

## 1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho analisa a questão da colisão de direitos fundamentais no caso de aborto de fetos anencéfalos. Com efeito, os direitos fundamentais são assegurados em nossa Carta Política de 1988, em regra, àqueles que são nascidos, não havendo, no entanto, qualquer restrição desses direitos àqueles que ainda estão por nascer. Ademais, a Constituição Federal consagrou como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana. Embora não se possa falar, em sentido jurídico, em personalidade antes do nascimento, mas em ser humano em potencial, aos indivíduos (gestante e feto) são assegurados direitos fundamentais individuais, levando em conta a dignidade de cada um deles.

No entanto, é preciso observar que às vezes quando se garante direitos fundamentais a um indivíduo, não é raro que estes direitos garantidos possam entrar em choque com os direitos fundamentais de outro indivíduo, surgindo assim uma autêntica colisão de direitos fundamentais. Mas como solucionar esta colisão quando se tem de um lado o direito à vida, entendido como direito a nascer de um feto anencéfalo, com o direito à liberdade de escolha da gestante que diante do fato quer abortar?

O tema possui relevância jurídica e social, visto que tramita no Supremo Tribunal Federal uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) formalizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que requer a desautorização da punição criminal da gestante e dos trabalhadores na saúde que praticam o aborto, quando o feto é portador de anencefalia.

Este trabalho objetiva responder a questão da colisão entre o direito à vida e o direito à liberdade, analisando uma possível solução para um caso concreto. Tal colisão não é tão fácil de ser resolvida, pois está entrelaçada com questões científicas, filosóficas, religiosas, morais, psicológicas e, conseqüentemente, jurídicas. É importante ressaltar que não nos deteremos em todas as questões ora citadas, mas ficaremos com a questão jurídica, recorrendo à norma constitucional que trata dos direitos fundamentais, à doutrina e artigos para, enfim, chegarmos a uma conclusão que assegure a inviolabilidade dos direitos fundamentais positivados na Carta Magna.

Antes, porém de adentrarmos no caso concreto, precisaremos de um embasamento doutrinário sobre o que são os direitos fundamentais; a eficácia das normas que tratam desses direitos; a colisão dos direitos fundamentais e quais são os direitos que estão colidindo no caso concreto, para posteriormente buscarmos uma possível solução.

## 2. DESENVOLVIMENTO

A Constituição, hodiernamente entendida como um conjunto de normas jurídicas que organiza os elementos constitutivos do Estado como a sua forma e sistema de governo, a aquisição e exercício do poder, bem como a instituição dos órgãos estatais e os limites de sua ação<sup>1</sup>, tem também consagrado em seu bojo os direitos fundamentais do ser humano e as suas garantias.

Data de 1215 na Inglaterra que, pela primeira vez, foi elaborada uma carta assegurando alguns direitos fundamentais, denominada de Magna Carta, embora os direitos garantidos nesta carta não fossem declarações de direitos conforme entendimento moderno, que só viriam a aparecer no século XVIII com a Declaração de Virgínia (1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), esta última possuindo um caráter de universalidade, pois aspirava ser válida para toda a humanidade. Em 1948, com o fim da Segunda Guerra Mundial e com a criação da ONU, outro passo concreto foi dado no sentido de se dar um caráter universal aos direitos do homem com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

A idéia de garantir a efetividade dos direitos fundamentais encontrou respaldo quando estes direitos foram passados para o corpo das Constituições dos Estados, ainda que alguns inicialmente tenham sustentado que “as declarações de direitos incorporadas às Constituições não seriam mais que princípios filosóficos e morais, sem valor jurídico”.<sup>2</sup> José Afonso da Silva citando Biscaretti di Rufia, diz que a primeira Constituição a inserir direitos fundamentais foi a Constituição Belga de 1831; no entanto, ele faz a ressalva que este autor desconhecia a Constituição Brasileira de 1824<sup>3</sup>, pois esta já constava um título assegurando garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros.

Portanto, no Brasil os direitos fundamentais já foram inseridos na Constituição desde a sua primeira Carta Constitucional. A segunda Constituição brasileira, a de

---

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 39-40.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 105.

<sup>3</sup> “Cumprido, no entanto, observar que Biscaretti di Rufia não conhece a Constituição do Império do Brasil, de 1824, se não verificaria que a primazia da subjetivação e da positivação dos direitos do homem não cabe à Constituição Belga, mas a ela, que os anuncia, com as garantias pertinentes, em seu art. 179...” SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 171.

