores: (...) não há bem jurídico em conflito com os direitos aqui descritos” (*ibidem*. fl. 17).

35 Confirmando essa visão, aponta Rhonheimer que “ma l’etica nasce, come già detto, da una riflessione sull’esperienza pratica che è esperienza di soggetti dell’azione. Essa non può lasciare questa prospettiva dell’agire, se non vuole falsificare il fenomeno dell’“agire umano (morale)”. Se in questa prospettiva della prassi parliamo di “beni” e di “fini”, intendiamo sempre i correlati di un *aspirare*, e consideriamo l’agire umano come “aspirare ad un bene”. Ciò accade sempre quando facciamo qualcosa”, segundo se observa na obra Rhonheimer, M. *La prospettiva della morale. Fondamenti dell’etica filosofica*. Roma, Armando Editore, 1994, p. 33.

36 Assim, critica Rhonheimer, “l’intencionalità implica la *ragione pratica*. Gli uccelli, per esempio, non hanno la ragione e perciò non sanno *che cosa* fanno quando raccolgono rametti, muschio e cose simili, cioè não sanno che costruiscono un nido. L’intencionalità caracteriza quel tipo di aspirare che include una doppia prestação da ragione: conoscenza di un fine, e conoscenza delle relazioni tra “ciò che si fa” (nel senso puramente físico, per es. “forzare la serratura di una porta”, “raccolgere rametti”) e questo fine, l’“a che pro” (“furto dell’auto”, “costruire un nido”). Solo l’unione di queste due elementi forma ciò che si chiama un’“azione umana” e ci dà la possibilità di identificare il suo autentico *contenuto*, il

suo *oggetto* e quindi il suo “che cosa” praticamente rilevante. Un tale agire lo chiamiamo *agire volontario*. L’agire umano è perciò per il suo concetto: 1) agire volontario, 2) agire intenzionale e 3) agire in base alla ragione pratica. Tutte queste cose coincidono per estensione” (*ibidem*. p. 39).

37 Nesse caso, seria importante recordar o ponto de vista de Aristóteles sobre a técnica, demonstrando o critério verdadeiro para que pudesse ocorrer essa virtude, “toda técnica versa sobre el llegar a ser, y sobre el idear y considerar cómo puede producirse o llegar a ser algo de lo que es susceptible tanto de ser como de no ser y cuyo principio está en el que lo produce y no en lo producido. En efecto, la técnica no tiene que ver ni con las cosas que son o se producen necesariamente, ni con las que son o se producen de una manera natural, porque estas cosas tienen su principio en sí mismas. Como producción y acción son cosas distintas, la técnica o arte tiene que referirse a la producción, no a la acción” (*Ética a Nicómaco*. cit., p. 92).

38 A preocupação por compreender a natureza da ADPF é compartilhada por B. N. M. Rêgo, quando diz que “em outras palavras, o que o legislador está a fazer é criar um novo instituto que pode garantir ou não a supremacia da Constituição, que teria como intuito garantir a segurança jurídica (barrar a indústria das liminares vista como um problema...), retirando, por via de consequência, do âmbito dos demais órgãos do Poder Judiciário, a competência constitucionalmente atribuída para julgar matéria constitucional” (Rêgo, Bruno Noura de Moraes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 61).

39 O termo ‘preceito fundamental’ tem uma explicação de O. A. V. Ferreira e R. P. Fernandes, “Walter Claudius Rothenburg concorda com a enumeração de André Ramos Tavares: cláusulas pétreas (art. 60, parágrafo 4º), princípios sensíveis, princípios fundamentais traduzidos em fundamentos (art. 1º, CF), objetivos (art. 3º) e princípios retores das relações internacionais (art. 4º, CF)”, no artigo – Ferrei-

ra, Olavo Augusto Vianna Alves & Fernandes, Rodrigo Pieroni. 'A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão' in *Jus Navigandi*, ano 6, no 54, fev. 2002, p. 5, que está disponível no *site* <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>>, acesso em 06 dez. 2004.

40 Assim, diz H. M. Dal Col, "da restrita concepção de preceito fundamental como regra ou princípio de maior hierarquia, à ampla equiparação de preceito fundamental a toda e qualquer norma constitucional ou decorrente da Constituição, é certo que não se pode precisar com segurança qual a extensão desse termo, enquanto o STF não se manifestar, no processo de construção jurisprudencial, delineando a matéria" (Dal Col, Helder Martinez. 'O significado da expressão "preceito fundamental" no âmbito da Arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no Art. 102, § 1o, da CF' in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, no 39, abr.-jun. 2002, pp. 170-188, esp. p. 186).

