

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO

GUILHERME WÜNSCH

**DA (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA À ANTECIPAÇÃO
TERAPÊUTICA DO PARTO – DIÁLOGOS ENTRE OS ESTUDOS DE GÊNERO E O
DISCURSO JURÍDICO NOS CASOS DE ABORTO POR ANENCEFALIA FETAL**

São Leopoldo
2012.

GUILHERME WÜNSCH

**DA (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA À ANTECIPAÇÃO
TERAPÊUTICA DO PARTO – DIÁLOGOS ENTRE OS ESTUDOS DE GÊNERO E O
DISCURSO JURÍDICO NOS CASOS DE ABORTO POR ANENCEFALIA FETAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof^ª. Dr^ª. Taysa Schiocchet

São Leopoldo

2012

W966d

Wünsch, Guilherme

Da (in)compatibilidade de vida extrauterina à antecipação terapêutica do parto – diálogos entre os estudos de gênero e o discurso jurídico nos casos de aborto por anencefalia fetal / Guilherme Wünsch. -- 2012.

223 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2012.

Orientadora: Profª Drª Taysa Schiocchet.

1. Direito constitucional. 2. Aborto - Anencefalia fetal. 3. Gênero - Discurso jurídico - Aborto - Anencefalia fetal. I. Título. II. Schiocchet, Taysa.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “Da (IN)Compatibilidade de Vida Extrauterina à Antecipação Terapêutica do Parto – Diálogos entre os Estudos de Gênero e o Discurso Jurídico nos Casos de Aborto por Anencefalia Fetal”, elaborada pelo mestrando **Guilherme Wunsch**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de dezembro de 2012.

Leo do

Prof. Dr. **Leonel Severo Rocha**

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Taysa Schiocchet

Taysa Schiocchet

Membro: Dra. Maria Susana Ciruzzi

Maria Susana Ciruzzi

Membro: Dr. Wilson Engelmann

Wilson Engelmann

Aos primeiros professores de minha vida, Sônia Maria Wathier Wunsch e Mário Wunsch, e, à
minha querida irmã, Caroline Wunsch.

AGRADECIMENTOS

Tão poucas linhas e tantas pessoas para agradecer neste momento em que se concretiza uma etapa de formação e a realização de um sonho. Por superar a qualquer adversidade e por seguir firme com meus propósitos, sem mudar a essência daquilo que acredito, quero agradecer, inicialmente, a Deus e à vida, que me mostram sempre os caminhos para enfrentar os obstáculos e me ensinam o valor de uma vitória como esta.

À minha família, meu maior suporte e incentivo, o que representa a união existente entre nós.

Especialmente, à minha orientadora, Professora Doutora Taysa Schiocchet, por me demonstrar que os encontros já desenhados pelo destino não são obras do acaso. O meu mais sincero agradecimento por ter sido a segurança em todos os momentos necessários, pelo estímulo e confiança no meu trabalho, e, sobretudo, por me ensinar que não se pode ter e ser tudo, mas sim o suficiente para estar feliz. E, com certeza, a felicidade deste momento é uma conquista que comemoramos juntos, pela força que um trabalho com garra e humildade representa. Muito obrigado, de coração, por todas as oportunidades e por todo o companheirismo.

Quero registrar o meu agradecimento a todos os professores e professoras do PPGD da Unisinos, pelas contribuições à minha vida, as quais ultrapassam os limites dos bancos acadêmicos. Igualmente, à equipe da Secretaria do PPGD, Vera Loebens e Magdaline Macedo, pela sempre disposição e auxílio.

À Fundação Pe. Milton Valente, que me concedeu a bolsa de pesquisa acadêmica para custear o Mestrado, permitindo-me chegar a esta etapa.

A todos os amigos e amigas que conquistei ao longo do Mestrado, que demonstram o valor de estar guardado debaixo de sete chaves, em especial ao Afonso Maria Chagas, Cíntia Pavani, Natália Ostjen Gonçalves e Raquel Von Hohendorff. Da mesma forma, à querida Heloíza Rodrigues, por absolutamente tudo. Não há palavras suficientes para expressar a minha gratidão.

Não posso deixar de agradecer àquele que foi o amigo de fé e irmão camarada na hora exata e muito contribuiu para esta vitória, Marcus Vinícius Dellavalle Dutra.

O meu genuíno agradecimento a três pessoas que compreenderam o quanto este momento significa em minha vida: Tatiana Antunes Carpter, Procuradora-Geral do Município de Canoas, Egbert Scheid Mallmann, Procurador Adjunto do Município de Canoas e Ademir Valentim, Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral do Município de Canoas. Obrigado por depositarem a confiança em mim e por todas as oportunidades que me deram, cujo agradecimento é de coração aberto, por inúmeras vezes e incontáveis motivos.

Aos meus professores da Graduação em Direito do Centro Universitário Metodista IPA, porque eu cheguei aqui pelas mãos de cada um deles, que me fizeram ser o profissional que sou.

O meu sincero e emocionado obrigado à pessoa que eu devo agradecer por todas as minhas vitórias, porque eu jamais vou poder recompensar o suficiente esta tamanha proteção, Professora Doutora Simone Tassinari Cardoso, que me despertou para a minha verdadeira vocação na pesquisa e docência.

À Leila Almeida e Eliana Maria Alface, pela presença constante na minha vida.

Dedico esta vitória a todos os amigos e amigas da Procuradoria Geral do Município de Canoas, em especial aos que compõem a – imbatível – Assessoria Jurídica. Da mesma forma, a todos aqueles que lá já estiveram..

Enfim, à luz do sol e ao brilho das estrelas, que são a bússola indicando o meu norte.

Obrigado!

Por tanto amor
Por tanta emoção
A vida me fez assim
Doce ou atroz
Manso ou feroz
Eu, caçador de mim.
(Caçador de Mim, Milton Nascimento)

Se desejo, o meu desejo faz subir marés de sal e
sortilégio. Vivo de cara para o vento, na chuva, e
quero me molhar.(...) Sou como a haste fina que qualquer brisa verga,
mas nenhuma espada corta.
Não mexe comigo, que eu não ando só.
(Carta de Amor, Maria Bethânia).

RESUMO

É na esteira do Direito Civil-Constitucional que emerge a necessidade de uma revisão de categorias jurídicas, haja vista que o Direito não logra mais o êxito de ser analisado em separado das outras ciências. Os dilemas da contemporaneidade colocam em xeque conceitos tradicionais, exigindo do intérprete-aplicador jurídico uma nova postura, afastada da mera subsunção normativa e com um olhar sistemático, em conjunto com diversos campos do saber, ou seja, em uma perspectiva interdisciplinar. Um dos casos mais recentes que desafiou o sistema jurídico brasileiro foi o julgamento da ADPF nº 54, de 2004, pelo Supremo Tribunal Federal. Sinteticamente, o Plenário da Corte julgou procedente o pedido contido na Ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada pelo Código Penal. Vislumbra-se que há uma ambiguidade nos critérios de início da vida e de determinação da morte. Ocorre que produzir uma definição para a vida e a morte é, principalmente, uma tarefa de cunho filosófico e a escolha dos critérios para a sua determinação não é jurídica, conquanto seja um assunto médico. Além do argumento da morte cerebral, é comum a consideração de uma incompatibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, assim como há quem defenda que não se está a falar em aborto nestes casos, mas sim em uma antecipação terapêutica do parto, porquanto o feto só poderá estar vivo ao longo da gestação, sem possibilidade de vida após o nascimento. Este tema coloca ao jurista o desafio de quebrar o paradigma de discurso que insiste em ser dicotômico e conceitualista, para assegurar e promover a dignidade daqueles que não se inserem em modelos generalizantes, cuja proposta é oferecer respostas prévias para o futuro. Eis a proposição a ser partilhada com base nos estudos de gênero, argüindo-se a reflexão quanto à possibilidade de interseção destes como meio possível de se pensar no aborto em geral e, fundamentalmente, nos casos de anencefalia, a partir da ótica dos Direitos Humanos das mulheres, sendo um tema que requer urgência bioética e jurídica, contemplando-o como um manifesto pela dignidade.

Palavras-chave: pessoa; vida; aborto; anencefalia; gênero.

ABSTRACT

It is in the wake of the Civil Law, Constitutional emerges the need for a review of legal categories, considering that the law does not achieve more success to be analyzed separately from other sciences. The dilemmas of contemporary call into question traditional concepts, requiring the interpreter applicator a new legal position, away from mere subsumption rules and with a look systematically, together with various fields of knowledge, or in an interdisciplinary perspective. One of the most recent cases that challenged the Brazilian legal system was the trial of ADPF No. 54, 2004, by the Supreme Court. Briefly, the Plenary of the Court upheld the request contained in the Lawsuit filed by the National Confederation of Workers in Health (CNTS), to declare unconstitutional interpretation that the termination of pregnancy of anencephalic fetus conduct is typified by the Criminal Code. Envisions that there is an ambiguity in the beginning of life criteria and determination of death. It occurs to produce a definition for life and death is primarily a task of philosophical and choice of criteria for determining it is not legal, though it is a medical matter. Besides the argument of brain death, it is common to consideration of a mismatch of extrauterine life anencephalic fetus, just as there are those who argue that we are not talking about abortion in these cases, but in anticipation of childbirth therapy, because the fetus only may be alive throughout pregnancy, without the possibility of life after birth. This theme puts the lawyer's challenge to break the paradigm of discourse that insists on being dichotomous and conceptualist, to ensure and promote the dignity of those who do not fall in generalizing models, whose purpose is to provide preliminary answers for the future. Here the proposition to be shared on the basis of gender studies, arguing the reflection on the possibility of intersection of these as a possible means of thinking on abortion in general and, crucially, in cases of anencephaly, from the perspective of Human Rights Women, being a topic that requires urgent bioethical and legal contemplating it as a manifesto for dignity.

Keywords: person; life; abortion; anencephaly; genre.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 – Feto Anencéfalo	46
Figura 2 – Feto Anencéfalo	46
Figura 3 – Feto Anencéfalo	46
Figura 4 – Feto Anencéfalo	46
Figura 5 – Feto Anencéfalo	46

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Teorias da Personalidade	28
Tabela 2 – O aborto em países do mundo	38
Tabela 3 - Síntese dos principais argumentos utilizados pelo STF na ADPF nº 54	80

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

STF – Supremo Tribunal Federal

CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde

CNBB - Conferência Nacional dos Bispos do Brasil

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 – Mulheres com gestação de fetos anencéfalos segundo a idade materna	110
Gráfico 2 – Mulheres com gestação de fetos inviáveis segundo malformações	110

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	13
2. O EMERGIR DAS NOÇÕES DE PESSOA E VIDA ENQUANTO CATEGORIAS JURÍDICAS E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO	20
2.1 NAS RIMAS DE VENTOS E VELAS HÁ MARES QUE NÃO SÃO TÃO CLAROS ASSIM: O SIGNIFICADO DA NOÇÃO DE PESSOA TUTELADA JURIDICAMENTE E A CONDIÇÃO DO FETO ARGUMENTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	20
2.2 A TÉCNICA E O CORPO HUMANO ENTRE OS SENTIDOS BIOLÓGICO E ANTROPOLÓGICO: REFLEXÕES EM TORNO DAS ANOMALIAS FETAIS E A PERMANENTE INQUIETAÇÃO SOBRE A CONDIÇÃO DE PESSOA DO FETO ANENCÉFALO NA REPRESENTAÇÃO DE SEU CORPO	42
2.3 A NECESSIDADE DE QUESTIONAR A COMPREENSÃO DA VIDA HUMANA E A SUA TUTELA JURÍDICA PARA OS FETOS ANENCÉFALOS: A DIMENSÃO BIOPOLÍTICA DA VIDA	59
3. A PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE GRAVITA NA NOÇÃO DE (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA	80
3.1 A BIOÉTICA E A FAÇANHA JURÍDICA DE BUSCAR A DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INÍCIO E FIM DA VIDA: O PRIMEIRO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO JURÍDICO	80
3.2 O ARGUMENTO DA (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA COMO FUNDAMENTO PARA A INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS: O SEGUNDO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO JURÍDICO	101
3.3 A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO: O TERCEIRO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO JURÍDICO – SOBRE (POSSÍVEIS) ESTRATÉGIAS POLÍTICAS, OLHARES HERMENÊUTICOS E ANTROPOLOGIA DA CIÊNCIA	121
4. O DESVELAR DE UMA VISÃO DO ABORTO POR ANENCEFALIA FETAL A PARTIR DO OLHAR SOBRE O FEMININO: DEBATES COM OS ESTUDOS DE GÊNERO	141
4.1 A REPRESENTAÇÃO DO FEMININO ENTRE SUJEITO DE DESEJO E SUJEITO DE DIREITO: A CARTOGRAFIA DE UMA DESIGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES	141
4.2 A DEFESA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NA PERSPECTIVA DOS ESTUDOS DE GÊNERO E A CONSIDERAÇÃO DO ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA	160
4.3 É PRECISO IR NAVEGAR PARA ALÉM DA ARREBENTANÇA: UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERFACE DOS ESTUDOS DE GÊNERO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DAS INTERSEÇÕES COM A EDUCAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS	181
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	202
REFERÊNCIAS	209

1 INTRODUÇÃO

Os avanços alcançados pelo desenvolvimento científico e tecnológico nas últimas décadas, especialmente nos campos da biologia e da saúde, colocam a humanidade diante de situações que há pouco tempo atrás pareciam inimagináveis. Tornou-se costumeira a descoberta de métodos investigativos, de técnicas desconhecidas, de medicamentos eficazes e de controle de doenças.

Se, por um lado, todas essas conquistas trazem na sua esteira renovadas esperanças de melhoria da qualidade de vida, por outro, criam uma série de contradições que necessitam ser analisadas responsabilmente com vistas ao equilíbrio e bem-estar futuro da espécie humana e da própria vida no planeta.

Os homens estão convencidos de que se vive na idade da técnica, mas na facilidade com que se utilizam os instrumentos que encurtam o espaço e o tempo, amenizam a dor, tornam ineficazes as normas sobre as quais se assentam todas as morais. E assim corre-se o risco de não haver o questionamento sobre o modo de ser humano na idade da técnica, como se fosse uma obrigação estar participando dela.

Há o intento do indivíduo em conviver com a criação de benefícios ao mesmo tempo em que destrói a si mesmo e à natureza. Neste cenário, observa-se a crescente expansão de tecnologias de ponta que permitem novas formas de diagnóstico e tratamento. Eis assim que a bioética tem enfrentado um profundo debate acerca de temas plurais, fruto da provocação ocasionada por tal desenvolvimento científico.

Um dos problemas mais candentes nos últimos anos é o do aborto, questão que sempre suscita polêmicas e discussões. Na verdade, os temas que estudam a vida e a morte, o começo e o fim da existência afetam profundamente as convicções morais e sociais e não é tarefa fácil abordá-los sob o signo da objetividade, porque necessitam, cada vez mais, um repensar sobre determinadas categorias jurídicas, éticas e clínicas que se encontram envolvidas quando deste exame.

A questão da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, por exemplo, tem sido debatida juridicamente no Brasil com maior intensidade desde o ano de 2004, quando houve o ajuizamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 (ADPF), perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Em abril de 2012, a mais alta Corte brasileira julgou em definitivo o mérito da Ação, reconhecendo a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, sem constituir em hipótese punível pelo Código Penal. Mesmo com o mérito já decidido pelo Supremo, não se pode negar que o tema em questão ainda suscita inúmeros debates. Dentre eles, a forma como o discurso jurídico se relaciona com outros saberes, por exemplo, as ciências biomédicas e os estudos de gênero.

Neste sentido, a proposta da dissertação está em analisar de que forma determinados argumentos são utilizados pelo discurso jurídico no enfrentamento da possibilidade de aborto por anencefalia fetal. Temas como este são incipientes no Direito e que o debate não pode ter a pretensão de esgotamento do tema, até porque são diversos os questionamentos que o desenvolvimento científico provoca ao exigir a tomada de posicionamento pela Ciência Jurídica.

O trabalho propõe-se, deste modo, a discutir a temática da interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos, refletindo a questão com base na possível apropriação de conceitos pelo discurso jurídico, tais como incompatibilidade de vida extrauterina e antecipação terapêutica do parto, utilizados pelo STF, como fundamentos para o julgamento da ADPF nº. 54, de 2004. Trata-se de refletir a constituição de tal discurso no Direito brasileiro contemporâneo, entendido temporalmente como o Direito pós Constituição de 1988 e Código Civil de 2002, no sentido fachiniano de que há lugar para uma nova introdução que se proponha a reconhecer a travessia em curso e que se destine a um olhar diferenciado dos afazeres didáticos e de pesquisa, em uma sociedade que acolha como mirada a motivação e não a reprodução de saberes, com o intercâmbio de novas fontes de investigação.

Para o debate, problematiza-se, portanto, de que forma se constitui o discurso jurídico no Direito brasileiro hodiernamente, quando do enfrentamento do caso de interrupção da gestação de fetos anencéfalos, especialmente ao introduzir em sua pauta questões como a incompatibilidade da vida extrauterina, a antecipação terapêutica do parto e os estudos de gênero. Registre-se que a abordagem do tema não perpassa por conceitos históricos das categorias jurídicas a serem apresentadas, bem como não se efetuará a sua análise na perspectiva do Direito Penal, porquanto a análise do tema na dissertação encontra-se fundamentada, basicamente, em três campos de pesquisa, quais sejam, o Direito Civil-Constitucional, a bioética, e os estudos de gênero.

Justifica-se a escolha do tema pela sua repercussão no Direito, e na pesquisa acadêmica realizada na Universidade do Vale do Rio dos Sinos, na linha intitulada Sociedade, Novos Direitos e Transnacionalização, no sentido de que é recente a sua incursão no debate

jurídico, com a necessidade de uma análise de determinadas terminologias utilizadas, como por exemplo, antecipação terapêutica do parto, incompatibilidade de vida extrauterina, assim como a de categorias jurídicas como a pessoa e a vida, no sentido de que discutir o aborto de fetos anencéfalos, é refletir sobre estas duas categorizações.

Temáticas na área da bioética costumam ser desenvolvidas em diferentes Projetos de Pesquisa vinculados à Universidade, tais como, o intitulado “Direitos fundamentais e pesquisas genéticas em seres humanos: a repartição dos benefícios enquanto um instrumento de justiça”, o qual versa acerca dos aspectos jurídicos e bioéticos relativos aos processos de intervenção biotecnológicos sobre a vida humana, especialmente aqueles vinculados às pesquisas genéticas em seres humanos e a consequente concretização dos direitos fundamentais, tanto na perspectiva individual como coletiva. Ademais, o Projeto “Impactos jurídicos do acesso e da exploração de informações genéticas humanas: bancos de perfis genéticos para fins de persecução criminal” representa a força e os interesses presentes nos discursos biotecnológicos, os quais são reveladores da união entre ciência e tecnologia na área da genética humana.

Já a repercussão social do tema escolhido para o desenvolvimento da dissertação está inserida no estudo do tema sob uma matriz feminista de gênero para que se possa discutir as políticas feministas relacionadas ao aborto, e, mais do que isso, enxergá-lo na ótica da saúde pública, contexto que exige enfrentar com seriedade o tema, para compreendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas. Para essa redefinição política há algumas tendências que se mantêm nos estudos à beira do leito e que influenciam um senso comum de tratar as mulheres que optam pela interrupção da gravidez como, por assim dizer, aborteiras, ou, ainda que a decisão do Supremo poderia ser uma forma velada de legalização das práticas abortivas.

A partir destas ponderações e de todas as questões que envolvem o debate sobre o aborto, é que se justifica um recorte temático para pesquisá-lo cientificamente, no caso da anencefalia fetal e os influxos que os estudos de gênero possuem em tal discussão, a partir dos argumentos que são apresentados como fundamentos gerais no julgamento da ADPF nº 54, pelo STF. As práticas discursivas encontram-se em um momento de revisão, pois, se há uma crise, ela apenas existe porque o velho paradigma ainda não deixou de existir totalmente e um novo modelo assentado nas bases de um Estado Democrático de Direito não consegue surgir em sua plenitude, constituindo-se, assim, o grande desafio do Direito na contemporaneidade.

A sociedade não é mais a mesma, e, o Direito, enquanto tutela do fato social, também não poderá mais ser o mesmo. Afirmar que ele é uma mera racionalidade instrumental a

proteger os interesses de classes dominantes é a mais pura comprovação de um intérprete-aplicador que se mantém preso a velhos conceitos que, aparentemente, já não mais importam à comunidade jurídica.

O problema na interpretação-aplicação do Direito encontra-se no fato de os diversos profissionais do Direito estarem influenciados por um “senso comum teórico”, como na expressão warattiana, um pano de fundo que condiciona as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir práticas jurídicas, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis.

Eis assim que este senso comum teórico representa um sistema que organiza os dados da realidade, pretendendo a reprodução de valores e práticas predominantes. Ou seja, é um discurso o qual oferece respostas que apenas aludem ao real e apresenta um conjunto de questões em que as respostas já estão determinadas.

Como consequência desses aspectos, pode-se questionar se o que, na verdade, tem se modificado substancialmente nestes tempos não é a própria divisão entre homem e mulher, se o conceito de gênero não estaria se transformando, especialmente em um contexto onde se vislumbra um sistema jurídico, que, sob o signo da contemporaneidade, legitima nas mulheres a condição de sujeitos de direitos, especialmente os sexuais e reprodutivos.

O progresso científico ocasionou para o legislador dificuldades que se iniciaram com a identificação da inexistência de previsão legal para a solução de diversos conflitos, culminando com a leitura inadequada dos institutos do Direito. Diante disso, os modelos teóricos que consagravam o fenômeno jurídico quedaram-se insuficientes diante da nova realidade, questionando-se os próprios fundamentos do sistema jurídico na contemporaneidade.

Assim, pontuadas estas linhas, o tema do aborto dos fetos anencéfalos será abordado a partir do desenvolvimento de três capítulos. No primeiro, apresentar-se-á uma abordagem acerca das categorias pessoa e vida e a sua tutela pelo ordenamento jurídico, a partir da perspectiva do direito civil-constitucional, considerando uma proposta de visão moderna, que busque a análise da realidade sem enclausurá-la em esquemas jurídico-formais, requer uma funcionalização dos institutos do direito civil que responda às escolhas de fundo operadas pelos Estados contemporâneos, e, em particular, pelas suas Constituições.

Eis a necessidade do rompimento com aquele paradigma estanque, superando-se a chamada dicotomia entre o Público e o Privado. Ao se recepcionar na Constituição temas que antes compreendiam apenas ao estatuto privado, provocam-se transformações no sistema do Direito Civil clássico, ou seja, a adaptação a uma nova realidade econômico-social, que

obrigou o intérprete do Direito a repensar os valores ideologicamente consagrados no ordenamento jurídico e as influências interdisciplinares sofridas por ele nessa mutação.

Da mesma forma, ainda no primeiro capítulo, buscar-se-á a discussão da questão da vida enquanto uma categoria biopolítica e de que forma este discurso pode ou não estar representado nas decisões oriundas do sistema jurídico quando este decide pela possibilidade de antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia fetal.

Já no segundo capítulo, oportunizar-se-á o debate acerca dos argumentos que são lançados pelo discurso jurídico quando do exame do aborto de fetos anencéfalos, indagando-se a existência de uma, por assim dizer, apropriação de conceitos por este discurso quando passam a servir de fundamento para uma decisão quanto à possibilidade de se interromper a gestação de feto anencéfalo. Para tanto, quer-se desenvolver esta ideia a partir de três noções, quais sejam, a incongruência entre critérios de vida e morte no ordenamento jurídico, a pretensa incompatibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo e a antecipação terapêutica do parto como indicação médica à gestante, após receber o diagnóstico da anomalia fetal.

E, no terceiro capítulo a ser desenvolvido, buscar-se-á os aportes dos estudos de gênero para compreender o seu conceito a partir das lutas feministas, com a consciência da instauração de novas formas de configuração nas problematizações e relações que se estabelecem dentro da teoria de gênero, mesmo diante de um patamar de reconhecimento social das questões feministas, questionando-se as premissas que estavam assentadas no paradigma da diferença sexual.

O que deve estar registrado é a importância do debate não apenas no caso das discussões envolvendo o aborto dos fetos anencéfalos, mas nos plurais questionamentos que a bioética apresenta, como a evolução da ciência médica quanto ao diagnóstico de anomalias e da própria forma de intervenção das novas tecnologias sobre o corpo humano, sobre o humano e, muito mais do que isso, sobre a vida humana na contemporaneidade.

É neste cenário que se busca analisar a temática sob o prisma da consideração do aborto como uma questão de saúde pública, e, a partir da relação possível entre Direitos Humanos e a educação, quer-se apresentar posicionamentos doutrinários que postulam a necessidade de reflexão acerca da possibilidade de uma teoria jurídica de gênero que esteja galgada nos Direitos Humanos das mulheres como uma representação do alcance de direitos a elas inerentes, fruto das conquistas do movimento feminista, desde o período anterior à Constituição Federal de 1988.

Destarte, opta-se para o desenvolvimento da dissertação, a utilização do método fenomenológico-hermenêutico, cujo significado corresponde àquilo que se revela, o que se

mostra em si mesmo. Assim, manifestar-se só é possível com base no mostrar-se de algo. Este mostrar-se que torna possível a manifestação, não é a própria manifestação. O manifestar-se é anunciar-se mediante algo que se mostra e o fenômeno, mostrar-se em si mesmo, significa um modo privilegiado de encontro, de sorte que o que se mostra em si mesmo são fenômenos da fenomenologia.

O termo fenomenologia, tipicamente heideggeriano, se refere exclusivamente ao modo como se demonstra e se trata o que nesta ciência deve ser tratado. A ciência dos fenômenos refere-se ao aprendizado dos objetos de tal maneira que se deve tratar de tudo que se está em discussão. Ensina Heidegger que a fenomenologia é a via de acesso e o modo de comprovação para se determinar o que deve constituir tema da ontologia, esta que só é possível como fenomenologia. O conceito fenomenológico de fenômeno compreende o ser dos entes, o seu sentido, suas modificações e derivados. O fenômeno é o que constitui o ser.

Na necessidade de se aproximar o pesquisador do objeto pesquisado, portanto, é que se considera que sujeito, o pesquisador, está diretamente implicado, pois relacionado, com o objeto de estudo, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados, descobertas e potencialidades.

Logo, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno. Na figura do círculo hermenêutico, busca-se a compreensão dos dados de pesquisa reunidos, constituindo-se uma análise e interpretação destes, buscando uma nova compreensão do fenômeno, que se concretiza, igualmente, em uma nova proposta, repetindo-se o círculo.

A pesquisa constroi-se pela perspectiva metodológica interdisciplinar, em contínuo modelo dialógico com a literatura clínica, a antropologia, a biomedicina, e, é claro, o Direito. Como método de procedimento, tem-se o monográfico. Ademais, o desenvolvimento do estudo contempla a pesquisa jurisprudencial, com especial atenção ao teor da ADPF nº. 54, que demonstra a proeminência do STF ao trazer para sua pauta uma questão que suscita diferentes posicionamentos, contemplados, inclusive, pelas reflexões aprofundadas demonstradas nas Audiências Públicas realizadas previamente ao julgamento, durante a instrução da Ação.

Em suma, pretende-se desenvolver uma linha de raciocínio de contemple a defesa do tema a partir da ideia de que existem argumentos utilizados pelo discurso jurídico que necessitam ser questionados. Além disso, quer-se incutir a reflexão de que o direito ao aborto, em qualquer caso, inclusive no dos anencéfalos, é uma decisão que compete à mulher, como

uma expressão de seus direitos sexuais, no contexto de um Estado Democrático de Direito, no modelo proposto pela Constituição Federal.

Em outras palavras, debater a possibilidade de interrupção da gravidez de um feto anencéfalo ultrapassa o debate entre vida do feto e vida da mãe, assim como é mais do que uma consideração sobre tal possibilidade com base no argumento da inexistência de vida extrauterina, como fortemente argumentado pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

Assim sendo, quer-se contribuir para o debate com um recorte epistemológico que contemple o diálogo proposto com os estudos de gênero e a bioética feminista do aborto, superando-se uma visão puramente dogmática do tema, pautando-se o exame a partir de uma perspectiva interdisciplinar. Reconhece-se o desafio, mas sabe-se que a defesa do direito ao aborto como uma conquista feminina construída a partir da ideia de Direitos Humanos servirá como a base de entendimento para uma sociedade democrática, que consagre na igualdade entre homens e mulheres a superação da dominação de gênero e retire do aborto a mácula em desfavor das mulheres que interrompem a gestação, mas o constitua como o símbolo da sua dignidade.

2 O EMERGIR DAS NOÇÕES DE PESSOA E VIDA ENQUANTO CATEGORIAS JURÍDICAS E SUA RECEPÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

2.1 NAS RIMAS DE VENTOS E VELAS HÁ MARES QUE NÃO SÃO TÃO CLAROS ASSIM: O SIGNIFICADO DA NOÇÃO DE PESSOA TUTELADA JURIDICAMENTE E A CONDIÇÃO DO FETO ARGUMENTADA PELO SUPREMO TRIBUNAL

Se o século XIX presenciou as mais profundas alterações no modo de se entender e de se realizar o Direito, especialmente no âmbito do denominado Direito Privado, dado o apogeu das grandes codificações, foi no século XX que a Ciência do Direito representou um espaço de “letargia relativa, desafiando as insuficiências do formalismo e provocando o discurso jurídico a ampliar as suas bases de incidência”.¹

Eis que o dilema da Ciência Jurídica, mormente ao final do século XX, é o de estar diante de problemas e questionamentos novos, colocando os juristas, os intérpretes do Direito de frente ao desconhecido, mas buscando respostas e soluções. Nesse sentido, caberá uma escolha dentro de possibilidades: ou o Direito intensifica o seu discurso dialogando com outros saberes ou então se mantém praticando meros formalismos.

Em outras palavras, é descobrir se a realização do Direito dar-se-á ainda pela utilização de dois pilares referenciados por Canaris: a compartimentação do processo interpretativo-aplicativo e o método da subsunção. Na verdade, apresenta o autor a superação deste aspecto, porquanto é possível se pensar com precisão um esquema que funcione como alternativa aos modelos clássicos, baseando-se, igualmente, em dois pontos fundamentais, quais sejam, a unidade de realização do Direito e a natureza constituinte da decisão. Ou seja, é propor a realização do Direito a partir de um movimento circular, espiralado, em que se passa da interpretação à aplicação.²

Basicamente, o que se vislumbra é um complexo cenário de realização da ciência jurídica em decorrência de diversos fatores, tais como a crise na distinção entre o direito público e o direito privado – e, na verdade, a tomada de consciência da sua compenetração – a modificação nas condições sociais, dos costumes, dos estilos de vida, da própria legislação e

¹ CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008. p.IX.

² *Idem. Ibidem.* p.CI *et.seq.* Canaris aponta que as exigências renovadas de uma ciência jurídica clara e precisa, capaz de responder a uma realidade em evolução permanente e que tenha em conta os atuais conhecimentos hermenêuticos e as exigências de maleabilidade deles decorrentes ocasionam um novo pensamento sistemático, que deve estar representado na figura de um sistema aberto, móvel, heterogêneo e cibernético, não postulando proposições hierarquizadas, apresentando em seu corpo uma densidade diversa, atentando-se para as consequências das decisões que o legitime.

dos valores fundamentais do ordenamento jurídico e, ainda, a complexidade e pluralidade das fontes jurídicas.³ Dessa forma, as inquietudes e interrogações devem se comunicar com o Direito, para que nele não existam conceitos e categorias indiscutíveis.

Esta leitura não é diferente quando se propõe a questionar os esquemas jurídicos funcionalizados por institutos e conceitos do Direito Civil, especialmente em uma visão contemporânea, vislumbrando-se uma releitura de todo o sistema do código, individuando-se uma nova ordem científica “que não freie a aplicação do direito e seja mais aderente às escolhas de fundo da sociedade contemporânea.”⁴ É o momento em que o Direito Civil, e o próprio Direito Privado, não mais são vistos como uma antítese ao Direito Público, superando-se a mentalidade de que aquele preocupa-se tão somente com a defesa de interesses particulares, ao passo que este seria a manifestação da autoridade e soberania do Estado⁵, com a finalidade de permitir a efetiva realização dos interesses privados.

Tal superação vem representada pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado⁶, não mais se limitando o legislador à disciplina das relações patrimoniais. Seguindo o texto constitucional, o qual impõe deveres extrapatrimoniais nas relações privadas, tendentes à realização da personalidade e da tutela da dignidade da pessoa humana, o legislador cada vez mais condiciona a proteção de situações tradicionalmente disciplinada sob a ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres não patrimoniais.

Como afirma Perlingieri, a constitucionalização do direito, de fato, colocou no centro dos sistemas jurídicos contemporâneos, uns documentos jurídicos, como as Constituições que, contendo princípios éticos, devem ser interpretados de acordo com o modificar-se dos valores ético-políticos no bojo da comunidade à qual a Constituição se refere.⁷ Esse fenômeno, ainda na esteira do autor, não significa uma hiperinterpretação do documento constitucional, com o

³ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.4-6. Propõe o autor que a cultura jurídica é fruto da atividade interpretativa de todos os operadores do direito. Não basta o conhecimento das leis, a interpretação da disposição legislativa, nem reconstruir os institutos, os conceitos e então o sistema; é necessário confrontá-lo com a realidade social, o fato, os problemas concretos. É o sistema normativo confrontando-se com tal realidade.

⁴ *Idem. Ibidem.* p.137.

⁵ A questão da autoridade e da soberania do Estado será retomada no tópico que abordará a dimensão biopolítica da vida, em especial referência a Giorgio Agamben.

⁶ Sobre este fenômeno discorre Tepedino que se trata, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição da ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. TEPEDINO, Gustavo. *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*. In: **Temas de Direito Civil**. 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.22.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Op.cit.* p.575.

abrandamento das regras de interpretação culturalmente aceitas de maneira a produzir um alto grau de instabilidade na organização jurídica e uma notável incerteza jurídica.

É na esteira desse agora Direito Civil-Constitucional que emerge a necessidade de uma revisão de institutos jurídicos e de categorias jurídicas, haja vista que o Direito não logra mais o êxito de ser analisado em separado das outras ciências. Os dilemas da contemporaneidade colocam em xeque conceitos tradicionais, exigindo do intérprete-aplicador jurídico uma nova postura, afastada da mera subsunção normativa e com um olhar sistemático, em conjunto com diversos campos do saber, ou seja, em uma perspectiva interdisciplinar.⁸

Uma das noções categorizadas juridicamente é a de pessoa. Segundo Jussara Meirelles, o ordenamento civil brasileiro, com fulcro nos fundamentos basilares das codificações do século XIX, estabeleceu uma categoria jurídica abstrata a que designou por pessoa natural, em cujo enquadramento encontra-se a condição necessária para que o ser humano seja considerado sujeito de direito.⁹ Na ordem jurídica, a pessoa é um elemento científico, pois é um conceito oriundo de uma construção abstrata do Direito. Em um sistema jurídico que se estruture sob as bases meramente formais de relações jurídicas, e, aqui, insista-se, é a consideração na perspectiva tradicional do Código Civil, a pessoa é considerada sujeito, mas não porque possui sua natureza humana e dignidade reconhecidas, mas porque a lei lhe atribui essa condição, essa faculdade de exercitar poderes e cumprir obrigações.¹⁰

⁸ Adota-se a perspectiva conceitual de interdisciplinaridade apresentada por Basarab Nicolescu, segundo o qual *a interdisciplinaridade* tem uma ambição diferente daquela da pluridisciplinaridade. *Ela diz respeito à transferência de métodos de uma disciplina para outra*. Podemos distinguir três graus de interdisciplinaridade: a) *um grau de aplicação*. Por exemplo, os métodos da física nuclear transferidos para a medicina levam ao aparecimento de novos tratamentos para o câncer; b) *um grau epistemológico*. Por exemplo, a transferência de métodos da lógica formal para o campo do direito produz análises interessantes na epistemologia do direito; c) *um grau de geração de novas disciplinas*. Por exemplo, a transferência dos métodos da matemática para o campo da física gerou a física matemática; os da física de partículas para a astrofísica, a cosmologia quântica; os da matemática para os fenômenos meteorológicos ou para os da bolsa, a teoria do caos; os da informática para a arte, a arte informática. Como a pluridisciplinaridade, a interdisciplinaridade ultrapassa as disciplinas, *mas sua finalidade também permanece inscrita na pesquisa disciplinar*. NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade. In: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e transdisciplinaridade**. Brasília: UNESCO, 2000. p. 11.