1891, destinava uma seção com o título Declaração de Direitos, assegurando a inviolabilidade dos direitos dos brasileiros e estrangeiros residentes no país no que tange à liberdade, segurança e propriedade. A partir da Constituição de 1934, com exceção da Constituição de 1937 que fora promulgada sob um regime ditatorial, as Constituições posteriores não só constavam direitos e garantias individuais, bem como os direitos de nacionalidade e os direitos políticos; muito embora as Constituições de 1967 e 1969 houvesse dispositivos que excluía da apreciação judicial os atos praticados com base em atos institucionais.

A Constituição de 1988 adotando técnica mais moderna inicia-se com um título sobre os princípios fundamentais do Estado e já no título II cita os direitos e garantias fundamentais, incluindo tanto os direitos individuais como também os direitos de nacionalidade, direitos sociais e políticos.

Não é tarefa das mais fáceis conceituar o que são os direitos fundamentais, visto que estes direitos têm recebido várias expressões no decorrer dos tempos. No entanto, é de suma importância recorrer a essas expressões consagradas para se verificar como a terminologia é abrangente. Os direitos fundamentais do homem aparecem como direitos naturais, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades públicas, entre outros. Não nos deteremos na explicação de cada terminologia citada, pois não é este o objetivo do presente trabalho. Ficaremos, no entanto, com a expressão direitos fundamentais do homem, pois tal expressão é a mais utilizada por alguns constitucionalistas brasileiros.<sup>4</sup>

Com base em nosso ordenamento jurídico constitucional, José Afonso da Silva<sup>5</sup> classificou os direitos fundamentais em cinco espécies:

1. Direitos individuais: são aqueles direitos assegurados ao homem enquanto indivíduo, presentes no artigo 5º;
2. Direitos coletivos: direitos que são garantidos ao homem membro de uma coletividade, também presentes no artigo 5º da Constituição Federal;
3. Direitos sociais: espécie de direitos garantidos ao homem em suas relações sociais e culturais, estão presentes nos artigos 6º e 193 da Constituição;

---

<sup>4</sup> Nesse sentido: SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 179-182., também citada por MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163.

<sup>5</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 187.

4. Direitos à nacionalidade: são direitos assegurados ao homem-nacional, definindo a nacionalidade e suas faculdades, estão estes direitos assegurados no artigo 12;

5. Direitos políticos: direitos atribuídos aos cidadãos ou também denominados como direitos de participação na política, constantes nos artigos 14 a 17 da Carta Constitucional.

É importante ressaltar também no que concerne aos direitos fundamentais do homem que são eles imprescritíveis, inalienáveis e irrenunciáveis.<sup>6</sup> Alexandre de Moraes cita além destas, outras características como: inviolabilidade, universabilidade, efetividade, interdependência e complementariedade desses direitos.<sup>7</sup>

Citamos acima que a efetividade dos direitos fundamentais encontrou respaldo quando estes passaram a fazer parte do texto constitucional, mas afinal, qual seria a finalidade destes direitos serem expressos na norma constitucional? A finalidade de se inserir na carta constitucional os direitos fundamentais é para que o ser humano seja preservado de qualquer ingerência do Estado na esfera individual, bem como tenha sua dignidade protegida. Ademais, se algum desses direitos garantidos na Constituição for violado, qualquer indivíduo poderá exigir do Estado uma tutela jurisdicional a fim de cessar a violação ou de ser indenizado.<sup>8</sup> José Gomes Canotilho em seu egrégio ensinamento não fala em finalidade, mas em funções dos direitos fundamentais<sup>9</sup>, que não é muito diferente do exposto acima, pois segundo ele, a função dos direitos fundamentais é defender o homem perante os poderes do Estado, dar ao particular a faculdade de obter do Estado proteção ao direito que lhe é assegurado e a função de não discriminação, ou seja, que o Estado trate a todos com igualdade.

Uma vez que os direitos fundamentais são garantidos pela norma constitucional, precisamos analisar a questão da eficácia das normas constitucionais, sobretudo das normas constitucionais consagradoras de direitos

---

<sup>6</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 185.

<sup>7</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 163-164.

<sup>8</sup> Cite-se como exemplo o inciso X do artigo 5º da Constituição Federal que preceitua a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem da pessoa, com direito à indenização pelo dano material ou moral que decorra dessa violação.

<sup>9</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 407-410.

fundamentais individuais. Antes de tudo, ressaltamos que a eficácia que nos interessa neste momento não é a eficácia social da norma, ou seja, a concretude normativa no mundo dos fatos no que tange à obediência e aplicação, mas a eficácia jurídica da norma constitucional.

