

COMENTÁRIO AOS VOTOS DOS MINISTROS MARCO AURÉLIO MELO E CEZAR PELUSO NA AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL ADPF Nº 54 - ANENCÉFALOS

COMMENTARY TO THE VOTES PRONOUNCED BY THE MINISTERS MARCO AURÉLIO MELO AND THE CEZAR PELUSO IN ACTION FOR BREACH OF FUNDAMENTAL PRECEPT ADPF Nº 54 - ANENCEPHALIC

Emerson Baldotto Emery¹

Advogado

RESUMO: A Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS, sob o argumento de que, em relação à gestante de fetos anencéfalos, a tipificação penal como aborto da prática de interrupção da gestação fere a dignidade da pessoa, os princípios da legalidade, liberdade e autonomia da vontade e o direito à saúde, todos insertos na Constituição Federal, em razão de que a vida extrauterina do feto anencéfalo seria inviável, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da tipificação dessa prática. O relator afastou a possibilidade de análise da questão a partir de posições morais

abrangentes, principalmente de cunho religioso, para poder abordar o tema pela ótica da medicina, que, embora não distinga perfeitamente o início da vida, determina quais são as condições de sua viabilidade a partir do diagnóstico da existência ou não de atividade cerebral, espécie de exame que afere a morte para fins de doação de órgãos. Dentro desses parâmetros, a inexistência da quase totalidade do cérebro no anencéfalo demonstra a sua condição clínica de morto e inviabilidade para a vida extrauterina, não sendo justificável, principalmente dentro de uma perspectiva constitucional da proporcionalidade, manter-se a tipificação penal da antecipação terapêutica do

¹ Mestrando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

parto, em detrimento da gestante que limita o seu corpo, sofre com a certeza da prole natimorta, corre riscos maiores que outras gestantes e, na maioria dos casos, fica com um trauma psicológico incomensurável. Equiparando a obrigatoriedade de levar a termo essa gestação à tortura, o relator deu provimento à ADPF 54 para declarar a inconstitucionalidade da interpretação que tipifica a interrupção da gravidez de feto anencéfalo pelos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal. O voto do Ministro Cezar Peluso, em sentido contrário ao do relator, reconhece vida no feto anencéfalo, e afirma que esta não pode ser ceifada sob os argumentos expendidos, os quais não entende como afronta à dignidade da mãe, nem tampouco se mostra uma situação de risco para esta. Afirmou a fragilidade da certeza a partir dos exames médicos e que não se pode invocar os direitos sexuais da mulher frente a vida; por fim, que não se trata de atuação da competência do STF, para com esses argumentos negar provimento à ADPF 54.

PALAVRAS-CHAVE: Anencéfalo; eugenia; liberdade; proporcionalidade; saúde.

ABSTRACT: *The action by breach of fundamental precept (acronym in portuguese – ADPF) nº 54 was filed by the National Confederation of Workers in Health (acronym in portuguese – CNTS), under the argument that to the pregnant women of anencephalic fetuses, the criminalization as abortion practice of termination of pregnancy, wounds the dignity the person, the principles of legality, liberty and autonomy of the will and the right to health, all inserts in the Federal Constitution, on the reason that the extrauterine life of the anencephalic fetus would be impractical, requiring the declaration of unconstitutionality of the vagueness doctrine of this kind of practice. The reporter has removed the possibility of analyzing the issue from comprehensive moral positions, especially a religious one, in order to approach the issue from the perspective of medicine, although the medicine does not perfectly distinguish the beginning of life, determines what are the conditions of its viability from diagnosis of the existence or not of brain activity, a sort of test that measures the death for the purpose of organ donation. Within these parameters, the absence of virtually the entire brain in anencephalic, demonstrates their dead clinical condition and the impossibility for the extrauterine life, it is not justifiable, especially within a constitutional perspective of proportionality, keep the criminalization of therapeutic anticipation of childbirth, to the detriment of the pregnant, that imposes limits to her body, suffers by the certainty of a dead son ou daughter, runs greater risks than other pregnant women, and in most cases, suffers a immeasurable psychological trauma. Pariting the requirement to carry this pregnancy to term to torture, the reporter supplied the ADPF 54 to declare the unconstitutionality of interpretation that typifies by articles 124, 126 and 128 of the penal code, the pregnancy termination of anencephalic fetus. The vote of Justice Cezar Peluso, in objection to the repórter, recognizes that there is life in the anencephalic fetus, and that can not be taken based on the arguments put forward, which is not meant deny the dignity to the mother, nor shown a risk situation to her. Said*

the fragility of certainty from medical examinations and that one can not invoke the sexual rights of women facing life, finally, that it is not acting within the jurisdiction of the Supreme Court. With these arguments denied the ADPF 54.

KEYWORDS: *Anencephalic; eugenics; freedom; proportionality; health.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Exposição sintética do voto do Ministro Marco Aurélio Mello; 2 Exposição sintética do voto do Ministro Cezar Peluso; 3 O conceito de vida; 4 Liberdade e autonomia como elementos centrais em discussão e o poder de legislador positivo do STF; 5 A refutação de orientações morais abrangentes; 6 A dignidade e a dignidade da vida intrauterina; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Summary of the voting of the Minister Marco Aurélio Mello; 2 Summary of the voting of the Minister Cezar Peluso; 3 The concept of life; 4 Freedom and autonomy as central elements in the discussion, and the STF responsibility as a positive legislator; 5 A refutation of wide moral guidances; 6 The principle of dignity and the dignity of intrauterine life; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo aborda as posições de dois dos principais votos proferidos² na decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ADPF nº 54, que versa sobre a interrupção da gravidez de feto anencéfalo para responder se tal conduta está tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro. O plenário declarou inconstitucional a tipificação.

A posição do relator, prevalecente, compreendeu não se tratar de conduta tipificada, é analisada como voto guia da decisão a que chegou o Tribunal, o contraponto equipolente é a posição do então presidente do Tribunal, Ministro Cesar Peluso.

A controvérsia sobre a tipificação da conduta de interrupção da gravidez do anencéfalo não é recente, nem limitada ao Brasil. A ADPF 54 tramitou no Supremo Tribunal Federal por quase oito anos, mas, como afirmou o relator, antes disso, até o ano de 2005, cerca de 3.000 (três mil) procedimentos de interrupção gestacional foram formalmente autorizados por juízes e Tribunais no Brasil, demonstrando a premência que o tema suscitava.

² É necessário esclarecer que ao tempo em que esses comentários foram escritos, os votos em referência ainda não haviam sido publicados, tendo sido gentilmente cedidos pelas assessorias dos Senhores Ministros com as respectivas autorizações.