41 Sucintamente, explicitaria C. M. Velloso, Ministro do Supremo Tribunal Federal, "a medida liminar poderá ser concedida por decisão da maioria absoluta dos membros do Tribunal (art. 5o). Em caso de extrema urgência ou perigo de lesão grave, ou em período de recesso, poderá o relator conceder a liminar, *ad referendum* do Tribunal Pleno (art. 5o, § 1o)", em Velloso, Carlos Mário. 'A Arguição de descumprimento de preceito fundamental' in *Revista Diálogo Jurídico*, no 12, mar. 2002, pp. 1-8, esp. p. 7, que está disponível no *site* <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 06 dez. 2004.

42 Nesse sentido, entra aquilo que anota Aristóteles, "lo que es objeto de ciencia es necesario. Luego es eterno, ya que todo lo que es absolutamente necesario es eterno, y lo eterno, ingénito y imperecedero. Además, toda ciencia parece ser susceptible de ser enseñada, y todo lo que es objeto de ella, de ser aprendido" (Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. cit., p. 91).

43 Significativamente lúcida é a visão defendi-

da por R. Spaemann em contraposição ao 'personismo', "5. En relación con los niños, el argumento del nominalismo dice que son sólo personas *potenciales*. Precisan ser cooptadas por la comunidad de acogida para convertirse en personas. A una parte del argumento he respondido ya: la acogida supone al ser al que hay que acoger. De algo *no deviene* alguien. Si el ser persona fuera un estado, podría surgir poco a poco. Pero si persona es alguien que pasa por diferentes estados, entonces los supone todos. No es el resultado de un cambio, sino de una generación, como la substancia según Aristóteles. La persona *es* substancia porque es el modo como *es* el hombre", e logo, "el ser personal no es resultado de un desarrollo, sino la estructura característica de un desarrollo. Como las personas no son absorbidas por sus respectivos estados actuales, pueden entender su propio desarrollo como desarrollo y a sí mismos como una unidad a través del tiempo. Esta unidad es la persona" (Spaemann, Robert. *Personas*. Pamplona, Eunsa, 2000, p. 234).

44 Assim refere A. Ollero, "cuando se pretende consolidar el conformismo ante la supuesta existencia de *seres humanos que no son personas* se nos sitúa, pues, en una dinámica de retroceso reaccionario. Se sacrifica al hombre a categorías jurídicas originariamente concebidas para su defensa, condenándolo a acabar siendo tratado como una cosa. La misma era que se ufana de haber logrado el universal reconocimiento de que todos los nacidos son iguales en derechos, contempla impasible la más drástica discriminación de los no nacidos, a los que se niega incluso la mera titularidad de cualquiera de ellos", em Ollero, Andres. 'Todos tienen derecho a la vida' ¿Hacia un concepto constitucional de persona? in Massini, C. & Serna, P. *El derecho a la vida*. Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 245-293, esp. p. 261.

45 Comentava F. Carpintero Benítez, "el hombre diseñado por el iusnaturalismo es un ser aislado en el universo, que sólo se posee a sí mismo. Dado que al Derecho natural le interesó destacar la libertad del individuo, el hombre que considera el iusnaturalismo es una esencia racional o moral – por seguir la terminología de estos autores – que no tiene en el mundo más

que la libre disponibilidad, sobre sí y la independencia consiguiente frente a los demás individuos; todas estas cualidades fueron resumidas bajo el término «libertad», *libertas*, *Freiheit*. (...) Consecuentemente con estas premisas antropológicas, el punto único de referencia sistemático para deducir derechos y deberes jurídicos no puede ser sino tal libertad, ya que la vinculación, el derecho o el deber, que no proceda y se fundamente en la libertad del individuo, es inmoral y antijurídico. Por tanto, a la Escuela del Derecho natural le fue preciso afirmar que el hombre sólo posee un único derecho innato, el de la libertad, de modo que desde este único derecho, llamado usualmente en los kantianos «derecho de la personalidad», es preciso deducir todos los restantes derechos del hombre”, em Carpintero Benítez, Francisco. *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1988, pp. 36–37.

46 Por isso, rejeitaria essa visão S. R. Beltrão ao afirmar que “esta problemática em relação ao início da personalidade com a concepção é própria do pensamento científico, onde o embrião, desde o momento da concepção, traz consigo de forma demarcada os seus genes e cromossomos, com as características que certamente o individualizam como um ser único e irrepetível” (Beltrão, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código civil*. São Paulo, Atlas, 2005, p. 72).