A eficácia jurídica das normas está relacionada com a aplicação jurídica da norma editada, principalmente no que concerne à sua aplicabilidade, exigibilidade e executoriedade. Diz-se que a norma possui eficácia quando está apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico. Embora pareça tão fácil esta definição é preciso observar que nem todas as normas constitucionais produzem efeitos imediatos na ordem jurídica, pois algumas ficam dependendo de leis posteriores para produzir tais efeitos. Veja-se como exemplo o artigo 37, inciso VII da Constituição Federal quando preceitua que o direito de greve dos servidores públicos será exercido nos termos e limites definidos por lei específica. O direito de greve já foi garantido neste artigo, mas para que esta norma tenha plena eficácia será necessária edição de norma infraconstitucional disciplinando este direito.

Assim sendo, podemos concluir que quando o artigo 5º, § 1º da Constituição Federal estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, não há uma solução definitiva quanto à aplicabilidade e eficácia das normas, visto que algumas normas dependerão de leis ulteriores para poderem ser aplicáveis.

José Afonso da Silva<sup>10</sup> em sua obra classifica as normas constitucionais quanto à sua eficácia em:

1. Normas de eficácia plena e aplicabilidade direta, imediata e integral: normas que, desde a entrada em vigor da Constituição, já produzem ou podem produzir efeitos, pois coube ao legislador constituinte regular diretamente situações, comportamentos e interesses, sendo auto-aplicáveis. Como exemplo, podemos citar o artigo 1º da Constituição que assim dispõe: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito...”. Esta norma, então, não precisou de nenhuma complementação para fazer surgir seu efeito, pois desde a vigência da Lei Maior o Brasil se tornou um Estado Democrático de Direito.

---

<sup>10</sup> SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 86 ss.

2. Normas de eficácia contida e aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral: normas em que certas matérias foram reguladas suficientemente pelo legislador constituinte, mas que poderão sofrer restrições por parte do Poder Público ou mediante lei posterior que estabeleçam limites. Exemplo disso pode-se citar o art. 5º, inciso XIII da Carta Constitucional que assim preceitua: “É livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. A função da lei neste caso é estabelecer as restrições para o exercício da profissão, daí que sua eficácia fica contida.

3. Normas de eficácia limitada: são normas que não tem aplicabilidade direta e imediata, pois ficam condicionadas à legislação ulterior. Exemplo de norma de eficácia limitada é o artigo 153, inciso VII que preceitua que “compete à União instituir impostos sobre grandes fortunas, nos termos de lei complementar”. Esta lei complementar, portanto, é que dará plena eficácia à norma constitucional.

Não muito diferente desta classificação utilizada pelo supramencionado autor, o Desembargador do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e professor titular de Direito Constitucional da PUC Minas José Tarcísio de Almeida Melo classifica as normas constitucionais em completas e incompletas; nesta o constituinte delega ao legislador complementar ou ordinário a criação de lei infraconstitucional para regular a matéria tratada na Constituição; aquelas são normas que dispõem sobre a organização, a competência, a declaração de direito, atingindo, de imediato, seus efeitos.<sup>11</sup>

Adotando a classificação dada pelo grande constitucionalista José Afonso da Silva, podemos classificar as normas definidoras de direitos fundamentais, sobretudo as de direitos individuais, como normas de eficácia plena e aplicabilidade direta e imediata, pois que tais normas desde a entrada em vigor da Carta Maior já foi capaz de produzir efeitos.

Estando definido o que são os direitos fundamentais e sua positivação em nosso ordenamento jurídico, bem como a eficácia das normas que tratam dos direitos fundamentais, faz-se necessário entender o que é uma colisão de direitos,

---

<sup>11</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcísio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p.76-83.

mormente de direitos fundamentais. José Joaquim Gomes Canotilho<sup>12</sup> explica o que é uma colisão de direitos dividindo em autêntica colisão de direitos e colisão de direitos em sentido impróprio. A primeira forma é um autêntico conflito entre o exercício do direito fundamental de um titular com o exercício de direito fundamental de outro; a segunda consiste num conflito entre o exercício de um direito fundamental com bens jurídicos constitucionalmente protegidos. Exemplo de colisão autêntica de direitos fundamentais se dá quando a imagem de uma pessoa é divulgada por meio da imprensa, sem que esta seja autorizada, violando sua intimidade, vez que há uma colisão entre o direito à imagem e intimidade *versus* direito à liberdade de manifestação do pensamento e expressão. Já uma colisão em sentido impróprio pode ocorrer, por exemplo, quando o bem constitucionalmente protegido “Defesa nacional” está em conflito com o direito individual de receber informações do Estado.