Além de discussões a respeito de posições morais abrangentes, principalmente de cunho religioso, e de temas que tangenciam a metafísica, como a determinação do início e fim da vida ou da qualidade mínima que deve apresentar para ser reconhecida como digna, o caso da tipificação ou não da anencefalia também abrangeu discussões importantes no campo dos direitos fundamentais, especialmente com relação à dignidade da pessoa humana e um cotejo entre o direito a garantir uma integridade física e psicológica da mãe *versus* o direito do nascituro, além de ilações sobre a objetificação do feto anencéfalo.

O Supremo Tribunal Federal assumiu a posição de legislador positivo, determinando mais uma excludente de ilicitude ao lado das existentes no art. 128 do Código Penal brasileiro. Trata-se de posição de vanguarda, saldada por setores sociais e uma enorme quantidade de mulheres, que outrora se viram forçadas a um sofrimento sem medida, decorrente da associação de um erro da natureza à força de um preceito de lei draconiano.

1 EXPOSIÇÃO SINTÉTICA DO VOTO DO MINISTRO MARCO AURÉLIO MELLO

Afirmando ser uma das questões mais importantes já decididas pelo STF, o Ministro Marco Aurélio inicia seu voto trazendo dados que demonstram a dimensão do problema sob análise, afirmando que o Brasil é um dos países com maior incidência de fetos anencéfalos, o que resulta em grande número de demandas requerendo ordem judicial para a interrupção destas gestações. Passou à delimitação do objeto da ADPF, cingindo-o à declaração de inconstitucionalidade com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante da tipificação penal que impede a antecipação terapêutica do parto na gravidez de anencéfalo, liberando a gestante para se submeter ao procedimento sem prévia autorização judicial.

No plano principiológico, delimitou de forma antípoda a dignidade da mulher e os interesses de parte da sociedade em proteger todos que a integram, independente da condição orgânica, colocando como pano de fundo os princípios da dignidade humana, a liberdade, a autodeterminação e os direitos à saúde e reprodutivo, afirmando textualmente que no caso não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente, nos seguintes termos:

Inescapável é o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que

deseja proteger todos os que a integram – sejam os que nasceram, sejam os que estejam para nascer – independentemente da condição física ou viabilidade de sobrevivência. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. No caso, não há colisão real entre direitos fundamentais, apenas conflito aparente. (MELO, M. A. Voto na ADPF 54)

Após a primeira parte, introdutória, o voto aborda a laicidade do Estado brasileiro desde uma perspectiva histórica, para embasar a posição de que o julgamento não pode ser examinado a partir de “orientações morais religiosas”.

O terceiro tópico aborda a anencefalia, concluindo pela impossibilidade de existência de vida no anencéfalo. Afirma que a constatação da situação de anencefalia é plenamente possível com os meios hoje disponíveis, inclusive no sistema público de saúde; em decorrência, não se está a tratar de um ser que virá a se tornar pessoa, pois, para o relator, o anencéfalo é um natimorto, não possui potencialidade de vida, portanto, não se está a tratar de caso de aborto, que pressupõe vida, ao menos possível. Sem vida, não há o ato típico.

O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoralmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência de membros, pés tortos, sexo dubio, Síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portador de deficiência grave que permita sobrevida extrauterina. Cuida-se tão somente de anencefalia. Na expressão da Dra. Lia Zanotta Machado, “deficiência é uma situação onde é possível estar no mundo; anencefalia, não”. De fato, a anencefalia mostra-se incompatível com a vida extrauterina, ao passo que a deficiência não. (MELO, M. A. Voto na ADPF 54)

Como não se trata de vida, não se aplicam ao anencéfalo os preceitos normativos de proteção da criança e do adolescente, nem os preceitos constitucionais, bem como a Convenção sobre Direitos da Criança das Nações Unidas, em razão de que o anencéfalo nunca alcançará essa condição.

O relator também nega a possibilidade de manutenção da vida do anencéfalo para o fim de doação de órgãos, uma vez que não cabe a utilização do ser humano como meio para se atingir a um fim. De forma coerente com o raciocínio de que o feto anencéfalo não é um feto humano, defende nesse caso o direito de a gestante não ser utilizada como mero instrumento de produção de órgãos para doação, além do próprio fato de que, na maioria das vezes, os órgãos do anencéfalo não têm condições de ser aproveitados para esses fins.

Contudo, é na quarta parte de seu voto que o Ministro Marco Aurélio Mello expõe cruamente a sua contrariedade à tipificação da interrupção da gestação de anencéfalos, com a frase que afirma que “anencefalia e vida são termos antitéticos”. Logo, se o feto anencéfalo não é um ser vivo, não pode haver crime contra a vida, não pode haver aborto, que é um crime contra a vida ao menos em potencial. Por esta mesma razão, o anencéfalo não é passível de ter direitos, e, no lado oposto da equação, está a gestante, um ser que possui direitos, principalmente direito à dignidade.

Igualmente, Senhor Presidente, não é dado invocar o direito à vida dos anencéfalos. *Anencefalia e vida são termos antitéticos*. Conforme demonstrado, o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida. Trata-se, na expressão adotada pelo Conselho Federal de Medicina e por abalizados especialistas, de um *natimorto cerebral*. Por ser absolutamente inviável, o anencéfalo não tem a expectativa nem é ou será titular do direito à vida, motivo pelo qual aludi, no início do voto, a um conflito apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida.

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe

vida possível. Na expressão do Ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no *Habeas Corpus* nº 84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal. Nesse contexto, a interrupção da gestação de feto anencefálico não configura crime contra a vida – revela-se conduta atípica. (MELO, M. A. Voto na ADPF 54) (grifos nossos)

Também constata que a vida não é um bem absoluto, pois mesmo a Constituição Federal vislumbra a possibilidade de pena de morte, e, ainda, o direito penal trás gradações do desvalor da morte causada por terceiro, o que demonstra que diferentes formas de perda da vida recebem tratamentos penais diferentes. Conclui o ponto afirmando que mesmo que o anencéfalo pudesse ser considerado um ser com vida, o que não corresponde a sua opinião, deveria haver gradação para menor no trato de seus direitos, mormente quando contraposto aos direitos da mãe.

Pela ótica da integridade da gestante, o relator afirma que falar de saúde é superar a ideia de “ausência de enfermidades”, para conceber situação de integral “bem estar físico, mental e social”; assim, pode-se justificar a interrupção da gestação de anencéfalos que, em sua concepção, não são seres dotados de vida, para resguardar a integridade da gestante, pois trata-se de uma gestação que estatisticamente produz mais situações de riscos que a gestação de fetos normais, além do risco de trauma psicológico, que pode alcançar níveis equivalentes à tortura.

Conclui o seu voto dizendo que a integridade dos anencéfalos não pode ser “plena”, “preservada a qualquer custo”, impondo-se às gestantes sentimentos que lhes afrontam a dignidade.

