

ABORTO DE FETOS ANENCEFÁLICOS. REFLEXÕES E CONSIDERAÇÕES À LUZ DA CONSTITUIÇÃO

Sumário: Autorização judicial para realização de aborto de feto anencefálico. Análise à luz do ordenamento jurídico brasileiro. Garantia da inviolabilidade do direito à vida (art. 5º, *Caput*), sem condicionamentos. Proteção garantida pelo sistema vai desde a **concepção** independentemente da existência de deficiências ou doenças.

I - Dos direitos fundamentais

Os **direitos fundamentais** possuem alguns traços que os distinguem dos demais direitos, a saber: são **irrenunciáveis, imprescritíveis e inalienáveis**¹. O texto da Carta Republicana brasileira diz que são **invioláveis, e irrevogáveis**, pois não podem ser abolidos por emenda constitucional (art. 60, 4º da CR/88), por constarem do rol das cláusulas pétreas.

Canotilho² distingue os **direitos do homem** - que são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), extraídos da própria natureza humana, daí o seu caráter *inviolável, intemporal e universal* - dos **direitos fundamentais** que são direitos jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-territorialmente, objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.

Ingo Wolfgang Sarlet³ ao considerar os primórdios dos direitos fundamentais, esclarece que “o mundo antigo, por meio da religião e da filosofia, legou-nos algumas das idéias chave que, posteriormente, vieram a influenciar diretamente o pensamento jusnaturalista e a concepção de que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais e inalienáveis, de tal sorte que esta fase costuma também ser denominada, consoante já ressaltado, de pré-história dos direitos fundamentais.”

Sendo o homem anterior à sociedade e ao próprio Estado, determinados direitos lhe são **inerentes, inatos**, de modo que ao Estado cabe apenas **declará-los e defendê-los**. Se as

¹ - Pela Declaração Universal dos Direitos dos Homens - DUDH, se diz ainda, no preâmbulo, que tais direitos são **iguais, inalienáveis e de observância universal**.

² - Canotilho, in Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, p. 393

³ - A Eficácia dos Direitos Fundamentais, 10ª edição, ed. Livraria do Advogado, p. 37

leis, no sentido mais amplo, como notou Montesquieu⁴, são relações necessárias que **derivam da natureza das coisas**, segue que os **direitos fundamentais** do homem não são fruto de uma convenção, ainda que possam vir a ser positivados por um Parlamento legítimo, mas decorrem da **natureza humana**..

O surgimento da expressão **dignidade da pessoa humana** está associada aos momentos históricos em que os seres humanos deixaram de ser tratados como tal, foram submetidos a condições infra-humanas, de aniquilamento, tal como se deu com o nazismo, stalinismo, nos diversos genocídios étnicos⁵.

Aristóteles em sua *Ética*⁶, já distinguia a **justiça legal** (convencional) da **natural** ao dizer:

“Da justiça política, uma parte é natural e a outra parte legal: natural, aquela *que tem a mesma força onde quer que seja e não existe em razão de pensarem os homens deste ou daquele modo*. (...) Alguns pensam que toda a justiça é desta espécie, porque as coisas que são por natureza, são *imutáveis e em toda parte têm a mesma força* (como o fogo, que arde tanto aqui como na Pérsia). (...) As coisas que são justas em virtude de *convenção e da conveniência* assemelham-se a medidas, pois que as medidas para o vinho e para o trigo não são iguais em toda parte, porém maiores nos mercados por atacado e menores nos retalhistas.”

Esta diferença – entre o direito convencional e o direito natural – não era conhecida apenas pela aristocracia grega, pelos filósofos, mas o homem comum do povo também sobre ela podia refletir, como pode ser visto na tragédia “A **Antígona**”, de Sófocles. Antígona desobedece as leis outorgadas pelo rei Creonte, para sepultar dignamente seus irmãos, falecidos em combate pelo exercito inimigo, invocando como fundamento de seu agir as leis naturais ou leis de Júpiter, que estariam acima das leis humanas. A dignidade humana dos irmãos falecidos em combate, reclamando um sepultamento, foi mais forte para Antígona do que a sanção capital imposta pelo rei Creonte àqueles que lhe desobedecessem. A luta entre a **dignidade humana** (direito natural) e as limitações impostas por **convenções humanas** (direito positivo), seguramente estarão presente por todo o caminhar do homem sobre a terra.