O mencionado autor cita que para a solução no caso de colisão entre direitos fundamentais capazes de sofrer restrição deve-se buscar a mudança de um direito de domínio potencial em um direito definitivo, restringindo o direito fundamental, isto se se verificar que há previsão na norma constitucional. Em se tratando de colisão entre direitos fundamentais que não são suscetíveis de restrição, para a solução num caso concreto deve partir de uma harmonização de direitos e, dependendo do caso, a solução será a prevalência de um direito em relação ao outro.<sup>13</sup>

A Constituição de 1988, mantendo como forma de controle de constitucionalidade o controle difuso e concentrado, introduziu no nosso ordenamento jurídico a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) apreciada pela Suprema Corte. Regulamentada pela Lei nº 9882/99, ela tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental resultante de ato do Poder Público. Nesse sentido, foi proposta no primeiro semestre de 2004 uma Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo seu ilustre advogado Luis Roberto Barroso, requerendo deste tribunal a extinção da punibilidade à gestante e aos trabalhadores na saúde na prática de aborto de feto anencéfalo. A ação foi distribuída recebendo como relator o

---

<sup>12</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1253.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 1258.



ministro do Supremo Tribunal Federal Marco Aurélio Melo, vindo este conceder o abortamento em sede de liminar. A partir do segundo semestre de 2004, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) passou a analisar se seria cabível a ADPF para o caso em questão, vez que ficou configurado o cabimento, porém decidindo pela revogação da liminar que permitia o aborto. Quatro magistrados votaram pela manutenção da liminar: o ministro Marco Aurélio Melo, Carlos Ayres Brito, Celso de Mello e Sepúlveda Pertence. No entanto, o ministro Eros Grau se levantou contra a manutenção da liminar alegando que o Código Penal não poderia ser reescrito pelo Judiciário, permitindo uma terceira hipótese de aborto. Tal posicionamento foi amplamente aceito, resultando na cassação da liminar. Porém, a decisão não ficou totalmente resolvida, vez que admitido o cabimento da ADPF, deverá ser julgado o mérito. Em agosto e setembro de 2008, foi realizada uma audiência pública para ouvir setores da sociedade civil pró e contra o aborto de anencéfalos.

No caso em comento, diante da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) verificamos claramente a colisão entre os direitos fundamentais direito à vida *versus* direito à liberdade. Os argumentos apresentados pela parte proponente foram a afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, liberdade e autonomia da vontade, além de violar o direito à saúde, pois que a gestante terá que levar adiante uma gravidez da qual se sabe que não há qualquer viabilidade de vida extra-uterina. Ademais, a gravidez de feto anencéfalo pode gerar riscos à saúde da gestante. E, por fim, alega-se que não havendo vida a ser protegida, não há que se falar em aborto, mas em antecipação terapêutica do parto, sendo desproporcional e inconstitucional a incidência da norma penal neste caso.

Por outro lado, aqueles<sup>14</sup> que são contrários ao aborto defendem que há vida no feto anencéfalo e que, uma vez autorizando o aborto, estará a Suprema Corte legislando, permitindo o aborto eugênico<sup>15</sup>, o que contraria a Carta Constitucional que defende a inviolabilidade do direito à vida. Alguns chegam a afirmar que autorizando o aborto neste caso, tão logo haverá autorização para o aborto em quaisquer outros casos em que se constatar uma anomalia no feto. Também se

---

<sup>14</sup> KRAUSE, Paul Medeiros. **Apelo à razão: inconstitucionalidade da legalização do aborto**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7907>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

<sup>15</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro**. Vol. 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 123-126.

defende que não há qualquer risco à saúde da gestante, senão o risco normal de qualquer gravidez de feto sem anomalias.

Diante disso, passemos agora a analisar o direito fundamental vida em conflito com o direito à liberdade ante a Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54. Com efeito, a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade foi consagrada no *caput* do artigo 5º da Carta de 1988.

O direito à vida consiste no direito a continuar vivo e no direito de possuir vida digna<sup>16</sup>, sendo que este direito deve ser respeitado desde a concepção até a morte natural<sup>17</sup>, pois é um processo que se instaura com a concepção, transforma-se, progride e depois regride, deixando de ser vida para se tornar morte.<sup>18</sup> José Afonso da Silva sustenta que três tendências estavam presentes na elaboração da Constituição, uma que defendia a vida desde a concepção, outra que defendia o direito somente após o nascimento com vida e outra que não queria tomar partido na decisão.<sup>19</sup> Ives Gandra da Silva Martins<sup>20</sup> defende que, uma vez que foi ratificada a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), o Brasil adotou a teoria concepcionista, pois este tratado preceitua em seu artigo 4º que toda pessoa tem direito a que se respeite sua vida e este direito está protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ademais, com base no parágrafo 2º do artigo 5º da Constituição Federal que declara que os tratados internacionais sobre direitos individuais são incorporados ao texto constitucional, para o citado autor o Pacto de São José da Costa Rica passou a ter *status* de norma constitucional. Corroborando com a idéia concepcionista defendida por Ives Gandra, há autores que recorrem à legislação infraconstitucional para comprovar a garantia de direitos ao nascituro desde a concepção.<sup>21</sup> Alexandre de Moraes ensina que do

---

<sup>16</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176

<sup>17</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 267.