A integridade que se busca alcançar com a antecipação terapêutica de uma gestação fadada ao fracasso é plena. Não cabe impor às mulheres o sentimento de meras “incubadoras” ou, pior, “caixões ambulantes”, na expressão de Débora Diniz.

[...]

A incolumidade física do feto anencéfalo, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher. No caso, ainda que se conceba o direito à vida do feto anencéfalo – o que, na minha óptica, é inadmissível, consoante enfatizado –, tal direito cederia, em juízo de ponderação, em prol dos direitos à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à integridade física, psicológica e moral e à saúde, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, inciso III, 5º, cabeça e incisos II, III e X, e 6º, cabeça, da Carta da República.

Com base nesses argumentos, entendendo não ser o anencéfalo sujeito de direitos, e, principalmente, classificando como plenamente defensável a opção da mulher gestante pela antecipação do parto, o relator julgou procedente o pedido da inicial, declarando inconstitucional a interpretação que considera a interrupção da gravidez de feto anencéfalo “conduta tipificada nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal brasileiro”.

2 EXPOSIÇÃO SINTÉTICA DO VOTO DO MINISTRO CEZAR PELUSO

O Ministro Cezar Peluso inicia o seu voto pela diferenciação que entende ser necessária entre o tema abordado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510 e o tema da ADPF 54. Para o Ministro, os embriões congelados estão em situação de impossibilidade de desenvolvimento autônomo da vida, entendido esse como um processo contínuo que denominou capacidade de desenvolvimento autógeno, o que não é o caso dos fetos anencéfalos, que, uma vez instalados no útero materno, afora a morte prematura intrauterina, têm o condão de se desenvolver até o momento do parto e, quiçá, após.

Em seu voto, o conceito de autonomia para as funções vitais, embora extraído do voto dado na ADIn 3.510, é fundamental, sendo conveniente transcrevê-lo:

[...] Como se vê logo, todas as referências científicas e filosóficas à noção genérica de *processo*, compreendido como *sucessão contínua de mudanças de acordo com diretriz*

unitária de desenvolvimento autônomo, para caracterizar em teoria e identificar em concreto a vida, radicam-se, em última instância, na idéia de movimento cujo princípio causal está no próprio movente, que por consequência se define como vivo.

Noutras palavras, não há vida no ser que não tenha ou ainda não tenha capacidade de mover-se por si mesmo, isto é, sem necessidade de intervenção, a qualquer título, de força, condição ou estímulo externo. É o que me permito denominar aqui *capacidade de movimento autógeno*.

E isso não o têm os embriões congelados, cuja situação é só equiparável à de etapa inicial de processo que se suspendeu ou interrompeu, antes de adquirir certa condição objetiva necessária, capaz de lhe ativar a potência de promover, com autonomia, uma seqüência de eventos, que, biológicos, significam, no caso, a unidade permanente do ciclo vital que individualiza cada subjetividade humana." (PELUSO, Cezar. Voto na ADPF 54) (grifos no original)

A autonomia para se desenvolver, ou como denominou o Ministro, "capacidade de movimento autógeno", é o diferencial que possibilita atribuir ao anencéfalo a qualidade de ser dotado de vida, razão pela qual não rechaça negar a proteção pelo direito àqueles que não são capazes de desenvolver plenamente a capacidade de consciência, interação e sociabilidade.

Sustento, agora, que *todos* os fetos anencéfalos - a menos que, como tais, já estejam mortos, como parecem sugerir-lhes os partidários do abortamento - são inequivocamente dotados dessa capacidade de movimento autógeno, vinculada ao processo contínuo da vida e regida pela lei natural que lhe é imanente. (PELUSO, Cezar. Voto na ADPF 54) (grifo no original)

Esclareceu, ainda, como introdução, que não se pode comparar a morte encefálica com a anencefalia, principalmente porque o conceito de morte encefálica atende ao fim de salvar outra vida por meio da extração de órgãos, o que representa situação jurídica muito específica, ao passo que a interrupção da

gravidez do anencéfalo não atende ao fim de salvar uma vida, daí ser inaplicável tal conceito para medir a existência de vida.

Logo no início do item II de seu voto, afirma ser a interrupção da gravidez de feto anencéfalo crime tipificado como aborto, pois releva a ideia de que o ser necessita ter potencialidade de vida extrauterina para tipificar o ato como crime, bastando que tenha vida, que, como tal, é definida como a qualidade do ser que tem “capacidade de movimento autógeno”. Em decorrência, a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é crime tipificado que veda à gestante reclamar pelo direito de liberdade ou à autonomia.

Ressalta, em seguida, a dignidade constitucional plena da vida intrauterina, pois como para Peluso o anencéfalo tem vida, ou seja, capacidade de movimento autógeno, a interrupção da gestação do anencéfalo caracteriza exatamente os tipos penais do aborto.

Afirma no item IV que a vida intrauterina tem valor inestimável, por essa razão não depende de sua qualidade ou duração. Afirmar que a qualidade da vida é condicionante de sua continuidade e pode gerar o risco do surgimento de práticas de eugenia e eutanásia. As palavras do voto são marcantes:

Tenta-se ainda salvar a hipótese de aborto, em caso de anencefalia, ao confronto com práticas eugênicas, com discriminação contra deficientes, etc. É mister, todavia, comparar o caso do anencéfalo com outras situações incômodas ou de angústia e sofrimento extremos, mas que não autorizam, de per si, a decretação da morte do paciente.

A vida humana, imantada de dignidade intrínseca, anterior ao próprio ordenamento jurídico, não pode ser relativizada fora das específicas hipóteses legais, nem podem classificados seus portadores segundo uma escala cruel que defina, com base em critérios subjetivos e sempre arbitrários, quem tem, ou não, direito a ela. Havendo vida, e vida humana – atributo de que é dotado o feto ou o bebê anencéfalo –, está-se diante de valor jurídico fundante e inegociável, que não comporta, nessa estima, margem alguma para transigência. Cuida-se, como já afirmei, “do valor mais importante do ordenamento jurídico”.

A curta potencialidade ou perspectiva de vida em plenitude, com desenvolvimento perfeito segundo os padrões da experiência ordinária, não figura, sob nenhum aspecto, razão válida para obstar-lhe à continuidade. (PELUSO, Cezar. Voto na ADPF 54)

Novamente o voto ressalta que a vida deve ter prevalência sobre outros princípios, inclusive a dignidade, uma vez que a pré-condição para que se seja digno é que se esteja vivo.

O diagnóstico da anencefalia também foi avaliado pelo Ministro no tópico V, quando qualificou como impossível a distinção “inequívoca entre anencefalia e outras deformidades igualmente graves”, o que tornaria possível a prática de eugenia.