Deste modo é possível compreender que os **direitos fundamentais** não dependem de qualquer convenção ou conveniência, nem mesmo de uma positivação, pois existem em razão de sua natureza. Basta lembrar que, embora não catalogado de modo expreso na Constituição o **direito de conhecer a própria origem**, acabou por prevalecer nos Tribunais brasileiros sobre texto expreso da lei⁷. Neste mesmo sentido é possível pensar em outros

⁴ - O Espírito das Leis, vol. I, Livro I, Capítulo I, p. 13, Nova Cultural, coleção Os Pensadores.

⁵ - Os Hazaras no Afeganistão, os Curdos no Iraque, os Tutsis no Congo Belga, este último retratado no filme Hotel Ruanda.

⁶ - *Ética a Nicômaco*, Livro V, Capítulo VII, , Abril Cultural, Os pensadores, p. 331

⁷ - Refiro-me à redação original do artigo 41, Caput do ECA, posteriormente modificado pela lei 12.010/09 que tratava da Adoção, desvinculando o adotado dos pais biológicos. Muitas decisões foram proferidas no início dos anos noventa, entendendo ser impossível os pedidos de investigação de paternidade. Quando as

direitos fundamentais que embora não catalogados expressamente, não encontrariam resistência em seu reconhecimento (direito à respiração, direito ao desenvolvimento, etc).

É bem verdade que muitos dos direitos catalogados tanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, quanto no artigo 5º da Constituição da República do Brasil não chegam a constituir-se em *direitos fundamentais*, embora mereçam ser assegurados, muito mais como um **ideal**, como anota Michel Villey⁸.

Mas então o que seria um direito fundamental? Poderiam eles ser identificados com os **direitos da personalidade**? Ou seriam aqueles que conferem ao ser humano **dignidade**?

Não receber do Estado serviços públicos adequados, como o *serviço judiciário, informação de seu peculiar interesse*, constitui violação de direito fundamental? Viver sem *lazer*, sem poder sindicalizar-se, é sofrer violação de direito fundamental?

Os direitos qualificados como **fundamentais**, obviamente não são quaisquer direitos, mas aqueles sem os quais **o homem não pode existir ou sua existência seja impossível**, por ser degradante e inaceitável. Neste sentido, o direito **à vida, à integridade física, o acesso aos alimentos** como fruto do trabalho ou de políticas sociais, me parecem preponderar sobre os demais. Curiosamente, esta ordem está presente no artigo 227 da Constituição, ao cuidar dos direitos das crianças e adolescentes:

“ É dever da família, da sociedade e do Estado, assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o **direito à vida, à saúde, à alimentação**, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los à salvo de toda forma de negligência, exploração, violência, crueldade e opressão.”

Parece-nos inquestionável que o **direito à vida** é indiscutivelmente o **de maior intensidade**, pois sem a vida, os demais direitos não podem existir. Todos os demais direitos lhe são acessórios e por isto mesmo dependentes.

Assegurar a vida é o primeiro dever do Estado. E esta vida é garantida de forma **igual**, sem a possibilidade de **distinção de qualquer espécie**. A única interpretação que o texto constitucional admite para corrigir as desigualdades, são as ações voltadas a promover

questões começaram a chegar aos Tribunais, prevaleceu o **direito de conhecer a própria origem**, como decorrência do princípio da dignidade da pessoa humana, ainda que sem restabelecer laços de parentesco.