<sup>18</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 200.

<sup>19</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 206.

<sup>20</sup> MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aborto, uma questão constitucional**. Disponível em: <[http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigos\\_aborto.htm](http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigos_aborto.htm)>. Acesso em: 28 out. 2008.

<sup>21</sup> José Tarcízio de Almeida Melo expõe que o Código Civil garante os direitos do nascituro, desde a concepção, elencando estes direitos: legitimidade para sucessão, direito de possuir curador para ser protegido, direito a receber doação e de ser reconhecido como filho, direito a ser indenizado por dano moral quando ocorrer ofensa à sua integridade física e mental, bem como direito a alimentos, à imagem e à honra. ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 309.

ponto de vista biológico, não existe dúvida de que a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide.<sup>22</sup> Este mesmo autor pontifica que a Constituição protege a vida de forma geral, inclusive a vida intra-uterina, pois a vida que aí está sendo gestada é um terceiro com existência distinta da mãe, apesar de estar alojada no seu útero. Tal proteção tem razão de ser, pois se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.<sup>23</sup>

Daí podemos concluir que tudo que interferir prejudicando o desenrolar normal da vida, a está contrariando<sup>24</sup>, sendo que o corolário deste supremo bem é a proibição de matar, proibição esta que vale também para o Estado, só admitindo ressalva em se tratando de guerra declarada conforme art. 5º, inciso XLVII, alínea “a”<sup>25</sup> ou se tratar de legítima defesa ou ainda, quando a gravidez é resultante de estupro ou a gestante corre perigo de morte, consoante artigos 25 e 128 do Código Penal, respectivamente. Em se tratando de legítima defesa e aborto necessário (quando na gravidez há um grave perigo para a vida da gestante) não existe um conflito de interesses, pois nestes casos o que se quer é proteger a própria vida. No que tange ao aborto sentimental (quando a gravidez é resultante de estupro), o que se quer é resguardar o direito da mulher a uma maternidade consciente, fruto da sua vontade e não de um crime.<sup>26</sup> Cumpre aqui salientar que o aborto eugenésico, no qual há riscos fundados de que o embrião ou feto sejam portadores de anomalias graves, não recebeu nenhuma exclusão de punibilidade no Código Penal.

É de bom alvitre analisar neste momento o que é anencefalia e se ela é compatível com a vida protegida juridicamente. O termo anencefalia não é o mais correto, pois se entende com este termo a ausência de cérebro. Porém, a anencefalia pode ser considerada como uma má-formação congênita, ocorrendo defeito no fechamento do tubo neural e a ausência de calota craniana, embora o tronco cerebral é geralmente preservado e ele, juntamente com a medula espinhal, é quem vai controlar muitas das funções do corpo, como o batimento cardíaco, a

---

<sup>22</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

<sup>23</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 176.

<sup>24</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 200.

<sup>25</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 309.

<sup>26</sup> PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito penal brasileiro**. Vol. 2: parte especial: arts. 121 a 183. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 105-108.

respiração, e certos atos reflexos como a deglutição, vômito, tosse e piscar de olhos. Esta má-formação é detectada após a 16ª semana de gravidez. Na maioria das vezes, o feto morre antes de nascer, sendo registrados poucos casos de sobrevivência após o parto, alguns sobrevivendo horas, dias ou semanas.<sup>27</sup> Há casos constatados de crianças anencéfalas que tiveram um longo período de vida, como no caso de Marcela de Jesus, anencéfala nascida na região de Ribeirão Preto – SP, que viveu um ano e oito meses. Há casos relatados de sobrevivência de anencéfalos após o nascimento por período de sete minutos, de vinte horas, de quatro dias, de três meses e um famoso caso na cidade de Sobradinho – DF que diagnosticada como acrania (ausência de calota craniana) e sendo recomendado o aborto pela Promotoria de Justiça do Distrito Federal, veio a sobreviver por um período de três anos.<sup>28</sup>