47 Sinteticamente, haveria de anotar L. Palazzani, “primeramente y a nivel general se pueden identificar dos tendencias opuestas. La primera «reduccionista» (y, a veces, también expansionista) de quien argumenta a favor de una *separabilidad* (de principio) y de una *separación* (de hecho) del concepto de persona del ser humano y de la vida humana (reduciendo, en consecuencia, el ámbito de aplicación del concepto de persona respecto a los seres humanos, y a veces extendiéndolo a los seres no humanos). Se trata de una perspectiva que podría también ser definida como «evolucionista», entendiendo con esta expresión la referencia a las teorías que consideran que el ser humano «llega a ser» persona (sin serlo ya constitutivamente) gracias a determinadas condiciones o cuando ciertas condiciones externas se

realizan” (Palazzani, Laura. ‘Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano’ in AAVV. *Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid, Eiuinsa, 2000, pp. 59–78, esp. p. 68).

48 Nesse sentido, importa lembrar que J. Ballesteros afirma que tal ‘personismo’ seria um reducionismo filosófico que teria correspondência com algumas doutrinas jurídicas, como a Pandectística alemã que surge no séc. XIX e que influenciaria toda a dogmática jurídica, não somente a civil, da Europa e dos demais países do mundo (Ballesteros, Jesús. ‘Exigencias de la dignidad humana en biojurídica’ in *Revista Internazionale di Filosofia del Diritto*, serie V, anno LXXIX, n. 2, apr.–giu. 2002, pp. 177–208, esp. p. 178).

49 Em seguida, assevera Palazzani que “la segunda tendencia es la que justifica una intrínseca *identidad* (de principio y de hecho) entre persona, ser humano y vida humana. Se trata de una tendencia unitaria en su propuesta teórica y práctica, y se inserta en una línea de continuidad con la tradición especulativa occidental” (*op. cit.* p. 68).

50 Assim, haveria de anotar J. H. Martins-Costa, “esta é a qualificação que agora vem posta em xeque, pois enquanto o Direito situa o início da vida no nascimento, a Biociência o situa anteriormente, na fertilização (fecundação ou concepção), inclusive a Psicologia percebendo já no embrião as características de individualidade e singularidade próprias de cada ser humano”, acrescentando ademais, “contudo, se como procurei demonstrar, não mais sobrevive a ficção de que o Direito é uma ?ciência pura?, separada da Ética – se pelo contrário, os grandes temas jurídicos são também os grandes temas éticos –, será tarefa da reflexão bioética fornecer ao Direito os parâmetros que permitirão a reconstrução da ideia de pessoa fundada na coincidência entre pessoa e ser humano” (Martins-Costa, Judith Hofmeister. ‘Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito’ in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 3, jul.–set. 2000, pp. 59–78, esp. p. 77).

51 Diante do problema atual do debate político sobre a vida do nascituro e da ideologização que existe na mídia, nota-se que há certas vozes que afirmam categoricamente que abortar não significa matar um ser humano. Por isso, é importante ter a visão de que se trata verdadeiramente de um crime contra a pessoa humana – neste caso, A. Dal Molin já dizia que se deveria tratar com um termo propriamente jurídico, ‘nascituricídio’, matar aquele que há de nascer, que mostra mais fielmente o valor da vida (Dal Molin, Aquiles. *Nascituricídio*. Porto Alegre, Aquiles Dal Molin ed., 1988, pp. 13–14).