A possibilidade de diagnóstico errado é outro fator que, na visão de Peluso, deveria determinar o improvimento da ADPF 54. Em sua análise, a medicina não tem condições de identificar adequadamente a doença, sendo esse fator “decisivo na causa” e, embora tenha 100% de certeza de que o anencéfalo não possui sobrevida, nunca consegue um prognóstico do tempo de sobrevida do anencéfalo.

Ainda quando se conceda que, “no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% [...], sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência”, é inegável que o estado atual da medicina não apresenta condições de *identificação precisa* da anomalia em 100% dos casos, assim como não pode nunca prognosticar o tempo de sobrevida do anencéfalo. Se é certo que, tipificada com ou sem correto diagnóstico, a anencefalia é, com maior ou menor período de sobrevida, sempre fatal, não menos o é que nem sempre – e isto é decisivo na causa – a medicina pode garantir que o caso seja de anencefalia. (PELUSO, Cezar. Voto na ADPF 54)

Afasta também o argumento de que a manutenção da gestação pode ser equiparada à tortura, inicialmente fundado na razão de que não se trata de um injusto imposto à gestante que pudesse ser afastado pelo ordenamento, mas de um fato natural, cujo meio de supressão proposto é tipificado crime pelo ordenamento; portanto, o meio de suprimir a alegada tortura não é adequado.

Segundo, falta o elemento subjetivo intencional, pois, por ser um fato natural, não há como formar o tipo da tortura, nem se poderia supor que o ordenamento impõe um sofrer. Nesse sentido, a sensação de tortura nada mais é do que uma “atitude individualista e egocêntrica, enquanto sugere prática cômoda de que se vale a gestante para se livrar do sofrimento e da angústia”, em “detrimento do afeto, da piedade, da compaixão, da doação e da abnegação, que participam da dimensão de grandeza do espírito humano”.

Por outro lado, reconhece que, quando a gravidez leva a uma situação de perigo para a gestante, o aborto é consentido; contudo, ressalva que essa hipótese já se encontra sob a proteção do ordenamento, o que é diferente do caso de se generalizar a possibilidade de aborto pelo simples motivo de se estar gerando um feto com uma anomalia.

Sob a ótica de o STF atuar como legislador positivo, determinando situação específica permissiva do aborto, o Ministro afirmou que a competência é exclusiva do Legislativo, e, uma vez que o poder competente não concedeu tal autorização, não cabe ao Judiciário, que não tem essa competência constitucional, legislar a respeito.

Por fim, objetou que não procedem argumentos em pró do direito sexual e reprodutivo das mulheres, que não são mais do que um rol elucidativo dos direitos de liberdade pessoal, inaplicáveis ao caso.

Termina o voto julgando totalmente improcedente a ADPF 54.

3 O CONCEITO DE VIDA

Conforme afirmou a Ministra Carmen Lúcia em seu voto na ADPF 54, qualquer que seja a decisão a ser tomada é uma decisão de dor, portanto, o mais sensato é escolher a menor dor³.

Um primeiro olhar sobre os votos dos Ministros Marco Aurélio Mello e Cezar Peluso indica divergência generalizada de posição; contudo, tal divergência poderia ser localizada no conceito de vida, mais especificamente vida humana.

Para o relator, a vida humana é demarcada pelas possibilidades decorrentes das funções cerebrais, das quais se poderia dizer que as principais

³ “Todas as opções, mesmo essa interrupção, são de dor. A escolha é qual a menor dor.” Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204756>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

são “fenômenos da vida psíquica, a sensibilidade, a mobilidade, a integração de quase todas as funções corpóreas” (voto, p. 13). O feto acometido da anencefalia, “não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central” (voto, p. 13), ou seja, a ciência médica afirma que lhe falta capacidade para ter consciência, possuir entendimento, relacionar-se, comunicar, ter afeto e emoções.

Nessa ótica, o ser humano que não dispõe de função cerebral não possui vida, mesmo que possua outros tecidos vivos (no mesmo sentido, acompanhando o relator, o Ministro Joaquim Barbosa)⁴. Tal definição levou em consideração o disposto no art. 3º da Lei nº 9.434/1997 (voto, p. 27), que regulamenta a doação de órgãos, *in fini*:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Por seu turno, a morte encefálica é constatada por meio de exames regulamentados pela Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina (Anexo I), que leva em consideração um processo irreversível de causa conhecida, que determine a constatação de coma aperceptivo com ausência de atividade motora supraespinal e apneia, conforme o art. 4º da referida resolução. Devem ser realizados exames em ao menos dois intervalos, cujo lapso é dado de acordo com a faixa etária da pessoa a ser examinada, constatando-se inequivocamente pelos exames complementares que há ausência de atividade elétrica cerebral ou ausência de atividade metabólica cerebral ou ausência de perfusão sanguínea cerebral. Note-se que qualquer das três constatações complementares justificam o diagnóstico de morte cerebral.

Ora, se o feto anencéfalo sequer possui cérebro, ou o possui de forma muito rudimentar, é dizer, com o mínimo necessário apenas para manter (nos casos que mantém) as funções orgânicas básicas, como respiração e batimento cardíaco, é pouco provável que tenha atividade cerebral constatável.

⁴ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/vernociadetalhe.asp?idconteudo=204755>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

Outro aspecto a ressaltar esse ponto é que, segundo as observações da mesma resolução do CFM, ponto 1⁵, os reflexos que independem do córtex e dos hemisférios cerebrais não são considerados para o diagnóstico da morte cerebral, ou seja, quando o paciente tem morte cerebral, embora esteja em estado “vegetativo”, ainda é capaz de algumas reações, porém isso não quer dizer que voltará à consciência, ou que sente dor e outras manifestações da vida, mas tão somente informa que alguns tecidos e órgãos ainda não morreram.

Para o Ministro Peluso, o conceito de vida decorre de reações fisiológicas fundamentais, que em seu voto designou como capacidade de movimento autógeno. Todavia, alargar o conceito de vida a ponto de identificá-la, o que se chamou de capacidade de movimento autógeno, não contribui para a questão, pois a identificação feita tem como finalidade atribuir direitos para o organismo que possui essa capacidade, não sendo desarrazoado questionar se outros organismos que também têm capacidade de movimento autógeno não seriam dignos de serem sujeitos de direito.

Portanto, embora se possa dizer que mesmo animais não humanos, e até mesmo bens inanimados como um objeto identificado como “patrimônio histórico e cultural”, sejam objeto de proteção pelo direito, não é sempre que a proteção desses bens está em contraposição a outro direito fundamental, como no caso da interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, menos ainda se pode atribuir um direito subjetivo a esses “objetos”.