O diagnóstico de anencefalia, para o ministro da saúde José Gomes Temporão, em sua participação na audiência pública no Supremo Tribunal Federal, diz ser “absolutamente seguro”.<sup>29</sup> Também, é importante destacar que a anencefalia pode se dar com a ausência parcial ou total do encéfalo, sendo que a ausência parcial é considerada meroanencefalia e a ausência total é considerada holoanencefalia, sendo que bebês com casos menos graves de meroanencefalia podem sobreviver vários anos.<sup>30</sup> Confirmando este posicionamento, o Comitê de Bioética do governo italiano diz que se verifica na anencefalia uma ausência completa ou parcial da calota craniana e grau variado de má-formação.<sup>31</sup> Outra questão que se levanta é se os anencéfalos podem sentir ou fazer alguma coisa. Tal pergunta é difícil de ser respondida, pois alguns médicos dizem que a criança não possui estímulo nenhum. O Comitê Nacional de Bioética da Itália admitiu que dependendo do caso e do grau de gravidade, o anencéfalo pode até mesmo ter uma

---

<sup>27</sup> **Perguntas mais frequentes sobre anencefalia.** Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>28</sup> Esses casos foram relatados em: CRUZ, Luis Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?** Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em 28 out. 2008.

<sup>29</sup> Ministro da Saúde é favorável ao aborto. Publicado em 04 set. 2008. Disponível em: <[www.tribunadonorte.com/index.php?setor=detalhesnoticia&nid=25341](http://www.tribunadonorte.com/index.php?setor=detalhesnoticia&nid=25341)> Acesso em: 04 set. 2008.

<sup>30</sup> COIMBRA, Celso Galli. **Ministros do STF: o que é realmente anencefalia?** Disponível em: <<http://www.biodireito-medicina.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>31</sup> "Este Comitê é composto por estudiosos das mais diversas áreas, em coerência com a natureza pluridisciplinar da Bioética: médicos, juristas, psicólogos, sociólogos e filósofos". Citação tomada de: CRUZ, Luis Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em: 28 out. 2008

primitiva possibilidade de consciência e experimentar sofrimentos.<sup>32</sup> Outro ponto controvertido é se o anencéfalo deve ser considerado natimorto. Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 54) foi argumentada esta idéia de que o anencéfalo pode ser considerado natimorto com base na Lei nº 9434/97. Esta lei é conhecida como Lei dos Transplantes, pois dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, sendo adotado tal procedimento a partir do diagnóstico de morte encefálica, constatada por dois médicos que não participem da equipe de remoção. Posteriormente com a Resolução 1480/97 do Conselho Federal de Medicina foi estabelecido critérios para a caracterização da morte encefálica. Ocorre que esta resolução expressa claramente que não há consenso sobre a aplicabilidade dos critérios para constatar a morte encefálica em crianças menores de sete dias e de prematuros. Celso Galli Coimbra<sup>33</sup>, advogado e responsável pela editoria do site biodireito-medicina, numa carta endereçada aos ministros do STF afirma que no Brasil e na maioria dos países a condição essencial para ser constatada morte encefálica é que o paciente perda irreversivelmente a capacidade de respirar.<sup>34</sup> No entanto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) aprovou uma resolução em 2004 que permite a retirada de órgãos de recém-nascidos anencéfalos, ainda que o tronco cerebral esteja funcionando. Pesam, porém, duras críticas a essa resolução, pois alguns afirmam que havendo tronco cerebral funcionando, o anencéfalo continua respirando e esboçando outros movimentos, sendo que todo o encéfalo (incluindo aí o tronco cerebral) deve parar de funcionar para que alguém seja considerado morto.<sup>35</sup>

No que tange ao direito à liberdade, é preciso entender o que é liberdade e o que a Carta Constitucional consagrou. No dicionário de Filosofia<sup>36</sup> o termo é definido como autodeterminação, necessidade ou possibilidade de escolha. Tais definições

---

<sup>32</sup> COMITÊ NACIONAL DE BIOÉTICA DA ITÁLIA. **II neonato anencefalico e la donazione di organi**. Versão portuguesa disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>> . Acesso em: 11 abr. 2008.

<sup>33</sup> COIMBRA, Celso Galli. **Ministros do STF: o que é realmente anencefalia?** Disponível em: <<http://www.biodireito-medicina.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2008.

<sup>34</sup> Tal autor contrasta a idéia de “morte cerebral” presente na Resolução 1752/2004 do Conselho Federal de Medicina, em detrimento da expressão “morte encefálica”. COIMBRA, Celso Galli. **Ministros do STF: o que é realmente anencefalia?** Disponível em <<http://www.biodireito-medicina.com.br>>. Acesso em 22 out. 2008.

<sup>35</sup> CRUZ, Luis Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?**. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em 28 out. 2008.