⁹ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.88. Convém considerar que na codificação tradicional titularidade de direitos e personalidade apresentavam uma estreita vinculação. Afirmava-se, neste sentido, que a pessoa é o sujeito de direito, o ente capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Não à toa a definição clássica de personalidade cunhada por Adriano De Cupis é justamente a de considerar personalidade jurídica como sinônimo de capacidade jurídica, ou seja, a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Para tanto, DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade**. Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004. p.19.

¹⁰ Eis, na verdade, uma noção artificial da noção clássica de pessoa na perspectiva da codificação, pois apenas representa o distanciamento entre a lei e a pessoa, que merecia a proteção pelo que tinha não pelo que fosse. O ser sujeito de direito depende da aptidão para, seguindo parâmetros ditados pelo sistema, ter patrimônio. MEIRELLES, Jussara. In: *Op. cit.* p.93.

Na perspectiva da codificação hodierna, pelo contrário, a pessoa humana centraliza as cogitações jurídicas, já que o ser é valorizado, cenário em que o ter assume uma função apenas complementar. Isso é consequência de uma nova realidade que o civilista contemporâneo passa a enfrentar, a qual exige a sua atenção para a defesa do ser humano e dos seus interesses inalienáveis, corolário, inclusive, da Constituição Federal de 1988 que considera a pessoa o seu vetor axiológico, o que vem expressamente consagrado no princípio da dignidade da pessoa humana.

E assim o Código Civil brasileiro de 2002 também disciplinou a existência da pessoa determinando, inclusive, o momento de início da personalidade, a partir da leitura do seu artigo 2º quando considera que "a personalidade civil começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."¹¹ Ao se analisar literalmente a disposição do Código não se pode deixar de questionar como determinadas categorias são destacadas pelo ordenamento jurídico. Aqui, se está tratando da categoria pessoa.

Veja-se que o legislador disciplinou que a personalidade começa do nascimento com vida. Pois bem, qual o significado jurídico de nascer com vida? Como o direito categoriza a vida? Quem é o nascituro? Há coerência entre nascer com vida, mas proteger direitos de quem ainda não nasceu? A quem o Direito confere tutela? Ocorre que por diversas vezes não se realiza uma leitura sobre o que está descrito na norma jurídica, mas o Direito tem sido provocado constantemente através de ações que não o permite escapar da necessidade de um exame mais apurado sobre o seu próprio discurso.

Um dos casos mais recentes que desafiou o sistema jurídico brasileiro foi o julgamento da ADPF nº 54, de 2004, pelo STF. Sinteticamente, o Plenário da Corte julgou procedente o pedido contido na Ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.¹² Embora algumas definições ainda não estejam apresentadas no texto, cumpre contextualizar determinados aspectos constantes especialmente na petição inicial da

¹¹ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). *Vade Mecum acadêmico de Direito*. 10.ed. São Paulo; Rideel, 2010. p.149.

¹² Tais disposições do Código Penal referem-se, respectivamente, ao aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; a provocação do aborto com o consentimento da gestante e as causas em que há a exclusão da punibilidade do ato, que se dá em duas hipóteses: o chamado aborto necessário, quando não há outro meio para salvar a vida da mãe, ou, ainda, se a gravidez for resultante de estupro.

Ação intentada pela CNTS, especialmente porque conduzem as discussões que serão propostas.¹³

Discorre Barroso, advogado que patrocinou a demanda, que o pronunciamento do STF seria indispensável em função do alcance humanitário da matéria que estava sendo debatida, “para libertá-la de visões idiossincráticas causadoras de dramático sofrimento às gestantes e de ameaças e obstáculos à atuação dos profissionais de saúde.”¹⁴ O argumento principal de que fora lançado mão na instrução da Ação é o de que diagnosticada a anencefalia não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável, o que não se vislumbra no quadro clínico da gestante. Neste contexto, segundo o advogado, a permanência de um denominado feto anômalo no útero materno seria potencialmente perigoso, em razão dos índices de óbito intraútero em casos como este. No caso, a chamada antecipação terapêutica do parto seria a única indicação médica recomendável ao caso e eficaz para o tratamento da gestante, já que a situação do feto é irreversível.

Volte-se à leitura da segunda parte do artigo 2º do Código Civil quando afirma-se que a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Agora, confronte-se esta disposição com o principal argumento utilizado na peça que contém o pedido julgado pelo STF já de forma definitiva: o feto inviável. Infere-se que ao se recomendar a antecipação terapêutica do parto desconsidera-se a possibilidade de o feto anencéfalo ser dotado de personalidade, e, portanto, protegido juridicamente, porquanto a solução apresentada pela Confederação seja antecipar o parto para proteger a vida da mãe.

Por que há esse dilema? Ora, porque o Código Civil não definiu a qual categoria pessoa ele protege, apenas informa que o nascido com vida adquire personalidade. Não se pode pressupor que o feto anencéfalo será um natimorto. Mas, então, como compreender o significado de pessoa enquanto categoria jurídica? Lembre-se que anteriormente fora afirmado que ao Direito não cabe mais a análise dos problemas que se colocam em uma perspectiva meramente disciplinar, pois há o necessário contato com outros saberes, dotando-se a ciência jurídica da característica da interdisciplinaridade.

É justamente neste cenário que o exame da categoria pessoa deve caminhar ao lado da bioética. Questiona Vicente Barreto o que é a pessoa humana, até então considerada como um dos conceitos mais pacíficos do direito, especialmente em virtude dos avanços da biologia e

¹³ A versão integral da petição inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p.69 *et seq.*

¹⁴ *Idem. Ibidem.* p.72.

de suas aplicações tecnológicas sofridas nos últimos cinquenta anos.¹⁵ O emprego de expressões como ser humano e pessoa humana na linguagem comum levou a que se entendesse a pessoa como sendo a característica do humano. Todavia, os problemas com os quais se defrontam a bioética e o biodireito, em consequência dos avanços científicos, mostram a inconsistência do uso, como sinônimos, das duas expressões.¹⁶

Permanece, portanto, a dificuldade em se definir o que é a pessoa humana.¹⁷ Em Kant amplia-se a abrangência deste conceito para que se considere no respeito à autonomia o seu ponto central. Pessoas são os seres racionais porque a sua natureza os distingue como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que limita, nessa medida, todo o arbítrio.

Em outras palavras, a referência à pessoa humana não é apenas uma simples afirmação dogmática de determinados ideais, mas a constatação das características racionais do ser humano que o diferencia das coisas, pois é dotado de valores essenciais para a sua existência. Ensina o filósofo que é também correto dizer que o ser humano se acha em obrigação com a virtude, como força moral, pois enquanto a faculdade de superar todos os impulsos sensíveis

¹⁵ BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.219. O autor considera que a problemática em torno do conceito de pessoa humana traduz-se em uma perplexidade encontrada entre filósofos, juristas e cientistas sociais. Assim, conceitos que serviram de fundamentos para o sistema normativo da sociedade liberal-burguesa aguardam uma releitura do seu significado e de sua função na estrutura jurídica, em face dos avanços do conhecimento científico e do novo mundo construído pela engenharia genética. No Ocidente, juristas e legisladores se socorreram da formulação de princípios, como a dignidade da pessoa humana, considerado um referencial obrigatório para a formulação e a exegese dos sistemas jurídicos da sociedade democrática. Entretanto alerta Barreto que mesmo a dignidade humana, enquanto ideia-valor, necessita para a sua compreensão e aplicação que se recuperem os fundamentos ético-filosóficos para poder exercer a função que dela se espera no Estado Democrático de Direito.

¹⁶ *Idem. Ibidem.* p. 224.

¹⁷ Vicente Barreto apresenta um resumo histórico acerca da indagação sobre o início da pessoa humana e a sua consideração enquanto tal. Discorre que desde a Antiguidade a indagação sobre o início da pessoa humana preocupou filósofos, juristas e cientistas. Para Aristóteles, a pessoa humana tornava-se viável, apta a ser considerada integrante da humanidade, na 28ª semana após a fecundação. Essas indagações sobre o começo da pessoa humana e o seu valor tiveram, desde o reconhecimento do nascituro como pessoa, em Roma, uma importância que veio a perder no direito moderno. Entre os romanos, a criança concebida era considerada como pessoa fazendo com que a concepção e não o nascimento fosse o fator determinante no reconhecimento de um ser como pessoa humana. In: *idem. ibidem.* p. 226. Ainda, cabe referir que a origem mais propalada do conceito de pessoa é a de máscara. Essa ideia correlaciona pessoa e *personare*, que significa a máscara através da qual retumba o ator ou agente e vem baseada na obra de Boécio para quem o nome pessoa significa a máscara que, nas comédias e tragédias, representavam os homens que se interessavam representar. A máscara é o atributo que realça no indivíduo humano a sua condição de substância racional, capaz de falar, agir e atuar. Tal concepção foi utilizada igualmente por Tomás de Aquino que, remetendo-se a Boécio, considerava o termo *persona* como uma derivação das máscaras que representavam personagens humanas nas tragédias. Reconhece-se a importância de uma leitura mais detida acerca do desenvolvimento histórico do conceito de pessoa humana, mas, tendo em vista que o objetivo aqui não é o de realizar uma referencial e construção histórica ao conceito de pessoa, mas sim a demonstrar a sua categorização pelo Direito, recomenda-se a leitura de STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade – ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. O autor propõe demonstrar as origens do conceito de pessoa e o faz ao longo de sua obra, especialmente a partir do segundo capítulo p. 27 *et. seq.*

em oposição pode e deve ser simplesmente pressuposta no ser humano por conta de sua liberdade, ainda assim essa faculdade como força é algo que ele precisa adquirir; e a forma de adquiri-la é ampliar o incentivo moral, tanto contemplando a dignidade da pura lei racional em nós quanto praticando a virtude.¹⁸

A importância de se compreender o significado da noção de pessoa também se justifica por ser esta uma das categorias fundamentais da bioética e que possibilitará o entendimento sobre a própria questão da vida humana. Roque Junges afirma que pessoa é um conceito abrangente, porque se funda na autocompreensão do ser humano, que independe das circunstâncias e é compreensível em todos os contextos morais, porque expressa intuições éticas comuns. É particularmente importante para enfrentar situações-limite nas quais a vida humana está fragilizada. Para o autor, o conceito de pessoa está ligado a teorias morais que fornecem critérios para decisões éticas referentes à vida humana e fundamenta tais teorias.¹⁹

Na esteira antropológica Lima Vaz assevera que a pessoa é designada necessariamente pelo “momento conceptual da singularidade na ordem de inteligibilidade do discurso para-nós.”²⁰ A pessoa é, assim, a expressão pela qual o sujeito Eu se exprime ou se diz a si mesmo. Sendo ela um resultado, será, em-si, a origem inteligível de todo o discurso, surgindo na sua originariedade e em toda a invocação do sujeito vem a ser a representação do Eu e Tu que se encontram. Eis assim que, segundo o filósofo em referência, à pessoa não pode ser aplicado nenhum conceito operacional, haja vista que a experiência do existir é singular e única no seu constituir-se e no seu manifestar-se, inatingível por qualquer processo objetivante de conhecimento que intente reduzi-lo a estado de coisa observável e manipulável.²¹

Percebe-se da leitura de Lima Vaz uma concepção bastante definida, no sentido de que o ser humano é o próprio objeto do discurso antropológico enquanto sujeito. Não há como se falar em ser humano sem se falar em sujeito do discurso. Como bem refere Junges, o ser humano tem, antes de mais nada, uma visão espontânea e natural de si mesmo que não passa

¹⁸ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003. p.241.

¹⁹ JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006. p.104. Explica Junges que o conceito de pessoa aponta para uma antropologia específica que a sustenta e explicita que pode ser denominada personalista. Ela oferece uma interpretação do ser humano como pessoa e serve de pano de fundo para decisões sobre a vida humana. A bioética, ao ter como ponto de referência primordial a vida humana e apresentar-se como um saber ético, levanta a questão sobre o ponto de partida antropológico. A concepção de ser humano fundada na pessoa pode ser chamada de antropologia personalista, porque entende a pessoa como relação.

²⁰ LIMA VAZ, Henrique C. de. **Antropologia filosófica II**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1995. p.191. Tal afirmação significa que a pessoa surge ao termo do discurso como a singularidade que suprassume a universalidade da essência pela mediação da particularidade da existência que se realiza na história de cada um. Já na ordem da inteligibilidade em-si, a pessoa, como singularidade, exerce a mediação que faz passar a universalidade da essência na particularidade histórica da existência.

²¹ *Idem. Ibidem.* p.192-213.

pelo âmbito do discurso, pois compreende o seu mundo vivencial. É o ser humano enquanto aberto ao horizonte de sentido e enquanto condição de possibilidade. Por tal razão afirma, ao analisar a perspectiva de Lima Vaz, que ela pode fornecer uma base antropológica pertinente para a bioética, “pois apresenta uma visão, ao mesmo tempo, dialética e integral do ser humano que permite equacionar melhor os desafios éticos nos quais está implicada a pessoa.”²² Em suma, a categoria pessoa na perspectiva antropológica, que agora já se sabe ser relacionada à Bioética, significa que ela é a expressão adequada de um Eu que se exprime em si mesmo, ou seja, é o ser humano enquanto sujeito e pessoa, designado de modo particularizado.

Já na perspectiva apontada pelos civilistas, é em Pontes de Miranda que se vai encontrar a noção de que o nascimento com vida é a porta de entrada da pessoa no mundo jurídico no suporte fático em que o nascer é o núcleo. Segundo o autor, sujeito de direito é a pessoa. Pessoa é apenas o conceito com que se alude à possibilidade, no sistema jurídico, de ser sujeito.²³ Em vista de todas as noções que já foram apresentadas sobre pessoa, implica examinar se o nascituro pode igualmente ser considerado como um sujeito de direito que ingressa no sistema jurídico. Para tanto, novamente é o ensinamento de Pontes ao definir que, no útero, a criança não é pessoa. Se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pôde ter sido sujeito de direito. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. “Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (=sair da mãe) com vida.”²⁴

Quando o Código Civil coloca a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro diferentes construções acerca da sua personalidade podem ser debatidas. Pode-se entender, primeiramente, que o feto já é pessoa, com a condição de nascer vivo; que há uma indeterminação do sujeito até que se dê a separação do corpo da mãe; que não se cogita falar em personalidade até o nascimento com vida; que o nascituro tem uma capacidade limitada de direitos; que os direitos que podem vir a ser do nascituro não possuem um sujeito; que há uma expectativa de direitos; que a certeza do nascimento com vida dotaria o nascituro de personalidade; ou que desde a concepção já se cogita da personalidade.

²² JUNGES, José Roque. **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999. p.75.

²³ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo 1**. Campinas: Bookseller, 1999. p.215.

²⁴ *Idem. Ibidem.* p.217-220. Para Pontes de Miranda, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tenha de esperar o nascimento para se saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Neste contexto, nascituro é o concebido ao tempo em que se apura se alguém é titular de direito ou de pretensão, ação ou exceção, dependendo a existência de que nasça com vida.

Assim, diferentes teorias procuram explicar a titularidade do nascituro à sua personalidade²⁵:

Tabela 1 – Teorias da Personalidade

Teoria	Definição	Base/Doutrina
Reconhecimento do filho apenas concebido.	Posse que pertence à mulher prenhe, por razão da criança que se tem no ventre. Teixeira de Freitas leu o texto filipino como se as pessoas se considerassem nascidas apenas formadas no ventre materno. Ou seja, reforçava a sua interpretação de que pode haver o reconhecimento do filho apenas concebido.	Ordenações Filipinas, Livro III, Título 18, § 7, alínea 2; Ordenações Afonsinas, Livro III, Título 36, § 7; Teixeira de Freitas.
Existência de direitos ao <i>conceptus sed nondum natus</i> (concebido, mas ainda não nascido).	Essa teoria admite, desde já, a existência de direitos e nega que possa haver, em qualquer emergência, direitos sem sujeitos.	R. Stammler (<i>Unbestimmtheit des Rechtssubjekts</i>).
Capacidade de direito começa com o nascimento.	O direito não pode ser sem sujeito, portanto o nascituro não pode ter direitos, tal como a pessoa jurídica não constituída e a pessoa não concebida ou aquela cuja determinação dependa de acontecimentos futuros. Se o concebido nasce vivo há a constituição do direito, com eficácia retroativa.	A. Von Tuhr (<i>Der Allgemeine</i>).
Capacidade limitada do nascituro.	Reconhece personalidade desde a concepção. Deve-se considerar, por ficção, já personificado o nascituro, para o caso de nascer com vida; capaz de direito e incapaz de exercício, sendo limitada e condicional a capacidade de direito.	L. Enneccerus (<i>Lehrbuch I</i>); J.W. Hedemann (<i>Werden und Wachsen im bürgerlichen Recht</i>).
Direitos sem sujeito no caso do nascituro.	A concepção dos direitos, que vão do nascituro, até o nascimento, sem sujeito, foi criticada a partir da figura da massa patrimonial autônoma sem sujeito, especialmente aplicada em casos de aquisição e transmissão de herança sem o estabelecimento de qualquer lapso temporal.	Konrad Cosack (<i>Lehrbuch I</i>); K. Hellwig (<i>Anspruch und Klagrecht e Lehrbuch I</i>).
Teoria do patrimônio destinado.	Admite que o patrimônio e não o concebido, mas não nascido, seja o sujeito de direito como se pessoa jurídica desde a concepção.	-

²⁵ MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado – Tomo 1*. Campinas: Bookseller, 1999. p.229-232.

Teoria da expectativa subjetiva.	Cria no plano da teoria dos sujeitos aquilo que só se assentara no plano da teoria dos objetos (coisas futuras) e dos efeitos (direitos, pretensões, ações e exceções futuros).	-
O direito se constitui do nascimento com vida.	Trata-se de um contraponto à teoria anterior. O direito não se constituiu, só se constituirá a partir do nascimento com vida. O fato jurídico já se produziu, o que ainda não se produziu foi o direito. Por se tratar de direito futuro com certa probabilidade, tem de ser resguardado (cautelaridade das medidas).	F. Endemann (<i>Lehrbuch</i> , I, § 26, nota 17); M. Hachenburg (<i>Das BGB</i>) e G. Semeka (<i>Das Wartrecht, Archiv für Bürgerliches Recht</i>).
Personalidade com a prova da existência futura.	Todo produto gravídico da mulher que possui coração e tem grande probabilidade de nascer vivo é capaz de direito. Essa solução confundiria dois mundos, o fático e o jurídico: ou se admite que o feto vivo já entre no mundo jurídico, ou não se admite. Se a probabilidade tivesse de ser atendida, o não advento reporia o problema no mundo jurídico.	Acórdão da 2ª Câmara do Tribunal de Justiça do Paraná, de 14 de fevereiro de 1950.

Fonte: elaborada pelo autor, adaptada de MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado – Tomo 1. Campinas: Bookseller, 1999.

A par de todas estas teorias, hodiernamente, a noção mais difundida no âmbito do Direito Civil é a de que o nascituro é o ser concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. Em termos legislativos, a disposição do atual artigo 2º do Código Civil é, praticamente, reprodução daquilo que já fora determinado no artigo 4º do Código Civil de 1916.

Ainda, em termos teóricos, trabalha-se em uma perspectiva mais concisa, apresentando-se três grandes teorias que explicariam o momento do início da personalidade²⁶:

a) teoria natalista, segundo a qual o início da personalidade se dá a partir do nascimento com vida, nos moldes do que estabelece o artigo 2º do Código Civil, sendo esta, então, a adotada no direito brasileiro;

b) a teoria da personalidade condicional, a qual consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob a condição de nascer com vida. Assim, a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob a forma de condição resolutiva, em que, não se verificando o nascimento com vida, não se cogita da personalidade;

²⁶ RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.3-7.

c) a teoria concepcionista, a qual sustenta que o nascituro é dotado de personalidade jurídica.

Portanto, doutrinariamente entende-se que o nascimento é a separação do ventre materno, marco temporal em que se adquire a personalidade.²⁷ Em se optando por uma interpretação literal acerca da noção de pessoa que está categorizada juridicamente pelo sistema brasileiro, o feto anencéfalo teria seus direitos salvaguardados enquanto nascituro, e, separando-se do ventre materno, adquiriria a condição de pessoa, não se discutindo, ainda, a existência ou não da titularidade do direito à vida.

Mas não é este o discurso adotado pelo STF no julgamento da ADPF nº 54. O relator da Ação, o Ministro Marco Aurélio, afirmou que o anencéfalo jamais se tornará uma pessoa, que não se cuida de uma vida em potencial, mas de uma morte segura. O fato de respirar e ter batimentos cardíacos não altera essa conclusão. Ainda, considera que a Constituição, quando se reporta aos direitos da pessoa e até aos direitos e garantias individuais, está falando ao indivíduo-pessoa, destinatário dos direitos fundamentais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. No caso do anencéfalo, “não há, nem nunca haverá, indivíduo-pessoa.”²⁸ Por este posicionamento, ficaria assentada a desnecessidade de se discutir o conflito existente entre o feto enquanto pessoa e a gestante, pois, desconsiderando o anencéfalo enquanto tal, não haveria espécie de divergência.

Entretanto, esta questão não se mostra tão cartesiana como o Ministro Marco Aurélio apontou na sua decisão porque a própria ciência biológica contemporânea foi desafiada pelas novas tecnologias médicas quanto a possíveis diagnósticos de anomalias em embriões humanos. E o feto anencéfalo foi, em um determinado momento, embrião e se desenvolveu.

²⁷ O que se percebe é que o ordenamento jurídico brasileiro não consigna uma definição legal para a pessoa. Diferentemente, é a situação, por exemplo, do ordenamento chileno que define expressamente no artigo 55 do seu Código Civil que pessoa natural *son personas todos los individuos de la especie humana, cualquiera que sea su edad, sexo, estirpe o condición*. Ainda, o parágrafo primeiro do artigo 74 refere que *la existencia legal de toda persona principia al nacer, esto es, al separarse completamente de la madre*. Mesmo em um contexto que se vislumbre a definição legal de pessoa a doutrina também se coloca em discussão. Neste sentido, Rodolfo Figueroa García-Huidobro refere que *em primer lugar, la mayoría de los autores entiende que es persona el ser humano desde el momento de la concepción o la fecundación. Esto significa que estiman como sinónimos las expresiones persona y ser humano (...). Em una postura contraria de la recién transcrita se encuentran unos pocos autores, que rechazan la identidad entre los conceptos de ser humano y persona, y entre embrión y persona. Sostienen que sólo son personas quienes ha nacido. (...). Existe una tercera postura que llega a la misma conclusión que la posición dominante, pero por otros fundamentos: sostiene que el nasciturus no es persona em el sentido técnico del Código Civil, pero es sujeto de derecho y, como tal, titular del derecho a la vida*. GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. In: **Revista de Derecho**. Vol. XX, n. 2. Diciembre, 2007. p. 95-130.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

Eis, portanto, a necessidade de se verificar algumas considerações deste aspecto à luz da medicina fetal.

Discorrem Sang Cha e Marcelo Zugaib que a avaliação do desenvolvimento e crescimento fetal constitui-se numa das tarefas mais difíceis durante a assistência pré-natal. Se por um lado é fundamental conhecer os processos pelos quais o conceito se desenvolve a partir de uma simples célula, não menos importante é reconhecer a adequação do crescimento fetal.²⁹

O desenvolvimento do feto compreende dois períodos, denominados de blastogênese e embriogênese. O primeiro inicia-se com a fecundação, que ocorre, na maioria das vezes, no terço distal da tuba. O indivíduo recém formado passa a conter quarenta e seis cromossomos, já tem o seu sexo determinado e inicia as divisões mitóticas que levam ao aumento do seu número de células. O ovo humano atinge a fase de duas células aproximadamente trinta horas após a fecundação, e de quatro células, dez a vinte horas mais tarde. Progredindo as mitoses, o ovo desce pela tuba e ao atingir a fase de doze a dezesseis células recebe o nome de mórula, atingindo a cavidade uterina e dividindo-se continuamente até formar uma cavidade única com líquido em seu interior, denominada blastocele.³⁰

A partir de quatro dias e meio o grupo celular formado pela fecundação constitui o blastocisto que, futuramente, será o embrião. A fase de implantação do blastocisto no endométrio inicia-se seis dias após a fecundação. O processo de blastogênese completa-se ao final de duas semanas, época em que o blastocisto encontra-se firmemente implantado no endométrio e já se esboça a formação da cavidade amniótica.³¹

A partir de então inicia-se o segundo período de desenvolvimento, a embriogênese, que estende-se até a oitava semana de gestação. É neste período em que se dá o desenvolvimento de praticamente todos os órgãos, constituindo-se numa época de grandes riscos aos insultos teratogênicos.³² Nesta fase do desenvolvimento as células do polo

²⁹ CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1995. p.17. Segundo os autores o tempo de gestação é habitualmente considerado a partir do primeiro dia do último período menstrual, e, portanto, duas semanas a mais da data em que ocorreu a fecundação. Assim, clinicamente, a gravidez tem duração de 40 semanas ou 280 dias, com variação aceitável de 37 semanas completas e 42 incompletas. Na prática, este período é dividido em três trimestres para conveniente classificação dos eventos obstétricos.

³⁰ *Idem. Ibidem*, p.17.

³¹ *Idem. Ibidem*. p.18.

³² Insultos ou fatores teratogênicos são aqueles que podem interferir o período embrionário e causar malformações. Por esta razão, justifica-se o acompanhamento pré-natal e orientação adequada à gestante que eventualmente estejam expostas a tais fatores. De acordo com Sang Cha e Zugaib, os fatores teratogênicos podem ser agrupados em duas grandes categorias: a) genéticos, ou seja, as malformações são decorrentes de anormalidades gênicas ou alteração numérica ou estrutural dos cromossomos.; b) ambiental, em que os fatores atuam durante o período embriológico, como, por exemplo, o uso de substâncias químicas, medicamentos, radiação, hipertermia, infecções, metabolismo materno alterado ou fatores mecânicos. In: *idem. ibidem*. p.23.

embrionário dão origem ao ectoderma, mesoderma e endoderma. A partir do ectoderma desenvolve-se o sistema nervoso, a pele e os pelos. O mesoderma é responsável pelo desenvolvimento dos músculos voluntários, ossos e componentes do sistema cardiovascular e excretor. O endoderma forma os sistemas digestivo, respiratório e glandular. Cha e Zugaib destacam que na terceira semana da gestação, ainda nesta fase de desenvolvimento embrionário, ocorre a formação do tubo neural – e aqui toda a importância deste dado para o objeto da pesquisa, em vista da definição técnica que será posteriormente apresentada para a anencefalia.³³

Terminada a oitava semana de desenvolvimento, decreta-se o fim do período embrionário e o início da vida fetal. Aqui, apenas destaca-se que, em termos conceituais, embrião e feto não são expressões que guardam sinonímia. É na fase fetal que ocorre o crescimento e aprimoramento fisiológico dos sistemas internos de cada órgão. Segundo Antônio de Souza Batista, com o avanço tecnológico na obtenção de imagens e técnicas de diagnóstico tem ocorrido um maior acesso ao feto, possibilitando a determinação do seu padrão de crescimento com bastante precisão.³⁴

Neste contexto, a medicina fetal é importante uma vez que comporta as técnicas de coleta do material fetal, e, assim, descobrindo-se uma anomalia, entra em campo a discussão acerca de um prognóstico fetal, momento em que se necessita de profissionais de várias equipes como pediatras, ortopedistas, cardiologistas, entre outros, para que haja uma disciplina da conduta a ser seguida. Nestes casos, há três condições que devem ser respeitadas³⁵:

a) a primeira condição é a da apreciação do risco real para o casal e a avaliação delicada da gravidade da doença em questão. As indicações médicas podem ser sistemáticas,

³³ Os autores ainda destacam outros aspectos importantes. Ao longo da terceira semana, além de haver a formação do tubo neural, ocorre o desenvolvimento dos primeiros vasos sanguíneos. Na quarta semana, o embrião, antes reto, assume uma curvatura em forma de C, o coração já formado começa a produzir uma proeminência ventral e já se consegue identificar o caso gestacional e o embrião através de exames de ultrassonografia. Na quinta semana, o embrião passa a assumir feições humanas, com a formação de olhos, orelhas e nariz e o crescimento da cabeça excede o de outras regiões em função do desenvolvimento do encéfalo – novamente se alerta para mais uma etapa importante – e já se consegue identificar os batimentos cardíacos fetais pelo ultrassom. Já na sexta semana a placenta substitui o corpo lúteo e desenvolve-se a adenohipófise e a suprarrenal. Por fim, na oitava semana o embrião apresenta características humanas inquestionáveis. A cabeça é desproporcionalmente grande, os olhos estão abertos e as pálpebras se unem ao final da oitava semana. Também é nesta fase que se identifica a virilização dos aspectos genitais do sexo masculino. In: CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1995. p.18.

³⁴ BATISTA, Antônio de Souza. O nascituro á luz da embriologia: as fases de formação e desenvolvimento. In: DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo Silva. **O nascituro: visão interdisciplinar**. São Paulo: Atheneu, 2009. p.18. Entende o autor que neste período enfatiza-se o desenvolvimento funcional do feto e as adaptações que garantem uma passagem tranquila para a rota de independência depois do término da gestação e do corte do cordão umbilical, quando ele abandona o útero para seguir sozinho.

³⁵ CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. *Op. cit.* p.3.

ou seja, baseadas em estudos retrospectivos e prospectivos que permitem estipular o risco teórico para certas mulheres, a exemplo da idade materna e a trissomia 21; empíricas, as quais são determinadas no decorrer da gestação de sinais que se sabem ser indicativos de um diagnóstico invasivo. Por exemplo, o diagnóstico de uma anomalia fetal no exame ultrassonográfico; ou de indicações orientadas, que é o caso da presença na família de uma mutação genética conhecida ou de uma doença diagnosticável no período intrauterino;

b) a segunda condição se refere ao próprio material fetal colhido e aos passos para chegar ao diagnóstico. Essa coleta necessita de uma equipe médica treinada e experiente, diminuindo-se os riscos para a evolução da gravidez³⁶;

c) a terceira condição diz respeito às etapas após o diagnóstico, ou seja, o prognóstico e a recepção do recém-nascido para a prática de eventuais tratamentos neonatais.

Depreende-se destes conceitos que o feto passa por um processo de desenvolvimento no corpo materno, que, em tese, se inicia na fecundação e finda quando do nascimento. A questão é identificar se o embrião, o qual formará o futuro feto, seria dotado de personalidade, pois uma constatação neste sentido poderá demonstrar que alguns argumentos utilizados pelo Direito na determinação da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não estão corretos.

Naara Luna afirma que a descrição do embrião como pessoa tem por primeiro aspecto a implantação no útero, uma representação relacional. O segundo aspecto é a visualização mediada tecnologicamente através dos aparelhos de ultrassonografia e, em terceiro lugar, está a definição de embrião de um indivíduo, que se constitui em um esboço deste, contendo o nó embrionário, com batimento cardíaco, esboço de mão, perna e crânio. Em resumo, as partes básicas da figura humana: coração, membros e cabeça.³⁷

De outra banda, um conceito vinculado à perspectiva religiosa de embrião pode ser encontrado na Bíblia:

13 Fostes vós que plasmastes as entranhas de meu corpo, vós me tecestes no seio de minha mãe.

³⁶ Sobre este viés, qual seja, a expansão de tecnologias de ponta que permitem novas formas de diagnóstico e tratamento, destaca-se o caso do menino francês Nicolas Perruche, constante no acórdão nº 457, de 17 de novembro de 2000, julgado pela Corte de Cassação Francesa. O caso mais conhecido como *l'arrêt Perruche* ou acórdão Perruche, significou o direito de uma criança nascida com graves deficiências figurar no pólo ativo de uma ação de indenização por danos em face dos médicos de sua mãe, que a impediram de abortar o feto, após contrair rubéola durante a sua gestação. Basicamente, este polêmico caso, pois sim, é possível caracterizá-lo, no mínimo, como polêmico, Nicolas Perruche buscou ser indenizado por ter nascido ao invés de ter sido abortado, já que estaria fadado a uma vista injusta. A decisão também é referenciada por estabelecer um pretensão direito de não nascer. Para aprofundamento, recomenda-se a leitura do acórdão, disponível em http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_publications_documentation_2/bulletin_information_cour_cassation_n_27/bulletins_information_2000_1245/no_526_1362/

³⁷ LUNA, Naara. A personalização do embrião humano. In: **Mana**. v.13. n.2. Rio de Janeiro, 2007. p.411.440.

14 Sede bendito por me haverdes feito de modo tão maravilhoso. Pelas vossas obras tão extraordinárias, conheceis até o fundo a minha alma.
 15 Nada de minha substância é de vós oculto, quando fui formado ocultamente, quando fui tecido nas entranhas subterrâneas. (Salmo 138, versículos 13-16).³⁸

A visão religiosa aponta que o aborto, mesmo no caso dos fetos anencéfalos, significaria uma desqualificação da pessoa humana. E assim, na audiência pública realizada em agosto de 2008, o Padre Luiz Antônio Bento, representando a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, argumentou diante do STF que as pretensões de desqualificação da pessoa humana ferem a dignidade intrínseca e inviolável da pessoa. Só pelo fato de pertencer à espécie humana, esse indivíduo tem uma dignidade; e é essa dignidade que ser tutelada, que precisa ser respeitada.³⁹

A abominação ao aborto está pressuposta na Bíblia em Êxodo, capítulo 21, versículo 12: “Aquele que ferir mortalmente um homem, será morto.” (Êxodo 21,12). E, ainda, os versículos 23 e 24: “Mas se houver outros danos, urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé” (Êxodo 21,23-24).⁴⁰ Não à toa, o Código Canônico, no cânone 1.041, 4º, descreve como irregulares para receber as ordens “quem tiver praticado homicídio voluntário ou provocado aborto, tendo-se seguido o efeito, e todos os que tiverem cooperado positivamente”.⁴¹

Ocorre que a Igreja assumia uma posição de que a existência do embrião se dá no momento da concepção, de modo que representaria a defesa pela vida do nascituro. A vida do feto está no corpo da mãe, mesmo que ainda embrião⁴².

Myriam Aldana aduz que o discurso que aparece na retórica antiaborto é o da admissão e até mesmo a invocação da entrada do Estado na defesa da vida do nascituro, reconhecendo-se a passagem do processo reprodutivo humano para o âmbito político, para o espaço público, obrigando o Direito Positivo a legislar para uma sociedade não confessional, e

³⁸ BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos monges beneditinos e maredsous. São Paulo: Editora Ave Maria, 2009.

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

⁴⁰ BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos monges beneditinos e maredsous. São Paulo: Editora Ave Maria, 2009.

⁴¹ CÓDIGO de Direito Canônico. Promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1987.