Por essa razão, a determinação do conceito de vida para atribuição de capacidade de ser sujeito de direito é de importância extrema para o caso da possibilidade de interrupção da gestação dos fetos anencéfalos.

A vida não pode ser só a capacidade de movimento autônomo, falta algum componente. Os vírus e as bactérias têm capacidade de movimento autônomo, o câncer também apresenta essa propriedade e é composto de células humanas com anomalia, etc., nem por isso são considerados sujeitos de direito.

Diversas são as considerações que podem ser tecidas em relação aos argumentos levantados nos votos. A questão da viabilidade da vida extrauterina

⁵ Ver termo de declaração de morte encefálica (Anexo II, E, 1) que afirma: Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a *arreatividade supraespinal*. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinal (atividade reflexa medular), tais como: reflexos osteotendinosos (“reflexos profundos”), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical (grifo nosso).

já foi objeto de controvérsias, entre as quais uma das mais conhecidas é o caso *Roe vs. Wade*, decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos. Nesse caso paradigmático, colocou-se sob julgamento, além da adequação do feto à vida, exclusivamente em relação ao tempo de gestação, o problema do direito individual da mulher, o seu direito à privacidade (a primeira alegação foi de que houve estupro) e a disposição do corpo; contudo, importa afirmar que o resultado foi que a maioria das leis estaduais americanas contrariava a constituição ao proibir o aborto de fetos ainda nos primeiros estágios, mormente nos três primeiros meses, fase em que ainda não tem viabilidade de vida extrauterina.

Embora chocante para a nossa cultura, a decisão põe em tela a necessidade de se aprofundar o tema da viabilidade da vida extrauterina. Em recente monografia, Paulo Henrique Burg Conti advoga no sentido de que a viabilidade da vida extrauterina deve ser o marco divisório no cotejo do direito à liberdade e da dignidade da gestante e do feto, afirmando que somente no caso de inviabilidade a cessação da gravidez deve ser autorizada (Conti, 2008, p. 135).

Também a Ministra Rosa Weber entende que não há vida possível no anencéfalo, baseando o seu argumento na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.480/1997⁶; portanto, o objeto da decisão não está no direito do anencéfalo, visto que de forma segura para os padrões atuais da ciência médica esse feto não tem viabilidade de vida extrauterina, mas o dever ou direito da gestante de continuar com uma gestação que terá como resultado um ser morto ou que morrerá de forma muito breve, sem qualquer atividade cognitiva ou afetiva que caracteriza o ser humano, optando em seu voto pelo direito de liberdade de escolha.

O voto da Ministra Weber indica o tom decisivo da atribuição da vida nesse caso. Mais do que o direito de liberdade de escolha para a mãe, poder-se-ia dizer que a gestante tem verdadeiramente o dom de dar a vida. Se para uma gestante o feto tem vida e conseqüentemente ela se sente confortável de seguir adiante com a gravidez, o dom da vida está em suas mãos, e para essa mãe não se trata de um natimorto, mas de seu filho(a). Já a mãe que não tem condições psicológicas ou outra de sustentar a gravidez, e pretende a sua interrupção, não vê o feto como uma vida, mas com toda a dor do mundo entende que embora tenha batimentos cardíacos e possa nascer respirando, esse feto não carrega o dom da vida.

⁶ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verniciadetalhe.asp?idconteudo=204755>>. Acesso em: 2 nov. 2012.

A filosofia também corrobora esse raciocínio. Segundo Habermas (2004, p. 48), a pessoa só se torna completa com a capacidade de se interrelacionar com uma “esfera pública de uma comunidade linguística”, a incapacidade definitiva para essas propriedades retira do ser o seu conteúdo mais essencial, a vida.

A autonomia é, antes, uma conquista precária de existências finitas, que só conseguem “se fortalecer” quando conscientes de sua vulnerabilidade física e de sua dependência social. Se este for o “fundamento” da moral, então seus “limites” se explicam a partir dele. É o universo das relações e interações interpessoais possíveis, que necessita e é capaz de impor regras morais. Apenas nessa rede de relações de reconhecimento legitimamente reguladas é que as pessoas podem desenvolver e manter uma identidade pessoal, juntamente com sua integridade física.

Uma vez que o ser humano nasce “incompleto”, no sentido biológico, e passa a vida dependendo do auxílio, da atenção e do reconhecimento do seu ambiente social, a *imperfeição* de uma individualização fruto de sequências de DNA torna-se momentaneamente visível quando tem início o processo de individualização social. A individualização da história de vida realiza-se por meio da sociabilização. Aquilo que, somente pelo nascimento, transforma o organismo numa pessoa, no sentido completo da palavra, é o ato socialmente individualizante de admissão no contexto público de interação de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente. Somente a partir do momento em que a simbiose com a mãe é rompida é que a criança entra num mundo de pessoas, que vão a seu encontro, que lhe dirigem a palavra e podem conversar com ela. O ser geneticamente individualizado no ventre materno, enquanto exemplar de uma comunidade reprodutiva, não é absolutamente uma pessoa “já pronta”. Apenas na esfera pública de uma comunidade linguística é que o ser natural se transforma ao mesmo tempo em

indivíduo e em pessoa dotada de razão. (Habermas, 2004, p. 48) (grifos no original)

A solução adotada pelo STF, embora não verbalize a atribuição do dom da vida à gestante, é exatamente isso que faz, sem que a escolha, qualquer que seja, esteja errada, dada a insustentabilidade da vida extrauterina do anencéfalo.

Nesse sentido, concorda-se com a decisão do STF, houve acerto. Não se pode criminalizar a extração do feto sem vida, pois a própria gestante não lhe deu vida. Não se contesta a decisão da continuidade da gestação, afora os casos desnecessários que levem risco à gestante, mas caracteriza uma tortura a obrigatoriedade de levar a termo a gestação de um cadáver, tendo-se por premissa que a vida é dada pela mãe.

Também o Ministro Luiz Fux tem entendimento que se pode traduzir como uma proibição da tortura àquelas gestantes que não querem continuar a gestação. A sua decisão não obriga a interrupção, apenas dá a opção de escolha à gestante:

A decisão do Supremo Tribunal não impõe que as mulheres grávidas de feto anencefálico realizem aborto; apenas não pune aquelas que o realizarem por não suportarem a dor moral de gerar um nascituro com morte anunciada. Uma mulher não pode ser obrigada a assistir, durante 9 meses, à missa de sétimo dia de um filho acometido de uma doença que o levará à morte, com grave sofrimento físico e moral para a gestante. (Voto, p. 19)

A situação da gestante pode ser comparada ao “estado de necessidade justificante” (voto, p. 14). Trata-se de situação na qual não cabe a solução do direito penal, basicamente em função da desproporcionalidade.