Referências Bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de M. Araujo e J. Marías. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- BALLESTEROS, Jesús. ‘Exigencias de la dignidad humana en biojurídica’ in *Revista Internacional de Filosofía del Derecho*, serie V, anno LXXIX, nº 2, apr.–giu. 2002, pp. 177–208.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o Novo Código civil*. São Paulo, Atlas, 2005.
- CARPINTERO BENÍTEZ, Francisco. *Una introducción a la ciencia jurídica*. Madrid, Editorial Civitas, 1988.
- DAL COL, Helder Martinez. ‘O significado da expressão “preceito fundamental” no âmbito da Arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista no Art. 102, § 1º, da CF’ in *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, nº 39, abr.–jun. 2002, pp. 170–188.
- DAL MOLIN, Aquiles. *Nascituricídio. Aspectos jurídicos e éticos do aborto e do corpo da mulher*. Porto Alegre, Aquiles Dal Molin ed., 1988.
- FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves & FERNANDES, Rodrigo Pieroni. ‘A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a manipulação dos efeitos de sua decisão’ in *Jus Navigandi*, ano 6, nº 54, fev. 2002, p. 5, que está disponível no site <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2596>>, acesso em 06 dez. 2004.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Tradução e estudo preliminar de Cristóbal Orrego. Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 2000.
- MARTINS–COSTA, Judith Hofmeister. ‘Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção do biodireito’ in *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 3, jul.–set. 2000, pp. 59–78.
- MENDES, Gilmar Ferreira. ‘Arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, § 1º, CF)’ in *Jus Navigandi*, ano 4, nº 38, jan. 2000, p. 8, que está disponível no site <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=235>>, acesso em 06 dez. 2004.
- MOREIRA, Alexandre Mussoi. ‘Anencefalia e antecipação de parto (a legislação de Buenos Aires)’ in *Revista da Ajuris*, ano XXXI, nº 95, set. 2004, pp. 7–21.
- OLLERO, Andres. ‘«Todos tienen derecho a la vida» ¿Hacia un concepto constitucional de persona?’ in MASSINI, C. I. & SERNA, P. (edit.). *El derecho a la vida*. Pamplona, Eunsa, 1998, pp. 245–293.
- PALAZZANI, Laura. ‘Significados del concepto filosófico de persona y sus implicaciones en el debate bioético y biojurídico actual sobre el estatuto del embrión humano’ in AAVV. *Identidad y estatuto del embrión humano*. Madrid, Eiuusa, 2000, pp. 59–78.
- RÊGO, Bruno Noura de Moraes. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.
- RESOLUÇÃO CFM 1752/04. *Diário oficial da União*, Seção I, dia 13/09/04.
- RHONHEIMER, Martin. *La prospettiva della morale. Fondamenti dell’etica filosofica*. Roma, Armando Editore, 1994.
- RHONHEIMER, Martin. *Ley natural y razón práctica*. Pamplona, EUNSA, 2000.
- SPAEMANN, Robert. *Personas*. Pamplona, Eunsa, 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão – dia 1º de julho de 2004*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, nº 147, dia 02/08/04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão – dia 20 de outubro de 2004*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, nº 208, dia 28/10/04.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão – dia 27 de abril de 2005*. ADPF 54, in *Diário de Justiça*, nº 84, dia 04/05/05.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Decisão do Tribunal pleno sobre medida liminar*. ADPF 54, que está disponível no site <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 22 set. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Parecer 3.358 de Claudio Fonteles*. ADPF 54, que se encontra disponível no site <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 22 set. 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Petição inicial*. ADPF 54, que se encontra disponível no site <<http://www.stf.gov.br>>, acesso em 22 set. 2004.

TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Código civil – Esboço*. fascículo I. Rio de Janeiro, Typographia Universal de Laemmert, 1860.

VELLOSO, Carlos Mário. 'A Arguição de descumprimento de preceito fundamental' in *Revista Diálogo Jurídico*, nº 12, mar. 2002, pp. 1–8, que se encontra disponível no site <<http://www.direitopublico.com.br>>, acesso em 06 dez. 2004.

**Uma reflexão sobre a ADPF 54 -
a condição jurídica do
anencéfalo**

Palavras-chave - Direitos funda-
mentais - nascituro - crime de
aborto

O debate mais importante no âmbito judicial constitucional brasileiro atual é o relativo à Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 (ADPF), na qual se busca a declaração de inconstitucionalidade da aplicação para casos de anencéfalos das regras penais relativas ao crime de aborto. Em vista disso, procurou-se fazer, no presente trabalho científico, um exame desta questão partindo de dois pontos de vista distintos, (i) a explicação do caso, retratando o debate nas instâncias judiciais e sua repercussão em outras instâncias e (ii) uma visão crítica, em que se mostra que o pedido de dita ADPF apresenta vários problemas, que se visualizam desde a análise de todo o espectro da realidade jurídica, em seus âmbitos prático, técnico e teórico. Com isso, conclui-se que a citada ação possui inúmeros equívocos em seus argumentos, o que serve de fundamento para a rejeição desta ação em seus pedidos, sobretudo porque não reconhece que o anencéfalo possui o direito à vida, já que é um nascituro e assim tem sua personalidade jurídica reconhecida desde a sua concepção.

**A reflection on the ADPF 54 -
the legal condition of the
brainless child**

Key-words: basic rights – Unborn
child

The most important debate within Brazilian constitutional jurisprudence today is the discussion around the Question of Non-accomplishment of Basic Precept (ADPF in Portuguese) in which one seeks to state the unconstitutional nature of the application of the anti-abortion criminal laws to the cases of brainless unborn children. From this perspective we propose to analyze this subject from two distinct points of view: (i) the case explanation, picturing the debate in the courts as well as its repercussions in other fields; (ii) a critical view by which we seek to demonstrate that the mentioned ADPF presents several problems that can be understood from the specter of the legal reality in its practical, technical and theoretical scopes. This lead us to the conclusion that the case involve numbers of mistakes in its arguments, what opens the door to its refusal in its demands, particularly because it doesn't recognize the brainless unborn child's right to life, since it must have its legal personality guaranteed from the conception.