⁴² Importante destacar que este posicionamento já não mais encontra voz uníssona dentro do contexto da Igreja. Por exemplo, o grupo denominado Católicas pelo Direito de Decidir, que apresenta outras concepções acerca de temas envolvendo o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres. Estas referências serão abordadas ao longo do texto.

aqui, não se olvide que o Brasil se constitui em um Estado laico. Nesta visão, é o corpo da mulher que entra em conflito, para impor-lhe a maternidade e negar-lhe a sua capacidade de agente moral com a possibilidade de tomar as decisões sobre a sua vida, colocando-a como uma criminosa, assassina de um inocente.⁴³

Mas é Bourguet quem realiza uma das mais aprofundadas investigações sobre o embrião humano. Antes de referir a existência ou não de personalidade do embrião, o autor trabalha com a perspectiva da individualidade deste, especialmente a partir de algumas perguntas como se o embrião humano nos primeiros estágios do desenvolvimento seria um indivíduo ou apenas um conglomerado de células humanas, se o embrião *in utero* é parte da sua mãe e se a sua dependência coloca em risco a sua individualidade.⁴⁴

Assim, explica que o uso dos termos zigoto, blástula, gástrula ou feto, quando os principais órgãos já estão constituído, possui apenas um valor de baliza para o observador, já que não atingem um alcance ontológico e não servem para designar a emergência de um novo ser, mas apenas um balizamento fenomenológico de um novo ser. Neste contexto, a definição de embrião humano passaria pela ideia de ser humano potencial.⁴⁵ Tal concepção acaba sendo questionável, haja vista que considera os aspectos morfológicos para dotar o embrião de uma condição de ser humano. É como se, na verdade, se buscasse uma interpretação para um estatuto de uma criança não nascida, a partir de interpretações embriológicas, não raro pela própria qualificação do aborto.

Saber se o embrião é dotado de um estatuto que lhe confira proteção até atingir o início do desenvolvimento fetal é questão que não deita em solo pacífico, até porque como já se consegue perceber, isso trabalha com a noção de pessoa. Diz Engelhardt que as pessoas são especiais e que os humanos possuem uma posição moral central que não é desfrutada pelos fetos ou até mesmo pelas crianças pequenas e questiona o que se pode pensar em termos seculares gerais a respeito de entidades como os embriões, os fetos e os bebês, os quais podem ter a possibilidade de se tornarem, nas suas palavras, agentes morais.⁴⁶

⁴³ ALDANA, Myriam. Vozes católicas no congresso nacional: aborto, defesa da vida. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.16. maio-agosto 2008.

⁴⁴ BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002. p.49. Contextualiza o autor que a questão moderna do embrião colocou-se primeiramente nas décadas de 1960 e 1970 a respeito do aborto. Tratava-se então de perguntar se o embrião *in utero* tem um estatuto moral e, em caso afirmativo, qual, de modo a qualificar moralmente a interrupção voluntária da gravidez.

⁴⁵ *Idem. Ibidem*. p.54. Bourguet utiliza essa ideia com base no Relatório Warnock, de 1984, o qual funda a noção de pessoa em raízes biológicas. Logo, a partir do 15º dia haveria um ser humano atual, uma pessoa. Nesta concepção, pode-se dizer que o marco inicial do ser humano estaria compreendido entre o 14º e 15º dias.

⁴⁶ ENGELHARDT JR, H. Tristam. **Fundamentos da bioética**. Tradução: José A. Ceschin. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998. p.178.

Por esta razão, explica que em tais circunstâncias poder-se-ia optar por uma noção de potencialidade⁴⁷, para se defender o argumento de que os fetos são pessoas em potencial e que necessitam dos mesmos direitos e posição que as pessoas. Entretanto, ele mesmo alerta que esta linha argumentativa não convence, porque se os fetos são meramente pessoas em potencial, então não são pessoas e não gozam dos direitos das pessoas.

É que em Engelhardt existe um sentido da pessoa como agente moral, denominada de pessoa em sentido estrito, em contraposição com um sentido social de pessoa. Este sentido social de pessoa é também atribuído a indivíduos que não são mais, mas já foram pessoas, e ainda são capazes de algumas interações mínimas, como no caso de pessoas profundamente retardadas e dementes, que não poderão ser consideradas pessoas em sentido estrito. Além desses aspectos, há também a atribuição de um sentido social de pessoa a determinados “humanos severamente prejudicados, os quais não podem interagir sequer em mínimos papéis sociais”.⁴⁸

Percebe-se que o pensamento de Engelhardt traduz-se na idéia de que o ser humano não possui uma significação ética imediata, pois a sua simples existência nada mais é do que um fato desprovido de significado moral. Outro aspecto importante quando se discute a condição do embrião e do feto a partir da obra deste autor é o que Vincent Bourguet apresenta como a autoposse humana, referindo que Tristram Engelhardt busca o entendimento de quem possui o quê, eis que a posse é o que torna possível a disposição de si, dos outros e das coisas. Neste contexto, a pessoa possui-se a si mesma de uma maneira completa e é, literalmente, o que ela quer ser, inclusive, transmitir o título de propriedade que detém sobre si, de maneira total ou em parte.⁴⁹

Pensar a pessoa enquanto posse e propriedade implicará a referência na condição do embrião e feto a partir desta leitura. Assim, Engelhardt refere que se um feto tem mais do que a condição moral de um animal com nível semelhante de desenvolvimento, será por causa do significado dessa vida para a mulher que o concebeu, para os outros em redor que possam estar interessadas e para a futura que possa se tornar.⁵⁰

Em razão disso, a determinação do valor do feto se dá por aquelas pessoas a quem o feto pertence. Por exemplo, a mãe, o pai e outros podem dar um grande valor ao embrião ou feto desejado; ou, em sentido contrário, pelas circunstâncias do nascimento, ou por uma

⁴⁷ ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução: José A. Ceschin. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998. p. 180.

⁴⁸ *Idem. Ibidem.* p.190.

⁴⁹ BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002. p.129.

⁵⁰ ENGELHARDT JR, H. Tristram. *Op. cit.* p.310.

deformação fetal, um valor negativo pode a eles ser atribuído, por serem considerados prejudiciais. É para aqueles que produziram um feto que se reconheceria uma legitimidade, um direito primordial de determinar efetivamente o seu uso.

Logo, os fetos produzidos em particular são considerados propriedade particular, pois são as pessoas que atribuem valor aos zigotos, aos embriões e aos fetos. Ainda, nesta concepção, haveria um direito moral secular reconhecido aos procriadores do feto quanto ao aborto.⁵¹

McMahan, ao tratar da questão do embrião e feto, aduz que o estatuto moral e metafísico dos embriões e fetos humanos “está amortalhado na escuridão, razão pela qual o aborto permanece como uma das mais controversas de todas as questões morais”.⁵² Enfocando o tema sob a perspectiva de uma abordagem psicológica, defende que não se começa a existir antes do nascimento do organismo físico; no entanto, durante os últimos estágios da gravidez, haveria uma vida sentimental mais ou menos associada a esse organismo.

Por essa abordagem negar-se-ia que antes da existência da pessoa haja qualquer ser consciente distinto de um organismo humano, pois antes da pessoa aparecer existira somente uma série de eventos gerados pelo organismo. A questão torna-se problemática quando se questiona a possibilidade deste organismo, que é (ou pode ser no caso do anencéfalo) consciente, pensar, sentir, perceber, entre outros fenômenos, pois esses fatos elucidariam que o organismo em algum momento irá progredir para tornar-se uma pessoa. Em razão deste questionamento é que Jeff McMahan afirma que a pessoa deve ser um sortal temporário, em vez de um sortal substancial, eis que é simplesmente uma etiqueta que se aplica ao organismo durante certo período.⁵³

De todo o exposto, vislumbra-se que o conceito de pessoa e a própria proteção ao embrião não encontra uma voz única. Como afirma Tania Salem, a disparidade de respostas quanto ao momento a partir do qual o embrião passa a importar em termos morais nada mais é

⁵¹ Discorre Engelhardt que os fetos podem ser considerados como uma forma especial de uma propriedade muito querida: a linhagem biológica de sua família, a tentativa de um casal formar outra pessoa a quem dispensar o seu amor, seus cuidados e seu amor. Da mesma forma, pode haver quem deseja transferir seus direitos por contrato, como em um caso de doação de embriões. Os pais, e, especialmente a mulher, produziram o feto. Além do próprio corpo, os zigotos e os fetos que uma pessoa produz são, em termos morais seculares, primordialmente seculares, já que se constituem em extensões e frutos do seu próprio corpo. Portanto, podem deles dispor até que tomem posse de si mesmos como entidades conscientes, até que eles mesmos se tornem pessoas. In: ENGELHARDT JR, H. Tristram. **Fundamentos da bioética**. Tradução: José A. Ceschin. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998. p.310-311 *passim*.

⁵² MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.15.

⁵³ *Idem. Ibidem*. p. 57.

do que uma decorrência da falta de consenso com respeito aos critérios que instauram a condição de pessoa.⁵⁴ Logo, essa pluralidade influencia a própria autorização do aborto e as suas motivações, havendo uma gama de considerações em diferentes países.⁵⁵

Tabela 2 – o aborto em países do mundo.

País	Condições
Alemanha	Illegal em sua generalidade, mas é permitido sob requerimento da gestante até a 12ª semana de gestação, sem razões médicas, ou sob aconselhamento, também nos casos de estupro e risco de vida para a saúde da gestante.
Austrália	Os Estados têm o poder de legislar sobre a matéria do aborto e o fazem de forma diferente.
Áustria	O aborto é permitido através do requerimento da gestante durante o primeiro trimestre da gravidez, sem razões médicas. Após esta data, é para evitar risco de vida à gestante, à sua saúde, quando houver risco de a criança ser afetada por sérias incapacidades. Pode ser realizado em adolescentes menores de 18 anos. Pode ser praticado a qualquer tempo se não houver outra maneira de salvar a gestante, em caso de estupro, incesto ou por razões socioeconômicas.
Bélgica	Conduta punível pelo Código Penal Belga.
Bulgária	O aborto é permitido por livre escolha da gestante até a 12ª semana de gestação, desde que não coloque em risco a sua vida. Entre a 12ª e 20ª semanas, apenas se a gestante sofrer de alguma doença que cause riscos a ela ou à criança. Após a 20ª semana apenas em casos de sérios riscos à gestante ou pelo desenvolvimento de sérios problemas fetais.
Chipre	Pode ser realizado até a 28ª semana de gestação, inclusive em casos de malformação do feto.
Dinamarca	O aborto pode ser livremente praticado até a 12ª semana de gestação, devendo a gestante ser comunicada sobre os riscos e também da assistência governamental caso deseje continuar com a gravidez. Após a 12ª semana apenas nos casos de riscos à saúde ou à vida da gestante.
Eslováquia	Permitido até a 12ª semana por requisição da gestante. Após este prazo, apenas em casos de estupro, anomalias genéticas do feto ou risco de vida ou saúde da gestante.
Eslovênia	Pode ser requerido pela gestante até a 10ª semana de gravidez. Após, somente com especial autorização de uma comissão médica que analisará se existe risco de vida para a gestante.
Espanha	Em casos de malformação, dois especialistas devem comprovar que se a gravidez for levada à termo o feto sofrerá de graves defeitos físicos ou mentais. Esse tipo de aborto pode ser praticado até a 22ª semana de gestação.

⁵⁴ SALEM, Tania. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. In: **Mana**. v.3 n.1. Rio de Janeiro, 1997. p.75-94. No posicionamento da autora, a categoria central que informa o debate sobre o embrião e esclarece a noção de pessoa subjacente é a de indivíduo. Assim, para ela, o embrião é concebido como indivíduo. A identificação proposta é inegavelmente peculiar na medida em que, caso se privilegiem critérios morais, este ente está desprovido de características fundamentais como razão, autonomia, capacidade de escolha e outros atributos atrelados à noção de indivíduo-valor.

⁵⁵ Os dados referidos encontram-se *in* FÉO, Christina. **Um estatuto para o embrião humano**. Jundiaí: Paco editorial, 2010. p.83 *et seq.*

Estônia	Pode ser realizado até a 12ª semana de gestação por requerimento da gestante. É permitido por razões de saúde até a 28ª semana, bem como nos casos de morte do marido durante a gravidez, número excessivo de crianças, divórcio durante a gravidez, estupro, haver criança incapacitada na família e idade, casos em que dependerá de aprovação por comissão médica.
Finlândia	Enumera diferentes hipóteses em legislação de 1970, como risco de vida, razões sociais, estupro, idade da gestante, se houver presunção de que a criança será seriamente retardada ou que desenvolverá doença muito grave ou defeito físico, entre outros. Comprovado que o feto será gravemente defeituoso, pode ser realizado além da 24ª semana.
França	Autorizado até o final da 10ª semana por requerimento da gestante em casos de estupro, incesto, motivos econômicos e sociais. Nas hipóteses de risco para a saúde da gestante ou de o feto nascer com doença incurável pode ser realizado desde que haja a certificação por dois médicos. O Código Penal enumera hipóteses de punibilidade do aborto.
Grécia	Pode ser realizado mediante requerimento até a 12ª semana de gravidez. Em casos de estupro, incesto ou sedução de menores, até a 19ª semana. Na hipótese de sérias anomalias, até a 24ª semana.
Holanda	Pode ser praticado até a 13ª semana de gravidez, por requerimento da gestante, em casos de risco de vida, estupro, incesto, defeitos fetais e razões socioeconômicas.
Islândia	Permitido até a 16ª semana de gravidez, quando houver risco de vida, estupro, defeitos fetais de natureza grave, quando a gestante for muito jovem, incapaz ou não puder cuidar da criança que vier a nascer, seja por incapacidade mental ou por motivos socioeconômicos.
Irlanda	Expressamente proibido, mas abre exceções nos casos de continuação da gravidez que implicar risco de vida à gestante.
Itália	Permitido até os 90 dias de gravidez, por motivos de saúde, fatores socioeconômicos, por razão de planejamento familiar, para evitar grave risco de saúde à mãe ou malformação do feto.
Letônia	Até a 12ª semana mediante solicitação da gestante e nos casos de estupro. O prazo se estende para a 22ª semana se o aborto for praticado por motivos médicos.
Lituânia	Até a 12ª semana mediante requerimento da gestante. Estende-se o prazo até a 22ª semana caso houver risco de vida para a gestante, para sua saúde física ou mental ou riscos de malformações fetais.
Luxemburgo	O aborto é legal durante as 12 primeiras semanas de gravidez quando causar perigo de vida à gestante, risco à sua saúde, quando houver risco da criança nascer seriamente doente, malformações físicas ou mentais, ou casos de estupro.
Noruega	Permitido até a 12ª semana de gravidez sem motivos médicos. Após este prazo poderá se realizar mediante autorização de um comitê composto, no mínimo, por dois médicos.
Nova Zelândia	Permitido em casos de risco à saúde ou à vida da gestante e quando houver risco do feto tornar-se deficiente caso a gravidez se desenvolva. Também é possível em casos de incesto.

Polônia	Permitido nos casos onde a continuação da gravidez trazer riscos de vida à gestante, estupro e em casos de anomalias graves do feto comprovadas por dois médicos.
Portugal	O Código Penal estipula casos de exclusão da punibilidade, em casos de malformações congênicas até a 24ª semana, exceto em fetos inviáveis, quando poderá ocorrer a qualquer tempo. Também, até a 10ª semana de gravidez, por opção da mulher.
República Tcheca	O aborto é permitido até o final da 12ª semana de gravidez por requerimento da gestante ou indicação médica e até a 24ª semana por fatores genéticos, tais como doenças hereditárias, diagnóstico genético pré-implantatório e quando a gestante foi exposta a fatores mutagênicos e teratogênicos.
Reino Unido	Autorizado até a 24ª semana de gestação, desde que certificado por dois médicos, em casos de risco à saúde ou vida da gestante, que exista outra criança na família e anomalias fetais.
Romênia	Permitido até a 14ª semana de gravidez por requerimento da gestante. Após, nos casos de riscos à saúde, vida ou integridade física e nos casos de aborto necessário.
Suécia	A interrupção da gravidez é permitida por decisão da mulher e sem razões médicas até a 18ª semana de gestação. Em casos de gestação entre a 12 e 18 semanas, a mulher grávida terá que discutir a questão com um <i>social worker</i> . Após a 18ª semana, o aborto poderá ser realizado por motivos especiais: se a continuação da gravidez trazer risco de vida para a gestante.
Suíça	É permitido durante o primeiro trimestre da gestação, sob indicações médicas.
Turquia	Permitido até a 10ª semana, mediante requerimento da gestante. Para salvar a sua vida, poderá ser realizado a qualquer momento.

Fonte: FÉO, Christina. Um estatuto para o embrião humano. Jundiaí: Paco editorial, 2010. Adaptada.

Recentemente, o Senado uruguaio aprovou projeto de lei que descriminaliza o aborto no país. Com a decisão, passa a se permitir o aborto por qualquer mulher que deseje fazê-lo, até a 12ª. semana de gestação.⁵⁶

Da leitura da tabela, verifica-se que vários países abarcam em sua legislação a hipótese de aborto em fetos com graves anomalias fetais, riscos de defeitos, entre outras denominações utilizadas, e em diferentes marcos temporais. Outro argumento comum é o risco à saúde ou vida da gestante e estupro, e, em alguns países, os fatores socioeconômicos também são apontados como razões que justificam o aborto.

⁵⁶ MOTA, Denise. **Uruguai descriminaliza o aborto.** Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121017_uruguai_aborto_vota_dm.shtml. Acesso em: 20 de outubro de 2012. Conforme dados apresentados na reportagem, o primeiro passo estabelecido pela lei é a ida obrigatória da gestante a um médico, a quem deverá manifestar seu desejo de abortar. A partir daí, o profissional deve enviar a paciente a um comitê constituído por um ginecologista, um psicólogo e um assistente social para que receba informações sobre a interrupção da gravidez e para lhes manifestar as razões pelas quais deseja abortar. Após cinco dias de “reflexão”, a paciente deve expressar sua decisão final, e então o aborto deve ser realizado de forma imediata e sem obstáculos, em hospitais públicos e privados. A lei não permite que mulheres estrangeiras se beneficiem desse novo direito. A nova legislação também determina que a gravidez poderá ser interrompida, até sua 14ª. semana, quando a gestação incorrer em risco de vida para a saúde da mulher, quando houver malformações fetais incompatíveis com a vida extrauterina e quando a gravidez for resultado de estupro.

No contexto do sistema jurídico brasileiro, o Ministro Marco Aurélio, ao votar no julgamento da ADPF nº 54, afirmou que é inescapável o confronto entre, de um lado, os interesses legítimos da mulher em ver respeitada a sua dignidade e, de outro, os interesses de parte da sociedade que deseja proteger todos que a integram. O tema envolve a dignidade humana, o usufruto da vida, a liberdade, a autodeterminação, a saúde e o conhecimento pleno de direitos individuais, especificamente, os direitos sexuais e reprodutivos de milhares de mulheres. Daí que o relator afirma que no caso da interrupção da gestação de fetos anencéfalos não se fala em colisão real entre direitos fundamentais, mas apenas um conflito aparente.⁵⁷

É que como o feto anencéfalo não tem potencialidade de vida, não se discutiria o conflito entre a mulher e o embrião. Na verdade, o Ministro seguiu um argumento que foi abordado na audiência pública realizada em agosto de 2008 no STF, em que se afirmou o sofrimento da mulher em gestar um feto que não tem compatibilidade de vida, e, portanto não seria uma pessoa protegida pelo Direito.

Ao longo de toda esta explanação introdutória do tema, em que se busca lançar alguns pressupostos para o futuro debate, se demonstrou que a noção de pessoa sofreu uma profunda transformação pelo Direito, cada vez mais marcado pela interdisciplinaridade, e que ao se analisar o tema sob a perspectiva interdisciplinar, descobre-se diferentes visões sobre o que significa pessoa, embrião e feto. No caso, aludiu-se que, hodiernamente, a categoria pessoa tutelada pelo Direito brasileiro vincula-se a uma concepção natalista, em que nascendo com vida e respirando o feto de forma autônoma ele passa a adquirir personalidade.

Ocorre que pode haver casos em que o feto anencéfalo efetivamente nasça com vida, ainda que em uma perspectiva biologizada e respire fora do útero materno de maneira independente. Bastou para ele adquirir personalidade jurídica. Entretanto, o que ocorre no ordenamento jurídico brasileiro, é que pode uma vida biológica não estar tutelada juridicamente. Não se pode olvidar que as divergências de posicionamentos quando se refere a um estatuto do embrião também não autorizam que afirmações categóricas sejam tomadas.⁵⁸

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

⁵⁸ Conforme referem Susana Silva e Helena Machado, em Portugal, por exemplo, os juristas entendem que o embrião humano merece proteção do Direito, mesmo que não possuam personalidade jurídica. O Direito respeita a dignidade dos embriões humanos ao reafirmar a necessidade de se evitar a criação de embriões excedentários e ao estipular as normas que regulam os seus destinos, as quais privilegiam aqueles que envolvam um projeto parental. SILVA, Susana. MACHADO, Helena. A compreensão jurídica, médica e leiga do embrião em Portugal: alinhamento com a biologia? In: **Interfaces – comunicação, saúde, educação**. v.13, n.30, p.31-43, julho-setembro, 2009.

E, ao fim e ao cabo, não há como defender, ainda que preliminarmente, sem questionar, o posicionamento do Supremo de que a questão não envolve perquirir o conflito entre mulher e embrião, porque se demonstra estar diante de duas pessoas categorizadas juridicamente, reconhecidas por um Direito Civil Constitucionalizado, o qual, em momento algum apresenta e positiva um conceito biológico para pessoa.

2.2 A TÉCNICA E O CORPO HUMANO ENTRE OS SENTIDOS BIOLÓGICO E ANTROPOLÓGICO: REFLEXÕES EM TORNO DAS ANOMALIAS FETAIS E A PERMANENTE INQUIETAÇÃO SOBRE A CONDIÇÃO DE PESSOA DO FETO ANENCÉFALO NA REPRESENTAÇÃO DE SEU CORPO

Após a discussão sobre a compreensão da pessoa como uma categoria jurídica e os diferentes enfrentamentos dados à condição de embrião e feto, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, é preciso situar o debate específico sobre o aborto, a partir de algumas nomenclaturas, para contextualizar a questão das anomalias fetais e a atual regulamentação do Conselho Federal de Medicina para o caso da anencefalia, bem como discutir a compreensão do corpo humano e o que ele significa na categorização jurídica da pessoa.

A primeira observação que deve ser realizada é que o Supremo ao julgar a ADPF nº 54 discute a possibilidade de antecipação terapêutica do parto, também encontrado na literatura como interrupção seletiva da gestação. Débora Diniz e Marcos de Almeida distinguem as seguintes terminologias: interrupção eugênica da gestação, interrupção terapêutica da gestação, interrupção seletiva da gestação e interrupção voluntária da gestação.⁵⁹

A interrupção eugênica da gestação ocorre por valores racistas, sexistas, étnicos, entre outros e comumente é associado à prática nazista que obrigava mulheres judias, ciganas ou negras a abortarem. Logo, a interrupção eugênica se processa contra a vontade da gestante, que se vê compelida a abortar.

A interrupção terapêutica da gestação identifica-se com os casos ocorridos em nome da saúde materna, isto é, situações em que há a interrupção da gravidez para salvar a vida da gestante. Já a interrupção seletiva da gestação se dá nas hipóteses de anomalias fetais, em função de lesões constatadas e está ligada às patologias incompatíveis com a vida extrauterina. Por fim, a interrupção voluntária da gestação identifica os casos de abortos

⁵⁹ DINIZ, Débora. ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.126-127.

ocorridos em nome da autonomia reprodutiva da gestante ou do casal, em casos de gravidez não mais desejada, seja fruto de estupro ou de uma relação consensual.⁶⁰

Embora o caso da anencefalia seja o mais conhecido dentro da classificação de antecipação terapêutica ou seletiva da gestação, é preciso reconhecer que não se trata de uma única hipótese de malformação do sistema nervoso. Na verdade, tornou-se a hipótese mais propalada justamente porque é o fundamento da ADPF nº 54, julgada pelo STF.

Sang Cha e Marcelo Zugaib enumeram uma série de outras anomalias do sistema nervoso central e ressaltam que o exame deste sistema é capaz de estabelecer o diagnóstico, o prognóstico e a conduta médica conforme o caso. O exame ultrassonográfico deve conter uma avaliação de duas estruturas: o pólo cefálico, compreendido o crânio, eco médio, septo pelúcido, cornos anteriores e posteriores dos ventrículos naturais, cerebelo e fossa superior, 3º e 4º ventrículo, corpo caloso e a coluna, verificando-se três pontos de ossificação, longitudinal e transversal e pele.⁶¹

São várias as anomalias que se identificam no sistema nervoso central⁶². A hidrocefalia é definida como o aumento da quantidade de líquido cefalorraquidiano, o que ocasiona uma dilatação dos ventrículos cerebrais. Costuma ser causada por uma obstrução no sistema de drenagem, produção aumentada de líquido, casos em que a pressão intracraniana está elevada, ou por destruição direta do parênquima cerebral, caso em que a pressão permanece normal.

No caso da espinha bífida, há um defeito na linha vertebral média levando à exposição do conteúdo do canal medular e pode se associar à hidrocefalia, às posturas anormais dos membros inferiores, bem como às disfunções dos esfíncteres vesical e anal. É possível o diagnóstico a partir de 16 semanas de gestação, a partir de sinais diretos como o desaparecimento dos pontos de ossificação, a descontinuidade da pele e o abaulamento da meninge, ou sinais indiretos, como os cerebrais e cerebelares.

⁶⁰ Ao apresentarem as terminologias, Débora Diniz e Marcos de Almeida afirmam que, em geral, a interrupção seletiva da gravidez é também denominada de interrupção terapêutica da gravidez. Embora a aproximação semântica, os autores consideram que o alvo da atenção é diferente nos dois casos, pois na interrupção seletiva a preocupação é com a saúde do feto e na terapêutica, a saúde materna. Ademais, a interrupção seletiva não se confunde com a interrupção eugênica, porque esta se prende a uma concepção ideológica que não respeitava a vontade do indivíduo. DINIZ, Débora. ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.127.

⁶¹ CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1995. p.267.

⁶² As referências quanto às malformações seguem os conceitos de CHA, Sang e ZUGAIB, Marcelo. In: *idem. ibidem*. p.267 *et. seq.* Por opção metodológica, serão apresentados os conceitos de uma maneira geral, para efetuar a distinção com a definição de anencefalia, que é a anomalia fetal objeto da pesquisa. Recomenda-se, entretanto, a leitura da obra para melhor aprofundamento teórico.

O cisto de plexo coroide são aqueles resultantes do acúmulo de líquido e debris celulares nas pregas neuroepiteliais, podendo ser únicos ou múltiplos. Via de regra, são visualizados entre as 15^a e 16^a semanas de gestação e quase todos desaparecem espontaneamente até a 24^a semana da gravidez. Ainda, a microcefalia, que corresponde à diminuição do pólo encefálico, associada à redução do cérebro e do número total de células.

A agenesia do corpo caloso corresponde à ausência ou presença parcial deste corpo, o qual faz parte do pólo encefálico. Já a encefalocele corresponde à herniação do conteúdo cerebral através de um defeito do crânio e pode ser de dois tipos: a que ocorre tal herniação ou a chamada meningocele cranial, em que ocorre a herniação das meninges.

A anencefalia vem definida pelos autores de referência como a ausência dos hemisférios cerebrais e do crânio e pode estar, ou não, acompanhada por espinha bífida e polidrâmnio. Indicam Cha e Zugaib que o prognóstico é uniformemente letal, sendo que alguns pacientes podem permanecer vivos por alguns meses.⁶³

A hidranencefalia é a ausência dos hemisférios cerebrais que foram preenchidos por líquido. A causa mais provável associa-se ao infarto cerebral, levando à necrose de todo o parênquima cerebral, sendo que a grande maioria dos pacientes vem à óbito durante os três primeiros meses de vida, embora alguns possam sobreviver acima dos três anos de idade, mas sem nenhuma função intelectual.

Caracterizada pela presença de lesões cerebrais císticas, que podem ou não se comunicar com o sistema ventricular, a porencefalia pode ser decorrência de oclusões vasculares, degeneração nervosa, hemorragias ou embolias cerebrais. Na holoprosencefalia, há a ausência de clivagem ou clivagem incompleta do prosencéfalo, que pode ou não estar acompanhada de deformações na face. Pode ser alobar, em quase todos os fetos morrem ao nascimento, semilobar, com severo comprometimento dos recém-nascidos, ou lobar, com comprometimento leve ou moderado.

Por fim, a acrania é a ausência de crânio, na presença de um cérebro malformado e a mortalidade ocorre em todos os casos e a conduta obstétrica recomendada é a interrupção da gestação ao se confirmar o diagnóstico, bem com o rastreamento e prevenção dos defeitos abertos do tubo neural, como a espinha bífida, a encefalocele e a anencefalia.

Importa, neste contexto, referir que anencefalia não se confunde com as outras anomalias que foram apresentadas, muito embora não seja a única que apresente letalidade ou seja caracterizada pela incompatibilidade de vida extrauterina, que será abordada em capítulo

⁶³ CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1995. p.271.

específico. De qualquer sorte, torna-se imperioso aprofundar a questão conceitual da anencefalia. Consoante a ANIS: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, a anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida extrauterina em 100% dos casos. Assim, o feto não apresenta os hemisférios cerebrais por um defeito de fechamento do tubo neural. Como a cabeça não fechou e o cérebro não se desenvolve, o feto apresenta um profundo achatamento da cabeça, o que desfigura a sua face.⁶⁴

Nesta mesma linha, José Américo Silva Fontes e João Paulo Firpo Fontes conceituam a anencefalia como “um defeito de fechamento do tubo neural, ausência do córtex cerebral e preservação do tronco cerebral e de estruturas inferiores do sistema nervoso central”.⁶⁵ Destarte, ausentes os hemisférios cerebrais, não há as demais funções do sistema nervoso central, como a consciência, inteligência, afetividade, emotividade, memória, entre outras. Estes mesmos autores arrolam clinicamente os sinais que identificam o feto anencéfalo, tais como, a ausência parcial ou total dos ossos cranianos, a falta da calota craniana a partir das sobrancelhas, a ausência quase total do couro cabeludo, apenas com rudimentos pilosos, a falta do córtex cerebral e cerebelo, olhos pragueados, na maioria da vezes, aspectos grotescos, olhos projetados para adiante, membrana de cor vinhosa no ápice do que sobrou do crânio reduzido e alguns deglutem, choram, reagem a sons altos, toques cutâneos e à luz.⁶⁶

No caso do julgamento da ADPF nº 54, a definição apresentada para a anencefalia é aquela referida na audiência pública ocorrida em agosto de 2008. O professor Jorge Andalaft Neto, representando a Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia aduziu que nem sempre haverá uma gravidez perfeita e que a anencefalia é uma malformação mais frequentemente diagnosticada no primeiro trimestre da gestação.⁶⁷ Já representando a

⁶⁴ DINIZ, Débora. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero: Brasília, 2004. p.85 *et. seq.* Esta definição encontra-se em bloco de perguntas e respostas acerca da anencefalia, informando-se, também, que a etimologia da palavra remete ao grego <an>: privação de, <enkephalos>: cérebro. Em linguagem coloquial, os fetos anencéfalos são denominados de fetos-rãs.

⁶⁵ FONTES, José Américo Silva. FONTES, João Paulo Firpo. O nascituro à luz da ética, do direito e da medicina: anencefalia. In: DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo Silva. **O nascituro: visão interdisciplinar**. São Paulo: Atheneu, 2009. p.338. Afirmando os autores que, aproximadamente, com pequena variação estatística de país para país, ocorre um caso de anencefalia para cada 1.000 nascimentos, sendo mais frequente em meninas. A reincidência ocorre em 5% das mulheres que deram à luz a um feto anencéfalo. Enquanto que nos Estados Unidos surgem, em média, 2.000 casos por ano; no Brasil, aproximadamente, 600 casos são registrados.

⁶⁶ *Idem. Ibidem.* p.345.

⁶⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012. O professor Jorge Andalaft Neto apresentou que no estado de São Paulo, em 2005, dos 619 mil partos, 88 foram de anencéfalos; em 2006, 604 mil partos, dos quais 106 anencéfalos; em 2007, dos 594 mil partos, 84 eram fetos anencéfalos.

Sociedade Brasileira de Genética Médica, o professor Salmo Raskim explicou que a neurulação é um processo embriológico fundamental que leva à formação do tubo neural, sendo o precursor do cérebro. No 24º dia após a fecundação, esse tubo neural fecha-se completamente e se tal processo natural não ocorrer então certamente haverá um caso de anencefalia. Neste marco temporal a mulher ainda nem sabe que está gestante e, portanto, nenhuma medida mais poderá ser utilizada, como, por exemplo, a fortificação com ácido fólico, que poderia reduzir de 10% a 40% dos casos.⁶⁸

As imagens que seguem demonstram a constituição corpórea do anencéfalo.⁶⁹

Figura 1 – Feto anencéfalo



Fonte: ANIS.

Figura 2 – Feto anencéfalo



Fonte: ANIS.

Figura 3 – Feto anencéfalo



Fonte: ANIS

Figura 4 – Feto anencéfalo



Fonte: ANIS.

Figura 5 – Feto Anencéfalo



Fonte: ANIS.

⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

⁶⁹ As imagens apresentadas estão disponíveis In: ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade.** Brasília, 2004.

Atualmente, o diagnóstico da anencefalia encontra-se disciplinado na Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.989, de 14 de maio de 2012, conforme excerto colacionado:

Art. 1º Na ocorrência do diagnóstico inequívoco de anencefalia o médico pode, a pedido da gestante, independente de autorização do Estado, interromper a gravidez.

Art. 2º O diagnóstico de anencefalia é feito por exame ultrassonográfico realizado a partir da 12ª (décima segunda) semana de gestação e deve conter: I – duas fotografias, identificadas e datadas: uma com a face do feto em posição sagital⁷⁰; a outra, com a visualização do polo cefálico no corte transversal, demonstrando a ausência da calota craniana⁷¹ e de parênquima cerebral⁷² identificável;

II – laudo assinado por dois médicos, capacitados para tal diagnóstico.⁷³

Na verdade, a edição desta normativa pelo Conselho Federal de Medicina é decorrência da própria decisão do STF no julgamento da ADPF nº 54. Não à toa uma das motivações da Resolução é justamente o caso julgado no ano de 2012, destacando-se, conforme refere o próprio Conselho, que, “a partir dessa decisão, a interrupção da gravidez saiu do âmbito de uma decisão jurídica ou estritamente judicial para tornar-se um protocolo dos programas de atenção à saúde da mulher”⁷⁴, o que exigiu a definição dos critérios médicos para o diagnóstico da anencefalia, bem como a criação de diretrizes específicas para a assistência médica à gestante.

O que se observa da Resolução em uma primeira análise é que os critérios do diagnóstico foram apresentados de forma mais aberta, ampla. É importante atentar que a ausência deve ser da calota craniana e do parênquima cerebral identificável, o que pode modificar a própria compreensão dos conceitos apresentados de anencefalia, a partir da não

⁷⁰ A posição ou plano sagital é um plano vertical que divide o corpo nos lados direito e esquerdo. Mais especificamente, quando esse plano atravessa a linha mediana do corpo ou do órgão e os divide em lados iguais, o direito e o esquerdo, é denominado plano sagital mediano. Se o plano sagital não passa através da linha mediana, mas, ao invés, divide o corpo em lados direito e esquerdo desiguais, esse plano é denominado parassagital ou plano sagital paramediano. Conforme TORTORA, Gerard J. GRABOWSKI, Sandra Reynolds. **Corpo humano: fundamentos de anatomia e fisiologia**. Tradução: Maria Regina Borges Osório. 6.ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p.14.

⁷¹ A calota craniana constitui-se na parte superior e arredondada do crânio. SILVA, Carlos Roberto Lira da. SILVA, Roberto Carlos Lyra da. **Dicionário de saúde**. São Paulo: Yendis editora, 2004. p. 108.