O sacrifício da penalização de uma gestante de feto anencefálico não se revela necessário aos fins do direito punitivo, mas antes, demonstra a desproporcionalidade da sanção, diante da inafastável defesa da dignidade humana da mulher infortunada, fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro e garantia revestida da categoria de direito fundamental. (Voto, p. 17)

Pelo exposto, especialmente neste *hard case* que trata da interrupção da gestação de fetos portadores de anencefalia, contrapõe-se o direito à manutenção de algumas funções orgânicas⁷ ao direito de liberdade da mulher gestante, e mais: está a se tutelar, também, conforme o voto do Ministro Marco Aurélio (voto, p. 2), “a dignidade humana, o usufruto da vida, [...], a autodeterminação, a saúde e o reconhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos”, tudo isso ponderado pelo princípio da proporcionalidade que veda o excesso, no caso, a tipificação penal quando a decisão é pela interrupção.

4 LIBERDADE E AUTONOMIA COMO ELEMENTOS CENTRAIS EM DISCUSSÃO E O PODER DE LEGISLADOR POSITIVO DO STF

Em seu voto, o Ministro Cezar Peluso apontou a impossibilidade de a gestante de feto anencéfalo requerer a interrupção da gravidez em função de sua liberdade, pois a restrição que sofre decorre de impedimentos impostos pela lei penal.

Ora, justamente o cerne da questão em disputa era a possibilidade de exclusão do tipo penal, de sua aplicabilidade em função dos princípios que colmatam a dignidade da gestante, principalmente diante da inércia do legislador competente em se posicionar quanto ao assunto.

Há países que, embora não aceitem o aborto como solução, não o criminalizam, se praticado até um momento determinado da formação do feto, mesmo daqueles bem formados; então, qual a razão da criminalização no caso de fetos malformados?⁸

Não foi a primeira e certamente não será a última vez que o Tribunal age como legislador positivo, determinando condutas que não se encontram positivadas no ordenamento jurídico. Ao criar uma terceira hipótese de exclusão de ilicitude que se junta às duas existentes no art. 128 do Código Penal, os ministros do STF demonstram que não passa de dogma a posição que sustenta que o STF somente teria função negativa em casos análogos.

⁷ Não há, nessa altura da exposição desses comentários, como dizer que se trata de direito à vida do anencéfalo quando a gestante decide por interromper a gravidez, claramente estamos nos posicionando por considerar o feto anencéfalo cuja gestação foi interrompida como um ente morto.

⁸ Habermas, 2004, p. 42. Na Alemanha, tal discussão levou à regulamentação segundo a qual a interrupção da gravidez até a 12ª semana é considerada um ato ilegal, mas livre de pena. Pela lei, o aborto é permitido se houver uma indicação médica em casos de risco para a mãe.

Os argumentos de Peluso não subsistem, mormente quando confrontados valores positivados no ordenamento em tempos longínquos, desconformes com o atual estado da arte nas ciências médicas e, principalmente, desconformes com os valores positivados na Constituição Federal; afinal esse o papel principal do STF, atuar como “guardião da Constituição”. Falta proporcionalidade no argumento e essa também foi a posição do Ministro Luiz Fux em seu voto, quando afirma que se fosse possível ao legislador do Código Penal prever a possibilidade de uso das técnicas modernas, certamente teria incluído a excludente de ilicitude no art. 128 do CP em relação ao diagnóstico de anencefalia:

Causa espécie, ainda, o fato de o legislador ter previsto, no art. 128, II, do atual Código, a permissão do aborto sentimental, hipótese de estado de necessidade exculpante em caso de estupro, na qual se admite a supressão da vida de um feto sadio como forma de tutelar a saúde psíquica da mulher. Portanto, caso o diagnóstico de anencefalia durante a gestação fosse possível à época, teria o legislador previsto também essa hipótese de permissão do aborto, sob pena de incidir em grave desproporcionalidade. (FUX, Luiz. Voto na ADPF 54)

5 A REFUTAÇÃO DE ORIENTAÇÕES MORAIS ABRANGENTES

O voto do Ministro Marco Aurélio refuta inicialmente a possibilidade de orientar o seu voto a partir de uma posição religiosa, afirmando a secularidade do Estado brasileiro. De fato, está correta essa premissa, uma vez que não há como se definir os chamados *hard cases* a partir de orientações muito específicas; mas, ao contrário, deve-se alcançar um consenso plural razoável, na linguagem de Rawls. A adoção de uma posição extremada, ou uma orientação religiosa específica, poderia obnubilar a questão, por excluir determinados setores da discussão.

Rawls chega a falar que uma doutrina abrangente não se torna compatível com uma sociedade democrática, que, por outro lado, deve possuir justamente a característica de ser plural, nos seguintes termos:

[...] Nas condições políticas e sociais garantidas pelos direitos e liberdades básicos de instituições livres, pode surgir e perdurar uma grande diversidade de

doutrinas abrangentes conflitantes e irreconciliáveis, mas razoáveis, caso já não existissem. É esse fato das sociedades livres que denomino fato do pluralismo razoável. (Rawls, 2003, p. 47)

Por outro lado, a adoção de uma doutrina moral abrangente, o que se pode entender, entre outras opções, pela instituição de uma religião oficial, não se torna compatível com o Estado Democrático:

[...] a adesão coletiva continuada a apenas uma doutrina abrangente só se mantém pelo uso opressivo do poder de estado, com todos os seus crimes oficiais e as inevitáveis brutalidades e crueldades, seguidas da corrupção da religião, filosofia e ciência. Se denominamos comunidade uma sociedade política unificada em torno da afirmação de uma única e mesma doutrina abrangente (ver § 7.3), então o uso opressivo do poder de estado com seus consequentes crimes é necessário para manter a comunidade política. (Rawls, 2003, p. 47)

Correta a posição do Ministro Marco Aurélio em não aceitar a ingerência do posicionamento religioso; porém, fazendo presente a posição dos religiosos.

6 A DIGNIDADE E A DIGNIDADE DA VIDA INTRAUTERINA

O voto do Ministro Peluso afirma que a vida intrauterina tem plena validade, e, como tal, o feto deve ser objeto de tutela por parte do direito; contudo, como se disse anteriormente, não se está a tratar de vida, portanto a argumentação é insubsistente.

O exercício inverso, ou seja, dizer que ninguém mataria um anencéfalo depois de nascer, também não subsiste, uma vez que, na forma como exposta antes, para a gestante que leva a termo a gravidez do anencéfalo, este está vivo, acalenta-lhe a alma, e isso é o mais importante.

Mas, na doutrina jurídica e no próprio julgamento da ADPF 54, houve quem reconhecesse, citando Robert Alexy, que os princípios não são absolutos (voto do Ministro Luiz Fux, p. 5); portanto, mesmo a dignidade pode ser temporizada com outra dignidade.