<sup>36</sup> ABBAGNANO, Nicola, 1901. **Dicionário de Filosofia** / Nicola Abbagnano; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p.607.

não nos interessam no momento, haja vista que o tema é controvertido. Preferimos ficar com a definição citada por José Afonso da Silva, tomada da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que consiste em não fazer o que prejudica a outros, encontrando limites à liberdade quando no exercício de um direito há violação do direito do outro.<sup>37</sup> É importante ressaltar que a liberdade consagrada constitucionalmente está mais ligada à legalidade, pois que o artigo 5º, inciso II preceitua que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, ficando evidente que a liberdade não consiste numa ausência de coação, mas sim numa liberdade restringida pela lei. Vale destacar que na esfera íntima de uma pessoa, o Estado não poderá, nem mediante lei, restringir a liberdade, impondo obrigações que ferem a dignidade da pessoa humana.

De acordo com a Carta Magna, a liberdade pode ser assim dividida, conforme ensinamento do supracitado autor: liberdade da pessoa física, liberdade de pensamento, liberdade de expressão coletiva, liberdade de ação profissional e liberdade de conteúdo econômico e social.<sup>38</sup> Também ressaltamos que a carta constitucional também confere liberdade ao indivíduo em buscar amparo na justiça quando este sentir que um direito seu é violado ou está sob ameaça de o ser. Para tanto, o cidadão poderá se valer de vários instrumentos para se defender como, por exemplo, o *Habeas Corpus*, quando há violação no direito de ir e vir ou mera ameaça. Observe-se, no entanto, que quando se dá ao indivíduo liberdade, isto não garante a ele uma liberdade sem restrição, pois senão estaríamos diante de uma verdadeira anarquia no qual cada um faz o que quer sem que haja limites advindos de autoridade legalmente constituída. É importante frisar que liberdade não está em contradição com autoridade, pois esta é necessária para que permaneça a ordem. No entanto, a liberdade não é compatível com autoritarismo.

Não podemos deixar de citar que estes direitos supramencionados estão em perfeita sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, prevendo um direito de proteção em relação ao Estado ou aos demais indivíduos e

---

<sup>37</sup> “A liberdade consiste em poder fazer tudo o que não prejudique a outrem: assim, o exercício dos direitos naturais do homem não tem outros limites senão os que asseguram aos demais membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites somente a lei poderá determinar”. Declaração de 1789 citada por SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 236.

<sup>38</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 238.

estabelecendo um dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.<sup>39</sup> Rizzato Nunes ensina que é preciso identificar este princípio como uma conquista da razão, fruto da reação humana frente à história de atrocidades, citando principalmente a consciência que se formou após as atrocidades cometidas pelos nazistas na segunda guerra.<sup>40</sup> Para ele, a dignidade nasce com o indivíduo<sup>41</sup>, e para que haja respeito à pessoa humana e à sua dignidade é preciso assegurar os direitos sociais, somando a esses os demais direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade, à intimidade, etc.<sup>42</sup>

Com efeito, assegurar o nascimento do feto anencéfalo, bem como garantir a liberdade de escolha da gestante em antecipar o parto no caso de anencefalia está em harmonia com o princípio da dignidade da pessoa humana. Uma vez, no entanto, que dois direitos fundamentais estão opostos, constatamos a existência de uma colisão. Daí decorre a necessidade de uma solução para este caso. Para uns a solução está no abortamento, para outros está em garantir o nascimento do feto anencéfalo, para que ocorra a morte natural. É preciso, porém, verificar qual direito será mais lesado caso haja prevalência de um direito em detrimento de outro e, sobretudo, se não haverá a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, precisamos observar a solução desta colisão em consonância com o princípio da igualdade consagrada constitucionalmente. Com efeito, o artigo 5º, *caput* da Constituição Federal preceitua que todos são iguais perante a lei, igualdade que significa direito às mesmas oportunidades, de acordo com as condições especiais de cada um, não tratando a todos da mesma forma, mas tratando com desigualdade os desiguais.<sup>43</sup> Para corroborar no sentido de tratar a todos com igualdade, proibindo distinções de qualquer natureza, o artigo 3º, inciso IV da Constituição veda qualquer forma de discriminação. Portanto, para analisar a colisão de direitos fundamentais no caso de aborto de anencéfalos, devem-se levar em conta os direitos que estão colidindo, a dignidade da pessoa humana e a

---

<sup>39</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002, p. 128-129.

<sup>40</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

<sup>41</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 49.

<sup>42</sup> NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 51.

<sup>43</sup> ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 316.

igualdade perante a lei. Destarte, estaremos colaborando para uma possível solução mais adequada com os princípios acima mencionados.