⁷² Parênquima é o tecido funcional de um órgão, em oposição ao tecido conjuntivo que o sustenta ou ao estroma, que é o tecido de sustentação. *Idem. Ibidem*. p. 456.

⁷³ CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=2293&resolucoesTexto=. Acesso em: 16/05/2012.

⁷⁴ CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=2293&resolucoesTexto=. Acesso em: 16/05/2012.

consignação de expressões como, “ausência de hemisférios cerebrais”, “fechamento do tubo neural”, a “ausência do córtex cerebral”, “preservação de estruturas inferiores do sistema nervoso central”, entre outras conforme referências anteriores.

A ausência de crânio também é citada, mas nunca fora elevada à condição de principal determinante da anencefalia, o que pode ocasionar a própria dúvida entre um diagnóstico de anencefalia ou de acrania, por exemplo. Não está definido o que significa essa ausência identificável de calota craniana ou do parênquima cerebral. Aliás, é interessante observar que a Resolução editada não apresenta uma definição formal de anencefalia, limitando-se a apresentar critérios para o seu diagnóstico e chamando a atenção para o fato de que bastará o pedido da gestante, independentemente da autorização do Estado, para que se realize a interrupção da gravidez.

O que é assaz importante não apenas no caso das discussões envolvendo o aborto dos fetos anencéfalos, mas nos plurais questionamentos que a bioética apresenta, é a evolução da ciência médica quanto ao diagnóstico de anomalias e da própria forma de intervenção das novas tecnologias sobre o corpo humano, sobre o humano e, muito mais do que isso, sobre a vida humana na modernidade. Se Bauman fosse explicar o significado da modernidade, diria ele que os sólidos suprimem o tempo; para os líquidos, ao contrário, é o tempo que importa. A liquidez e a fluidez são as metáforas adequadas quando se quer captar a natureza do presente⁷⁵.

Esse derretimento do sólido adquiriu uma nova concepção na modernidade, eis que afeta as instituições existentes, as molduras que circunscrevem o domínio das ações e escolhas possíveis. Por um lado, a modernidade transgride e rompe fronteiras, mas os indivíduos continuaram sendo padronizados em referenciais tão duros e indomáveis como sempre.⁷⁶

Neste sentido, a idade da técnica a que Galimberti faz alusão poderia ser uma dessas representações figurativas de Bauman no sentido dos poderes de derretimento da modernidade, porque é uma era cujo tempo torna-se cada vez mais fluído, evasivo, desintegrado socialmente. Assim, se o poder da técnica não for corretamente compreendido ele não significará o rompimento de barreiras, mas, em sentido contrário, será a representação do desengajamento e da fuga.

Com o termo técnica entende-se tanto o universo dos meios, ou seja, as tecnologias, quanto a racionalidade que preside o seu emprego, em termos de funcionalidade e existência.

⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. p.9.

⁷⁶ *Idem. Ibidem.* p.13.

A técnica nasceu não como uma expressão do espírito humano, mas como um remédio à sua insuficiência biológica.⁷⁷ Assim, ela é a essência do indivíduo, porquanto este não consegue sobreviver sem aquela. Isso implica, inclusive, uma mudança de pensamento, no sentido de superação da visão tradicional que via o ser humano como sujeito e a técnica como um instrumento à sua disposição. Hoje, a técnica é o ambiente dele, o local que o rodeia e o constitui.

Hottois ensina que “*si el hombre ha de moderar su actividad tecnocientífica, es indispensable que él no se vea afectado por aquello mismo que mide.*”⁷⁸ A tecnociência adquiriu e aumentou o seu poder para modificar e manipular a natureza e a natureza humana, oferecendo possibilidades futuras e uma visão de futuro, segundo as quais o indivíduo e o mundo natural são radicalmente transformáveis.

Nas suas palavras,

en lugar de un simple medio o herramienta – ya que ante todo la técnica moderna no es una herramienta y no tiene nada que ver con herramientas – la técnica es ya el medio, el microcosmo planetario, en constante evolución, en el que pasamos del nivel más concreto (el confort doméstico, por ejemplo) al más abstracto (lãs últimas informaciones sobre la expansión y origen del univeso, por ejemplo; informaciones conseguidas y difundidas gracias a la técnica).⁷⁹

A tecnociência transforma, portanto, o mundo e a chamada ordem natural. Essa transformação pareceu relativamente benéfica enquanto que não se a colocou em jogo frente ao próprio ser humano. Todavia, agora, a tecnociência igualmente se centra na sua condição ou na sua essência. Hoje aproxima-se a passos largos o dia em que o corpo humano não poderá ser considerado como imutável. O indivíduo será capaz de remodelar não apenas cada corpo, um a um, mas também a raça humana em seu conjunto.

Diz Umberto Galimberti que o humano, pois, é originariamente dedicado à técnica para compensar a insuficiência dos próprios órgãos, para intensificar as capacidades que possui e para facilitar o trabalho de construção do mundo do qual a sua existência depende.⁸⁰

⁷⁷ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.9.

⁷⁸ Se o homem tem de moderar sua atividade tecnocientífica, é essencial que ele não seja afetado por essa própria medida. (Tradução livre do autor). HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia**. Barcelona: Anthropos editorial, 1999. p.53.

⁷⁹ Em lugar de um simples meio ou ferramenta – já que antes de tudo a técnica moderna não é uma ferramenta e não tem nada que ver com ferramentas – a técnica é já o meio, o microcosmo planetário, em constante evolução, em que passamos do nível mais concreto (o conforto doméstico, por exemplo) ao mais abstrato (as últimas informações sobre a expansão e origem do universo, por exemplo; informações conseguidas e difundidas graças à técnica). (Tradução livre autor). In: *idem. ibidem*. p.54.

⁸⁰ GALIMBERTI, Umberto. *Op.cit.* p .174.

É novamente a consideração da técnica como um espelho do ser humano, já que o agir técnico é a condição da existência humana, a condição da própria inauguração de sua história.

Foi a partir dos novos conhecimentos tecnocientíficos no domínio da genética e da tecnologia médica que se instaurou a discussão sobre os instrumentos de proteção e respeito à vida. A utilização de novas biotecnologias sobre o ser humano gera repercussões de toda ordem que refletem de forma intensa na sociedade e que colocam em jogo, segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, interesses políticos, sociais e de mercado.⁸¹

Reflete a autora que a era da biotecnologia se impôs de modo irreversível trazendo uma enorme expectativa de conquistas científicas aplicáveis à cura de doenças e à melhoria da qualidade de vida humana. Disserta, neste sentido, que subsiste a preocupação quanto aos aspectos éticos ligados às pesquisas e práticas científicas para o alcance das metas que guiam o desenvolvimento científico e tecnológico, propulsores do desenvolvimento econômico e social.⁸²

Pois, a partir do momento em que o sujeito começa a manipular as técnicas para a cura de doenças ou para a descoberta de novos tratamentos, também inicia um domínio sobre a própria vida, sem se saber, ainda, quais são os limites exatos em que chegará. Mais do que isso; constitui-se um desafio que tal desenvolvimento esteja ao alcance de todas as pessoas, para que possam por ele ser beneficiadas. Garrafa ensina que a força da ciência e da técnica está, exatamente, em apresentar-se como uma "lógica utópica de libertação que pode levar-nos a sonhar para o futuro inclusive com a imortalidade."⁸³

O que se percebe é, na verdade, a existência de um desnível entre as inovações tecnológicas e a capacidade de resposta social, o cenário para a afirmação da bioética como uma forma de reflexão epistemológica interdisciplinar.⁸⁴ A partir dessa afirmação ocorre uma demanda cada vez maior da sociedade de avaliações bioéticas abalizadas. No entanto, nem sempre para todos os casos a bioética estará pronta para responder de maneira completa aos problemas que são apresentados.

Barchifontaine, por exemplo, questiona se a ciência tem o direito de fazer tudo o que é possível e acaba postulando que o único limite colocado à pesquisa científica é o limite imposto pela capacidade técnica. O conhecimento novo tem valor em si e não interessa quanto

⁸¹ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008. p.175.

⁸² *Idem*. *Ibidem*. p.176.

⁸³ GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.105.

⁸⁴ D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito**. Tradução: Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006. p. 183.

de conhecimento se adquire. Para o autor, o direito de conhecer é uma liberdade humana básica e qualquer cerceamento seria uma violação dos direitos do investigador, mas adverte que a curiosidade intelectual e o crescimento dos conhecimentos são duas das características mais marcantes da espécie humana e que restringi-las seria negar a natureza humana. Existiria, neste sentido, a suposição não verbalizada de que se há a capacidade de fazer algo, assume-se o direito de fazê-lo.⁸⁵

É que a técnica, ensina Galimberti, foi promovida pela exigência humana de se dominar a natureza. O domínio, segundo ele, é a intenção básica e, ao mesmo tempo, o horizonte a partir do qual se dá a compreensão do mundo e o sentido dele. Como vontade de domínio, a técnica só pode alcançar o seu objetivo se for capaz de exercer um controle sobre o que acontece, no sentido de fazer acontecer e de fazer ser aquilo que está de acordo com o que foi projetado.⁸⁶

Eis assim a possibilidade de afirmação da técnica como um horizonte último a partir do qual se descobre todos os campos da experiência, não no sentido procedimental, mas como uma condição que decide o modo de se fazer experiência. Ou seja, a mudança daquela condição homem-sujeito e técnica-instrumento para a técnica que dispõe da natureza e do ser humano, que agora encontra-se nesse horizonte já desvelado pela técnica, que decide a forma como ele irá perceber, pensar, sentir e projetar as coisas.

O problema dessa concepção é quando se filia a uma corrente de pensamento que entenda que a ciência não tem o direito de mudar as qualidades humanas, no sentido de que haveria um limite, que é a própria natureza da pessoa humana, à ciência para que ela não seja utilizada incorretamente por aqueles que não partilham de determinados valores comuns, ou seja, uma abordagem de ordem política sobre o que é feito com e pela ciência.⁸⁷ Uma interpretação nestes termos levaria à conclusão de que a ciência possui o direito de incentivar o crescimento das características humanas de valor, eliminando aquilo que é prejudicial. Isso porque a motivação da ciência seria o exercício de um controle sobre os processos que interferem na vida humana e no seu desenvolvimento, já que o seu objetivo, é, regra geral, a contínua melhoria da qualidade de vida. Ocorre que ao lado de uma concepção destas caminha a convicção da responsabilidade pelos atos praticados.

⁸⁵ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. (coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010. p. 17.

⁸⁶ GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006. p.381.

⁸⁷ E mais do que isso, não se pode olvidar o encontro de abordagens como, por exemplo, de que a ciência não poderia intervir na vida humana, pois seria sagrada. Para tanto, sugere-se a leitura de BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Bioética e início da vida. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. (coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010.

Essas reflexões bioéticas, afirma Volnei Garrafa, são emanadas de diferentes setores da sociedade e mostram, hoje, duas tendências antagônicas.⁸⁸ De um lado, há uma bioética racional e justificativa, em que tudo aquilo que pode ser feito, deverá ser feito, ao passo que, em sentido oposto, existiria uma tendência conservadora baseada no medo de que o futuro seja invadido por tecnologias ameaçadoras, a serem imputadas a algum culpado.

Alerta o autor que neste quadro complexo, a bioética pode vir a ser usada, para alguns, como instrumento para afirmar doutrinas anticientíficas, e, por outros, ser considerada um obstáculo impertinente ao trabalho dos cientistas, ou, ainda, como instrumento para negar o valor da ciência, ou então, para justificá-la a qualquer custo.⁸⁹ Assim sendo, a situação do “homem é um problema ético para o homem”.⁹⁰ Quando Apel afirma isso ele busca refletir sobre a situação atual da humanidade, no desafio da razão moral, os perigos que assolam a humanidade e que justificam inteiramente o discurso da situação do indivíduo e da humanidade como um todo que se vê desafiada a assumir coletivamente a responsabilidade moral.

Ao refletir a intervenção do ser humano na esfera natural e a condução a um nascimento da consciência moral, Apel filosofa que na era subsequente da técnica e da ciência, a fenda entre o mundo atuado, do homem, e o seu mundo percebido, sensível-emocional, organicamente condicionado atingiu mais uma vez uma nova qualidade, de modo que, perante a amplitude espacial e temporal, particularmente das ações coletivas do homem, é agora quase impossível “o homem se atingido sensível-emocionalmente de um modo directo pelas conseqüências de suas acções. No lugar de uma consciência de pecado num certo grau instintiva-residual deverá agora surgir definitivamente a responsabilidade da razão.”⁹¹

Caberá ao sujeito, portanto, a missão de compensar a fenda que se formou e isso significa que com o auxílio da razão prática deverá dar uma resposta a um estado de coisas que ele próprio, com fundamento na razão técnica, criou. Trata-se, como o próprio Karl-Otto Apel refere, de uma representação da problemática “actual da coeva situação de crise da humanidade no que diz respeito à situação ética do homem em geral.”⁹²

⁸⁸ GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998. p.105.

⁸⁹ *Idem. Ibidem*. p.106. Essa concepção polarizada pode ocasionar uma confusão na resolução dos problemas da espécie humana através do progresso científico. As duas hipóteses, para Garrafa, incorrem no risco de alimentar na esfera cultural o dogmatismo, e na esfera prática a passividade. O embate entre valores e interesses sobre cada uma das opções é um dado real, inextinguível e construtivo sob muitos aspectos. A adoção de normas e comportamentos moralmente aceitáveis e praticamente úteis requer tanto o confronto quanto a convergência das várias tendências e exigências.

⁹⁰ APPEL, KARL-OTTO. **Ética e responsabilidade; o problema da passagem para a moral pós-convencional**. Lisboa: Instituto Piaget, 1988. p.17.

⁹¹ *Idem. Ibidem*. p.19.

⁹² *Idem. Ibidem*. p.20.

Destarte, seguindo nas proposições deste capítulo, imperioso deixar registrado que a apresentação das imagens tem um caráter unicamente de contribuição para o desenvolvimento do texto, sem nenhuma outra intenção. No caso, atenta-se que o feto anencéfalo, mesmo a par de todas as concepções apresentadas, tem um corpo biológico constituído. Assim sendo, a questão que permanece em aberto é a de saber de que forma este corpo se apresenta e o que ele significa no contexto dos avanços biotecnológicos.

No século XIX definiu-se, pela primeira vez, o corpo como coisa, em seu sentido jurídico moderno, incluindo-o entre as coisas fora do comércio. Fechara-se a porta para a comercialização do corpo, mas permaneceu aberta a entrada do corpo para o jogo de trocas de titularidades, ou seja, o seu trânsito intersubjetivo, por meio de relações jurídicas.⁹³

Mas a intersubjetividade do corpo, em seu sentido fático, só veio a se tornar viável na segunda metade do século XX. O Direito não precisou aguardar os avanços tecnológicos do século passado para se ver diante do problema da transferência da titularidade de elementos que, embora ligados ao ser humanos e a sua expressão social, apresentavam-se materialmente destacados do sujeito.⁹⁴

O tratamento jurídico do corpo humano evidencia que ele possui um significado, dotado de sentidos e comportando correlações construídas pelas novas tecnologias. Ou seja, o corpo não é apenas um elemento do indivíduo, mas do ambiente.⁹⁵ Logo, o indivíduo é percebido como indivíduo e integrante da espécie humana, que comunga de identidades e potencialidades genéticas que exigem o respeito à sua autonomia, mas indicam a necessidade de limitação da sua liberdade jurídica de disposição corporal.

Diante deste cenário é preciso questionar, assim como faz Francesco Donato Busnelli, de quem é o corpo que nasce.⁹⁶ Apresentam-se diferentes elucidações acerca da qualificação

⁹³ GEDIEL, José Antônio Peres. *Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano*. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p.65.

⁹⁴ Cita Gediel que sob a influência da doutrina dos direitos da personalidade, no tratamento jurídico do corpo humano, é possível identificar três tendências básicas: a primeira admite a unidade e indissociabilidade corporal, e via de consequência, inadmite o domínio do homem sobre seu corpo, pois este não é coisa externa à pessoa, e, portanto, sujeita ao seu poder; a terceira admite a mesma exterioridade do corpo ao sujeito, mas retira deste o poder de decisão sobre aquele. Da adoção de uma dessas tendências axiológicas resultam tratamentos jurídicos diversos para regular as relações envolvendo o sujeito e seu corpo. Se acolhida a primeira posição, tem-se absoluta impossibilidade de o sujeito estabelecer relações jurídicas tendo por objeto seu corpo ou parte dele. Se recepcionada a segunda posição, corpo e sujeito são distintos, e este pode dispor da titularidade daquele em favor de terceiro, por meio de relações jurídicas. Se adotada a terceira posição, corpo e sujeito são distintos, mas o sujeito não pode dispor de seu corpo livremente, porque sua liberdade jurídica diz respeito apenas ao estabelecimento de relações sobre bens de cunho patrimonial (coisas). In: *idem ibidem*. p.69.

⁹⁵ *Idem ibidem*. p.83.

⁹⁶ BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MÖLLER, Leticia Ludwig. COSTA, Judith Martins. (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 347.

proprietária do corpo. De início, o corpo que nasce é de quem o fabrica. Discorre Busnelli que nesta leitura o corpo que nasce é de quem o fabrica para realizar um desejo próprio e/ou de outrem. Ou, ainda, poderia evidenciar o aspecto do poder de fabricar crianças, destinado às mulheres como uma nova fonte de atividade produtiva. Logo, o corpo que nasce é de quem o fabrica para vendê-lo, ou de qualquer forma, cedê-lo a outros. Em terceira hipótese, o corpo que nasce é de quem o escolhe, fabricando-o, se possível, a imagem e semelhança sua ou de outrem.⁹⁷

Outra leitura permite referir que o corpo que nasce é uma pessoa abstrata, dissociável do ser humano. Assim, o corpo que nascerá ou não nascerá é de uma pessoa, perfeitamente dissociável do ser humano nascente e conceitualmente distinguível daqueles que o geram. Em outras palavras, o corpo nascido é uma pessoa meramente abstrata, inventada para ser conectada a um direito, igualmente abstrato, a não nascer, e destinada a se dissolver com o nascimento da pessoa física, a qual, nascendo deficiente, poderá agir em juízo para requerer danos derivados da violação do direito ostentado através do seu duplo abstrato.⁹⁸ O corpo que nasce representa, portanto, uma pessoa abstrata, mesmo que, filosoficamente, ela se apresente como real.

Pode-se, ademais, considerar que o corpo que nasce é uma coisa, porque seria independente do seu sujeito. Essa acepção está ligada a uma tutela real do embrião, significando uma proteção da vida anterior ao nascimento como valor de interesse geral e constitucional, independentemente do fato de o sistema jurídico se esforçar na direção de uma qualificação em sentido subjetivo. O corpo que nasce visto como um sujeito independente é um indivíduo que deve ser considerado titular de um direito a ser abortado, qual reivindicação própria, predominante sobre aquele da mãe-tutora, “se as enfermidades e sofrimentos que possam vir a ocorrer prevalecessem sobre o valor de sua existência.”⁹⁹

Para Bourguet, o corpo não é pensado como sendo originariamente do sujeito, mas como um objeto apropriado, assimilado, de tal forma que a encarnação não difere fundamentalmente da apropriação de uma coisa. E prossegue, a exemplo das coisas, ou antes, muito mais ainda que as outras coisas, o corpo é transportado para a esfera da subjetividade como se não fosse nativamente dessa esfera. Determinando-se dessa maneira a relação entre o

⁹⁷ BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MÖLLER, Leticia Ludwig. COSTA, Judith Martins. (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p.348.

⁹⁸ *Idem. Ibidem.* p.350.

⁹⁹ Explica Francesco Busnelli que o direito da criança não nascida a dispor da própria vida vem, assim, vigorosamente defendido e contraposto ao poder dos pais, numa espécie de cruzada contra a chamada ditadura dos indivíduos sãos. O discurso apoia-se, em última análise, sobre a atribuição de uma subjetividade plena à criança não nascida e gira em volta do princípio da paridade de tratamento jurídico. In: *idem. ibidem.* p.352.

corpo e a pessoa, ele passa a existir em uma alteridade originária insuperável.¹⁰⁰ Haveria uma coisa da qual alguém é proprietário, que produz coisas, das quais alguém também é o proprietário.

E Brunello Stancioli considera que a importância do corpo para a determinação da pessoa ainda é essencial, porquanto haja pertinência em rever o papel da corporeidade na determinação da pessoa, sob a ótica da ciência contemporânea. O autor entende que é possível conciliar a noção de pessoa, como construção intersubjetiva e cultural, com um referencial teórico compatível com os avanços neurobiológicos e fisiológicos. Assim, afirma que uma base sensível para a pessoa humana é fundamental, pois não há como pensar a pessoa humana “em termos quase angelicais, deslindada de qualquer menção a um organismo, seja ele biológico, bioquímico, ou, de forma mais complexa, biofísico-químico.”¹⁰¹

Na proposta cunhada por Stancioli percebe-se que o corpo seria algo passível de manipulação em vista dos avanços biotecnológicos, eis que as intervenções médicas testam o organismo humano a níveis de manipulação extremos. Por isso, como já fora referido, ele considera que a pessoa é um ser local e global, que tem identidade, direitos de personalidade, que pode renunciá-los, mas ser pessoa nunca será possibilidade a ser esgotada.

Deve-se destacar aqui a crítica de Bourguet faz à concepção biológica do corpo, caso se considerasse o embrião não como um corpo humano, mas uma formação do corpo humano. Assim, refere que a definição da individualidade baseada apenas em critérios morfológicos está completamente ultrapassada pela genética moderna.¹⁰² Os critérios morfológicos ou anatômicos não são mais utilizados para definir a espécie, de modo que é errado afirmar, por exemplo, que o embrião se torna feto quando começa a apresentar as características da espécie humana.

Ainda, o autor defende que não se pode sustentar que a partir do 14º ou 15º dia começa a aparecer “a diferenciação”, mas somente a “diferenciação morfogenética”, porque a diferenciação do embrião começa desde a fecundação. Assim, o estudo do ser humano deveria ensinar que ele existe primeiramente sob a forma de uma célula, e depois de algumas células encerradas em uma membrana, que há uma vida individual humana nesse nível, o que representaria o ensinamento da biologia no que se refere ao ser humano.¹⁰³

¹⁰⁰ BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano**. Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p.134.

¹⁰¹ STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade ou como alguém se torna o que quisier**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p.88.

¹⁰² BOURGUET, Vincent. *Op. cit.* p.57.

¹⁰³ *Idem. Ibidem.* p.58.

Partindo dos estudos da semiologia médica, Jaqueline Ferreira afirma que esta área da medicina que estuda os métodos de exame clínico, busca demonstrar o corpo como um gerador de signos, um reflexo da sociedade que articula significados sociais e não um receptáculo de processos exclusivamente biológicos. Neste contexto, o corpo porta significados sociais, à medida em que sensações corporais experimentadas pelos indivíduos e as interpretações médicas dadas a estas sensações são feitas de acordo com referenciais específicos a estes dois polos. É como se, por analogia, o corpo fosse tomado como um texto, passível de leitura e interpretação.¹⁰⁴

A análise das perspectivas social e antropológica do corpo encontra em Le Breton uma fonte de referência quando afirma que o corpo é um tema particularmente propício a uma análise antropológica, porquanto pertence de pleno direito à estirpe identificadora do humano. Afirma, neste sentido, que, “sem o corpo que lhe dá o rosto, o homem não existiria, porque a sua existência é corporal.”¹⁰⁵ Assim, considera que as concepções do corpo são tributárias das concepções da pessoa, no sentido de que as sociedades não separam o indivíduo do seu corpo.

Ao corpo é atribuída, pelas representações sociais, uma posição determinada do simbolismo geral da sociedade, pois nomeiam as diferentes partes que o compõem e as funções que desempenham, explicitam-lhe as relações, penetram o interior invisível do corpo para registrar imagens precisas. Afirma, novamente, Le Breton que a concepção mais correntemente admitida nas sociedades ocidentais encontra sua formulação na anatomofisiologia, o saber biomédico, porque ela repousa sobre uma concepção particular da pessoa que faz o ator social dizer “meu corpo”, fruto do individualismo que se assentara nas sociedades ocidentais.¹⁰⁶

Se ao longo dos séculos XVI e XVII o corpo foi desvalorizado pelas camadas sociais privilegiadas, nas camadas populares permaneceu como lugar central. Neste contexto, duas visões de corpo se polarizaram: uma que o deprecia, distancia, e acarreta a sua caracterização, enquanto, de certa forma, diferente do ser humano que ele encarna; trata-se, então, de ter um corpo; e a outra, que mantém a identidade entre ele e o seu corpo, trata-se de ser o seu corpo.¹⁰⁷ Já no século XVII, se inicia uma ruptura com o corpo nas sociedades

¹⁰⁴ FERREIRA, Jaqueline. Semiologia do corpo. In: LEAL, Ondina Fachel (org.). **Corpo e significados: ensaios de antropologia social**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1995. p.93.

¹⁰⁵ LE BRETON, David. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução: Fábio dos Santos Creder Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. p.7.

¹⁰⁶ *Idem. Ibidem.* p.18. David Le Breton considera que nas sociedades tradicionais o corpo não é objeto de uma cisão, e o homem está misturado ao cosmos, à natureza, à comunidade. Nessas sociedades, as representações do corpo são, de fato, representações do homem, da pessoa. A imagem do corpo é uma imagem de si, alimentada das matérias-primas que compõem a natureza, o cosmos, em uma espécie de indistinção.

¹⁰⁷ *Idem. Ibidem.* p.94.

ocidentais, momento em que a técnica e a ciência contemporâneas se inscrevem em consonância com a busca sobre o que é o corpo. Daí porque vai se considerar que talvez toda a história da ciência seja a história das correções operadas sobre as insuficiências do corpo, dos seus limites.

No discurso científico contemporâneo, o corpo é pensado como uma matéria indiferente, simples suporte da pessoa. Ele está distinto do sujeito, ontologicamente, e se torna um objeto à disposição sobre o qual agir para fim de melhorá-lo, uma matéria-prima na qual se dilui a identidade pessoal e não mais uma raiz de identidade do ser humano. Nessa perspectiva, o corpo acaba sendo colocado como um alter ego consagrado aos cientistas, pois subtraído do indivíduo, à medida em que se o encara como um objeto, esvaziado de caráter simbólico e também de qualquer valor.¹⁰⁸ Assim, a reconstrução do corpo, a sua eliminação ou até desaparecimento é o empreendimento ao qual a nova engenharia biológica se dedica.

Portanto, falar do corpo nas sociedades ocidentais hodiernas é suscitar uma evocação do saber anatomofisiológico sobre o qual se apoia a medicina. O saber biomédico é, de certa forma, a representação oficial do corpo humano hoje, fundando a ciência moderna. Na busca de uma eficácia própria, a medicina construiu no corpo uma representação que coloca o sujeito em uma espécie de posição dual de si mesmo. Ela faz a aposta do corpo repousando sobre uma antropologia residual, e, assim, não é mais um saber sobre o ser humano, mas um saber anatômico e fisiológico, elevado ao mais alto grau de refinamento.

Com a hiperespecialização da medicina em torno de certas funções ou órgãos, o uso das novas tecnologias de imagens na elaboração do diagnóstico, o recurso terapêutico aos meios sempre mais tecnicizados, tornaram o corpo uma fragmentação extrema do indivíduo, concebido *in abstracto*.¹⁰⁹ Nessa redefinição do significado do corpo frente aos avanços das novas tecnologias, ele se torna cada vez menos necessário, diante do desenvolvimento e reprodução das máquinas. É que, na verdade, a luta contra o corpo é a sustentação do medo da morte, e, assim, corrigi-lo ou torná-lo mecânico associa-se a ideia de escapamento deste destino.

Explica David Le Breton que a biotecnologia ou a medicina moderna privilegia o mecanismo corporal, o arranjo sutil de um organismo percebido como uma coleção de órgãos e funções potencialmente substituíveis. O sujeito como tal representa um resto. A assimilação mecânica do corpo, que coloca de lado a densidade do sujeito, traduz, na modernidade, a

¹⁰⁸ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução: Marina Appenzeller. 6.ed. São Paulo: Papirus, 2003. p.15.

¹⁰⁹ *Idem*. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução: Fábio dos Santos Creder Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011. 286-287.

única dignidade que é possível conferir ao corpo. Não mais se compara a máquina ao corpo, mas o corpo à máquina, em que a doença e a morte são o preço pago pela relativa perfeição do corpo.¹¹⁰

Essa relação da medicina e do corpo possui uma relação que será melhor especificada no decorrer do texto, mas, um aspecto que já se pode lançar é a questão de que a medicina passa a intervir para dominar a vida, tornando-se uma instância normativa, um biopoder, conceito este que será posteriormente detalhado, uma forma científica de enunciação do destino, inclusive em relação aos embriões e fetos, em um dilema que abarcaria uma tal vida digna de ser vivida e até mesmo a eliminação dos portadores de doenças, ou, por que não, das anomalias ditas incompatíveis com a vida fora do útero materno.

O problema reside em perceber que a alteração do corpo remete, no imaginário ocidental, a uma alteração moral do ser humano, em uma fantasia de que o seu corpo não é apropriado. E assim o próprio embrião ou feto passam a ser o centro de diversas formas de controle, submetidos a exames de diagnósticos pré-natal para verificar a legitimidade da sua existência. Por essa razão, Le Breton vai afirmar que a identificação de uma doença genética, que hoje escapa a qualquer tratamento de cura, provoca uma decisão pela interrupção terapêutica da gravidez, momento em que a medicina passa de um papel terapêutico a “obra de supressão do que a põe em xeque”.¹¹¹

Antes mesmo do nascimento, já se vislumbra um controle genético e morfológico do embrião e feto, ratificando a sua aptidão para a vida e acompanhando-se o seu desenvolvimento, colocando-se frente a frente a situações de que se embriões e fetos portadores de uma anomalia podem ser eliminados qual seria, então, a condição de crianças que nascem com alguma doença ou deficiência. Daí a importância de se estudar a relação entre a pessoa e o seu corpo, pois, dependendo da visão que houver sobre este último questionar-se-á até mesmo a possibilidade de se negar a condição de ser àquele que já está concebido.

Acerca da pergunta suscitada, responde Sève que não, da mesma forma que é incontestável que este ser é um humano. Tratando-se de um ser humano, trata-se de pessoa.¹¹²

¹¹⁰ LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução: Marina Appenzeller. 6.ed. São Paulo: Papirus, 2003. p.19.

¹¹¹ LE BRETON, David. *Idem. Ibidem*. p.88. Discorre o autor que surge uma nova medicina, que não trata mais o doente, mas uma categoria hipotética. O embrião tornou-se um objeto virtual sujeito a procedimentos de simulação. Antes mesmo de existir como sujeito, já se efetua sobre ele uma projeção imaginária e a ele já e insinua, e manifesta alguma anomalia, que o sofrimento que o espera após o nascimento prevalece sobre o prazer que teria em viver e decide-se, por ele, que seu desaparecimento é preferível.

¹¹² SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.30.

Assim, Sève defende a indissociabilidade da pessoa e do corpo, a partir de um dualismo que compreende a distinção entre o corpo-objeto (*körper*), matéria para todas as dissecações e o corpo-sujeito (*leib*, a carne) do sujeito vivo. Vai referir, então, que enquanto sujeito “eu não tenho um corpo, eu sou o meu corpo”¹¹³ Sendo eu o meu corpo, então seria o dono dele, motivo pelo qual o corpo-sujeito é o vivido de um corpo-objeto que, transbordando-o, por todos os lados, constitui o em-si do próprio corpo.

Questiona-se, portanto, se o corpo humano fosse apenas uma carne subjetiva, querer conhecê-lo objetivamente, na sua intimidade, equivaleria a um projeto invasor de violação da pessoa, especialmente pela medicina, pois dizer que o corpo é a pessoa é, com efeito, pagar a valorização do primeiro com a naturalização da segunda, o que desfaz o trabalho de diferenciar estes dois conceitos, os quais, confundidos, permanecem com insolúveis dificuldades.¹¹⁴ Destarte, sabendo-se que a intervenção sobre o corpo afeta diretamente a pessoa, apela-se a uma vigilância ética para que tal intervenção não degenere em manipulação, haja vista que estar-se-ia humanizando a biologia e personalizando corpo. Humanizando a biologia, biologiza-se o humano.¹¹⁵

Por tais razões, há que se cuidar para que o exame do corpo do anencéfalo não seja uma forma de controle para eliminação do ser que se apresenta de forma imperfeita, eis que, para quem entender que o corpo não se dissocia da pessoa, eliminar o corpo do anencéfalo seria eliminá-lo enquanto pessoa.

2.3 A NECESSIDADE DE QUESTIONAR A COMPREENSÃO DA VIDA HUMANA E A SUA TUTELA JURÍDICA PARA OS FETOS ANENCÉFALOS: A DIMENSÃO BIOPOLÍTICA DA VIDA

Já foi possível observar que não é pacífica a consideração de ser o anencéfalo um sujeito com vida protegida pelo Direito, assim como compreendeu-se que a dimensão do corpo passa de um momento biológico para uma perspectiva antropológica. Mas é mister dialogar com estes dois aspectos apontados anteriormente, a pessoa e o corpo, assim como a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, razão pela qual propõe-se, neste momento, um desenrolar acerca deste comando constitucional.

Antes de examiná-lo na ótica do Direito Civil-Constitucional, importa questionar de que forma será possível compreender o significado da dignidade da pessoa humana em um

¹¹³ SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994. p.97.

¹¹⁴ *Idem. Ibidem.* p.99.

¹¹⁵ *Idem. Ibidem.* p.100.

cenário no qual as biotecnologias convivem nas reflexões concernentes aos dilemas relativos à vida humana. Buscando a base em Baertschi, pode-se dizer que a resposta está em afirmar a existência de uma natureza humana. A sobrevivência é algo pessoal, e a medicina procura adiar a morte. Mas não pode ocorrer a qualquer preço, pois “se desejamos sobreviver, é conservando aquilo que faz nossa dignidade”.¹¹⁶

Assim, o autor irá afirmar que a dignidade de um indivíduo humano consiste no fato de ser ele uma pessoa e não um animal ou coisa. Esse é conceito aplicado nos direitos do ser humano e que faz com que a pessoa tenha um valor particular, proibindo que seja tratada como um simples meio. Logo, respeitar a dignidade de alguém, é, portanto, “tratá-lo como pessoa, como um ser racional, um indivíduo que, qualquer que seja seu estado ou conduta, merece o respeito e não deve ser instrumentalizado.”¹¹⁷

No âmbito da filosofia, não há como negar que uma conceituação clara do que é efetivamente a dignidade da pessoa, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção como norma jurídica fundamental, se revela no mínimo de ser obtida, pois, como ressalta Sarlet, tal dificuldade, decorre certamente da circunstância de que se cuida de um conceito de contornos vagos e imprecisos.¹¹⁸

De qualquer sorte, tem-se que a dignidade é um algo real, vivenciado concretamente por cada ser humano. Enquanto dimensão intrínseca da pessoa, a dignidade é irrenunciável e inalienável, constituindo o elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal modo que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade, justamente porque é parte integrante do sujeito, sendo-lhe inerente e não outorgada.

Nos Estados Democráticos, o Direito Constitucional representa a gama de valores pela qual se constrói a convivência coletiva, função esta classicamente outorgada ao Direito Civil. Se ao Direito cabe o papel de transformação da realidade, de que forma se pode estabelecer o

¹¹⁶ BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias**. Tradução: Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009. p.15-67 *passim*. Explica o autor que se o homem foge da morte é porque ele é mortal; se busca o prazer, é porque está dotado de sensibilidade; se ajuda aos semelhantes, é porque experimenta emoções como a compaixão ou a piedade. Foge-se da morte porque ela é um mal, busca-se o prazer e ajudar os outros porque é bom, mas, ao formularem-se tais apreciações, isso se dá em virtude daquilo que constitui a existência humana, a natureza humana. Assim, compreende-se porque os argumentos no campo biomédico parecem tantas vezes padecer do sofisma: como o amor pela vida está incrustado na pessoa, como isso faz parte da natureza humana, não se sente necessidade de introduzi-lo explicitamente. Sem dúvida, diz Baertschi, pode-se então perder-se quando não se percebe que a qualidade de vida anula esse amor, em função de determinadas circunstâncias.