No caso, mais adequado tratar de proporcionalidade, pois não se mostra adequado qualificar de direito pleno à vida e à incolumidade, quando se sabe estará impondo um ônus desproporcional à mãe.

No plano filosófico, há quem distinga dignidade humana e dignidade da vida humana (Habermas, 2004, p. 41), para quem a vida humana sem os seus caracteres básicos, inclusive sensibilidade e consciência, é uma vida não digna, pois incapaz de transformar o ser em uma pessoa completa, em uma pessoa comunicativa.

É de causar estranheza que Peluso afirme no item IV que, se a ADPF for procedente, diversos pedidos de outros procedimentos parecidos podem surgir. O Judiciário não pode ser excluído da apreciação de qualquer lesão ou ameaça a direito nem por força de lei – Constituição, art. 5º, XXXV –; portanto, as causas que geram insegurança devem ir para o Judiciário e, se ferirem a dignidade humana, devem ser julgadas para se adequarem à Constituição, inclusive para considerar outras formas de interrupção da gestação como constitucionais, até mesmo avaliar a situação do aborto originado da autodeterminação da mulher, como admitiu ser possível o próprio decano do Tribunal, Ministro Celso de Melo.

Importa desmistificar a confusão entre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos e a eugenia. Entendendo-se eugenia em sua acepção semântica, é impossível que a interrupção da gravidez do anencéfalo tenha fins eugênicos, uma vez que não lhe sendo viável a vida extrauterina, não lhe assiste capacidade de reprodução; portanto, não há como “repassar” seus genes a outros seres. De fato, a definição de eugenia no Dicionário do Aurélio é: “Ciência que estuda as condições mais propícias à reprodução e melhoramento da raça humana” (Ferreira, 1996, p. 734). Logo, a interrupção da gestação de fetos anencéfalos não pode ser confundida com hipótese de eugenia, pela contradição entre os requisitos necessários a esta e a condição do anencéfalo. Assim também autores de escol⁹.

Da mesma forma a possibilidade de erro de diagnóstico que leve à morte um feto não anencéfalo, embora seja uma situação terrível, está essa sim tipificada, pois se trata de erro. Da mesma forma o risco, pois sequer se admitiria cirurgias hoje tidas como salvadoras (coração, câncer, transplantes) se o risco não fosse admitido, pois em todos esses exemplos, no caso de morte, seria possível afirmar que o paciente, se não tivesse se submetido, poderia ter vivido um pouco mais.

⁹ Habermas (2004); Dworkin (2003 e 2012); Singer (2006).

Outro argumento que não aproveita para combater a decisão da ADPF 54 é o que afirma que o estado da ciência médica não consegue modificar a situação do anencéfalo, mas que, no futuro, poderá um dia não ser o caso, ao que se deveria responder: então que no futuro se altere as premissas e conclusões, até porque o anencéfalo que vier ao mundo hoje não suportará esperar pelo futuro da ciência.

Por fim, poder-se-ia aventar que seria mais proveitoso agir com mais cautela, adotar-se o princípio da precaução. Não parece ser o caso, como sustenta Cass Sustein, pois o princípio da precaução adotado em sua acepção forte é paralisante, não permite a evolução, e, se adotado de uma maneira viável, está contido nas normas do Conselho Federal de Medicina, que desenvolveu protocolos para balizar os exames necessários.

CONCLUSÃO

O *hard case* representado pela ADPF 54, que determinou não ser tipificada pelos arts. 124, 126 e 128 do Código Penal a conduta de antecipação terapêutica do parto de anencéfalo, constitui um grande avanço na hermenêutica da dignidade da pessoa humana, privilegiando aspectos concretos pela supressão de sofrimentos que somente a família, em especial a gestante, que vivenciou essa situação de infortúnio pode corretamente compreender.

A decisão não obriga a antecipação terapêutica às gestantes que desejam levar a termo a gestação, mas desobriga o sofrimento, afastando a navalha do direito penal, privilegiando a autodeterminação da mulher e a disposição de seu corpo, inclusive para a nova experiência de gestação.

O Supremo Tribunal Federal assumiu a importante postura de suprir, fazendo as vezes de legislador positivo, a inércia do legislador constitucionalmente investido, demonstrando que está apto a se posicionar em tantas quantas forem as questões de grande controvérsia quanto as que lhe forem propostas, contribuindo, dessa maneira, para a constante formação do Estado de Direito como um agente ativo, como um fórum de debates que aceita a plenitude de ideias dentro de um pluralismo razoável, conforme se pode ver pelos frutos colhidos com a audiência pública que serviu de base para a fundamentação dos votos analisados.

A decisão se deu, majoritariamente, mediante a definição de que o feto anencéfalo não tem vida, ou, ao menos, potencialidade de vida; sendo assim,

torna-se desproporcional o sofrimento que impinge, não justificando, nem pelo princípio da precaução, que se resguarde as funções vitais desse feto, uma vez que o estágio atual da ciência tem por inviável a sua manutenção. Na verdade, os meios de aferição de vida têm por morto os seres humanos que se formaram completamente e por um acaso da vida perderam a função cerebral, quanto mais no feto que sequer dispõe do órgão cérebro.

Aplauze-se a coragem e o acerto da decisão do STF.

REFERÊNCIAS

CONTI, Paulo Henrique Burg. Aborto eugênico: aspectos éticos e jurídico-penais em face da Constituição Federal. Dissertação de Mestrado em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da PUCRS. Porto Alegre, 2008. 143 f.

DWORKIN, R. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

_____. *O domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jeferson L. Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA, A. B. H. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1996.

HABERMAS, J. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

SARLET, I. W. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SUSSTEIN, Cass R. Para além do princípio da precaução. *Interesse Público - IP*, Belo Horizonte, n. 37, a. 8, maio/jun. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=49179>>. Acesso em: 27 out. 2012.

VICTORINO, L. Garibotti. *Glossário jurídico: inglês, português; português, inglês*. Barueri: Disal, 2009.

ANEXO I

Art. 1º A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.

Art. 2º Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no “termo de declaração de morte encefálica” anexo a esta Resolução.

Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens.

Art. 3º A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida.

Art. 4º Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia.

Art. 5º Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) de 7 dias a 2 meses incompletos – 48 horas;
- b) de 2 meses a 1 ano incompleto – 24 horas;
- c) de 1 ano a 2 anos incompletos – 12 horas;
- d) acima de 2 anos – 6 horas.

Art. 6º Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca:

- a) ausência de atividade elétrica cerebral ou,
- b) ausência de atividade metabólica cerebral ou,
- c) ausência de perfusão sangüínea cerebral.