### 3. CONCLUSÃO

Ante o exposto, estamos diante de um grande impasse que é a solução para a colisão dos direitos fundamentais direito à vida *versus* direito à liberdade, impasse este que não há uma preferência radical de um direito sobre o outro, pois ambos são direitos irrenunciáveis.

Preferimos, no entanto, utilizar para a solução o critério citado por Canotilho, que consiste na harmonização e prevalência de direitos, visto que estes direitos não podem sofrer restrições. Portanto, o direito à liberdade deverá ser conferido à mulher em todas as circunstâncias em que esta liberdade não venha a causar prejuízo a outra parte, pois depois da vida, a liberdade é o bem mais precioso que o ser humano possui. Não obstante a isso, se admitíssemos o aborto de anencéfalos, com toda certeza estaríamos negando o direito ao nascimento ao feto anencéfalo, ainda que sua vida tenha um tempo muito curto de duração.

Além disso, precisamos olhar sob uma óptica constitucional este debate. Se a Constituição que possui supremacia sobre todas as outras normas vigentes no país consagra como um dos direitos fundamentais a inviolabilidade da vida e posteriormente a liberdade, pressupõe-se que a vida antepõe à liberdade, pois esta não existiria sem aquela. Daí que podemos falar não em hierarquia de valores, mas sim em precedência. A vida precede a liberdade. Daí que a solução que propomos diante desta colisão é a prevalência da vida.

É preciso também analisar a questão sob uma outra dimensão. A Constituição preceitua que o fundamento do Estado brasileiro está pautado na dignidade da pessoa humana e este princípio não exclui ninguém, nem o que nasceu e nem quem está para nascer. Se assim não fosse, a Carta da República ressaltaria que dignidade possui a pessoa já nascida, o que não ocorreu. Destarte, falar em ofensa à dignidade da gestante quando se impõe a ela a continuação da gestação quando se sabe que o feto vai morrer é um pouco relativo, pois que autorizando o aborto do feto anencéfalo há de se falar que a dignidade deste também está sendo ofendida, por haver uma verdadeira discriminação a este ser por ele possuir uma anomalia.

Por fim, se a Constituição declara igualdade de todos perante a lei, o Estado deverá evitar qualquer tipo de discriminação. E mais, o Estado tem a obrigação legal de amparar sobretudo os mais fracos, os mais indefesos contra decisões impostas

pelos mais fortes. No caso em tela, é evidente que a parte mais fraca e mais indefesa é o feto anencéfalo porque, além de não poder se autodefender, ainda sofre com uma anomalia grave. Diante disso, só podemos nos posicionar a favor da vida e contra o aborto de anencéfalos, dando ao feto a chance de nascer e morrer naturalmente. Quanto à gestante, o Estado deverá dar proteção à sua saúde, principalmente psicológica, dando-lhe assistência e apoio neste momento tão difícil.

## REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola, 1901. **Dicionário de Filosofia** / Nicola Abbagnano; tradução da 1ª edição brasileira coordenada e revista por Alfredo Bosi; revisão da tradução dos novos textos Ivone Castilho Benedetti. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000

ALMEIDA MELO, José Tarcízio de. **Direito Constitucional do Brasil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional Didático**.. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COIMBRA, Celso Galli. **Ministros do STF: o que é realmente anencefalia?** Disponível em: <<http://www.biodireito-medicina.com.br>>. Acesso em: 22 out. 2008.

COMITÊ NACIONAL DE BIOÉTICA DA ITÁLIA. **Il neonato anencefalico e la donazione di organi**. Versão portuguesa disponível em <<http://www.providaanapolis.org.br/cnbport.htm>> . Acesso em: 11 abr. 2008.

CRUZ, Luis Carlos Lodi da. **Quem é o anencéfalo?** Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quemeoan.htm>>. Acesso em 28 out. 2008.

KRAUSE, Paul Medeiros. **Apelo à razão: inconstitucionalidade da legalização do aborto**. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7907>>. Acesso em: 15 jul. 2008.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Aborto, uma questão constitucional**. Disponível em: <[http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigos\\_aborto.htm](http://www.academus.pro.br/professor/ivesgandra/artigos_aborto.htm)>. Acesso em: 28 out. 2008.

**Ministro da Saúde é favorável ao aborto de feto anencéfalo.** Publicado em 04 set. 2008.

<<http://www.tribunadonorte.com/index.php?setor=detalhesnoticia&nid=25341>>

Acesso em: 04 set. 2008.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

NUNES, Luiz Antonio Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana:** doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro.** Vol. 2: parte especial: arts. 121 a 183. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

**Perguntas mais freqüentes sobre anecefalia.** Disponível em:

<<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acesso em: 22 out. 2008.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 15. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1998.