¹¹⁷ *Idem. Ibidem*. p.188.

¹¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e plausível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009. p.18.

compromisso entre os valores fundamentais comuns que permitam a cada pessoa conduzir a sua vida, percorrer a sua trajetória pessoal, o seu projeto? Mais do que isso: neste cenário, como definir um conceito vago como de dignidade humana, para que seu uso não seja indiscriminado e seu sentido esvaziado.

Maria Celina Bodin de Moraes reflete no sentido de que para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma dignidade inerente à espécie humana. A raiz da palavra dignidade provém do latim *dignus* significando aquele que merece estima e honra. Ou seja, a sua utilização correspondeu sempre a pessoas, no sentido da espécie humana como um todo, embora refira a autora que, durante a Antiguidade, não houve qualquer tipo de personificação.¹¹⁹

Este princípio, portanto, busca garantir o respeito e a proteção não apenas no sentido de se assegurar um tratamento humano e não degradante, ou o mero oferecimento de proteção à integridade psicofísica do ser humano. Significa a ruptura com um modelo que enxergava em valores individualistas o seu fundamento axiológico. Assim, o valor dignidade atinge a todos os setores da ordem jurídica, o que desvela a grande dificuldade em se delimitar os contornos hermenêuticos que este princípio detém, correndo-se o risco de atribuir-lhe apenas um sentido abstrato que impossibilite ainda mais a sua aplicação, quando o desejo é justamente o contrário.

É como leciona Sarlet, ao afirmar que uma das funções exercidas pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana reside no fato de ser, simultaneamente, elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se no ponto de Arquimedes do Direito Constitucional, e, embora plenamente reconhecido, há de ser exaustivamente enfatizado.¹²⁰ Essa concepção permite inferir que a Constituição Federal de 1988 galgou a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito, podendo ser considerada como uma Carta Política comprometida com a realização da pessoa humana, embora nem sempre esse compromisso se desvele em ações na realidade.

Neste sentido, serve como um referencial na hierarquização axiológica inerente ao processo de criação e desenvolvimento jurisprudencial do Direito.¹²¹ A sua complexidade torna difícil a tarefa de estabelecer uma demarcação de todas as dimensões que compõem o

¹¹⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.7.

¹²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Leticia de Campos Velho. **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 103.

¹²¹ *Idem*. *Ibidem*. p. 106.

conceito jurídico de dignidade da pessoa humana, o que enseja a polissemia interpretativa dada a ele na busca pelos seus fundamentos.¹²²

Eis que, na verdade, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui-se em uma cláusula geral de tutela do ser humano, que é representado pelo valor da pessoa, que deve ser tutelado sem limites, á exceção do interesse de outras pessoas humanas. Aceitar este princípio como a cláusula geral de tutela da pessoa significa inibir e reparar a conformação com tratamentos desiguais, eis que a dignidade reunifica a personalidade a ser tutelada, evitando-se algum dano.

Mesmo que goze o princípio da dignidade da pessoa humana de uma edificação teórica, como diz Fachin, parte da doutrina o refuta por entender ser um conceito demasiado indeterminado e abstrato, porque se pauta em uma ideia mais ampla que engloba e exterioriza todas essas expressões que se sintetizam nela. Prossegue afirmando que se deve superar essa visão pedestre, não conectada a uma prática libertadora dos direitos fundamentais, eringindo-se, na seara da Filosofia do Direito, um novo paradigma jusfilosófico que “contém em si a semente de razões sólidas e consubstanciadoras fundantes do caráter concreto e auto-aplicável da dignidade da pessoa humana”.¹²³ É a condição de possibilidade para a existência da vida concreta de cada ser humano.

Quando se investiga o conteúdo e o significado da dignidade da pessoa humana já se assume o compromisso com o entendimento de que tal princípio configura-se em uma norma jurídica fundamental de determinada ordem jurídica. Este aspecto, como ressalta Ingo Sarlet, é propiciado pelo amplo reconhecimento da dignidade com princípio também jurídico

¹²² Sobre isto, Maria Celina Bodin de Moraes enumera aqueles que seriam os fundamentos da dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, alude que o fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais a todos os demais, numa concepção formal de igualdade. Contudo, essa espécie de igualdade era insuficiente para atingir o fim desejado, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições econômicas, sociais ou psicológicas. Adotou-se, então, normativamente, uma forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade. Ademais, a integridade psicofísica que, na esfera cível, vem garantindo numerosos direitos de personalidade, instituindo, hoje, o que se poderia chamar de um amplíssimo direito à saúde, compreendida esta como um completo bem-estar psicofísico e social. Também, a liberdade que, no sentido contemporâneo, vem marcada pela superação da dicotomia clássica entre o Direito Público e o Direito Privado, perdendo relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo como um poder atribuído à vontade individual parca a realização de um interesse exclusivo, cabendo-lhe respeitar insignificantes limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade. Por fim, a solidariedade que estabelece no ordenamento um princípio jurídico inovador, a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.18-45 *passim*.

¹²³ FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana. In: MELGARÉ, Plínio. FILHO, Agassiz Almeida. (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.108.

fundamental, verificando-se a expansão universal de uma crença na dignidade da pessoa humana, que também pode ser vinculada aos efeitos positivos de uma globalização jurídica.¹²⁴

Ao se destacar o reconhecimento da dignidade da pessoa certamente não se está afirmando que ela existe apenas à medida que seja reconhecida pelo Direito, mas é do grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa outorgada por cada ordenamento constitucional que irá depender sua efetiva realização e promoção, o que motiva o debate sobre o seu conteúdo jurídico, ou a sua dimensão jurídica, notadamente pela força jurídica que lhe é atribuída ao ser consagrada como uma norma fundamental pelo constituinte brasileiro.

Por essa razão, ainda que descrita no rol principiológico dos fundamentos da República, a dignidade da pessoa humana pode assumir as faces de uma regra jurídica. E, assim, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana não diz apenas respeito ao privado ou ao público, porquanto seja um ponto de conexão entre os dois. O conceito de dignidade da pessoa humana seria algo subjetivo, já que cada pessoa defenderia a sua própria concepção de dignidade, até por estar em busca dela, de modo que essas diferentes compreensões subjetivas talvez não permitam dotar este princípio de razoável objetividade.¹²⁵

O princípio da dignidade da pessoa humana evidencia um extenso debate ainda longe de um final. Quando se pensa em pessoa, em dignidade e em vida comumente indaga-se sobre o que o indivíduo faz consigo mesmo ao invés de se refletir o que a natureza faz dele. Sobre esse aspecto, Stein afirma que a metafísica ocidental sempre “teve que escolher entre o homem e a história, preferindo esta última, razão pela qual nunca houve o enfrentamento antropológico filosófico do que a natureza faz do homem”, como já referido. Isto termina dando a primazia à ética e à filosofia da história, sobre a antropologia filosófica.¹²⁶

Assim, toda a questão da vida humana tende a ser deslocada para o pronunciamento da antropologia filosófica, o que se desvela de extrema necessidade em uma época que se vive a progressiva perda da dimensão teleológica da vida humana, e, portanto, um progressivo distanciamento das considerações éticas de como realizar esta vida.

¹²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.p.67.

¹²⁵ Béatrice Maurer alude que a dignidade da pessoa humana em si seria um equivalente da diferença específica entre o homem e outros seres vivos. Dessa característica essencial do homem deduz-se então o dever ético de corresponder a essa característica nas ações concretas ou estabelecer estratégias para evitar a depravação da natureza essencial do homem. MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana...ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.131.

¹²⁶ STEIN, Ernildo. Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. In: **Veritas. Revista do Programa de Pós- Graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul PUCRS**. v. 48. n.4. dezembro 2003. p.519-531.

Neste contexto, é que Ernildo Stein ensina que é possível tentar estabelecer uma via crítica que vai em busca de uma dimensão da vida humana que ultrapassa as concepções naturalistas que hoje são desenvolvidas pelas biociências, permitindo abrir um espaço para pensar a questão da vida humana sem reduzi-la a uma espécie de ontologia da vida ou a um conjunto de elementos que permitem atribuir um valor ético a ela.¹²⁷

A fenomenologia da vida humana, desde a Antiguidade, sem grandes conhecimentos científicos, já era apresentada teleologicamente. A tradição é incapaz de pensar a vida humana em seu valor e dignidade sem o *telos*, pois é somente a partir dele que se pode falar em escolhas, em sentido da vida e responsabilidade ética¹²⁸

Baseado nestas reflexões é que se permite afirmar que o autor considera a vida humana como algo que ultrapassa um mero sentido biológico, sendo muito mais do que a soma de elementos genéticos. A vida humana, enquanto existência, ultrapassa a natureza humana como um dado. E assim, a perspectiva passa a ser outra: vida e dignidade são bens que devem ser conjugados¹²⁹, porque a pessoa humana é o norte orientador da vida e da dignidade, simultaneamente. O ordenamento constitucional brasileiro não contempla pessoas que não estejam protegidas em suas vidas ou em suas dignidades.

Na concepção apresentada com fundamento neste autor, direito à vida e direito de viver seriam expressões sinônimas, enquanto que a dignidade da pessoa humana, pautada no direito à vida, seria o direito fundamental mais impregnado de sentido ideológico e político, até para que não se dimensione a vida e o direito de viver a meros argumentos biológicos. Surge assim a necessidade de uma nova abordagem, a relação entre aquela que seria a

¹²⁷ STEIN, Ernildo. Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. In: **Veritas. Revista do Programa de Pós- Graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul PUCRS**. v. 48. n.4. dezembro 2003. p.524.

¹²⁸ Novamente a lição de Stein é precisa quando o autor coloca que uma vez perdido o conceito de vida dotado de uma teleologia ontológica, com o fim da metafísica clássica, a modernidade tentou construir um conceito filosófico de vida a partir das ciências humanas. Seu papel era opor-se às concepções das ciências da natureza na modernidade. Foi assim que as filosofias da vida terminaram encontrando a construção da vida com o auxílio das ciências do espírito que, então, significava um fenômeno espiritual que retomaria, em outro nível, o aspecto da orientação, do sentido. In: *idem. ibidem*. p.525.

¹²⁹ Mesmo com tal abordagem, há autores como Michael Kloepfer que entendem que, embora os aspectos comuns entre dignidade da pessoa humana e direito fundamental à vida, não se pode deixar de ter em vista que os bens jurídicos vida e dignidade da pessoa humana não devem repercutir em conjunto, de forma paralela, como elemento de reforço da proteção no sentido de um vínculo jusfundamental, isso é, como ocorrência jusfundamental cumulativa. Pelo contrário, prossegue afirmando, eles também podem entrar em conflito entre si no sentido de colisão de direitos fundamentais. (...) Uma situação especial ocorre quando os bens jurídicos vida e dignidade entram em confronto em uma e mesma pessoa: quando, por exemplo, uma vida plenamente digna não parece possível, e a dignidade fala em prol da cessação da vida, ou pelo menos parece falar nesse sentido. KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.p.148-149.

dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana, ou tão somente, a pessoa, o sujeito de direito.

Considerando a relação entre a questão da pessoa e vida, tem-se que o ser sujeito de direito seria uma espécie de corolário da própria dignidade da pessoa humana. É dotar o sujeito jurídico de sua própria liberdade, no sentido de se reconhecer à pessoa o direito a reivindicar a sua capacidade jurídica enquanto ser humano. Em outras palavras, a pessoa enquanto sujeito de direito e não como objeto de direito, na leitura repersonalizada do Direito Privado. Ser sujeito de dignidade humana é o direito fundamental de ser reconhecido como um sujeito de direito.¹³⁰ A dignidade humana, enquanto noção jurídica, busca reconhecer o direito de ser capaz de ser detentor de direitos.

Retoma-se uma ideia anteriormente já aludida de que a Constituição Federal de 1988 afirma que a vida é inviolável, então, quando o Código Civil dispõe a salvaguarda do direito à vida desde a concepção, ele não se preocupa em querer discutir, por exemplo, se o embrião é ou não é pessoa, mais do que isso, a falha do Código é não suscitar se o embrião deve ser sujeito de dignidade, e, por tal razão, é que não se pode dissociar o debate entre o que é ser pessoa, no sentido do sujeito de direito, em um ordenamento que reconhece na dignidade da pessoa humana o seu substrato axiológico, relacionado a um direito fundamental à vida.

Pois, é a partir destas considerações que se remete às conclusões de Ivo Dantas ao dissertar sobre o direito à vida como uma preocupação constante do ser humano conhecer sua origem e sua essência. Para este autor, o conceito vida, no sentido assinalado por outras ciências distintas da Ciência Jurídica, concebe-se em “termos jurídicos como a ideia de direito à vida, e ainda em termos de dever de respeito à vida do outro”.¹³¹

Neste contexto, a essência do ser humano passou a ser o seu próprio contato com a realidade, no marco de relações com seu semelhante. A dimensão protetora do direito à vida pelo ordenamento jurídico, e, especialmente pela Constituição, passa a ser um norte de referência para o desenvolvimento de toda a teoria constitucional, razão pela qual ao Direito Constitucional não cabe se furtar da evolução científica e tecnológica que busque a proteção à vida.

Ao se discutir a questão da dignidade humana, reflete-se na possibilidade de tutela jurídica à vida do feto anencéfalo, porque, afinal de contas, pessoa, dignidade e vida são

¹³⁰ KLOEPFER, Michael. Vida e dignidade da pessoa humana. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.195

¹³¹ DANTAS, Ivo. Constituição e bioética (breves e curtas notas). In: MELGARÉ, Plínio. FILHO, Agassiz Almeida. (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010. p.281.

noções que estão interligadas. Há duas concepções que devem ser trabalhadas, as quais não necessariamente são antagônicas, mas sim duas linhas argumentativas. Por uma delas, a vida humana seria dotada de uma sacralidade que implicaria na impossibilidade de determinação da interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos, por serem dotados de dignidade, ou, em um segundo aspecto, há uma dimensão biopolítica da vida na determinação do aborto dos fetos anencéfalos, no sentido de um controle da vida humana, que seria exercido pelas ciências biomédicas e pelo próprio discurso jurídico.

Com relação à primeira linha argumentativa, qual seja, a sacralidade da vida humana, há que se ressaltar que este debate apareceu na audiência pública realizada pelo Supremo Tribunal Federal quando do andamento da ADPF nº 54. O Padre Luiz Antônio Bento, representando a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), afirmou que o aborto seria uma cultura da morte. Nada e ninguém podem autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele embrião, feto, ou criança sem ou com malformação.¹³²

Refere o representante da CNBB que quando a vida não é respeitada no seu início, dificilmente o será em outras etapas. Não importando como essa vida se encontra, todos os outros direitos da pessoa humana serão desprezados. Assim, o feto anencefálico é um ser humano vivente e sua reduzida expectativa de vida não nega os seus direitos, a sua identidade. O fato de ele ter mais ou menos tempo de existência não faz com que ele deixe de ser sempre um ser humano, que precisa de cuidados. Procura-se eliminar o feto com a anencefalia porque essa pessoa não corresponde aos padrões da sociedade hodierna.¹³³

Na análise sobre a sacralidade ou santidade da vida humana, é Dworkin que oferece um aporte cuja referência é necessária, pois dialoga, diretamente, com os aspectos divergentes envolvendo o debate da interrupção do aborto de fetos anencéfalos, especialmente porque o capítulo seguinte irá referir os posicionamentos adotados pelos Ministros do STF, e se observará determinadas vinculações a posicionamentos semelhantes ao argumento de que a vida seria dotada de sacralidade.

Para a teoria de Dworkin, no caso do aborto optar-se-ia por uma morte antes mesmo que a vida começasse, ao passo que na eutanásia isso ocorreria após o término da vida. O debate sobre o aborto tem sido bastante acirrado nos Estados Unidos, em função de que neste país há um paradoxo diante da religião e dos movimentos feministas progressistas. Em outras

¹³² SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

¹³³ *Idem. Ibidem.*

palavras, há uma insistência na separação entre Estado e Igreja, embora esta religiosidade confunda-se com o movimento feminista emancipatório, que libertou as mulheres das concepções religiosas tradicionais.¹³⁴

Deve se deixar claro que a dicotomia apresentada por Dworkin reside em uma distinção entre conceber que a vida humana começa no momento da concepção, e que, portanto, o feto já é pessoa desde aquele momento. Neste sentido, seria o aborto um assassinato, porque violaria a santidade da vida humana.¹³⁵

Esta concepção de Ronald Dworkin evidencia uma consideração do feto enquanto vida humana, de modo que possuiriam interesses próprios, inclusive o interesse de permanecer vivo, ou o direito de não morrer. Logo, seria o aborto um ato incorreto porque violaria o direito de alguém a não ser morto.

Para além desta leitura ainda se consideraria um posicionamento de que a vida humana é sagrada nela mesma. O caráter sagrado da vida humana inicia ao mesmo tempo em que a vida biológica tem sua gênese, sendo que a interrupção de uma gestação seria um ato errado porque desconsideraria o valor sagrado da vida humana.¹³⁶

Dessa afirmação decorre a ideia de que os questionamentos sobre o início da vida e sobre ser o feto uma pessoa apresentam múltiplas faces, pois, se, por exemplo, adotar-se o posicionamento de que a vida humana começa desde a concepção será inegável que um embrião humano é um organismo vivo identificável quando implantado no útero. Assim, quando uma pessoa se mostra contrária ao aborto ao argumento de que o feto é um ser humano, identifica-se a afirmação de tais fatos biológicos.

Resumidamente, há duas controvérsias que devem ser distinguidas:

a) a discussão sobre o feto ter ou não o interesse de viver (e de continuar vivo) e os direitos que protegem esse interesse. Ao se responder afirmativamente, existirá uma objeção ao aborto, ao passo que a resposta negativa não carregaria tal contrariedade ao aborto;

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.5 e 6. Refere Dworkin que em 1973, no caso Ron contra Wade, o Tribunal declarou que uma legislação do Texas, a qual criminalizava o aborto, a não ser quando praticado para salvar a mãe, era inconstitucional. Essa decisão foi comemorada pelas mulheres, ao passo que não foi bem aceita pelos grupos religiosos.

¹³⁵ *Idem. Ibidem.* p.12.

¹³⁶ Para Dworkin, a ideia de que o aborto é um pecado ou uma iniquidade porque a vida humana é sagrada, é muito diferente da afirmação de que é um pecado ou uma iniquidade porque o feto tem o direito de viver. A primeira concepção oferece um suporte argumentativo contra o aborto que de modo algum pressupõe que o feto seja uma pessoa com direitos ou interesses próprios (...) também é possível considerar que é um erro destruir um feto, tenha ou não o feto quaisquer interesses a proteger. Assim sendo, a crença de que a vida humana tem um valor sagrado, em qualquer fase que seja, poderia oferecer razões para que as pessoas se posicionem contra o aborto, enxergando este ato como uma crueldade. In: *Idem.Ibidem.* p.14 *et seq.*

b) a segunda controvérsia busca responder se o aborto é às vezes moralmente errado, não pelo fato de se ser injusto com alguém, mas pelo fato de se negar a santidade ou inviolabilidade da vida humana. Da mesma forma que a primeira controvérsia, se a constatação for positiva então haverá uma objeção ao aborto, inclusive com a justificativa para banir o ato e até mesmo regulamentá-lo.¹³⁷

É perceptível que Ronald Dworkin propõe uma discussão sobre o valor intrínseco da vida humana e quais as implicações pessoais e políticas que isso traz para a discussão do aborto. Mais do que o valor intrínseco, o autor compreende um valor sagrado à vida. Em outras palavras, pode-se verificar que ao referenciar a discussão em termos de secular e sagrado, Dworkin critica essa discussão convencional sobre o aborto naqueles termos de que o feto é ou não pessoa, e, portanto, portador de direitos e interesses, por ser um sujeito moral, uma criança não nascida, ou então ser nada mais que um conjunto de células sob o controle de um código genético.

O filósofo detecta a natureza religiosa do conflito envolvendo a interrupção da gravidez, porque as crenças das pessoas estão contempladas na santidade da vida humana. O enfrentamento do tema a respeito da inviolabilidade da vida humana¹³⁸ deve considerar a vida em qualquer de suas fases, desde a concepção, independente de ser dizer que o feto tenha ou não interesses próprios. E é isso que norteará igualmente a discussão sobre o problema moral que o aborto apresenta, para além das divergências religiosas e seculares.

A referência inicial sobre a moralidade do aborto apresentada por Dworkin merece aqui destaque para que se possa iniciar a compreensão dos posicionamentos que serão apresentados. Neste diapasão, às vezes, pessoas que discordam veementemente entre si não têm uma clara ideia do objeto de sua divergência, mesmo quando essa é violenta ou profunda. A maioria das pessoas supõe que a grande polêmica do aborto é, no fundo, um debate sobre uma questão moral e metafísica: saber se um embrião recém-fertilizado já é uma criatura humana com direitos e interesses próprio. A retórica política é explícita quanto ao fato de ser esta a questão em debate.¹³⁹

As discussões teológicas, morais e filosóficas do aborto acabam por pressupor que as pessoas divergem sobre o tema porque divergem sobre ser o feto pessoa com direito à vida

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.p.32.

¹³⁸ A título de esclarecimento, registre-se que Dworkin utiliza tanto a expressão santidade da vida humana quanto inviolabilidade da vida humana ao tratar o tema, isso porque a palavra sagrado pode conotar para algumas pessoas apenas aspectos religiosos, razão pela qual também lança mão da outra terminologia em função da possibilidade de uma interpretação secular acerca da vida humana.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Op. cit.* p.41.

desde o momento da concepção, ou a partir do momento da gravidez, ou se apenas quando nascer, e, além disso, se este direito à vida pode se subordinar a um outro direito mais forte da gestante.

Quando disserta sobre a questão da moralidade do aborto, Dworkin coloca que as opiniões das pessoas não possuem apenas duas vertentes: uma conservadora e uma liberal, eis que de ambas as partes existem graus de opiniões que podem tanto ser as mais extremas, quanto as mais moderadas. Dessa forma, ao situar sua explanação, faz a referência de que parte do pressuposto de que as pessoas possam se situar ao longo de um espectro conservador-liberal.¹⁴⁰

Uma posição conservadora do aborto levaria a crer que o ato de interromper uma gravidez não poderia ser nunca, ou quase nunca, moralmente aceito, haja vista que os governos deveriam proibi-lo. No entanto, mesmo entre os conservadores é possível encontrar posicionamentos que relativizam tamanha rigidez. Alguns conservadores pensam que a mulher deveria ter permissão legal para tomar sua decisão a respeito da interrupção ou não da gravidez. Ou, também, em casos que se necessita salvar a vida da mãe; quando a gravidez resulta de estupro ou incesto. Agora o que mais surpreende na visão conservadora é que ao erigir um direito à vida da mãe, acaba por assumir o posicionamento de que o feto não é pessoa que tenha direito à vida, porque justamente a exceção demonstra que o nascimento do bebê pode fazer perecer a vida da mãe.¹⁴¹

Uma posição liberal sobre o tema não significa apenas a negação de que o feto seja uma pessoa com direito à vida. Esta concepção pressupõe que outro valor importante esteja em jogo. Dworkin apresenta a posição liberal constituindo-a em quatro partes: em um primeiro momento, rejeita-se a opinião de que o aborto não é moralmente problemático, eis que considera sim ser o aborto uma séria decisão moral, ao menos a partir do momento em que o feto individualiza-se geneticamente no útero materno. Por esta leitura, o aborto significaria a eliminação de uma vida que já começou a existir, o que envolveria um grande custo moral.

O segundo aspecto pertine à justificação moral do aborto, a exemplo dos casos em que há necessidade de salvar a vida da mãe, estupro ou também nos casos de fetos com graves anomalias fetais. Veja-se que essa concepção liberal apresenta, pela primeira vez, a hipótese de aborto por uma grave anomalia. Ressalte-se que esse aspecto poderá gerar uma grande

¹⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.42.

¹⁴¹ Segundo Dworkin, alguns dizem que nesse caso justifica-se que a mãe aborte por se tratar de uma autodefesa. In: *idem. ibidem*. p.43.

controvérsia, especialmente se considerarmos aquela posição de que a hipótese do aborto deve ser examinada de acordo com o fato de ser o bebê uma pessoa humana com direito à vida. Essa leitura é totalmente contrária ao posicionamento liberal, que defenderá a moralidade do aborto nestes casos ao argumento de que seria errado trazer uma criança ao mundo nessas condições. Aqui, quiçá, seja o ponto mais alto de tudo isso que se está examinando, porque se apresenta aqui o conflito da noção de vida e como no Direito, especialmente no Brasil, isto pode se desvelar totalmente insuficiente quando se está diante de uma hipótese de interrupção da gestação.

Também, a preocupação da mulher pelos seus próprios interesses pode ser uma justificção adequada do aborto nos casos em que as consequências do nascimento podem ser prejudiciais tanto para a mulher quanto para a sua família. Por exemplo, admitir-se-ia a interrupção da gravidez se a mulher tivesse que abandonar a escola, sua carreira ou sua vida independente. Essa terceira hipótese apresenta-se como uma das mais difíceis porque envolveria um grau de moralidade muito elevado. A concepção liberal poderia presumir que a gestante sentiria algum arrependimento, embora não a condenasse. Talvez uma decisão contrária é que estaria moralmente incorreta.

Por fim, o quarto aspecto da concepção liberal é justamente essa configuração de que no estágio inicial da gravidez não se pode pressupor o feto como uma pessoa com direitos e interesses próprios e o Estado, por consequência, não teria o direito de proteger os interesses desse feto por meio da lei penal. Mesmo nos casos de graves anomalias em que estaria presente o conflito de ser o feto uma vida não se poderá olvidar que mesmo em casos graves, como, por exemplo, a anencefalia, ou outras síndromes menores, aquela criança poderá nascer, receber afeto, e, em alguns casos, até mesmo buscar a superação de determinadas dificuldades.

Segundo Ronald Dworkin, a vida humana pode ser tratada de três formas: subjetiva, fundamental ou intrinsecamente valiosa. De forma sintética, o valor da vida humana é tratado de forma instrumental quando se avalia em termos de quanto o fato da pessoa estar viva serve aos interesses dos outros. A vida será subjetivamente valiosa quando se avalia seu valor por ela própria, ou seja, o quanto a pessoa quer estar viva ou o quanto o fato de estar viva é bom. Por fim, a avaliação pessoal é o valor subjetivo que a vida tem para a pessoa de cuja vida se trata.¹⁴²

¹⁴² Ao apresentar estas definições, Dworkin coloca que é então compreensível que o debate sobre o aborto deva incluir a questão de se o feto tem direitos e interesses próprios, pois se os tiver, terá igualmente o interesse pessoal de continuar vivo, que deverá ser protegido mediante a imposição e o reconhecimento do direito à vida.

Seja qual for a forma de sua configuração, a vida de um ser humano, para o autor, exige respeito e proteção devido ao complexo investimento criativo que representa diante dos processos divinos e evolutivos que geram novas vidas. O horror sentido diante da destruição intencional da vida humana reflete um sentimento comum da importância intrínseca desta. É assim dizer que o sagrado é o intrinsecamente valioso. O seu valor é independente do que as pessoas querem, desfrutam ou necessitam, ou do que é bom para elas. A vida, para ele, é inviolável pelo simples fato de ela existir, pelo que representa como pessoa humana.¹⁴³

Usualmente a expressão sagrado possui uma conotação religiosa e nesse sentido se consubstanciam as crenças da maioria das pessoas a despeito do valor inerente da vida humana. Assim sendo, a vida humana seria algo transcendental; ou seja, ultrapassa o valor que significa para a própria pessoa que vive. Essa é uma crença religiosa, mas que pode perfeitamente ser interpretada no meio secular. Assim, mesmo as pessoas não religiosas podem ter convicções acerca do valor da vida humana, e, neste sentido, entenderem que o aborto seria um ato moralmente não aceitável.

Em síntese, Dworkin esquematiza dois posicionamentos em relação ao aborto, o primeiro deles é a de que seria um ato errado, apenas por se estar violando o direito de alguém a não ser morto, sendo incorreto na medida em que se viola um direito à vida. A segunda objeção afirma que a vida humana possui um valor intrínseco e inato, sendo sagrada em si mesma. Neste cenário, a sacralidade da vida começaria quando a vida biológica se iniciasse, antes mesmo de que a criatura à qual esta vida é intrínseca possa ter movimentos, sensações, interesses ou direitos próprios.

Nessa mesma linha, Engelhardt afirma que na moralidade secular, tem-se pois de compreender ofensas à santidade da vida e à humanidade e aos direitos humanos como ações contra algum conjunto específico de preocupações, compromissos ou interesses humanos que têm de ser apreciados plenamente no horizonte do finito e do imanente. As ofensas à santidade da vida ou à dignidade humana, por exemplo, têm de ser reinterpretadas como ações que violam condições de determinação do que é errado em termos intrínsecos a algum relato humano do comportamento moral cuja violação torna o ato condenável, ações incompatíveis

Pensando-se que a vida de qualquer organismo humano, inclusive a do feto, tem valor intrínseco, a despeito ter ou não um valor instrumental ou pessoal ter-se-á que o aborto seria moralmente problemático. In: DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. tradução Jefferson Luiz Camargo. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.101-102.

¹⁴³ NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. Editora Unisinos: São Leopoldo, 2004. p.47.

com a realização do maior bem do maior número, ações que solapam virtudes particulares, entre outros.¹⁴⁴

Ainda, Fujita afirma que além de se o feto anencéfalo um ser humano vivo merecedor de toda a proteção que a lei lhe oferece, sua existência no ventre materno traduz não só uma grande oportunidade de a mãe e o pai cercarem o seu filho com carinho e amor irrestritos, mesmo dentro dessa grave circunstância, como um aprendizado na escala de sua evolução humana e espiritual.¹⁴⁵

Registre-se que não se quer dar guarida a posicionamentos como estes, especialmente em relação à teoria de Dworkin, que embora importante para o tema, por suscitar a divergência, não encontra espaço de aplicação, mormente quando se considera a diferença entre a visão originária de países da *common law* e o Brasil, cuja tradição pertence ao modelo da *civil law*, até porque se pode afirmar que, no âmbito de aplicação-interpretação do Direito Brasileiro, inclusive em leitura constitucionalizada, a vida não é um direito absoluto, o que será descrito posteriormente, após a apresentação da compreensão biopolítica da vida.

A segunda linha argumentativa acerca da questão da vida, é a compreensão do discurso em Michel Foucault e Giorgio Agambem, na perspectiva de sua politização. Para tanto, relembre-se que a CNBB na audiência pública referiu que há uma preocupação em eliminar o feto anencéfalo porque ele não atende aos padrões da sociedade hodierna. Reflete-se, então, em que medida não há esse atendimento, no sentido de que o feto não seria pessoa tutelada juridicamente, por que seu corpo não é aquele dito normal pela sociedade e, portanto, a sua vida não merece ser tutelada. Em outras palavras, “qual é o discurso utilizado pelas ciências médicas e utilizado pelo Direito, no sentido de que não existe vida a ser tutelada no anencéfalo, como refere o STF”?

Uma das mais importantes preocupações de Michel Foucault refere-se às formas concretas de manifestação do poder, as limitações produzidas no regime de saber, nas verdades produzidas pelo conhecimento, as quais se ligam diretamente a formas de controle e doutrinação de corpos, domesticados em prol de condutas desejáveis e esperadas pelo corpo social. Assim, o objeto de investigação foucaultiana é a interrelação entre o poder e a

¹⁴⁴ ENGELHARDT JR, H, Tristam. Pluralismo moral e metafísico: repensar a santidade da vida e da dignidade humanas. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p.445.

¹⁴⁵ FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Aborto: o cerceamento da vida de um ser humano indefeso. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et.al.* (coords.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010. p.83.

constituição de sujeitos aptos a seguir os preceitos de uma sociedade a qual regula comportamentos esperando por uma homogeneização quase absoluta.¹⁴⁶

A análise da circulação social do poder é analisada por Foucault a partir da noção de norma, cuja utilização integra as tecnologias positivas do poder que vão se integrando ao aparelho do Estado, passando-se de uma tecnologia do poder que expulsa, que exclui, bane, marginaliza e reprime a um poder que é, enfim, positivo, que observa e sabe e um poder que se multiplica a partir de seus próprios efeitos. Esse poder normativo amoldaria os sujeitos e suas condutas para que eles permaneçam qualificadamente corrigidos, aptos a permanecer e integrar determinado corpo social, pois autores de condutas coletivamente aceitas; assim, o poder normativo produz um sujeito sem patologias sociais, autorizado a viver de acordo com regras sociais vigentes.¹⁴⁷

Uma das formas de operacionalizar essa vida em normalidade é através do discurso, estabelecendo-se aquele que se pretende dominante, constituindo-se em um saber determinado e permeado pelo poder, que produz efeitos de verdade, a fim de condicionar novos saberes, canalizando a possibilidade de produção do discurso científico. É no sujeito, objeto da norma, que incide e circula o poder.¹⁴⁸

No discurso das ciências médicas do século XIX vai dizer Foucault que este se caracterizava menos por seus objetos ou conceitos do que por um certo estilo, um constante caráter de enunciação.¹⁴⁹ Para o filósofo, pela primeira vez, a medicina não se constituía mais em um conjunto de tradições, mas de um conhecimento que supunha uma mesma visão sobre as coisas, uma análise do fato patológico segundo o espaço visível do corpo, e, todas essas alterações conduziram ao limiar de uma nova medicina, depositando-se, lentamente, no discurso médico no decorrer do século XIX.

O status do médico compreende critérios de competência e de saber; instituições, sistemas, normas pedagógicas, condições legais que dão direito à prática e à experimentação do saber, não sem antes fixar limites. Há, assim, um sistema de diferenciação e de relações com outros indivíduos ou outros grupos, como, por exemplo, o poder político e seus representantes, grupos religiosos ou o Poder Judiciário.¹⁵⁰

¹⁴⁶ LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p.17-18.

¹⁴⁷ *Idem. Ibidem.* p.21.

¹⁴⁸ *Idem. Ibidem.* p.41.

¹⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012. p.41.

¹⁵⁰ *Idem. Ibidem.* p.61-62.

Desse saber percebe-se que, foi a partir do século XIX, que o agente do poder vai ser aquele que constitui o saber. Tem o poder quem detém o saber e poderá exercê-lo sobre a sociedade, sobre a espécie humana e a sua existência. Por tal razão existem duas palavras-chaves na teoria de Foucault e que estão ligadas à questão da análise da interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos: o biopoder e a biopolítica.