Art. 7º Os exames complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado:

- a) acima de 2 anos – um dos exames citados no art. 6º, alíneas *a*, *b* e *c*;
- b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no art. 6º, alíneas *a*, *b* e *c*. Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro;
- c) de 2 meses a 1 ano incompleto – 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro;
- d) de 7 dias a 2 meses incompletos – 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro.

Art. 8º O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.

Art. 9º Constatada e documentada a morte encefálica, deverá o Diretor-Clínico da instituição hospitalar, ou quem for delegado, comunicar tal fato aos responsáveis legais do paciente, se houver, e à Central de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos a que estiver vinculada a unidade hospitalar onde o mesmo se encontrava internado.

Art. 10. Esta Resolução entrará em vigor na data de sua publicação e revoga a Resolução CFM nº 1.346/1991.

Brasília/DF, 8 de agosto de 1997.

Publicada no DOU de 21.08.1997, página 18227.

ANEXO II

IDENTIFICAÇÃO DO HOSPITAL

TERMO DE DECLARAÇÃO DE MORTE ENCEFÁLICA

(Resolução CFM nº 1.480, de 08.08.1997)

NOME: _____

PAI: _____

MÃE: _____

IDADE: ____ ANOS ____ MESES ____ DIAS

DATA DE NASCIMENTO: ____/____/____

SEXO: M F RAÇA: A B N

Registro Hospitalar: _____

A) CAUSA DO COMA

A.1 - Causa do coma:

A.2 - Causas do coma que devem ser excluídas durante o exame:

a) Hipotermia SIM NÃO

b) Uso de drogas depressoras do sistema nervoso central SIM NÃO

Se a resposta for sim a qualquer um dos itens, interrompe-se o protocolo

B) EXAME NEUROLÓGICO - Atenção: verificar o intervalo mínimo exigível entre as avaliações clínicas, constantes da tabela abaixo:

IDADE INTERVALO

7 dias a 2 meses incompletos 48 horas; 2 meses a 1 ano incompleto 24 horas; 1 ano a 2 anos incompletos 12 horas; e, acima de 2 anos 6 horas

(Ao examinar, assinalar uma das duas opções SIM/NÃO. Obrigatório, para todos os itens abaixo)

Elementos do exame neurológico	Resultados	
	1º exame	2º exame
Coma aperceptivo	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Pupilas fixas e arreativas	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Ausência de reflexo córneo-palpebral	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Ausência de reflexos oculocefálicos	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Ausência de respostas às provas calóricas	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Ausência de reflexo de tosse	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO
Apnéia	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO	<input type="checkbox"/> SIM <input type="checkbox"/> NÃO

C) ASSINATURAS DOS EXAMES CLÍNICOS - Os exames devem ser realizados por profissionais diferentes, que não poderão ser integrantes da equipe de remoção e transplante.

1. PRIMEIRO EXAME

DATA: ___/___/___ HORA: ___:___

NOME DO MÉDICO: _____

CRM: _____ FONE: _____

END.: _____

ASSINATURA: _____

2. SEGUNDO EXAME

DATA: ___/___/___ HORA: ___:___

NOME DO MÉDICO: _____

CRM: _____ FONE: _____

END.: _____

ASSINATURA: _____

D) EXAME COMPLEMENTAR - Indicar o exame realizado e anexar laudo com identificação do médico responsável.

1. Angiografia cerebral
2. Cintilografia radioisotópica
3. *Doppler* transcraniano
4. Monitorização da pressão intracraniana
5. Tomografia computadorizada com xenônio

6. Tomografia por emissão de foton único
7. EEG
8. Tomografia por emissão de pósitrons
9. Extração cerebral de oxigênio
10. Outros (citar)

E) OBSERVAÇÕES

1. Interessa, para o diagnóstico de morte encefálica, exclusivamente a arreatividade supraespinhal. Consequentemente, não afasta este diagnóstico a presença de sinais de reatividade infraespinhal (atividade reflexa medular) tais como: reflexos osteotendinosos ("reflexos profundos"), cutâneo-abdominais, cutâneo-plantar em flexão ou extensão, cremastérico superficial ou profundo, ereção peniana reflexa, arrepio, reflexos flexores de retirada dos membros inferiores ou superiores, reflexo tônico cervical.

2. Prova calórica

2.1 Certificar-se de que não há obstrução do canal auditivo por cerumem ou qualquer outra condição que dificulte ou impeça a correta realização do exame.

2.2 Usar 50mL de líquido (soro fisiológico, água, etc.) próximo de 0 grau Celsius em cada ouvido.

2.3 Manter a cabeça elevada em 30 (trinta) graus durante a prova.

2.4 Constatar a ausência de movimentos oculares.

3. Teste da apnéia

No doente em coma, o nível sensorial de estímulo para desencadear a respiração é alto, necessitando-se da pCO₂ de até 55mmHg, fenômeno que pode determinar um tempo de vários minutos entre a desconexão do respirador e o aparecimento dos movimentos respiratórios, caso a região ponto-bulbar ainda esteja íntegra. A prova da apnéia é realizada de acordo com o seguinte protocolo:

3.1 Ventilar o paciente com 2 de 100% por 10 minutos.

3.2 Desconectar o ventilador.

3.3 Instalar cateter traqueal de oxigênio com fluxo de 6 litros por minuto.

3.4 Observar se aparecem movimentos respiratórios por 10 minutos ou até quando o pCO₂ atingir 55mmHg.

4. Exame complementar. Este exame clínico deve estar acompanhado de um exame complementar que demonstre inequivocadamente a ausência de circulação sangüínea intracraniana ou atividade elétrica cerebral, ou atividade metabólica cerebral. Observar o disposto abaixo (itens 5 e 6) com relação ao tipo de exame e faixa etária.

5. Em pacientes com dois anos ou mais - 1 exame complementar entre os abaixo mencionados:

5.1 Atividade circulatória cerebral: angiografia, cintilografia radioisotópica, *doppler* transcraniano, monitorização da pressão intracraniana, tomografia computadorizada com xenônio, SPECT.

5.2 Atividade elétrica: eletroencefalograma.

5.3 Atividade metabólica: PET, extração cerebral de oxigênio.

6. Para pacientes abaixo de 2 anos:

6.1 De 1 ano a 2 anos incompletos: o tipo de exame é facultativo. No caso de eletroencefalograma são necessários 2 registros com intervalo mínimo de 12 horas.

6.2 De 2 meses a 1 ano incompleto: dois eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas.

6.3 De 7 dias a 2 meses de idade (incompletos): dois eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas.

7. Uma vez constatada a morte encefálica, cópia deste termo de declaração deve obrigatoriamente ser enviada ao órgão controlador estadual (Lei nº 9.434/1997, art. 13).