⁸ - Obra citada, p. 7. O autor faz sérias críticas a real existência dos direitos humanos, argumentando que o exercício de muitos destes direitos excluem a existência de outros, como o direito à vida confrontado com o direito ao aborto, o direito ao silêncio, confrontado com o direito de manifestação pública, o direito à intimidade com o direito de informação generalizada, etc. Poderia ser somado a esta crítica a existência de prisões como a de Guantanamo, em Cuba, onde sabidamente se praticam torturas contra prisioneiros sem direito a defesa, nem a julgamento, demonstrando a validade da crítica em certos aspectos. Por outro lado, o autor parece ignorar a técnica da ponderação, balanceamento de valores, proporcionalidade e razoabilidade na interpretação de valores em confronto.

aqueles em situação de inferioridade ou necessidade, aquilo que se convencionou chamar de **ações afirmativas**.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem, no seu Preâmbulo, e também nos artigos 1º, 2º, 3º, 6º e 7º, fala em “direitos **iguais**”, “**iguais** em dignidade e direitos”, “**sem distinção de qualquer espécie**”, “**todo homem**”. A Carta Republicana Brasileira repete no artigo 5º, Caput que “**todos são iguais perante a lei**”.

Não existe qualquer previsão nos textos legais, para que o *feto anencefálico* tenha o seu processo natural de morte antecipado. O Estado recebe um mandato - da sociedade e do próprio homem - para agir **apenas** em seu benefício⁹. Pode ministrar-lhe cuidados, proteção jurídica voltada a garantir o seu desenvolvimento, mas nunca e sob nenhum pretexto, antecipar sua morte natural. Qualquer ação do Estado que se volte contra a vida humana, sem razões fundadas¹⁰, é absolutamente ilegítima. Esta forma de interpretar a ação do Estado não é nova. O Juramento de Hipócrates traz idênticos preceitos sobre o modo como o médico (privado ou público) deve cuidar de seus pacientes:

“(…) Usarei o meu saber e o melhor de minhas capacidades e do meu discernimento **para ajudar** os enfermos; abster-me-ei de cumprir ações que possam **acarretar dano a quem quer que seja**. Não ministrarei substanciais medicinais mortais, ainda que solicitado a fazê-lo, sem sugerirei aos outros atos semelhantes. Nem **darei, jamais, a mulher alguma, meios para abortar**. (...) Quando eu entrar numa casa, **será para benefício do enfermo**, e me absterei de qualquer ato voluntário que possa ser nocivo.”

Vige para o advogado, regra semelhante, na relação com o seu cliente, pois também não lhe é dado agir contra os interesses do mandante.

II – Do início da proteção da vida – os direitos do nascituro

Como sabido, o texto constitucional não diz quando começa a proteção da vida, sendo lição de Canotilho¹¹, sobre a interpretação da Constituição, que “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê, com grande invocação no âmbito dos direitos fundamentais.”

⁹ - Neste sentido os artigos 196 - que estabelece que as ações do Estado, no campo da saúde, devem estar voltadas para a *promoção, proteção e recuperação* – e 203, I e IV da CR/88, que prevê, no campo da assistência social, ações do Estado voltada à *proteção da maternidade, a habilitação e a reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária*.

¹⁰ - Encontram-se entre as razões fundadas a legítima defesa (própria ou de terceiro), pois neste caso a iminência de morte injusta legitima ao ofendido salvar sua própria vida, sacrificando a do agressor.

¹¹ - Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª ed. Almedina, p. 1224. Textualmente: **O princípio da máxima efectividade**. Este princípio, também designado por **princípio da eficiência** ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: *a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos **direitos fundamentais**).

O Código Civil diz no artigo 2º que “ a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a **concepção**, os direitos no nascituro.”

A Professora Silmara Juny Chinellato¹², uma das maiores autoridades no direito brasileiro sobre os direitos do nascituro, esclarece que, em face dos avanços da biomedicina e da genética, a questão que suscita alguma dúvida é se o conceito (e a proteção jurídica) pode se estender ao nascituro concebido *in vitro*, isto é, fora do ventre materno, concluindo afirmativamente que até mesmo o embrião pré-implantatório, *in vitro* ou crioconservado, também estão protegidos pela lei.

A festejada professa lembra ainda que o nascituro pode ser beneficiário de doação (art. 542) e herança (art. 1.799), possibilitando sua representante legal entrar na posse dos bens doados ou herdados, provando-se a gravidez, por meio da posse em nome do nascituro (arts. 877 e 878 do CPC). Garantiu-se-lhe também o direito aos alimentos, durante a gravidez (lei 11.804/2008), jogando por terra os argumentos da corrente natalista, que de fato não se sustenta numa interpretação sistemática do Código Civil.