Antes de adentrar nesse campo, importa entender algumas noções preliminares no discurso foucaultiano. Ele trabalha com a perspectiva de que a questão sobre o que somos, em alguns séculos, uma certa corrente nos levou a colocá-la em relação ao sexo.¹⁵¹ Mas explica que essa colocação não é nem tanto ao sexo-natureza, mas ao sexo-história, ao sexo-significação, ao sexo-discurso, uma lógica do sexo como o signo da concupiscência e do desejo. Assim, o poder seria aquilo que dita a lei a respeito do sexo. O domínio do poder sobre o sexo seria efetuado através da linguagem, por um ato de discurso que criaria, pelo fato de se enunciar, um estado de direito. A forma pura do poder se encontraria na função do legislador e seu modo de ação com respeito ao sexo seria jurídico-discursivo.¹⁵²

Para Foucault parece possível distinguir, a partir do século XVIII, quatro grandes conjuntos estratégicos que desenvolvem dispositivos específicos de saber e poder a respeito do sexo: a) histerização do corpo da mulher: análise tríplice do corpo da mulher – corpo social (fecundidade), espaço familiar (do qual é elemento substancial) e com a vida das crianças (responsabilidade biológico-moral: mãe); b) pedagogização do sexo das crianças: todas as crianças se dedicam ou são suscetíveis de se dedicar a alguma atividade sexual. Os pais, as famílias, os médicos, os educadores, os psicólogos, todos devem cuidar dessa pedagogização; c) socialização das condutas de procriação: medidas sociais para controle da fecundidade de casais; d) psiquiatrização do prazer perverso: o instinto sexual isolado como instinto biológico e psíquico autônomo. Fez-se a análise clínica de todas as anomalias que podem afetá-lo. Patologização da conduta.¹⁵³

Em *A história da sexualidade*, Foucault vai desenvolver a ideia de que há um poder soberano, cujo titular exerce um direito sobre a vida e um direito de matar. Em outras palavras, o direito de causar a morte ou deixar viver.¹⁵⁴ Mas, a partir do momento em que o poder assumiu a feição de gerir a vida, a sua razão de ser torna cada vez mais difícil a aplicação da pena de morte. Assim, como poderia causar a morte se o seu papel é garantir e

¹⁵¹ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. J.A. Guilhon Albuquerque. 21.ed. São Paulo: Edições Graal, 2011.p.88.

¹⁵² *Idem. Ibidem.* p.94.

¹⁵³ *Idem. Ibidem.* p.114 *et.seq.*

¹⁵⁴ *Idem. Ibidem.* p.148.

reforçar a vida ? Neste contexto, seriam mortos legitimamente aqueles que constituem uma espécie de perigo biológico para os outros e o direito de causar a morte ou deixar viver seria substituído por um poder de causar a vida ou devolver à morte.¹⁵⁵

O poder sobre a vida desenvolve-se a partir do século XVIII por dois pólos : o primeiro centrou-se no corpo como máquina, o seu adestramento e a ampliação de suas aptidões, no crescimento de sua utilidade, tudo assegurado por procedimentos de poder que caracteriza a disciplina anátomo-política do corpo humano. Já o segundo pólo, formado por volta da metade daquele século, centrou-se no corpo-espécie, no corpo transpassado pela mecânica do ser vivo e como suporte de processos biológicos, tais como, nascimentos, mortalidade, o nível e saúde, a duração da vida, entre outros, os quais são assumidos mediante uma série de intervenções e controles reguladores : uma biopolítica da população.¹⁵⁶ Eis aqui o aparecimento do termo biopolítica na relação entre as disciplinas do corpo e as regulações da população que constituem os dois pólos nos quais se desenvolveu a organização do poder sobre a vida.

Nesta mesma linha, outra expressão cunhada por Foucault é importante, no sentido do surgimento de uma era do biopoder, em que se vislumbra o conhecimento de técnicas diversas de sujeição dos corpos e controle das populações. Quando os corpos e o biológico passam também a interessar à atuação de políticas que regulam a vida, está-se diante da noção de biopoder cunhada por Foucault como uma série de fenômenos, um conjunto de mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar em uma política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder. É o estudo de como as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui a espécie humana.¹⁵⁷

A análise dos mecanismos de poder não é, de modo algum, uma teoria geral sobre o que é o poder. O poder não se funda em si mesmo e não se dá a partir de si mesmo e os seus mecanismos são parte intrínseca de todas as relações; são, circularmente, o efeito e a causa delas e podem ser encontradas nas relações de produção, familiares, ou quaisquer outras em que se possa apreendê-los em um determinado momento, período e lugar.

¹⁵⁵ FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. J.A. Guilhon Albuquerque. 21.ed. São Paulo: Edições Graal, 2011.p.150.

¹⁵⁶ *Idem. Ibidem.* p.152.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.3.

Ao se pensar no aborto dos fetos anencéfalos como uma forma de eliminação de seres imperfeitos da sociedade, estar-se-ia considerando uma perspectiva de poder disciplinar que as ciências biomédicas teriam sobre o corpo, sobretudo da mulher, de tal modo que, controlando-o conseguiria, estrategicamente, retirar um ser que não constituiria a espécie humana, controlando biopoliticamente a população através do corpo. Seria, em outras palavras, a consideração de uma disciplina que estabelece, como refere Foucault, os procedimentos de adestramento progressivo e de controle permanente, e, enfim, a partir daí, estabelece a demarcação entre os que serão considerados inaptos, incapazes e os outros.¹⁵⁸

Faz-se, a partir desta noção, uma demarcação entre o normal e o anormal, de tal sorte que a normalização disciplinar consiste em colocar um modelo que é construído em função de certo resultado e a operalização da normalização disciplinar consiste em procurar tornar as pessoas, os gestos e os atos conforme esse modelo, considerando-se normal aquele que é capaz de se conformar a essa norma e o anormal aquele que não é capaz. Assim, com o conceito de biopolítica formulado por Michel Foucault buscou-se explicar o aparecimento, ao longo da segunda metade do século XVIII, e, sobretudo, na virada para o século XIX, de um poder disciplinador e normalizador que não mais se exerce sobre os corpos individuais, mas sobre o corpo da espécie humana ou da população.¹⁵⁹

Em tal contexto histórico, é que Foucault vai referir que com o capitalismo não se deu a passagem de uma medicina coletiva para uma medicina privada, mas justamente o contrário, no sentido de que o capitalismo, desenvolvendo-se, em fins do século XVIII e início do século XIX, socializou um primeiro objeto que foi o corpo, enquanto força de trabalho e produção. O controle da sociedade sobre os indivíduos não se opera apenas por uma consciência ou ideologia, mas começa no corpo, com o corpo. Como diz o autor “foi no biológico, no somático, no corporal, que, antes de tudo, investiu a sociedade capitalista. O corpo é uma realidade biopolítica. A medicina é uma estratégia biopolítica.”¹⁶⁰

O corpo se torna aquilo que está em jogo numa luta entre filhos e pais, entre a criança e as instâncias de controle. A revolta do corpo sexual é o contrafeito desta ofensiva. Nada é

¹⁵⁸ FOUCAULT, Michel. **Segurança, território, população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p.75.

¹⁵⁹ DUARTE, André. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.221.

¹⁶⁰ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010. p.80-83. De acordo com Foucault, entre os séculos XVIII e XIX houve a implantação, especialmente na Alemanha, de uma polícia médica, a qual consistia em um sistema muito mais completo de observação da morbidade do que os simples quadros de nascimento ou morte. Trata-se de um fenômeno importante de normalização da prática e do saber médicos Procura-se deixar às universidades e aos próprios médicos o encargo de decidir em que consistirá a formação médica. Assim, o médico foi o primeiro indivíduo a ser normalizado.

mais material, mais físico, mais corporal que o exercício do poder. Por tal razão, Foucault reflete que do século XVIII ao século XX acreditou-se que o investimento do corpo pelo poder devia ser denso, rígido, constante e meticuloso, razão pela qual terríveis regimes disciplinares se encontraram nas escolas, nos hospitais, nas oficinas, cidades e famílias. Restaria, assim, estudar de que corpo necessita a sociedade atual.¹⁶¹

Com os conceitos de biopoder e biopolítica observa-se que no pensamento de Foucault passa-se a analisar as ações sobre os corpos e para a existência biológica do ser humano. A vida e a morte são tematizadas pelo poder e o seu controle torna-se fundamental para a política. A vida humana como um objeto político surge na atuação do saber e do poder, portanto, o biopoder. Eis o momento em que o biológico torna-se refletido no campo político, sujeitando-se ao saber e às intervenções do poder.

Sobre isto, explica Ribeiro que a lei deixa de ter um caráter apenas jurídico e por função regular as relações sociais de um modo aparentemente racional e isento, para se mostrar como artifício do poder para a condução e implementação de políticas absolutamente vinculadas a interesses biológicos e de outras naturezas os quais possam produzir como resultado o controle sobre a vida dos sujeitos. Assim, os Códigos e as Constituições nada mais são do que modos de tornar aceitável o poder normalizador.¹⁶²

Destarte, a partir do momento em que Foucault passou à análise do dispositivo da sexualidade, percebeu que o sexo e a própria vida tornaram-se alvos privilegiados de atuação de um conjunto de poderes normalizadores que não cuidavam apenas de reger comportamentos individuais ou individualizados, mas que pretendiam normalizar a conduta da espécie. A partir do século XIX já não importava mais apenas disciplinar as condutas individuais, mas implantar um sistema de gerenciamento da vida das populações. O que se produziu foi a própria gestão calculada da vida do corpo social.¹⁶³

A sexualidade moderna, é, portanto, a produção de uma rede de saberes e poderes que atuam sobre o corpo individual e sobre o corpo social. Esse controle é exercido pela biopolítica enquanto uma nova forma de exercício de políticas do Estado, que passa a impor um controle do corpo da população, em resumo, o deslocamento do direito de fazer morrer ou de deixar viver para um poder de fazer viver e deixar morrer, já mencionado.

¹⁶¹ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010. p.149.

¹⁶² LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009. p.44.

¹⁶³ DUARTE, André. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.222.

Ao lado de Foucault quem também desenvolveu um conceito de biopolítica foi Giorgio Agamben, a partir de quatro diretrizes da política ocidental: o poder soberano, a vida nua, o estado de exceção e o campo de concentração. Como refere Marcelo Andrade, se coube a Foucault a descoberta do caráter biopolítico da política moderna, a partir do século XIX, Agamben observa que ele não teria se concentrado na principal instância biopolítica do século XX, os campos de concentração dos regimes totalitários.¹⁶⁴

A política como biopolítica constitui-se naquilo que Agamben chama de vida nua, a vida que cai na esfera da política na medida em que dela pode ser eliminada sem mais, sem que isto se caracterize um crime.¹⁶⁵ Explica o autor que Michel Foucault orientou as suas pesquisas para a definição de biopolítica enquanto crescente implicação da vida natural do homem nos mecanismos e cálculos de poder, investigando os processos de subjetivação que, na passagem do mundo antigo para o mundo moderno, levam o indivíduo a objetivar o próprio eu e a constituir-se como sujeito, vinculando-se, ao mesmo tempo, a um poder de controle externo.¹⁶⁶

Assim, o poder soberano será para Agamben a instância jurídico-política a partir da qual se traça e determina o limiar entre a vida protegida e aquela exposta à morte por meio de uma politização da própria vida, numa relação de inclusão e exclusão daquela instância referida. Vai trabalhar o autor então com a noção de vida que não merece viver.¹⁶⁷ O conceito de vida sem valor ou vida indigna de ser vivida aplica-se aos indivíduos considerados como incuravelmente perdidos e que irá suscitar o debate entre a vida e a morte, especialmente nos casos em que não mais se deseja viver. Por tal motivo, entende Agamben que há um limiar além do qual a vida cessa de ter um valor jurídico e pode, portanto, ser morta sem que se cometa um homicídio. Esta vida indigna de ser vivida e sua categorização jurídica corresponde à vida nua do *homo sacer*.¹⁶⁸ Logo, a politização da vida implica em uma decisão na qual a vida deixa de ser politicamente relevante e pode ser impunemente ser eliminada.

E, assim, volta-se à perspectiva inicial deste capítulo, se é a vida do anencéfalo tutelada juridicamente ou se a decisão do Supremo representa uma forma de controle

¹⁶⁴ DUARTE, André. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p.273.

¹⁶⁵ Para Agamben, a produção de um corpo biopolítico é a contribuição original do poder soberano. A biopolítica é, neste sentido, pelo menos tão antiga quanto a exceção soberana. Colocando a vida biológica no centro de seus cálculos, o Estado moderno não fez mais, portanto, do que reconduzir à luz o vínculo secreto que une o poder à vida nua. In: AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p.14.

¹⁶⁶ *Idem. Ibidem*. p.116.

¹⁶⁷ *Idem. Ibidem* p.132.

¹⁶⁸ *Idem. Ibidem* p.135.

biopolítico sobre seres anormais, que não se moldam a um poder disciplinar, ou, ainda, se a ausência de proteção jurídica à vida do anencéfalo nada mais é do que o limite da vida nua que refere Agamben, no sentido de que ela não importa ao Direito podendo ser impunemente descartada.

Segundo Ives Gandra da Silva Martins Filho, no caso do anencéfalo, permanece a questão se há uma vida humana, pois, sabe-se que no momento da concepção, pela fecundação do óvulo com o espermatozoide, o embrião surge e passa a ter um código genético distinto do materno. Assim, para este autor, “não é possível dizer que não se está diante de uma vida humana”.¹⁶⁹

Efetuada essas descrições, chama-se atenção de que o direito à vida (e à morte) representa o poder soberano a que alude Foucault, ou seja, o poder que se passa a exercer sobre a vida. Como alude Schiocchet, nesse contexto, as disciplinas do corpo e as regulações da população constituíram os dois pólos em torno dos quais se desenvolveu a organização de um poder em torno da gestão da vida.¹⁷⁰

Este poder sobre a vida, entretanto, necessita ser questionado, especialmente no cenário do sistema jurídico brasileiro. Ao se utilizar de argumentos como a sacralidade ou santidade da vida humana para se afirmar pela impossibilidade aborto de fetos anencéfalos, cai-se em um argumento não verdadeiro. O ordenamento jurídico brasileiro não considera a vida como um direito absoluto, e, portanto, há que poder defender que pode ser disponível.

A própria Constituição Federal, no mesmo artigo 5º, que aduz a inviolabilidade do direito à vida, considera em seu inciso XLVII, a possibilidade de pena de morte nos casos de guerra declarada. Ainda, o Código Penal, ao arrolar as hipóteses de aborto, está enunciando que é possível interromper uma gestação, e isso não difere do caso dos anencéfalos, demonstra que há vidas passíveis de serem violadas. Insista-se, o próprio ordenamento jurídico contempla hipóteses que demonstram não ser a vida um direito absoluto, de modo que se pode não defender os posicionamentos adotados por Dworkin, no sistema jurídico brasileiro. Por essa razão, que se intenta analisar os argumentos utilizados pelo STF no julgamento da ADPF nº. 54, para, posteriormente, refletir o tema sob a ótica dos estudos de gênero.

¹⁶⁹ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MARTINS, Roberto Vidal da Silva. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo; Quartier Latin, 2008. p.117.

¹⁷⁰ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Editora Unijuí, 2007. p.66.

3 A PROBLEMÁTICA JURÍDICA QUE GRAVITA NA NOÇÃO DE (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA

3.1 A BIOÉTICA E A FAÇANHA JURÍDICA DE BUSCAR A DEFINIÇÃO DOS CRITÉRIOS DE INÍCIO E FIM DA VIDA: O PRIMEIRO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO

A proposta do capítulo centra-se na análise do discurso jurídico adotado no julgamento da ADPF nº. 54, com especial atenção a alguns argumentos utilizados nos votos pelos Ministros do STF. Para tanto, registre-se que a matriz teórica adotada é a análise do discurso warattiana, a partir da expressão senso comum teórico. Considerando que os argumentos serão apresentados detalhadamente no transcurso do capítulo, para fins de facilitação da compreensão do tema, quer-se apresentar a tabela com a síntese dos argumentos apresentados pelos Ministros da Corte.

Tabela 3 – Síntese dos principais argumentos utilizados pelo STF na ADPF nº 54.

Ministro	Síntese dos principais argumentos utilizados
Marco Aurélio	Feto anencéfalo como um natimorto cerebral, haja vista uma situação de irreversibilidade, sendo portador de uma doença congênita letal.
Luiz Fux	Incompatibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, havendo uma anomalia irreversível, com expectativa de vida reduzida.
Rosa Weber	O feto jamais terá condições de desenvolver uma vida psíquica, física e afetiva. O que está em jogo é o direito da mãe querer levar a gestação até o fim.
Joaquim Barbosa	Acompanhou os argumentos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio.
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Liberdade de escolha da gestante sobre a continuidade ou não da gestação. O feto não tem expectativa de vida.

Ayres Britto	A opção por interromper a gestação deve ser da mulher. A gravidez se destina à vida e não à morte, sendo lógica a escolha pela interrupção.
Gilmar Mendes	A interrupção da gravidez de feto anencéfalo é hipótese de aborto, mas com a ilicitude excluída, em função do perigo à saúde da gestante.
Celso de Mello	Há o direito da gestante em interromper a gestação, pois não é prática abortiva, mas uma antecipação terapêutica do parto.
Ricardo Lewandowski	Não é o Judiciário o legitimado para promover inovações no ordenamento normativo, pois uma decisão favorável tornaria lícita a hipótese de aborto.
Cezar Peluso	O feto anencéfalo é portador de vida e deve ter os seus direitos tutelados.

Fonte: elaborada pelo autor.

Percebe-se que de todos os fundamentos utilizados pelo STF no julgamento da ADPF concentram-se, basicamente, em três premissas: a consideração do feto anencéfalo como um natimorto, a questão da vida incompatível fora do útero e a antecipação terapêutica do parto. Todavia, votos como dos Ministros Gilmar Mendes, Celso de Mello e das Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia apresentam o argumento da escolha da gestante no momento da interrupção da gravidez. Assim sendo, cada tópico do capítulo abordará a sequência dos fundamentos utilizados pelo STF, enquanto que, no capítulo posterior, dar-se-á o espaço para a discussão dos aspectos atinentes à leitura feminista do aborto dos fetos anencéfalos.

O primeiro capítulo objetivou questionar a existência de tutela jurídica à pessoa e à vida, de sorte que se inferiu, preliminarmente, que ao feto anencéfalo, embora se possa reconhecer a existência de uma vida humana, essa não se encontra protegida juridicamente. Ocorre que essa ausência de tutela jurídica pode estar motivada pelo próprio conceito de morte adotado pelo Direito e que será aqui debatido. No entanto, se o discurso jurídico utiliza um conceito tal a ponto de servir como uma das bases para o julgamento da ADPF nº. 54, é mister investigar se há nele uma verdade jurídica, ou se, pelo contrário, ele nada mais é do que a representação de um senso comum teórico. Para tanto, busca-se o suporte na leitura de Luiz Alberto Warat.

Warat considera que a ciência jurídica, como discurso que determina um espaço de poder, é sempre obscura, repleta de segredos e silêncios, constitutiva de múltiplos efeitos mágicos e fortes mecanismos de ritualização, que contribuem para a ocultação e clausura das técnicas de manipulação social. Assim, o conhecimento do direito responde em alta medida às subordinações cotidianas e à versão conformista do mundo que fundamenta a sociedade instituída.¹⁷¹

A ciência jurídica, respaldada em seus próprios fetiches, massifica, deslocando os conflitos sociais para o lugar instuído da lei, tornando-os menos visíveis. O saber jurídico aposta na racionalidade para garantir o poder e regular o imaginário jurídico-político da experiência cotidiana. Isto produz um campo simbólico que serve para dissimular conflitos e antagonismos desenvolvidos fora da cena lingüística. Assim, a ciência jurídica aparece como um conjunto de técnicas de fazer crer, com as quais se consegue produzir a linguagem oficial do direito que se integra com significados tranquilizadores, representações que têm como efeito impedir uma ampla reflexão sobre a experiência sociopolítica. Eis a capacidade do campo simbólico do direito para ocultar a genealogia e o funcionamento institucional do discurso jurídico.¹⁷²

O fetichismo que aponta Warat significa a dissolução de todos os poderes do Estado na lei, atribuindo à ordem legal uma qualidade intrínseca e obrigatória, quando, na realidade, ela não pertence às normas positivas, mas ao tipo de relações sociais reais das quais as normas jurídicas são (ou pelo menos deveriam ser) a sua expressão. No mundo do direito tudo passou a ser objeto de decisão, de vontade, fruto de atos pessoais, que mais parecem uma volta da Razão. Em tal perspectiva, o Estado nada mais é do que um fundamento simbólico de um sistema institucional, que busca encarnar uma autoridade e conceder a segurança.

E assim se volta àquilo que já foi apontado nos aspectos introdutórios, a produção de uma verdade jurídica que está baseada em um senso comum teórico dos juristas, a um sistema de produção de subjetividade que coloca os juristas na posição de consumidores dos modos instituídos da semiotização jurídica. Os atores sociais não conseguem mais pensar por si, pois pensam a partir da mediação que o Estado exerce sobre a produção e recepção dos discursos de verdade.

A expressão senso comum teórico dos juristas designa, assim, as condições implícitas de produção, circulação e consumo das verdades nas diferentes práticas de enunciação e

¹⁷¹ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.57.

¹⁷² *Idem. Ibidem.* p.59.

escritura no Direito. Ao afirmar esse argumento, Warat defende que o discurso das ciências humanas é uma modalidade conformista da produção social da subjetividade, na medida em que sua aparente nitidez lógica produz o ocultamento dos segredos do cotidiano, das práticas científicas que produzem os saberes sobre o indivíduo e suas relações sociais.

De um modo geral, os juristas contam com um arsenal de condensações do saber, no sentido de que fragmentos de teorias vagamente identificáveis, eles que formam uma minoria do direito a serviço do poder. No interior da linguagem do direito positivo, produz-se uma linguagem eletrificada e invisível que vaga indefinidamente servindo de poder.¹⁷³

A legitimação e o poder do discurso jurídico em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta como a revelação de segredos, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade homogênea.¹⁷⁴ Assim, a lei e o direito se constituem em níveis das relações simbólicas de poder, que se manifestam no discurso jurídico. Logo, que se manifestam nas decisões judiciais tão celebradas pela comunidade jurídica, quando, na verdade, não são mais do que a mais nítida representação desse senso comum teórico, porque se constituem em uma falácia em nome de uma pretensa estabilização dos conflitos.

O Ministro Marco Aurélio, ao proferir seu voto na ADPF nº. 54, afirmou que, ainda que se conceba a existência do direito à vida de fetos anencéfalos, premissa da qual discorda, deve-se admitir ser a tutela conferida a tal direito menos intensa do que aquela própria às pessoas e aos fetos em geral. Assim, para o relator, mostra-se um equívoco equiparar um feto natimorto cerebral, possuidor de anomalia irremediável e fatal, que, se sobreviver ao parto, o será por poucas horas ou dias, a um feto saudável. Aquele não se iguala a este.¹⁷⁵

Argumentos como este podem demonstrar que o discurso jurídico busca, na verdade, assegurar o controle do espaço social, a partir de máximas aparentemente inquestionáveis.

¹⁷³ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994. p.15. Leciona Warat que os juristas contam com um emaranhado de costumes intelectuais que são aceitos como verdades de princípios para ocultar o componente político para investigação de verdades. Por conseguinte, se canonizam certas imagens e crenças para preservar o segredo que escondem as verdades. O senso comum teórico dos juristas é o lugar do secreto. As representações que o integram pulverizam a compreensão do fato de que a história das verdades jurídicas é inseparável da história do poder.

¹⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.90.

¹⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

Não há como negar que o debate jurídico acerca da anencefalia é relativamente novo, e, como relembra Warat, o discurso jurídico tem aversão a tudo quanto é novo.¹⁷⁶

Tem-se, dessa forma, a possibilidade de cogitação de que os argumentos lançados pelo Supremo Tribunal Federal para autorizar a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos por considerá-los natimortos, ante a ausência de atividade cerebral, é mais uma decorrência do senso comum dos juristas, que parecem deixar-se enganar por argumentos de poder, reproduzindo o mito da racionalidade e impedindo a ascensão do conhecimento fundado na realidade sócio-jurídica, para justamente não reconhecer que o Direito deixa de tutelar essa vida humana.

É possível fundamentar essa afirmação sob dois aspectos, que não são antagônicos entre si, mas, ao contrário, complementam-se: primeiramente, é necessário refletir que o Direito ainda não compreende a sua relação com a bioética e o desenvolvimento tecnológico que permite o olhar interdisciplinar sobre a matéria, como já referido no primeiro capítulo; e, a falta de uma reflexão no sentido apontado pelo primeiro aspecto possui uma espécie de agravante, quando se considera que o Direito pretende uma definição jurídica para a morte.

Importante analisar os dois aspectos levantados. Inicialmente, quanto ao primeiro ponto questionado, refere-se que as pesquisas envolvendo o movimento bioético iniciaram-se na década de 70 nos Estados Unidos, na década de 80 no continente europeu, e nos anos 90 na Ásia e países em desenvolvimento, objetivando o estudo de técnicas para defesa da qualidade de vida humana, sendo que no Brasil a primeira iniciativa de pesquisa na área da bioética data de 1995 com a instituição oficial da Sociedade Brasileira de Bioética.¹⁷⁷

Assim, conforme apontam Barchifontaine e Pessini a moderna ciência biomédica é, por sua natureza, inovadora. Ela trabalha com um meio social que exige dos cientistas produtividade constante e originalidade consistente¹⁷⁸. Neste sentido, percebe-se que ao se realizarem pesquisas envolvendo seres humanos, as consequências oriundas destes estudos devem considerar não apenas o desenvolvimento de novos aspectos científicos, mas conciliá-los com a proteção ao bem estar das pessoas.

Segundo Francesco Bellino, as atuais conquistas da investigação científica e biomédica abriram aos homens novas possibilidades de intervenção na própria vida humana, a partir da manipulação do corpo humano, de onde se viu a necessidade da realização de uma

¹⁷⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994. p.25.

¹⁷⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de e PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 5.ed. rev. e atual. São Paulo: Edições Loyola, 2000. p.10-13.

¹⁷⁸ *Idem. Ibidem.* p.22.

avaliação ética sobre estas intervenções, a fim de considerar o respeito aos direitos da pessoa humana, como, por exemplo, o direito à vida, o qual será abordado com maior explicitação nos capítulos posteriores.¹⁷⁹

Para o autor em referência, a bioética é um território, um terreno de confronto de saberes acerca das problemáticas surgidas com o progresso das ciências biomédicas, das ciências da vida e das ciências humanas, numa visão geral, sendo que o seu objeto material, a vida, é estudado por diversos pontos de vista, incluindo-se o jurídico.¹⁸⁰ Neste sentido, pode-se considerar que a bioética não envolve apenas a responsabilidade de profissionais da área médica, mas abrange as decisões tomadas por cada indivíduo e a responsabilidade da sociedade como um todo por estes atos, envolvendo diversas áreas de especialização, constituindo-se em um debate entre diversos ramos do conhecimento e não um monólogo das ciências médicas.

Se, anteriormente, observou-se o significado do ser humano viver na idade da técnica, tem-se, agora, aquilo que Nedel compreende como o extraordinário desenvolvimento da biotecnologia, a qual carrou para a prática médica a inovação do aconselhamento genético. Pacientes e familiares são informados sobre o diagnóstico, os fatores hereditários da doença de que são portadores, os riscos do nascimento de crianças afetadas por doenças genéticas. As informações, colhidas têm, para o autor, peculiaridades relacionadas com a questão dos direitos humanos, pois não se referem apenas aos pacientes, mas aos demais membros da família, presentes ou ausentes, interessados ou não em conhecer problemas de doença genética ou de seus riscos.¹⁸¹

Nesta linha, Vicente Barreto aborda o desenvolvimento tecnocientífico sob a ótica da responsabilidade e irá afirmar que quando se fala em responsabilidade está se fazendo referência a dois tipos de conceitos, um moral e outro jurídico, sendo que em ambos encontra-se a ideia de que os seres humanos consideram-se uns aos outros como agentes morais, ou seja, seres capazes de aceitarem regras, cumprirem acordos e agirem obedecendo a essas determinações; em torno desses compromissos, constitui-se o tecido de direitos e obrigações regulatório da vida social humana, que tem na pessoa o seu epicentro.¹⁸²

¹⁷⁹BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais**. Tradução: Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997. p.21.

¹⁸⁰*Idem. Ibidem.* p.33.

¹⁸¹NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2004. p.20.

¹⁸² Para Barreto, a vida social é objetivada mediante atos individuais, que expressam a vontade do indivíduo, agente moral dotado de racionalidade e autonomia. Por essa razão, os atos humanos caracterizam-se por uma necessária dimensão de responsabilidade, que se constitui no eixo das relações sociais e as torna possíveis e previsíveis. A vida humana torna-se possível na medida em que cada indivíduo possa ser considerado como responsável moralmente por atos praticados, que tenham repercussões em suas relações sociais. Neste sentido, o

Eis assim que as biotecnologias, ao mesmo tempo em que abrem perspectivas de melhoria da vida humana, podem, igualmente, trazer efeitos nefastos para ela. A inquietação provocada pela aplicação de técnicas com consequências contraditórias fez com que se procurasse um equacionamento ético que servisse na regulação das novas relações sociais.¹⁸³ Os avanços da biotecnologia trouxeram consigo uma gama de questionamentos que serviram para demonstrar a insuficiência teórica dos fundamentos de uma teoria clássica da responsabilidade, de tal sorte que as questões éticas na contemporaneidade transcendem o espaço restrito das relações interindividuais, já que a tecnociência reflete os problemas encontrados no âmbito da ecologia, da natureza humana e do futuro desta.

Trata-se de uma concepção que pode ser trabalhada tanto com Barreto na construção de uma concepção humanista de ética, caracterizada pela responsabilidade do bem e do melhor¹⁸⁴, que determina o progresso ou o aperfeiçoamento qualitativo da vida humana, quanto com Goldim e o modelo da bioética complexa,¹⁸⁵ a qual consiste em uma perspectiva integrada da tomada de decisão envolvida em questões bioéticas práticas. Neste sentido, a adequada identificação do problema ou conflito bioético é o primeiro passo para a sua eventual resolução. O problema deve ser situado no presente, é reconhecido pelo desconforto que traz ao paciente, à família ou outra pessoa envolvida na situação e o levantamento de aspectos morais, éticos, sociais, legais, biológicos, entre outros, possibilita uma compreensão abrangente do problema a ser abordado, para que se possa compreender a bioética como um espaço de interfaceamento¹⁸⁶ dos diferentes aspectos envolvidos em um problema.

Para Taysa Schiocchet e Paula Pinhal de Carlos, a ciência, desenvolvida segundo modelos matemáticos e uma correspondência técnica construída sob modelos mecanicista,

juízo moral ocorre no âmbito da reflexão ético-filosófica, sendo inteligível em virtude de a pessoa ser caracterizada como agente moral, dotado de autonomia da vontade e liberdade de escolha, ao passo que a responsabilidade jurídica se objetiva no contexto de instituições sociais e sistemas de normas jurídicas, exigindo para a sua concretização o estabelecimento de critérios específicos, através de normas que determinem os contornos próprios desse tipo de responsabilidade. BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwig. (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.1-3 *passim*.

¹⁸³ *Idem. Ibidem.* p.17.

¹⁸⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwig. (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.19.

¹⁸⁵ GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwig. (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.68.

¹⁸⁶ O interfaceamento de diferentes aspectos envolvidos em um problema é explicado por Goldim como o referencial teórico utilizado na bioética que inclui, dentre outros, o principialismo, a ética das virtudes, os direitos humanos e a alteridade. Este modelo, esclarece o autor, tem sido muito útil no atendimento de demandas de consultorias tanto na área clínica quanto na de pesquisa. Esta visão mais abrangente e integradora da bioética permite ampliar perspectivas que auxiliam na resolução de problemas advindos da prática. In: *idem. ibidem.* p.70-71.

sustentou a ideologia do progresso contínuo, em que o paradigma positivista da produção e do desenvolvimento econômico estimula a lógica do mercado capitalista, e, portanto, o desenvolvimento de novas tecnologias reprodutivas, na medida em que elas são lucrativas. A preocupação com a promoção, proteção e prevenção da saúde reprodutiva, é, em contrapartida, íntima, tanto na esfera médica, científica ou mesmo jurídica.¹⁸⁷

Eis que o processo de institucionalização do saber e daqueles que detêm o poder ou habilidade de conhecer dá-se a partir das características presentes em uma sociedade sob determinado momento histórico. Destarte, em uma sociedade que seja normalizadora, patriarcal, hierarquizada e sexista, serão essas as bases que legitimarão o conhecimento em questão, dotando de poder aqueles que possuem tal conhecimento. Schiocchet e Pinhal apontam que as instituições promotoras da ciência ainda são dominadas por homens, e, a partir do momento em que se verifica que as classes médica e científica tornaram-se um *locus* de poder e de dominação privilegiados, e que tais são formadas majoritariamente por homens, a leitura que se faz da utilização dada às novas tecnologias reprodutivas deve conter algumas denúncias.¹⁸⁸

Dentre as denúncias que podem ser refletidas, encontram-se, por exemplo, a configuração das relações reprodutivas que instrumentalizam o seu corpo em nome da produção de um novo ser. Nessa perspectiva, inúmeros direitos e garantias fundamentais das mulheres são desrespeitados. A biotecnologia, e, em específico, as novas tecnologias reprodutivas, representam a manipulação da vida. As inovações tecnológicas não mais se restringem à apropriação e manipulação dos corpos, eis que ultrapassam esses limites para exercer um biopoder em nível celular.¹⁸⁹

A visão apresentada pelas autoras gira, na verdade, em torno das questões da vulnerabilidade e da bioética feminista. Neste cenário, considera-se que os historiadores da bioética referem que a disciplina surgiu como uma preocupação com os seres vulneráveis,

¹⁸⁷ SCHIOCCHET, Taysa. CARLOS, Paula Pinhal de. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. In: **Revista estudos jurídicos**. v.11. n.2, 2006. p.249-263. Segundo as autoras, a discussão sobre as novas tecnologias tem tomado grande proporção no Brasil, na área acadêmica, além de estar na pauta de discussão sobre políticas públicas, na mídia e no âmbito dos poderes legislativo, executivo e judiciário. Por outro lado, a participação feminista na bioética ainda é incipiente, mas tenta introduzir a perspectiva de gênero no enfrentamento destas questões.

¹⁸⁸ *Idem. Ibidem.* p.249-263.

¹⁸⁹ Este aspecto que é levantado por Taysa Schiocchet e Paula Pinhal dialoga com o capítulo anterior quando se apresentou a perspectiva biopolítica da vida. Na esteira do desenvolvimento tecnológico, a questão do biopoder aparece como a força produtiva que focaliza as experiências biológicas de uma determinada população. Como já referido ao longo do trabalho, o biopoder, nas sociedades modernas, encontra-se difuso e se faz exercer sobre a própria vida. Em uma sociedade disciplinar, recorre-se às normas jurídicas para o exercício do poder, ao passo quem em uma sociedade de controle isso se dá por meio de um conjunto de técnicas de controle, como a biopolítica. O poder passa a ser exercido diretamente sobre o cérebro e os corpos, com o objetivo de estabelecer um estado de alienação e o biopoder, em tal contexto, refere-se à produção e à reprodução da própria vida.

uma categoria bastante nova no campo das ciências humanas e filosóficas. A vulnerabilidade traz à tona a discussão sobre a desigualdade, a diferença e a tolerância, enfatizando que as populações e os indivíduos vivem em condições de diversidade.

Assim, a bioética feminista propicia a reflexão em torno das reais necessidades e especificidades dos seres vulneráveis, porquanto a vulnerabilidade pressupõe o estabelecimento de relações desiguais entre os indivíduos ou grupos.¹⁹⁰ A eliminação da vulnerabilidade necessita que as consequências das privações sofridas por uma pessoa ou grupo, nos âmbitos social, político, educacional ou econômico sejam ultrapassadas, pois o sujeito vulnerável possui redução ou perda total da liberdade individual, porque os mesmos fatores que conduzem à vulnerabilidade também impedem uma escolha livre.

Essa perspectiva da relação entre o biopoder e a bioética feminista também é debatida por Susan Sherwin para quem os governos de todo o mundo estão sendo chamados a regular as atividades do campo em rápida evolução das tecnologias reprodutivas e genéticas.¹⁹¹ Segundo seu posicionamento, há a necessidade de compreensão dos conceitos nucleares da ética feminista para a formulação de políticas adequadas nesta área. Assim, irá argumentar que um passo essencial para a promoção de políticas feministas na área das biotecnologias consiste em alterar os fundamentos ontológicos dos formuladores de políticas, substituindo-se a concepção individualista liberal da condição de pessoa para uma compreensão relacional feminista.

Do que até então já foi referenciado, tem-se a identificação do problema do aborto por anencefalia como algo mais complexo do que a consideração do anencéfalo como um natimorto cerebral. Percebe-se a ausência de uma maior reflexão e até compreensão de que demandas como esta colocadas em julgamento pelo STF necessitam desse exame acerca da responsabilidade e da complexidade que a bioética provoca hodiernamente, momento em que se pode realizar a abordagem do segundo aspecto abordado anteriormente, qual seja, a incongruência de o discurso jurídico buscar na definição médica de morte um substrato legal que pode significar uma repetição de estruturas de poder que permitem a tomada de decisões de uma maneira pretensamente simples, sem comprometimento com todos os aspectos que envolvem os dilemas bioéticos.

¹⁹⁰ SCHIOCCHE, Taysa. CARLOS, Paula Pinhal de. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. In: **Revista estudos jurídicos**. v.11. n.2, 2006. p.249-263.

¹⁹¹ SHERWIN, Susan. Fundamentos da bioética feminista. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p.334.

A complexidade do tema está relacionada a um processo de entrelaçamento entre o direito e a medicina. As conexões entre a bioética e o Direito são cada vez mais estreitas e afetam a vida social, não se limitando a simples regras e previsões ocasionais. No caso da anencefalia, deve-se indagar o que os avanços tecnológicos e sua aplicação na medicina, que permitiram criar novas possibilidades de diagnóstico, significam na definição da morte quando se está diante de um posicionamento no sentido de que a anencefalia é um processo irreversível de morte, diferentemente de uma gestação dita como desenvolvida normalmente.

O processo de relação entre a medicina e o direito tem para Pedro Frederico Hooft Lauterslager, professor de filosofia do direito na Universidad do Mar del Plata, na Argentina, vantagens e desvantagens. Segundo o autor:

El lado positivo estará dado por la minimización de la arbitrariedad y el control de la discrecionalidad excesiva em la tomada de decisiones, ofreciendo al mismo tiempo a quienes requieren de una atención sanitaria, um marco de equidad y un reconocimiento al derecho al igual tratamiento. Puede también ofrecer el derecho el espacio para favorecer un proceso de deliberación y argumentación racional, dando un peso prudente a la evidencia. **Sin embargo, la legalización puede también, a menudo, conducir a una excesiva formalización y rigidez, alejada de los problemas reales,** y sin la debida captación de la conflictividad propia de los problemas bioéticos, em detrimento de la apertura de nuevos horizontes em la reflexion bioética. Es por ello que se considera importante que los Comités de Bioética evalúen em primer término el curso de acción éticamente mejor, para sólo después buscar la información jurídicamente relevante para el caso, de manera de proteger así, al razonamiento moral del colapso hacia el legalismo, evitando contaminar su juicio propriamente ético.¹⁹² (grifou-se)

A prática médica depara-se com problemas que nem sempre são fáceis de equacionar, muito embora a evolução das tecnologias faz parecer com que as respostas devem ser concedidas na mesma velocidade com que os dilemas aparecem. No entanto, não ficam restritos apenas à seara da medicina, já que o Direito também é provocado a responder aos problemas. E, no aborto dos fetos anencéfalos, um dos debates que se coloca ao discurso jurídico é a (in)congruência do critério morte utilizado pela ciência jurídica.

Antes, porém, deve-se mencionar que tratando-se de morte, deve-se pensar, igualmente, na questão da vida e aborto. Há três pontos aparentemente inquestionáveis em relação não apenas ao anencéfalo, mas à questão do aborto em si: trata-se de um ser vivo, é

¹⁹² LAUTERSLAGER, Pedro Frederico Hooft. Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas: la ausencia de un substrato biológico mínimo genera una diferencia moral. In: **Acta Bioethica**. Año VI, n. 2, 2000. p.274.

biologicamente humano e pode dar origem a um recém nascido a quem se atribui, em tese, um direito à vida.

Há quem possa defender que o direito à vida e à existência não pode ser suprimido de ninguém. João Evangelista dos Santos Alves, Dernival da Silva Brandão, Carlos Tortelly Rodrigues Costa e Waldenir de Bragança, em obra conjunta, partilham da ideia de que o direito de existir é uma prerrogativa de toda criatura humana desde a concepção.¹⁹³ Para estes autores, o direito à vida não é adquirido progressivamente pois tem início no momento em que a vida é concebida. Em outras palavras, a vida seria um direito natural que há de ser sempre respeitado, mesmo com as dificuldades que pode acarretar aos pais, à família e à sociedade. Na linha defendida por um posicionamento como este, não se pode cogitar da existência de dispositivos legais que possam favorecer a prática do aborto, por afrontar o direito natural à existência, à vida.

Argumentos como este devem ser lidos com ressalva. Até pela próprio momento em que a obra destes autores foi elaborada percebe-se o porquê de haver uma vinculação tão forte à ideia da impossibilidade de abortamento em qualquer situação. Mas não se pode deixar de perceber que o ordenamento jurídico brasileiro não possui um marco temporal definido sobre o início da vida humana.¹⁹⁴ Há as correntes que indicam o início da personalidade, como aquelas apresentadas no primeiro capítulo, e que acabam por servir como uma espécie de base de interpretação sobre o começo da existencialidade humana.

Na discussão sobre o aborto, há uma tendência a se considerar com uma exagerada relevância os posicionamentos expressados por biólogos ou médicos acerca do começo da vida humana e o desenvolvimento embrionário. No entanto, a pretensão de dotá-los com a última palavra sobre o assunto carece de um maior sentido. O biólogo ou médico consignam dados científicos sobre o embrião, mas sem maior reflexão ético-filosófica. Por tal razão é que Gafo afirmará que todo discurso ético sobre *“la problemática del aborto deve tomar como*

¹⁹³ ALVES, João Evangelista dos Santos *et al.* **O aborto: o direito do nascituro à vida**. Rio de Janeiro: Agir, 1982. p.53.

¹⁹⁴ Destaca-se que autores como o espanhol Javier Gafo procuram explicar o início da vida humana a partir de seis critérios: a) a fecundação, ou seja, o momento em que se constitui a realidade biológica do zigoto, resultante da fusão entre o óvulo e o espermatozoide; b) a nidação, momento posterior à fecundação, em que o blastocisto formado implanta-se no endométrio e continua seu desenvolvimento; c) a finalização da organogênese, momento em que se demarca a finalização do processo de constituição dos órgãos humanos. A este momento, cita Gafo, alguns autores concedem especial relevância pelo seu significado antropológico, eis que se está diante de um ser cuja aparência já é humana e é nele que já estão constituídos os órgãos característicos de um indivíduo humano; d) a viabilidade, critério este que corresponde à capacidade do novo ser de poder viver fora do útero materno, embora seja com um especial auxílio médico; e) o nascimento, que se vincula desde o direito romano, significando, como o próprio nome diz, o surgimento do novo ser; f) os critérios relacionais, os quais intentam que o ser humano é muito mais do que sua estrutura biológica, sublinhando a importância das relações inter-humanas e o desenvolvimento da personalidade humana. GAFO, Javier. **10 palabras clave en bioética**. 5.ed. Espanha: Editorial Verbo Divino, 2000. p.50-59.

punto de partida, las aportaciones científicas lo más completas posibles sobre el desarrollo embrionario, pero después debe instaurarse una reflexión filosófico-ética que ya está fuera del ámbito estrictamente científico”¹⁹⁵.

Christian Paul de Barchifontaine, de forma sintética, apresenta cinco respostas da ciência acerca de quando começa a vida.¹⁹⁶ Inicialmente, a visão genética, segundo a qual a vida humana começa na fertilização, ou seja, a combinação de genes que forma um novo indivíduo com conjunto genético próprio. É criado um ser humano com direitos iguais aos de qualquer outro.

Pela visão embriológica tem-se que a vida começa na terceira semana da gestação, quando é estabelecida a individualidade humana. A visão neurológica trabalha com uma mesma ideia para vida e morte, de modo que se a vida termina quando cessa a atividade cerebral, ela começa a partir do momento em que o feto apresenta atividade cerebral igual a de uma pessoa.

Ainda, a visão ecológica considera que a capacidade de sobreviver fora do útero materno é que faz do feto um ser independente e determina o início da vida; e, por fim, a visão metabólica afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, pois não existe um momento único no qual a vida tem início. O desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inaugural.

Assim, a realidade não apenas do ordenamento jurídico brasileiro, mas das próprias ciências, no mundo, quanto à vida humana é a ausência de uma definição legal que vincule o seu início a algum marco temporal ou evento, de tal maneira que se considera o ser humano vivo com personalidade aquele que nasce e consegue respirar fora do ventre materno, como aludido no capítulo anterior.

Diferente é a situação em relação ao momento da morte. Tem-se, inicialmente, que o progresso das técnicas científicas que implicaram a possibilidade de atraso do momento morte acabou por influenciar a sua própria noção, mormente no que se refere ao tempo que esta ocorre. Se o critério para determinação da terminalidade estava concentrado na cessação da respiração e a parada cardíaca¹⁹⁷, agora, não mais se vislumbra este critério.

¹⁹⁵ GAFO, Javier. **10 palabras clave en bioética**. 5.ed. Espanha: Editorial Verbo Divino, 2000. p.59.

¹⁹⁶ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. **Bioética e início da vida** in MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTR, 2010.p.14.

¹⁹⁷ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2000. p.256.

Atualmente, o regulador do momento da morte é o cérebro, ou melhor, a cessação da atividade cerebral. Consoante determina a Resolução 1.480, de 8 de agosto de 1997¹⁹⁸, editada pelo Conselho Federal de Medicina, em razão da disposição do artigo 3º da Lei Federal 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que determinara a competência do Conselho Federal de Medicina para definir os critérios de diagnóstico da morte encefálica.

De acordo com o artigo 1º da Resolução mencionada, “a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias.” A morte encefálica, ainda de acordo com esta mesma norma, deve ser resultado de um processo irreversível e de causa conhecida.

Além disso, o artigo 6º da Resolução define que 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 sanguínea cerebral.

O que se percebe, hoje, é que se morre preenchendo requisitos legais. Mais do que isso, morre-se em conceitos abertos, pois, como se pode afirmar que determinado processo é irreversível. Ou, se pode questionar, ainda, o que é a causa conhecida que determina a morte. É a subsunção do ser humano à norma jurídica.

De acordo com Hans Jonas, em agosto de 1968 uma comissão da Escola de Medicina de Harvard trouxe ao público um informe sobre a definição de morte cerebral. Definia-se o coma irreversível como morte cerebral quando eram diagnosticados os seguintes caracteres:

- a) ausência de atividade cerebral constatável;
- b) ausência de toda atividade física dependente do cérebro, como respiração espontânea e reflexos.

Equiparava-se a morte cerebral, desta forma, à morte de todo o corpo, ou seja, do paciente, permitindo-se, desta forma, a interrupção de todos os auxílios funcionais artificiais, como respirador e outras medidas de manutenção, bem como autorizava a extração dos órgãos para fins de transplante. Assim, o status de cadáver começa com a determinação da morte cerebral.¹⁹⁹

Se mediante a manutenção artificial da respiração só se pode obter o coma permanente, que se pare o pulmão artificial e todo o demais, deixando-se morrer o paciente.

¹⁹⁸ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm. Acesso em 22 de julho de 2012.

¹⁹⁹ JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad**. Ed. PAIDÓS. p. 146.

Porém, deixe-se morrer em toda a sua integridade, até que seja cessada toda sua função orgânica.

A nova definição de morte deve dar ao médico o direito de por fim ao tratamento de um estado que só se pode prolongar, porém não melhorar, e cuja prolongação não tenha sentido nem mesmo ao próprio paciente.²⁰⁰ Valendo-se dos ensinamentos de Otto Guttentag, Jonas irá afirmar que aquele autor o objeta ao dizer que o organismo como um todo não é a mesma coisa que todo o organismo, ou seja, o organismo em todas as suas partes.

Neste sentido, Hans Jonas aproveita esta objeção para explicar que sempre se referiu à morte do organismo como um todo e não de todo o organismo. No entanto, respiração e circulação sanguínea não entram nesta definição, pois o efeito dessas atividades se estende por todo o sistema e assegura tanto a manutenção funcional como substancial do resto das partes.²⁰¹

No coma irreversível o ponto de partida é naturalmente de que este é um estado que exclui a reativação de qualquer parte do cérebro em todos os sentidos. O cérebro está morto. Há um organismo como um todo, menos o cérebro, mantido em um estado de vida parcial, enquanto o respirador e outros auxiliares estiverem funcionando. Nesse sentido, Jonas questiona: o paciente morreu? Assim, o autor coloca que não se necessita de uma nova definição para morte, mas talvez uma revisão da suposta obrigação do médico em prolongar a vida a todo custo.

Ocorre então uma redefinição do dualismo corpo-alma. A nova forma de dualismo passa a ser corpo e cérebro, ou seja, considera-se que a verdadeira pessoa tem seu assento no cérebro e o resto do corpo apenas guarda uma relação de utilidade. Se o cérebro morre é como se a alma escapasse, sobrando apenas os restos mortais.²⁰²

Então, da leitura até aqui já realizada tem-se que o direito não decidiu quando se começa a viver, mas sim quando se inicia a personalidade humana e quando se termina a existência, alheio a qualquer discussão sobre a cientificidade dessas conclusões e da existência de diferentes correntes. Ao se definir o início da proteção à personalidade civil a partir do nascimento com vida, mas colocando a salvo os direitos do nascituro desde a concepção, mais parece que o legislador vinculou-se a um discurso melhor compatível com a Igreja Católica do que com qualquer outra corrente da ciência.

²⁰⁰ JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad**. Ed. PAIDÓS. p.149.

²⁰¹ *Idem. Ibidem.* p.151.

²⁰² *Idem. Ibidem.* p.155.

Isso porque para o catolicismo tem na concepção o início da vida humana, razão pela qual não se pode negar o dom da vida, tampouco suprimir ou manipular a vida que nasce. Logo, há uma aparente legitimidade que é dada ao direito pela religião de se definir qual o critério de definição da vida humana, mesmo que se diga ser o Brasil um Estado laico. Ponto para se pensar.

Ocorre que o STF, ao julgar a ADPF nº. 54, também mencionou a questão da morte para fundamentar a sua decisão. Em audiência pública ocorrida, o Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Presidente da União dos Juristas Católicos da Arquidiocese do Rio de Janeiro, Doutor Paulo Silveira Martins Leão Junior, consignou que há uma certa confusão entre a situação do feto anencefálico e a morte cerebral, sendo situações distintas. Segundo ele, a morte encefálica é uma situação de prognóstico, uma irreversibilidade em que não há respiração espontânea.²⁰³ No caso dos fetos anencefálicos, há uma variedade de casos, pois algumas partes do encéfalo não estão formadas, enquanto outras sim, permitindo que alguns fetos sobrevivam mais tempo.

Já no voto do Ministro Marco Aurélio, ficou assentado que há dois processos que evidenciam o momento morte: o primeiro, caracterizado pela parada total e irreversível das funções encefálicas, em consequência de uma causa conhecida, ainda que o tronco cerebral esteja em atividade; e o segundo, caracterizado pela parada irreversível das funções cardiorrespiratórias, com a finalização das atividades cardíaca e cerebral pela ausência de irrigação sanguínea, restando em posterior necrose celular.²⁰⁴ Neste sentido, considera o Ministro da Corte que o fato de respirar e ter batimentos cardíacos não altera a condição do anencéfalo, qual seja, a de natimorto cerebral.²⁰⁵

Ao que parece, o Ministro Marco Aurélio, ao considerar o anencéfalo como um natimorto cerebral não apresenta dúvida de que há uma condição irreversível. Conceitualmente, entretanto, pode haver uma incerteza na definição de morte. Maria Lúcia Fernandes Penna refere que no ano de 2001 um editorial do *New England Journal of*

²⁰³ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

²⁰⁵ Segundo o Ministro Marco Aurélio, o coração e a respiração dos anencéfalos perduram por pouco tempo: 75% não alcançam o ambiente extrauterino. Dos 25% restantes, a maior parte tem cessados a respiração e o batimento cardíaco nas primeiras 24 horas e os demais nas primeiras semanas. Assim, ainda que haja controvérsias, seria indubitável que os fetos anencéfalos resistem muito pouco tempo fora do útero. In: *idem. ibidem.*

Medicine ressaltou a imprecisão e confusão do termo morte cerebral, ainda que seja um termo muito familiar às pessoas, o que tornaria difícil a sua substituição por morte neurológica ou *brain-based determination of death*. Para a autora, todavia, a mudança de terminologia representa um modo de esclarecer a diferença entre o conceito de morte neurológica e o momento para determiná-la.²⁰⁶ Como um conceito, a morte neurológica é a morte da pessoa, a sua impossibilidade de consciência, sendo irreversível, razão pela qual, para Penna, a terminologia empregada quando se trata de morte neurológica é importante, já que a noção de células e tecidos vivos não corresponde ao conceito ético e filosófico de vida humana.²⁰⁷

Ainda, segundo Sam Shemie, a medicina e a sociedade continuam buscando um conceito de morte, especialmente em consequência dos avanços de sistemas complexos de suporte vital. Para o autor, a morte encefálica é um termo e conceito que gera controvérsia, pois para os clínicos e famílias pode ser difícil compreender a morte em um indivíduo cujos sinais vitais são mantidos por uma tecnologia de suporte vital, razão pela qual o conceito de morte encefálica vem sendo criticado como um construto social, criado para fins utilitários a fim de permitir transplantes de órgãos.²⁰⁸

Também, Jeff McMahan refere que o critério ortodoxo para a morte do ser humano é a morte encefálica, mas questiona se realmente há morte nestes casos.²⁰⁹ O autor entende que há duas poderosas instituições que vêm informando o debate sobre a morte encefálica desde o seu início: uma delas é que a morte envolve, ou talvez signifique a aniquilação do eu através da perda irreversível da capacidade para a consciência; a outra, é que a morte é um fenômeno biológico, que envolve a cessação do funcionamento integrado do organismo como um todo. O apelo constante à morte encefálica como critério para a morte reside, para McMahan, no fato de que ela parece capturar essas duas dimensões aparentemente díspares da morte humana.²¹⁰

²⁰⁶ PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). In: **Physis: Revista de saúde coletiva**. n. 15. Rio de Janeiro, 2005.p.95-106.

²⁰⁷ *Idem. ibidem.*

²⁰⁸ SHEMIS, Sam D. Parada cerebral, parada cardíaca e as incertezas na definição de morte. In: **Jornal de Pediatria**. v.83. n.2, Rio de Janeiro, 2007. p.102-104. O autor explica que as tecnologias de suporte e substituição de órgãos também ensinam sobre a mecânica da morte. Existem três mecanismos fisiológicos básicos: a) a parada cardíaca primária, resultando em parada circulatória; b) parada respiratória primária, que causa uma parada cardíaca secundária; ou c) parada cerebral primária, que através da interrupção do controle das vias aéreas e impulso respiratório, causa uma parada respiratória secundária e então uma parada cardíaca.

²⁰⁹ MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.447.

²¹⁰ McMahan afirma que quando o cérebro como um todo morre, ou deixa de funcionar, todos os traços do eu desaparecem: não há mais qualquer possibilidade de o organismo ser novamente capaz de suportar a consciência ou a atividade mental. E a morte encefálica também anuncia a dissolução imediata do organismo como um sistema autorregulador, composto de partes interligadas. Portanto, se a morte encefálica for a morte, pode parecer que a vida biológica e a aniquilação da vida pessoal devem coincidir. In: *idem. ibidem.* p.447-448.

Entretanto, o autor assume o posicionamento de que a noção de morte encefálica não faz justiça às intuições sobre a morte. Neste sentido, a morte encefálica não é um critério aceitável, seja da cessação da existência da mente, seja da morte biológica do organismo, eis que não há, na verdade, nenhum critério único capaz de capturar ambas as dimensões da morte.²¹¹

Vê-se, dessa forma, que a questão da falta de consciência costuma ser um dos argumentos utilizados para a compreensão da morte cerebral, o que poderia sugerir que no caso dos anencéfalos, justamente por esta anomalia, não se cogita da consciência no feto. Sobre tal aspecto, Barchifontaine alude alguns argumentos. Para ele, a consciência de si é algo que se passa no mais íntimo de cada ser humano, e que consequentemente só diz respeito a ele próprio. Diferentemente de muitos fenômenos do corpo, que ocorrem de fora para dentro, o movimento da consciência, enquanto fenômeno da mente, é um movimento dela para dentro de si mesma, isto é, a cada vez em que ela se abre e sai de si mesma, ocorre uma mudança de *status* e ela já não mais é consciência de si, passando a ser consciência do mundo circundante. Por ser algo tão pessoal e tão íntimo é que poder-se-ia questionar se ela existe ou não no feto ou no recém nascido.²¹²

Enumera o autor, ainda, outros três aspectos:

a) a consciência do mundo: o recém nascido ainda irá formar através de suas interações com o próprio meio ambiente. Como todos os bebês nascem sem essa consciência, todos os recém nascidos seriam passíveis de serem eliminados;

b) a possibilidade de confundir consciência de si com o sentimento de identidade: este aspecto também é construído nas múltiplas interações do eu com o outro. Assim, tal possibilidade está igualmente fora de questão; porque, se fossem passíveis de serem eliminados todos os recém nascidos que não tivessem consciência do outro, a alternativa seria igualmente a eliminação de todos eles;

²¹¹ MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.448. O autor assume o posicionamento ao elucidar que as duas funções fundamentais do cérebro – a geração de consciência e a regulação do funcionamento integrado do organismo – localizam-se em áreas diferentes. A preponderância da evidência indica que é no cérebro superior (e, em particular, no córtex, que é a camada externa do grande cérebro) que a consciência e a atividade mental são realizadas. E é sobretudo o cérebro inferior, que consiste principalmente no tronco cerebral, que coordena o funcionamento dos vários órgãos e subsistemas para todo o organismo. Dado que as duas funções estão localizadas em regiões diferentes do cérebro, uma delas pode ser perdida, enquanto a outra é mantida. Isso porque o córtex é mais sensível aos efeitos da anoxia. Quando o cérebro é privado do oxigênio, os tecidos do córtex começam a morrer rapidamente. Consigne-se, para fins de definição, que anoxia significa a diminuição do fornecimento de oxigênio para todos os tecidos e para todas as células. In: SILVA, Carlos Roberto Lira da SILVA, Roberto Carlos Lyra da. **Dicionário de saúde**. São Paulo: Yendis editora, 2004. p. 57.

²¹²BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas?. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p.250.

c) a consciência moral é uma construção individual. Nenhum ser humano vem ao mundo com uma consciência moral impressa na alma, nem, tampouco, geneticamente determinada. Embora vários fatores interfiram na formação da consciência moral, como a família, cultura e valores, sua formação é uma tarefa individual e intransferível.²¹³

A consideração da consciência como um determinante para a vida pode ser relacionada com a anencefalia. Munir Massud considera que com a perda do encéfalo, perde o ser humano estruturas como o hipotálamo, tálamo, cerebelo e núcleos de base, que controlam a maioria das funções sem as quais a vida é impossível e absolutamente vegetativa. A ausência do córtex cerebral impede o estabelecimento de padrões emocionais, razão pela qual, para este autor, imaginar que existem casos onde anencéfalos respondem a carícias e afagos maternos é produto, pois, da piedade, do amor maternal imenso e da ternura dessas mães, mas não é verdade que isso ocorra.²¹⁴ Neste contexto, resta apenas uma vida que não se sustenta por muito tempo, a qual fica a cargo de batimentos cardíacos que propõem o sangue e as incursões respiratórias.

Massud assume tal posicionamento por considerar que o anencéfalo não está no mundo e não possui qualquer condição de conectar-se com a realidade, eis que a vida²¹⁵ seria caracterizada por um conjunto de propriedades comuns a todos os organismos. A vida humana, segundo ele, não pode ser abarcada em toda a sua plenitude numa definição que inclua todos os seres vivos, razão pela qual a racionalidade é a propriedade que distingue o ser humanos dos outros, e, neste sentido, justificar-se-ia a aceitação do conceito de morte neurológica, conferindo à consciência a característica mais relevante de todos os seres humanos e não o batimento cardíaco ou a atividade metabólica dos tecidos. No seu entendimento, um ser que nada possa sentir e para o qual não há a menor possibilidade de que venha a sentir coisa alguma ou pensar está impossibilitado de ser considerado vivo.²¹⁶

²¹³ BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas?. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003. p.250.

²¹⁴ MASSUD, Munir. Anencefalia numa perspectiva ética. In: **Revista brasileira de saúde materno-infantil**. n.10. suplemento 2. Recife, 2010.p.5263-5270.

²¹⁵ Massud refere que o conceito de vida abarca duas realidades diferentes. Um deles, diz respeito aos processos metabólicos ou vitais que podem ser chamados de vida humana biológica, mas que vai, além disso, para incluir outras capacidades distintivamente humanas, como, por exemplo, a capacidade para escolher e pensar. Parece claro, segundo o autor, que essas capacidades distintivamente humanas, como pensar, por exemplo, é uma atividade do encéfalo e, portanto, um fenômeno biológico. No entanto, é correto que a definição de vida que abrange todos os seres vivos deve ser complementada no caso do ser humano com as capacidades ímpares que lhe distinguem. Não é possível comparar em toda a sua extensão a vida de uma ameba à vida humana, embora deva existir um grupo de características comuns a ambos que os distinguem como seres vivos. Assim, Massud aceita que as crianças anencéfalas possuem vida biológica, mas não vida pessoal humana. In: *idem, ibidem*.

²¹⁶ *Idem. ibidem*.

Em síntese, a morte encefálica marcaria a cessação irreversível do funcionamento coordenado em organismos que possuem o cérebro, já que este seria o regulador de integração do corpo. A problemática surge quando se percebe que os critérios de início e fim de vida não são simétricos. Se o organismo morre quando há a morte encefálica, então o começo da existência igualmente deveria ser marcado pelo início da vida cerebral. Logo, duas incongruências podem ser apontadas pelo exposto até então:

a) o critério de início e término da vida não demarcam-se por um mesmo evento, qual seja, a formação do cérebro. Portanto, o STF ao colocar que o anencéfalo não possui vida a ser tutelada por ser um natimorto cerebral pode estar se confundindo, pois a atividade cerebral não é o que determina o início da vida no Direito brasileiro. Eis aí o primeiro momento em que o discurso jurídico apropria-se de um conceito, o da morte cerebral, para fundamentar a sua decisão. Recorde-se que o conceito de anencefalia implica a ausência da caixa craniana e que para se definir morte cerebral é necessário pressupor a presença de cérebro. Se no caso do anencéfalo não há a formação completa deste, quiçá seja o caso de pensar que nem em morte cerebral se está falando. Por tal razão, pensa-se que argumentos do tipo natimorto cerebral devem ser lidos com cautela

b) percebeu-se que esta noção não é unívoca, logo, não poderia ser utilizada de maneira simplória, sem maior aprofundamento teórico sobre o que, efetivamente, significa a morte e o momento de sua ocorrência.

Da mesma forma, a questão da morte não foi analisada no aspecto envolvendo a consciência, o que acarretaria o exame do tema sob uma visão filosófica pelo discurso jurídico consignado na decisão da ADPF nº. 54.

É com Heidegger que afirmar-se-á que o findar implicado na morte não significa o ser e estar-no-fim da presença, mas o seu ser-para-o-fim. Segundo o filósofo, a morte é um modo de ser que a presença assume no momento em que é, ou seja, é a máxima de que para morrer basta estar vivo. Assim, irá pensar a morte em um sentido mais amplo, como um fenômeno da vida. Nas suas palavras:

Deve-se entender vida como uma espécie de ser ao qual pertence ao ser-no-mundo. Do ponto de vista ontológico, esse modo de ser pode fixar-se à presença apenas numa orientação privativa. A presença pode também ser considerada como mera vida. (...) Morrer, por sua vez, exprime o modo de ser em que a presença é para a sua morte. Assim, pode-se dizer: a presença nunca finda. A presença só pode deixar de viver no momento em que morre.²¹⁷

²¹⁷ HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3ª Ed. São Paulo: Vozes, 2008. p.320 *et seq.*

Dessa afirmação decorre que se pode pensar, então, que a morte é a possibilidade certa e insuperável da presença do ser. A morte está no ser-para-o-fim, porque representa o fim da presença. Sendo a morte um fenômeno da vida, poder-se-ia pensar que a morte só existe quando existe vida. E, novamente, passa-se a acreditar que o argumento da morte cerebral é a resposta adequada para a interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, mesmo quando já se pode verificar que não é um critério não passível de ser questionado. O ato estaria justificado tão somente porque na ausência de formação completa da caixa craniana, não há problema em interromper a gravidez, já que não se cogita da existência de vida, mas sim a pura constatação da morte. Assim, analisar o tema sem a sofisticação que exige pode ocasionar que o discurso jurídico caia naquilo que Beauchamp e Childress denominam de *Slippery Slope Arguments* ou argumentos do tipo descida escorregadia.²¹⁸

.Conforme estes autores, muitas pessoas repudiam argumentos do tipo descida escorregadia, em função de seu uso indiscriminado na ética biomédica, na falta de evidências empíricas que sustentem suas afirmações e de seu caráter fortemente metafórico. Estes argumentos aparecem em duas versões: a conceitual e a psicossociológica. Pela primeira, a descida é escorregadia porque os conceitos e as distinções usadas nas regras morais e legais

²¹⁸ BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p.255 *et.seq.* Para contextualizar esta crítica efetuada pelos autores, esclarece-se que a sua explicação é dada quando eles refletem acerca do princípio da não-maleficência, cujo conceito é explicado geralmente pelos termos prejudicar e lesar. No entanto, estes são termos com significados diferentes e ambíguos. Lesar refere-se a prejudicar, por um lado, e a fazer mal, cometer injustiça ou violação, por outro. Envolve violar os direitos de alguém, enquanto que prejudicar não envolve necessariamente uma violação. Desta forma, ao se explicar o princípio da não-maleficência os autores utilizam o termo prejudicar no sentido de contrariar, frustrar ou colocar obstáculos aos interesses de alguém, seja em ações que uma pessoa prejudica a si mesma ou naquelas impetradas por outrem. O princípio da não-maleficência abarca regras morais específicas, tais como não matar, não causar dor ou sofrimento a outros, não causar incapacitação a outros, não causar ofensa a outros. Ao explicarem o modelo da devida assistência, Beauchamp e Childress apontam que em casos de exposição a riscos, a lei e amoral reconhecem um modelo de devida assistência que especifica o princípio de não-maleficência. Tal modelo só poderá ser satisfeito se as metas perseguidas justificarem os riscos que tenham de ser impostos para alcançá-las. Assim, riscos graves exigem que os objetivos sejam importantes na mesma proporção para que possam ser justificados, e situações de emergência justificam riscos que não seriam justificados em situações normais. Outro aspecto importante levantado por Beauchamp e Childress reside nas justificativas para a omissão de tratamentos de saúde. O primeiro caso apontado é quando o tratamento desvelar-se fútil ou despropositado, ou seja, quando não oferece nenhum benefício ao paciente. O segundo caso ocorre quando as desvantagens do tratamento excedem os benefícios. Neste sentido, lecionam que muitas vezes encontra-se nos códigos médicos uma suposição errônea segundo a qual os tratamentos de suporte de vida só podem ser suspensos se o paciente estiver em estado terminal. Mesmo se o paciente não estiver em estado terminal, o tratamento de suporte de vida não é obrigatório caso as desvantagens excedam os benefícios ao paciente. Estas discussões e divergências irão influenciar um debate acentuado por Beauchamp e Childress ao tratarem do princípio da não-maleficência quando discutem a diferença conceitual entre matar e deixar morrer. Para os autores, na linguagem comum, matar é toda forma de privação ou de destruição de vida, incluindo a vida animal e vegetal. Para eles, a palavra matar geralmente vem acompanhada de uma conotação emotiva de algo moralmente errado, ainda que em condições em que seja permitido, por exemplo, a guerra. Tal significado não acompanha a expressão “deixar morrer”. Concluem, assim, que a distinção entre matar e deixar morrer é vaga e confusa, pois muitos casos não podem ser classificados como atos de deixar morrer sem ser classificados também como atos de deixar matar.

são vagos e podem acarretar resultados imprevistos, de modo que uma norma ou justificação para um tipo de ação que, considerada isoladamente, é moralmente aceitável, termina por apoiar atos similares inaceitáveis.²¹⁹ A segunda versão dos argumentos do tipo descida escorregadia oferece uma razão melhor para manter a distinção entre matar e deixar morrer, pois examina o provável impacto de se fazerem exceções a regras profissionais, sociais e legais ou de modificá-las de maneira mais permissiva.

Para Beauchamp e Childress, a versão psicossociológica dos argumentos de descida escorregadia torna-se mais convincente quando se considera os efeitos da discriminação em virtude da deficiência, já que as crianças nascidas deficientes poderão sobreviver a um alto custo para a sociedade, tornando-se idosos com problemas médicos que exigirão proporções cada vez maiores de recursos financeiros públicos.²²⁰ Caso se fosse pensar os argumentos do tipo ladeira escorregadia para os anencéfalos, pensar-se-ia neles, ao menos, de duas formas:

a) acreditando-se que o critério da morte cerebral seja inquestionável, corre-se o risco de compreender a interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos apenas como uma mera autorização a ser concedida pelo Poder Judiciário, ante a ausência de um órgão essencial para o desenvolvimento da pessoa e da vida com consciência. Olvida-se, neste sentido, que vida e morte não possuem critérios simétricos, como fora apontado anteriormente;

b) manter uma posição conservadora poderia ser apontado como uma solução, mesmo diante da inovação ocasionada pelo desenvolvimento científico e a possibilidade de diagnóstico da anencefalia na gravidez. Assim, não haveria necessidade de exame judicial dos pedidos de interrupção da gravidez ou até se pensar em uma regulação legislativa para o ato e negar-se-ia toda a particularidade que a anencefalia envolve.

O discurso pode ser traído àqueles que pensam que o ser só pode ser considerado humano quando possui o cérebro, e, assim, o anencéfalo talvez não seria considerado como tal, e, mais do que isso, aos que assim defendessem no ordenamento jurídico brasileiro, indiretamente estariam criando o marco temporal para a determinação da vida e consideração da pessoa como um ser humano tutelado juridicamente, qual seja, a formação do cérebro. Neste sentido, posicionamentos que fossem contrários ao aborto dos fetos anencéfalos ganhariam força e o debate ganharia um contorno apenas na lógica do certo e errado, que é justamente o que não se pretende aqui.

²¹⁹ Por exemplo, algumas justificações oferecidas para a aceitabilidade moral do suicídio pode implicar alguma forma de justificação da eutanásia ativa. Assim, a justificação para o suicídio o primeiro passo para entrada em uma descida escorregadia para a eutanásia. In: BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica**. Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.p.255.

²²⁰ *Idem. Ibidem.* p.256.

Assim sendo, tem-se que produzir uma definição para a vida e para a morte é, principalmente, uma tarefa de cunho filosófico e a escolha dos critérios para a sua determinação não é jurídica, conquanto seja um assunto médico. Como referido no primeiro capítulo, o conceito de pessoa não é meramente biológico, mas a morte é uma noção, um evento biológico; o que morre é o organismo biológico e não a pessoa, pois, do contrário, dizer que a morte cerebral é a morte da pessoa, significa reduzi-la a um aspecto puramente biológico. Por isso, insista-se, a consideração do feto anencéfalo como um natimorto cerebral é questionável porque representa a biologização do ser humano e não enfrenta todas as nuances que a própria noção de morte apresenta.