Idêntica discussão, em torno do momento em que a lei começa a proteger a vida, se dá nas ações de cobranças de seguro DPVAT, pela interrupção da gravidez em razão de acidente automobilístico. Muito embora existam decisões negando o pagamento da indenização no pressuposto de que o nascituro não tenha propriamente direitos, mas mera expectativa de direitos¹³, há entendimento majoritário¹⁴ de que o abortamento de feto em razão de acidente de automóvel gera direito à indenização, pois o feto é pessoa. Embora a questão tenha sido apreciada em maior número na Região Sul, o TJSP teve também segue majoritariamente a mesma posição, *ex vi* da Apelação nº 902.351-0/0 da 30ª Câmara, rel. Des. Alfredo Fanucchi, j. 05/04/06, com a seguinte ementa:

" Considerando que existe vida **desde a concepção**, segundo a **teoria da nidacão**, a interrupção da gravidez com a morte do nascituro que acarreta a proteção legal. Não há porque diferenciar para fins de indenização a morte de pessoa já nascida de morte do nascituro, **eis que a lei não faz tal distinção.**"

Vale a pena registrar que o STJ no julgamento do RESP 931.556-RS, rel. Minª Nancy Andrighi, j. 17/06/08, rechaçou a tese da fixação de indenização em valor menor para a

¹² - Código Civil interpretado, coord. Costa Machado, diversos autores, 2ª ed. Manole, p. 29

¹³ - Neste sentido as Apelações nºs 70022797542, 70023387756, 71001872670 todos do TJRS e ainda Apel. 0429121-4 do TJPR e Apel. 2006.028342-0 do TJSC.

¹⁴ - Neste sentido, pela riqueza do debate, ver decisão proferida pelo 3º Grupo de Câmaras Cíveis do TJRS nos Embargos Infringentes nº 70026431445, com ampla citação doutrinária da Profª Silmara Juny Chinellato. A decisão ficou assim ementada: EMBARGOS INFRINGENTES. SEGUROS. DPVAT. INDENIZAÇÃO. MORTE DO FETO EM CONSEQÜÊNCIA DE ACIDENTE DE TRÂNSITO. CABIMENTO. CASO EM QUE A SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA DIZ COM A EXISTÊNCIA DO NASCITURO ENQUANTO PESSOA. EMBARGOS INFRINGENTES ACOLHIDOS, POR MAIORIA. No mesmo sentido as Apelações nºs 7100179253, 71002001048, 71001422922, 71000854430 todas das Câmaras Reunidas Cíveis do TJRS que culminou na edição da Súmula 14.

perda de nascituro, concomitantemente com a perda de outros filhos já concebidos, reafirmando não haver diferença ontológica. E no HC 32.159-RJ, relatora a Min. Laurita Vaz, novamente se reafirmou a impossibilidade de interpretar restritivamente o direito a vida, quando o texto constitucional não excepcionou:

" 3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesses casos, o princípio da reserva legal."

Francisco Amaral também oferece interessantes reflexões sobre a medida da capacidade do embrião ao cotejá-la com os direitos da personalidade:

" A personalidade não se identifica com a capacidade, como costuma defender a doutrina tradicional. Pode existir personalidade sem capacidade como se verifica com o nascituro, que ainda não tem capacidade, e com os falecidos, que já a perderam. (...) Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um *quantum*. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa."

Cada vez mais prevalece o entendimento de que o embrião é pessoa e a proteção de seus direitos não dependem de seu nascimento com vida, sendo ilícito frear o seu desenvolvimento¹⁵, que como vimos é um direito natural que não necessita sequer ser declarado.

Ora, se o ordenamento jurídico protege claramente os interesses **patrimoniais** do embrião, que é um *minus*, não é razoável que deixe de estender esta proteção à própria vida, que é um *plus*, permitindo antecipar sua morte. Há portanto, não só o direito à vida, sem qualquer restrição, mas também o direito ao seu desenvolvimento¹⁶.

III - Da dignidade da pessoa humana e do direito à vida

¹⁵ - Surge aqui o problema da mulher sofrer uma limitação à liberdade sobre seu próprio corpo. Sabido que o feto tem vida autônoma, ele não é parte do corpo da mulher e mesmo que fosse, o artigo 13 do CC/02 não permite a disposição do próprio corpo, salvo para fins de transplante. Excetuado o caso de estupro, a mulher voluntariamente consente com a gravidez sujeitando-se a este estado pela própria natureza das coisas. Não se trata de imposição Estatal. Ademais não é estranho ao direito as restrições às liberdades pessoais, havendo inúmeras situações de restrições ao exercício de direitos ditadas pelo interesse social (ver entre outros a reintegração ao trabalho de empregada gestante, art. 10, II, b do ADCT, a prorrogação de contrato por prazo indeterminado prevista no artigo 473, parágrafo único do CC/02).

¹⁶ - Conforme cita Ingo Wolfgang Sarlet, o Tribunal Constitucional da Alemanha, em decisões de 1975 e 1993, assentou que: " o processo de desenvolvimento (...) é um processo contínuo que não revela nenhuma demarcação especial e que não permite nenhuma divisão precisa das diferentes etapas do desenvolvimento da vida humana. (...) e onde há dignidade humana, há um direito fundamental à vida. Obra citada, p. 220, nota 697

Ainda que não tenha havido invocação expressa à **dignidade da pessoa humana** no voto favorável ao aborto, alegou-se que *a doutrina e jurisprudência estariam a admitir a realização do aborto, como forma de evitar riscos à saúde da gestante, especialmente por problemas psicológicos.*

A questão aqui se põe, com a mesma intensidade posta na ADI 3.510, na qual argumentou-se que a permanência do feto anencefálico no ventre da gestante, constituiria **forma de tortura para a mãe**, pois esta teria que levar adiante uma gravidez fadada ao insucesso. Haveria de fato ofensa à **dignidade humana** (da mulher gestante) em levar adiante uma gravidez com estas peculiaridades? De que maneira esta ofensa se daria?

Seria menos **digna** uma gestante que leva adiante a gravidez de feto anencefálico ou portador de síndrome de Down ou de alguma outra deficiência, do que outra mulher que tem autorização para interrompê-la? A resposta parece ser negativa, pois a legislação infraconstitucional tem concedido prioridade às mulheres grávidas nos atendimentos bancários, reserva de lugares nos transportes públicos, concessão de licença maternidade (independentemente de diagnóstico), não havendo meios de diferenciar **externamente** entre duas mulheres grávidas, qual delas tem gestação normal e qual necessita de cuidados especiais. Assim, o problema só pode se dar no **âmbito interno, subjetivo, da consciência, psicológico**, de administração no âmbito familiar.

Há gestantes que enfrentam situação ainda pior do que a existência de feto anencefálico, pois há casos de fetos mal formados ou com distúrbios ou deficiências que exigirão dos pais, mais do que alguns meses e semanas de intensa dedicação, exigirão cuidados por toda a vida. Qual dos dramas será mais tormentoso? Neste segundo caso, também não haverá dano psicológico a justificar a interrupção da gravidez?

A Prof^a Maria Celina Bodin de Moraes¹⁷, falando sobre a expressão jurídica da **dignidade humana**, esclarece que "o substrato material da dignidade assim entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) *reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele*, ii) *merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular*; iii) *é dotado de vontade livre, de autodeterminação*; iv) *é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado*. São colorários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral - psicofísica - da liberdade e da solidariedade."

Como se vê, não é possível fazer uma análise isolada de ofensa da dignidade da gestante, sem fazer a mesma análise em relação ao feto.

IV - Da possível colisão de direitos: vida x dignidade. Interpretação

¹⁷ - Danos à pessoa humana - Uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais, Renovar, p. 85. Com destaques nossos em itálico.

A questão tratada neste acórdão, extraindo-se a apreciação de questões processuais, se apresenta, pelo menos em tese, como um *conflito de direitos*, a saber, de um lado a **vida do embrião**, com remota possibilidade de vida extra-uterina, e de outro a alegada **dignidade da mãe**, de não ter que prorrogar uma gravidez, que apresenta-se fadada ao insucesso. Alega-se que este incômodo (não só físico, mas psicológico e familiar) atentaria contra a **dignidade humana** da gestante, que também é um valor constitucionalmente protegido.

Muito embora a doutrina¹⁸ apregoe a “inexistência de uma ordem abstrata de bens”, como se todos eles estivessem num mesmo nível, a análise dos critérios de **ponderação, balanceamento** (*balancing process*) **razoabilidade e proporcionalidade**, acabam conduzindo, “ (...) no fundo, como já foi salientado na doutrina (Guastini), à criação de uma **hierarquia axiológica móvel** entre os princípios conflituantes. **Hierarquia**, porque se trata de estabelecer um “peso” ou “valor” maior ou menor entre os princípios.”

Um dos exemplos citados por Canotilho¹⁹ para demonstrar a necessidade de **ponderar** os valores constitucionais, protegidos e postos em jogo, envolve exatamente o **direito a vida**, em colisão com o direito das vítimas e o **direito à justiça** na aplicação da lei (punitiva).

“ Um indivíduo, autor de um crime grave, em vésperas de julgamento público, ancorado em relatórios médicos, invocou o **risco de perder a vida** (por enfarte) se fosse submetido a uma audiência pública de julgamento. O conflito entre o **direito à vida** e o **direito/dever do estado de prossecução da ação penal** colocou-se com toda a acuidade. Além disso, deveria ainda ter-se em conta o direito das vítimas a uma decisão para obter uma norma de decisão situativa. Impunha-se um *balanceamento*, uma *ponderação* para resolver a situação de tensão entre os bens constitucionais. **E o reconhecimento do direito ao adiamento do julgamento para a proteção do bem da vida (como foi o caso)** não significa sempre um esquema de prevalência (...).”

A solução foi encontrada pelo **balanceamento** dos valores postos em colisão, a partir da análise da topografia do conflito. Verificou-se que existia espaço para uma decisão, para além da técnica da **sobreposição**, na qual um dos direitos haveria de ser aniquilado para o prevalecimento de outro.

Nos dizeres do constitucionalista português²⁰, a ponderação é um *modelo de verificação e tipificação da ordenação de bens em concreto*. Não é de modo algum, um modelo de abertura para uma justiça “casuística”, “impressionística” ou de “sentimentos”. Precisamente por isso, é que o método de *balancing* não dispensa uma cuidadosa topografia do conflito, nem uma justificação da solução do conflito através da ponderação. A análise da topografia do conflito exige, assim, que se esclareçam dois pontos: (1) se e em que medida a área ou esfera de um direito (âmbito normativo) se sobrepõe à esfera de um outro

¹⁸ - Incluindo o próprio Canotilho, na Obra já citada, p. 1.237

¹⁹ - Obra citada, p. 1238

²⁰ - Obra citada, p. 1239, com destaques nossos em negrito.

direito também normativamente protegido; (2) **qual o espaço que “resta” aos dois bens conflitantes para além da zona de sobreposição.**

Este critério de julgamento já é adotado pelos Tribunais Constitucionais (inclusive pelo nosso STF) nas ações que tem por objeto a inconstitucionalidade das leis, na qual se busca **preservar ao máximo o trabalho do legislador**, surgindo daí a “*interpretação conforme a Constituição*” sempre que não haja uma inequívoca contradição com o Texto Maior.

Por tudo o que se acabou de ver sobre interpretação de normas constitucionais, a única hipótese em que haveria de aplicar-se a **técnica da sobreposição** seria se a gravidez trouxesse risco de morte para a mãe, pois neste caso, haveria de escolher entre duas vidas.

No entanto, a situação não é de sobreposição, havendo um espaço claro para o balanceamento dos valores, assegurando-lhes a co-existência. As mulheres que sofrem este incômodo devem **receber ajuda psicológica do Estado** – tal qual está previsto para as mulheres que sofrem violência no âmbito doméstico – para que possam enfrentar esta situação de sofrimento transitório com o maior apoio possível.

Há registros de mulheres que passaram por esta experiência sem sofrer danos psicológicos, sendo possível, ao revés, que a realização do aborto, ainda que autorizada judicialmente, também possa causar danos psicológicos à mãe. Parece-nos difícil que em nome da dignidade humana se possa varrer do mundo real as situações tormentosas da vida. Daí nossa adesão ao argumento apresentado pelo Ministro Cézar Peluso na ADPF 54, no sentido de que a dor (e aqui no caso a palavra desconforto me parece melhor, porque as gestantes de maneira geral passam pelo mesmo processo de desconforto) não é algo que degrade o ser humano.

A morte deve ser para o ser humano um processo natural, não se deve antecipá-la. Por isto, não nos parece adequada a equiparação do feto anencefálico com a de uma pessoa que, em razão de traumatismo craniano tenha recebido diagnóstico de morte encefálica, para fins de remoção de órgãos para transplante previsto na lei 9.434/97, como se deu na Apel. nº 2008.021736-2 do TJSC, mencionada na nota 1 deste *Paper*. Para este último, a morte se deu em razão de um acidente, de uma fatalidade, sem qualquer atuação humana prévia, situação totalmente diferente do feto anencefálico.

Além disto, a referida lei 9.434/97 veio a regulamentar o disposto no artigo 199, 4º da Constituição da República, que trata da **assistência à saúde**. Não está voltada a promover a **igualdade** na sua **dimensão substancial**, como se dá, por exemplo, quando a Constituição cuida dos direitos das **crianças e adolescentes**, que estão em fase de desenvolvimento, dos direitos dos **idosos**, que também necessitam de proteção especial por suas dificuldades impostadas pela idade, e mesmo dos direitos das **pessoas portadoras de deficiência**.

Ao se permitir o aborto de fetos anencefálicos, estar-se-á a criar uma exceção²¹ que a Constituição não previu de modo explícito e nem mesmo implícito, qual seja, entre as pessoas viáveis e inviáveis. Como já se viu anteriormente, o ordenamento jurídico brasileiro e as Convenções Internacionais ratificadas pelo Brasil também não admitem esta distinção.

V - Conclusão

Assim, podemos concluir que o aborto de fetos anencefálicos viola não só texto expresso da Constituição (artigo 5º, Caput, artigos 199, 203, I), mas também de Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, como o artigo 4º, nº 1 da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06-11-1992, que na mesma linha do Código Civil brasileiro, protegem os direitos do nascituro desde a concepção. Os fundamentos de nossa conclusão podem ser assim resumidos: (I) o **direito à vida** por ser um direito fundamental, sequer necessitaria estar expresso no ordenamento jurídico para merecer seu reconhecimento e proteção, por ser inerente a todo e qualquer ser humano, **independentemente de sua conformação no processo gestacional**, sendo tal direito inviolável, imprescritível, inalienável, irrevogável, cabendo ao Estado declara-lo como direito fundamental que é, e consequentemente defendê-lo; (II) que o início desta proteção se dá com a **concepção**, tendo o embrião fecundado *in vitro* o direito de ser implantando para que ocorra o seu natural desenvolvimento, também direito inerente a todo ser humano; (III) que para superar possíveis danos psicológicos, com a notícia da gravidez de feto anencefálico (ou de fetos com outras síndromes) deverá o Estado oferecer apoio psicológico às famílias – semelhante às vítimas de violência no âmbito doméstico - para que possam concluir o processo gestacional, não constituindo tal prosseguimento ofensa à dignidade humana da gestante; (IV) que diante de conflito de direitos constitucionalmente protegidos deve o intérprete procurar **evitar a técnica da sobreposição**, por meio da qual se aniquile, por completo, um dos direitos, em detrimento do outro, sendo certo que a única hipótese que ensejaria o emprego deste recurso seria no caso de risco de vida da gestante.

²¹ - A pena de morte e o aborto em determinadas circunstâncias são exceções (...) e assim devem ser consideradas para todos os fins, pois a regra é a vida, a garantia de existência de todo ser vivo nascido de mulher. Nagib Slaib Filho, In Direito Constitucional, 3ª edição, Forense, p. 316