3.2 O ARGUMENTO DA (IN)COMPATIBILIDADE DE VIDA EXTRAUTERINA COMO FUNDAMENTO PARA A INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ DE FETOS ANENCÉFALOS: O SEGUNDO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO JURÍDICO

Ao lado do argumento da morte cerebral, que tornaria o feto anencéfalo um natimorto, consoante posicionamentos que foram apresentados, caminha o da (in)compatibilidade de vida extrauterina, que, inobstante não haja maiores conceituações ao longo do debate sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos, é comumente utilizado pelo discurso jurídico para fundamentar as decisões judiciais sobre este tema, a exemplo da ADPF nº. 54, do ano de 2004.

Desde a petição inicial da ação se verifica que este é um dos argumentos utilizados com maior força para justificar a possibilidade de interromper a gestação dos fetos anencéfalos. Segundo Barroso, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em cem por cento dos casos, não havendo controvérsias sobre isto, ainda que existam relatos de fetos anencéfalos que sobreviveram alguns dias fora do útero materno. De qualquer forma, esta sobrevivência é de apenas algumas horas após o parto, não havendo qualquer possibilidade de tratamento ou reversão do quadro, o que torna a morte inevitável e certa, sendo que, na maioria dos casos, os fetos anencéfalos morrem ainda no período intrauterino.²²¹

Por esta ideia, tem-se que, diagnosticada a anencefalia, não haveria nada que a medicina pudesse fazer em face de um feto inviável, pois a permanência de um feto anômalo no útero materno poderia ocasionar danos à saúde da gestante ou até perigo de vida, tendo em

²²¹ A versão integral da petição inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p.69 *et.seq.*

vista o óbito intraútero. Pelo quadro de irreversibilidade do feto, a gestante seria a pessoa submetida a tratamento médico. No caso do feto anencéfalo, prossegue Barroso em sua tese exposta na Ação levada ao STF, a morte dele decorre de uma má formação congênita, sendo certa e inevitável, ainda que decorridos os nove meses da gestação.²²²

Na concessão da medida liminar, em julho de 2004, o Ministro Marco Aurélio afirmou que na questão da anencefalia está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Diante de uma formação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas justamente, para fazê-los cessar.²²³ Ainda, a decisão que concede liminarmente a possibilidade de interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos faz referência à margem de certeza igual a cem por cento em que atua a ciência médica em relação ao diagnóstico.²²⁴

A ADPF nº. 54 contou, em agosto de 2004, com Parecer do Procurador-Geral da República na ocasião, Cláudio Fonteles, que abriu uma divergência acerca do tema.²²⁵ Segundo ele, o feto anencéfalo não causa a morte da mãe, pois, se fosse esta a situação, estar-se-ia diante da hipótese de aborto terapêutico. O Procurador-Geral sustentara, naquele contexto, que a tese exposta na Ação sacrificaria o direito à vida, notado pela sua inviolabilidade, a teor do artigo 5º da Constituição Federal.

Há, todavia, uma fundamentação que deve ser referida, ainda que já se vislumbre, hoje, a decisão pelo STF, mas que servirá para conduzir o debate neste tópico: o Procurador Cláudio Fonteles considerou que se há normal processo de gestação, logo, vida intrauterina existe, e, nos casos de anencefalia, há o normal desenvolvimento físico do feto, pois formam-se os seus olhos, nariz, ouvidos, boca, mãos, braços, pernas, pés, pulmões, veias, sangue e coração, de modo que não se pode desconsiderar a existência de vida em um feto, que, embora anencéfalo, por certo nascerá e que poderá viver segundos, minutos, horas, dias e até

²²² A versão integral da petição inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p.69 *et.seq.* É através da utilização de argumentos como este que se fundamenta o pedido de interrupção da gravidez como uma antecipação terapêutica do parto, argumento que será discutido oportunamente.

²²³ A versão integral da concessão da liminar da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p.99-107.

²²⁴ Consta na decisão que dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intrauterino em mais de cinquenta por cento dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevivida, os efeitos da deficiência. Por essa razão, manter a gestação até o fim resultaria em danos à gestante e à família, além dos riscos conhecidos no âmbito da medicina. In: *Idem. ibidem*.

²²⁵ A versão integral do parecer da Procuradoria-Geral da República na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se In: *idem. ibidem*. p. 115-130.

meses. Neste sentido, estabeleceu que o direito à vida é atemporal, ou seja, não seria avaliado pelo tempo de duração da existência humana.²²⁶

No ano de 2009, em audiência pública realizada pelo STF, o então Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendeu que a anencefalia é uma má-formação incompatível com a vida do feto fora do útero, que não sobreviverá ao parto, tendo-se este cenário como certo. Assim, o Ministério da Saúde defendeu ser a antecipação terapêutica do parto uma garantia da mulher, a qual está fundamentada na dolorosa experiência de um manejo de uma situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo, mesmo sabendo que o feto não sobreviverá ao parto.²²⁷

Para além destes aspectos, o Ministro da Saúde ainda ressaltou que, havendo o diagnóstico da anencefalia, a mulher é informada e convidada a repetir os exames, que, em geral, são realizados por outra equipe médica, sendo que nos municípios onde existem hospitais de referência em medicina fetal, a gestante é encaminhada para esses serviços. Assegurou o Ministro, dessa forma, que o diagnóstico da anencefalia é resultado de exames feitos por mais de um médico e que o atendimento à paciente é conduzido por equipes multidisciplinares.²²⁸ Essas, seguem os preceitos do parto humanizado e assistem às mulheres grávidas de fetos anencéfalos desde a decisão de buscar suporte judicial para a antecipação do parto até o pós-parto, da mesma maneira que cuidam daquelas que optam por manter a gestação ou não conseguem receber autorização judicial.²²⁹

²²⁶ A versão integral do parecer da Procuradoria-Geral da República na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p. 115-130. Segundo Cláudio Fonteles, não são todas as gestantes que, por sua dor, almejam livrar-se do ser humano que existe em seus ventres. Há outras que experimentam a dor, superam-na e, acolhendo a vida presente em seu ser, deixam-na viver, pelo tempo possível. Para o procurador, o feto no estado intrauterino é ser humano e não coisa. Por essa razão, assentou em seu parecer que o pleito inscrito na Ação iria na contramão da construção de uma sociedade solidária, que deve ser o modo eficaz de se constituir a cultura da vida.

²²⁷ BRASIL. Ministério da Saúde. **Discurso do ministro da saúde, José Gomes Temporão, em audiência pública do STF sobre gestação de fetos com anencefalia**. Brasília, 2009. Disponível em: http://www.portalsaude.gov.br/portal/arquivos/.../discurso_stf_anencefalia_040908.pdf. Acesso em: 04 de agosto de 2012. O Ministério da Saúde adotou tal posição por considerar que, uma vez estabelecido que o feto com anencefalia não tem o córtex cerebral, por isso a analogia com a definição legal de morte encefálica, trata-se de um feto potencialmente morto. Um recém-nascido com anencefalia que sobreviva ao parto é detentor de todas as proteções jurídicas cabíveis aos recém-nascidos no país. No entanto, por não possuir o córtex cerebral, é considerado um natimorto cerebral.

²²⁸ *Idem. Ibidem.*

²²⁹ Tendo em vista este auxílio que é referido pelo Ministro, é que ele sustenta o seu trabalho a partir da relação existente entre a defesa da saúde e a defesa da vida, associando a mãe, o bebê e a gestação, o que implica prover, como tarefa da saúde, ao binômio mãe-bebê todos os cuidados, abrigando-o com a oferta de políticas desenvolvidas por um Estado que atenda tanto o desenvolvimento saudável de um novo ser, quanto à oferta de novos dispositivo de apoio à mãe, quando, por infortúnio, o projeto de vida que abriga em seu ventre tem, como certeza, não o desenvolvimento saudável, mas a morte inexorável. Por estes motivos, e por considerar que a antecipação do parto por anencefalia é autorizada em vários países do mundo, é que o Ministério adotou, em

Verifica-se que o argumento da incompatibilidade de vida extrauterina fora bastante utilizado como um dos fundamentos para a autorização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, tendo sido apresentado como uma condição de certeza absoluta quanto ao diagnóstico da anomalia. Este mesmo posicionamento, apresentado pelo discurso jurídico, é encontrado em pareceres e documentos de diferentes Conselhos Regionais de Medicina e do Conselho Federal de Medicina, como se pode entender na sequência cronológica que segue²³⁰.

Em 1998, o Conselho Regional de Medicina de São Paulo, na consulta nº 8.905, considerou que o diagnóstico de anencefalia fetal pré-anuncia uma situação de vida prolongada, após o nascimento. Ademais, consignou que a ciência ainda não oferece recursos para a correção dessa anomalia, até mesmo para a prolongação da vida de um anencéfalo, muito menos, ao que se sabe, para atenuar os danos no seu neuropsiquismo. Mesmo assim, o desejo de levar a gravidez a termo externado pela mãe de um feto comprovadamente anencéfalo, por dois resultados de ultrassonografia obstétrica, sequer deve ser questionado, pois é um direito seu. Ressaltou o Conselho que deve valer à criança, uma vez nascida, as condições de sobrevivência cardiorrespiratória, com respeito e a dignidade devidos a todo ser humano, para que possa manter a vitalidade dos órgãos passíveis de serem transplantados em outro recém-nascido. Por fim, ficou registrado no parecer que, em termos científicos, não existe qualquer perspectiva de vida do anencéfalo.²³¹

O Conselho Regional de Medicina do Estado da Paraíba, em 2000, ao responder a consulta nº 07/2000 considerou que com a evolução do armamentário tecnológico médico é possível, com uma boa margem de acerto, diagnosticar doenças de vida intrauterina, algumas reconhecidamente incompatíveis com a vida humana. A anencefalia seria o exemplo clássico, eis que a literatura médica não registra sobrevida de pacientes portadores de anencefalia por mais de vinte e quatro horas, pois trata-se de uma má-formação congênita grave do sistema nervoso. Quanto ao diagnóstico, recomendou que deve ser confirmado por duas ultrassonografias, pois os exames complementares apresentam, em geral, uma margem de erro, de modo que as falhas podem ser ocasionadas por uma interpretação equivocada das

2009, o posicionamento favorável ao procedimento, haja vista o conjunto de possibilidades ou impossibilidades físicas, emocionais e culturais que cada mulher possui para lidar com a situação.

²³⁰ Para estas referências houve a realização de pesquisa na página eletrônica do Conselho Federal de Medicina que possui acesso a diversos pareceres e resoluções não apenas do Conselho Federal, mas dos Conselhos Regionais do Brasil. Como objeto de pesquisa, utilizaram-se os termos aborto e anencefalia, apresentando-se, aqui, todos os resultados obtidos e adequados ao tema, os quais foram organizados pela sua ordem cronológica.

²³¹ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Consulta nº 8.905/98: solicita parecer sobre caso de gestação, onde foi constatado diagnóstico de anencefalia e sobre a dúvida em interromper a gravidez ou dar continuidade e doar os órgãos.** Relator: Conselheiro Marco Segre. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

imagens ou decorrentes do maior ou menor nível de resolutividade do equipamento de ultrassonografia. Assim, este Conselho orientou que o diagnóstico deve ser obtido o mais breve possível e recomendou a interrupção da gravidez em no máximo vinte semanas.²³²

Embora não mencione especificamente o caso da anencefalia, a consulta nº 79.246/01, oriunda do Conselho Regional de Medicina de São Paulo, mencionou que, do ponto de vista jurídico, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, o que significa que aborto é a interrupção da gravidez com o intuito de morte do conceito, não fazendo alusão à idade gestacional. A noção de aborto legal é baseada no conceito médico que dita no sentido de que o aborto é a interrupção da gravidez até a 20ª semana ou 22ª semana, ou quando o feto pese até 500 gramas, ou, ainda, quando mede até 16,5 centímetros. Este conceito, esclarece o parecer elaborado pela advogada Rita de Cássia Silva Tohmé, foi formulado com base na viabilidade fetal extrauterina, sendo mundialmente aceito pela literatura médica.²³³

O Conselho Federal de Medicina, em maio de 2003, no processo-consulta nº 24/2003 considerou em seu parecer que o anencéfalo não tem as mínimas condições de sobrevivência, haja vista não possuir as estruturas neocorticais, pois possui tão somente o tronco cerebral. Ressaltou-se que os anencéfalos não possuem uma vida de relação com mundo exterior. O Conselho ainda consignou que o diagnóstico de anencefalia é seguro e realizado durante a gestação.²³⁴ Neste contexto, ao relacionar a anencefalia com a morte definiu que esta não é um evento, mas sim um processo. O conceito de morte é uma convenção que considera um determinado ponto desse processo. Com o advento dos transplantes, o diagnóstico clínico convencional tornou-se menos importante, passando-se a adotar o conceito de morte encefálica, a qual atesta a total impossibilidade de perspectiva de vida.

Os critérios da morte cerebral, que são baseados na ausência de atividade do cérebro, incluindo o tronco cerebral e que foram discutidos no item anterior também serviram de fundamento para o parecer. Assim, o Conselho Federal de Medicina apontou que no anencéfalo não existe a possibilidade de aplicação de critérios de exames complementares de

²³² CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA PARAÍBA. **Consulta nº 07/2000. Solicita parecer sobre a legalidade ética da interrupção de gestação de feto de 30 semanas por provavelmente apresentar má-formação congênita chamada de anencefalia.** Parecerista: Conselheiro Eurípedes Sebastião Mendonça de Souza. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

²³³ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta nº 79.246/01. Solicita esclarecimento sobre o conceito de aborto legal.** Parecerista: Advogada Rita de Cássia Silva Tohmé. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

²³⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta nº 24/2003. Anencefalia e transplante.** Parecerista: Conselheiro Marco Antônio Becker. Disponível em: [Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37). Acesso em: 04 de agosto de 2012.

diagnóstico da morte encefálica, sejam os métodos gráficos, como o eletroencefalograma, sejam métodos circulatórios, pela ausência do neocórtex, anormalidades da rede vascular cerebral e ausência da calota craniana. Assim, restaria a utilização dos parâmetros clínicos da morte encefálica, mas que o Conselho também considera inadequado porque os anencéfalos morrem clinicamente durante a primeira semana de vida.²³⁵ Eis assim que o anencéfalo é o resultado de um processo tido como irreversível, sem qualquer possibilidade de sobrevida.

Por fim, o Conselho Regional de Medicina do Rio de Janeiro, no parecer nº 136/2003, repetiu os argumentos já consignados no parecer vinculado ao processo-consulta analisado pelo Conselho Federal de Medicina, informando a anencefalia como uma anomalia congênita incompatível com a sobrevivência do feto.²³⁶

Quer-se destacar alguns pontos de dois pareceres analisados para suscitar a utilização de determinados argumentos. No primeiro parecer antes referido, consulta nº 8.905/98, aprovado pelo Conselho Regional de Medicina de São Paulo foram observados dois aspectos que chamam atenção no posicionamento referendado pelo Conselheiro relator:

a) o primeiro de que a ciência não oferece recursos para o prolongamento da vida de um anencéfalo; e

b) o segundo, quando afirma-se no parecer que devem ser asseguradas condições de sobrevivência cardiorrespiratória à criança uma vez nascida.

O parecer, mesmo que refira, em termos científicos, a inexistência de qualquer perspectiva de vida do anencéfalo, argumenta no sentido de prolongamento da vida. Pensa-se que, ao falar-se em prolongamento, algo existe, e, aqui, esse algo é a vida do anencéfalo, que, inclusive, poderá nascer. Portanto, este parecer já indaga se o argumento da incompatibilidade de vida extrauterina seria algo absoluto, da mesma forma em relação ao que se afirma no sentido de que o feto anencéfalo não possuirá viabilidade intrauterina, ocorrendo uma morte certa.

²³⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta nº 24/2003. Anencefalia e transplante.** Parecerista: Conselheiro Marco Antônio Becker. Disponível em: Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012. Por manifestar-se no sentido expresso no parecer, o Conselho Federal de Medicina concluiu que o médico poderá proceder ao transplante de órgãos do anencéfalo após sua retirada do útero materno, este que era o objeto originário da consulta. Entendeu neste sentido porque considera a incompatibilidade de vida que o anencéfalo apresenta, por não possuir a parte nobre e vital do cérebro, tratando-se de um processo irreversível, mesmo que o tronco cerebral esteja ainda temporariamente funcionando.

²³⁶ CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. **Parecer CREMERJ nº 136/2003. Questões relativas às doenças que impossibilitam a sobrevida do neonato.** Parecerista: Conselheira Maria Tereza Fonseca da Costa. Disponível em: Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

Igualmente, o parecer do Conselho Regional de Medicina do estado da Paraíba ao mencionar que a literatura médica não registra sobrevivida do anencéfalo por mais de 24 horas, tratando-se de uma má-formação incompatível com a vida humana. Ouse-se dizer que se há o registro de vida ao menos por 24 horas, não é possível afirmar categoricamente que a anencefalia é incompatível com vida extrauterina. No entanto, é justamente no argumento clínico de uma “vida inviável” que tem o discurso jurídico se amparado ao fundamentar a decisão quanto à interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos. Claro que se deve deixar claro que o mérito não está sendo aqui questionado, mas sim se este argumento é a tal ponto válido a ponto de ser o mote central do aborto nestes casos.

Propõe-se dessa forma, verificar de que forma esse discurso encontra-se constituído no julgamento da ADPF nº. 54, a partir das audiências públicas realizadas com representantes da comunidade científica, da CNBB, no voto do Ministro Relator Marco Aurélio e também do Ministro Luiz Fux.

Ao representar o Conselho Federal de Medicina, o médico Roberto Luiz D’Avila afirmou que, na grande maioria, 65% das estatísticas demonstram que os anencéfalos morrem intraútero, numa provável seleção natural. A natureza faz isso com más-formações incompatíveis com a vida, embora alguns chegam a nascer e a grande maioria morre poucas horas depois. Para o médico, a notícia mais dramática é quando o ultrassonografista comunica à gestante que não está conseguindo visualizar os ossos cranianos.²³⁷

Também nesta audiência pública, a professora titular do departamento de biologia molecular da Universidade Brasília, Lenise Aparecida Martins Garcia, referiu que cada anencéfalo possui a sua anencefalia e que isso se mostra na literatura científica, inclusive em relação à sobrevivida do anencéfalo, já que apresenta dados considerando que 1% dos anencéfalos sobrevive por cerca de três meses, ou, ocasionalmente, de sete a dez meses, havendo registros de um ano e dois meses.²³⁸

O Padre Luiz Antônio Bento, representando a CNBB, afirmou, em audiência pública realizada pelo STF, que se o feto fosse uma malformação não humana, se o feto nunca

²³⁷ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012. Explica o Doutor Heverton Neves Pettersen, personificando a sociedade brasileira de medicina fetal, que é possível o diagnóstico da anencefalia na oitava semana de gestação. O termo anencefalia seria a não formação completa do encéfalo, havendo a ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo e um tronco cerebral rudimentar. E, durante essa formação, não tendo cobertura a calota craniana, também vai fazer parte do diagnóstico a ausência total ou parcial do crânio. Essa referência relaciona-se com um dos próprios critérios elaborados pelo Conselho Federal de Medicina, no ano de 2012, para o diagnóstico da anencefalia, qual seja, a ausência da calota craniana.

²³⁸ *Idem. Ibidem.*

pudesse nascer vivo, se a criança estivesse em morte encefálica, a premissa da Ação de Arguição poderia ter algum embasamento, mas como o feto tem o genoma humano, todos os dados genéticos estão presentes na vida desse indivíduo. Assim, como o feto pode nascer vivo e como a criança não está em morte encefálica, a premissa da Ação não tem embasamento.²³⁹

Na mesma oportunidade, o representante da Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família, o Doutor em Medicina Rodolfo Acatauassú Nunes, indicou que anencefalia é um termo que induz ao erro, haja vista a existência de uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que anencefalia significa ausência de encéfalo. A anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo e o nome correto seria meroanencefalia, já que mero significa parte.²⁴⁰ É, da mesma forma, um termo que induz ao erro porque faz pensar que anencefalia se confunde com morte encefálica.

A equivalência baseada na premissa de que anencéfalo é aquele que não possui encéfalo, e, sendo assim, tem morte encefálica, não é verdadeira. A criança com anencefalia, no momento em que está respirando, certamente não está em morte encefálica. Se a pessoa está respirando, já excluiu a morte encefálica. Desta forma, conclui Nunes que há sobrevivência na anencefalia; não há cura no momento atual, mas, apesar da mortalidade ser muito alta, algumas crianças podem viver por meses, ou, raramente, por um ano; entretanto, nunca morrem, obrigatoriamente, todas elas, imediatamente após o parto.²⁴¹

O que se percebe é a divergência nos posicionamentos acerca da (in)viabilidade ou (in)compatibilidade da vida extrauterina, e não apenas nos posicionamentos que foram externados nas audiências públicas realizadas pelo STF ao encaminhar o julgamento da ADPF nº. 54, mas, igualmente, em posicionamentos doutrinários, inclusive alguns baseados em estatísticas.

Segundo José Manoel Marques, para cada 1.600 crianças brasileiras nascidas vivas, há o registro de um feto anencéfalo, o que coloca o Brasil na quarta colocação do *ranking* da Organização Mundial da Saúde, sendo que cerca de 60% dos fetos com anencefalia morrem nos últimos meses da gestação. Das crianças anencéfalas que vivem até o fim da gravidez, 25% morrem durante o parto; 50% têm uma expectativa de vida de poucos minutos a um dia; 25% apresentam sinais vitais na primeira semana após o parto e 25% podem viver além de

²³⁹ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

²⁴⁰ *Idem. Ibidem.*

²⁴¹ *Idem. Ibidem.*

dez dias. Ainda, de 15% a 33% dos anencéfalos apresentam outras más-formações congênitas graves.²⁴²

Michelle Hamú da Silva, Marilei Francisca Rodrigues e Waldemar Naves do Amaral posicionam-se no sentido de que para a perspectiva científica, a maioria dos fetos anencéfalos morrem durante a gestação, ocorrendo alguns casos em que permanecem vivos até o nascimento. Quando isso ocorre, poderão apresentar respiração espontânea e algumas respostas reflexas, como a sucção, contudo, permanecendo inconscientes e necessitando de cuidados intensivos; logo, ainda que sobrevivam algumas horas, a grande parte entrará em óbito dentro de dois dias do nascimento, sendo que nenhum sobreviverá além de duas semanas.²⁴³

Danila Cristina Sala e Anelise Riedel Abrahão também apresentam o tema de acordo com dados estatísticos, referindo que as anomalias congênitas são a terceira causa de mortalidade infantil, responsáveis por 12,7% da mortalidade neonatal precoce, de modo que, no Brasil, há um grande impacto de mortalidade por defeitos congênitos, aumentando-se progressivamente do quinto para o segundo lugar como causa de óbitos entre menores de um ano entre 1980 e 2006.²⁴⁴ Assim, igualmente referem que a anencefalia é um exemplo de anomalia incompatível com a vida extrauterina, sendo a mais comum e letal forma de defeito de fechamento no tubo neural, cuja incidência no Brasil, consoante dados do estudo colaborativo latino-americano de malformações congênitas, apontando a prevalência de 0,68 a 7,3 a cada mil nascimentos.²⁴⁵ Compreendem, neste sentido, que a medicina fetal, enquanto parte integrante da obstetrícia, surge com o propósito de garantir a saúde fetal por meio do diagnóstico precoce de eventuais doenças e oferecer a possibilidade de tratamento uterino, a

²⁴² MARQUES, José Manuel. Anencefalia: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher? In: DELDUQUE, Maria Célia. (org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: Ministério da Saúde e Fundação Oswaldo Cruz, 2009.p.105. O autor posiciona-se no sentido de que no caso da anencefalia sequer deveria precisar de autorização, pois se trata de um feto inviável que só sobrevive à custa do corpo da mulher. Ainda, entende que ao fazer o diagnóstico de gravidez de um feto anencéfalo, com indícios de que esta gravidez causará risco à saúde da mulher, o médico, após a decisão dela, deve observar o princípio da prevenção mesmo antes de os sintomas aparecerem ou ainda que os danos não sejam aparentemente graves, isso porque o princípio da prevenção pressupõe uma avaliação sobre um risco já conhecido, sua consequência e a ação para evitar seu aparecimento ou atenuar o dano, ou seja, há um nexo causal entre o fator de risco e o dano cientificamente estabelecido. Por tal posicionamento, discorre Marques que, cientificamente, são comprovados os danos causados à mulher pela gravidez de um feto com anencefalia, mas as incertezas causadas pela correlação de forças da sociedade de cunho ético, moral, religioso e outras que influenciam toda a atmosfera que envolve o caso, colocam em dúvida a inviabilidade de vida extrauterina do feto.

²⁴³ SILVA, Michelle Hamú. RODRIGUES, Marilei Francisca S. AMARAL, Waldemar Naves do. Aspectos médicos e psicológicos de grávidas portadoras de feto anencefálico. In: **Femina**. v.39, n.10, 2011. p.494-498.

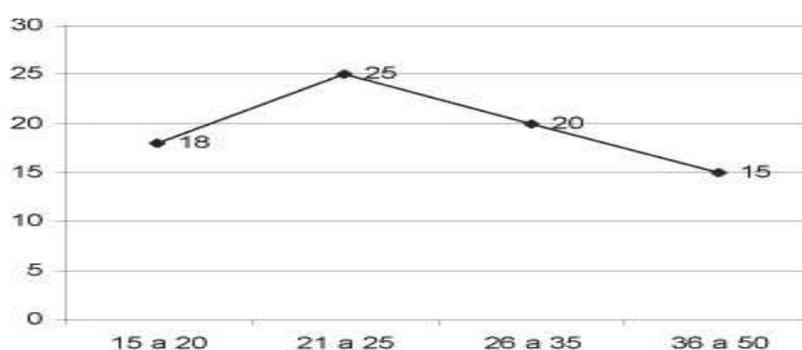
²⁴⁴ SALA, Danila Cristina Paquier. ABRAHÃO, Anelise Riedel. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivida neonatal. In: **Acta paulista de enfermagem**. v.23. n.5. São Paulo, 2010. p.614-618.

²⁴⁵ *Idem*. *Ibidem*.

partir de uma atuação dos profissionais da área, os quais realizam um conjunto de técnicas de diagnóstico pré-natal para avaliação do bem-estar fetal e oferecem as opções terapêuticas diante do diagnóstico de malformação.

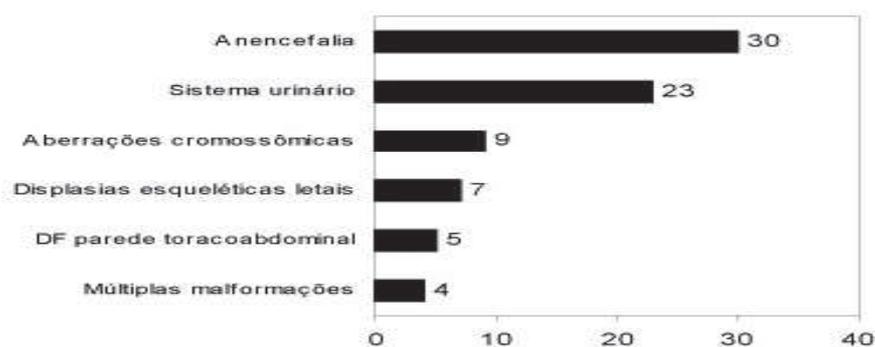
Diante das pesquisas estatísticas efetuadas pelas autoras em referência, os resultados foram condensados em gráficos demonstrando o percentual de mulheres com gestação de fetos inviáveis segundo a idade materna e, também, de mulheres com gestação de fetos inviáveis segundo malformações fetais, cujas evidências foram apresentadas no ano de 2008, no estado de São Paulo, após verificação de gestantes entre os anos de 2000 a 2006:

Gráfico 1 – mulheres com gestação de fetos inviáveis segundo a idade materna



Fonte: Danila Cristina Paquier Sala. Anelise Riedel Brandão. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal.

Gráfico 2 – mulheres com gestação de fetos inviáveis segundo malformações



Fonte: Danila Cristina Paquier Sala. Anelise Riedel Brandão. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal.

Já Flávia Regina Guedes Ribeiro e Mary Jane Paris Spink entendem que os relatos empiricistas compuseram a estratégia de convencimento acerca da letalidade da anencefalia, de modo que os relatos que se apresentam a partir de dados estatísticos serviram para

construir o discurso coisificador da anomalia fetal.²⁴⁶ Assim, os argumentos utilizados na ADPF nº 54 seriam nada mais do que um discurso persuasivo, para convencimento daqueles contrários à interrupção da gestação de fetos anencéfalos.

E Anelise Tessaro efetua uma distinção entre feto mal formado e inviável, aduzindo que as situações fáticas a que se referem estes conceitos são essencialmente diversas. Segundo a autora, as malformações fetais, dependendo da gravidade, não provocam a morte do feto ao nascer. Ainda que estejam presentes anomalias congênicas, é possível que o feto malformado sobreviva, de sorte que, em alguns casos, existem tratamentos clínicos ou cirúrgicos que podem mitigar ou até curar os efeitos da malformação.²⁴⁷ Entretanto, a malformação pode ser tão severa ou associada a outras anomalias, que torna o feto inviável, ou seja, com prognóstico de morte certa e irreversível. Para Tessaro, a anencefalia enquadra-se como um exemplo de malformação que impossibilita a vida extrauterina, contexto em que se verifica a inviabilidade do feto, já que a criança virá a falecer logo após o parto.

Atentando-se para as referências que já foram apresentadas, há possibilidade de se afirmar que o argumento utilizado pelo discurso jurídico acerca da incompatibilidade de vida extrauterina pode ser relativizado. Ainda que muito se afirme a certeza da morte, este é um fundamento que não se mostra unânime. E esta controvérsia, especialmente no Brasil, e no contexto da ADPF que envolveu a possibilidade de aborto dos fetos anencéfalos, ganhou um contorno ainda maior em função do chamado caso Marcela de Jesus.

A menina Marcela de Jesus nasceu em 20 de novembro de 2006, com 2,5 quilos e 47 centímetros, após nove meses de gestação, na cidade de Patrocínio Paulista, e foi diagnosticada como anencéfala por meio de exame de ultrassonografia realizada no quarto mês de gestação. Após o seu nascimento, Marcela apresentava reações típicas de recém-nascidos, tais como, choro, incômodo e estremecimento ao som do telefone. Além disso, era capaz de respirar sozinha, embora com o auxílio de um capacete de oxigênio colocado em volta de sua cabeça. A sua capacidade de respiração se deu em função do funcionamento do coração e dos demais órgãos internos, bem como ao tronco cerebral que se encontrava em plenas condições. Marcela viveu por um ano e oito meses, vindo a falecer em decorrência de uma pneumonia ocasionada pela aspiração de leite que havia vomitado.²⁴⁸

²⁴⁶ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. SPINK, Mary Jane Paris. Estratégias retóricas na controvérsia moral sobre a legalização do aborto: o caso da anencefalia no Brasil. In: **Interface: comunicação, saúde, educação**. v.16. n.40. 2012. p.35-49.

²⁴⁷ TESSARO, **Aborto seletivo**. 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008. p.24.

²⁴⁸ Conforme referências contidas em FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Cone editora, 2011. p.75. Segundo a autora, a polêmica em torno do caso de Marcela se deu em razão de exames realizados quando completou um ano de vida, em que se constatara uma

Esse caso foi também referido nas audiências públicas realizadas pelo Supremo Tribunal Federal ao longo do julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. O Doutor Heverton Neves Pettersen, que representou a Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, afirmou que o caso de Marcela de Jesus era uma falsa ideia de anencefalia, porque a menina apresentava região do cerebelo, tronco cerebral e um pedaço do lóbulo temporal que faz parte dos hemisférios cerebrais, o que inviabilizaria o diagnóstico de anencefalia. Para ele, haveria uma meroencefalia ou meroacrania.²⁴⁹

Já Lenise Aparecida Martins Garcia, personificando o departamento de biologia molecular da Universidade de Brasília e o Movimento Brasil Sem Aborto asseverou que Marcela possuía uma tomografia e duas ressonâncias magnéticas confirmando o diagnóstico de anencefalia, assim como exames radiológicos que ela mesma acompanhou. Assim, informou na audiência pública que na menina Marcela não havia nenhuma calota craniana. Na ressonância, afirma, percebeu-se que o bebê havia formado o aparelho auditivo, pois apesar de não enxergar, escutava e reconhecia a voz de sua mãe. Por essa razão, opinou Lenise no sentido de que se a menina viveu mais de um ano, se os médicos não chegaram a um acordo sobre ela ser ou não anencéfala, não há como afirmar que dentro do útero, haja, com 100% de certeza, uma criança anencéfala. Para ela, o anencéfalo nasce com vida e vive até o momento em que morre, ele não é um morto-vivo.²⁵⁰

Valendo-se de todo o debate ocorrido, o Ministro Marco Aurélio, relator da ADPF nº. 54, optou por seguir o entendimento de que a anencefalia é uma anomalia incompatível com a vida extrauterina, pois o feto anencéfalo mostra-se gravemente deficiente no plano neurológico, faltando-lhe as funções que dependem do córtex e dos hemisférios cerebrais; logo, faltam não somente os fenômenos da vida psíquica, mas a sensibilidade, a mobilidade e a integração de quase todas as funções corpóreas, eis que o anencéfalo não desfruta de nenhuma função superior do sistema nervoso central. Assim, consignou o ministro em seu voto que a anencefalia configura, indubitavelmente, uma doença congênita leal, pois não há a

merocrania e não anencefalia, verificando-se que a menina possuía rudimentos cerebrais, o que permitiria afirmar que há diferentes graus de anencefalia.

²⁴⁹ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

²⁵⁰ *Idem. Ibidem.*

possibilidade de desenvolvimento de massa encefálica em momento posterior, podendo-se afirmar esta conclusão de forma categórica.²⁵¹

Verifica-se, assim, na fala do Ministro Marco Aurélio, que, para ele, o diagnóstico da anencefalia é a certeza de que inexistente presunção de vida extrauterina, letal, na totalidade dos casos. É por esse argumento que o relator considerou que o caso Marcela de Jesus apresentava um diagnóstico equivocado, pois não se tratava de anencefalia.

O Ministro Luiz Fux também votou pela procedência da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. E, da mesma forma, um de seus argumentos foi a incompatibilidade da vida extrauterina do feto anencéfalo. Para basear o seu voto, apresentou que são poucos os casos em que o infante anencéfalo sobrevive por um considerável período fora do útero materno. Segundo o Ministro, dados coletados pelo Centro de Atenção Integral à Saúde da Mulher indicaram que 94% dos recém nascidos com anencefalia faleceram nas primeiras vinte e quatro horas do parto.²⁵²

Ao basear-se nestes dados, o Ministro Fux também compreende a anencefalia como uma doença irreversível no atual estágio da humanidade, já que os estudos médicos sobre a doença a apontam como uma anomalia fatal para o feto, não havendo qualquer perspectiva de cura. Assim, conclui em três aspectos: o primeiro, é de que a expectativa de vida fora do útero é absolutamente efêmera; o segundo, de que o diagnóstico de anencefalia pode ser efetuado com um razoável índice de precisão, a partir das técnicas disponíveis aos profissionais da saúde; e, terceiro, que as perspectivas de cura dessa deficiência na formação do tubo neural são inexistentes nos dias atuais, por isso que o neonato anencéfalo tem uma expectativa de vida reduzida.

Há, dessa forma, uma similitude nos posicionamentos expressados pelos Ministros da Corte. No entanto, não se deve deixar de destacar que a matéria passou por controvérsia em determinados votos. Mas os argumentos utilizados são apresentados na mesma linha do debate até aqui já apresentado, centralizando-se na questão da vida, da sua incompatibilidade extrauterina e em aspectos que serão abordados nos capítulos próprios, mas que já começam a se verificar nas palavras dos Ministros, especialmente no que pertine ao enfrentamento aborto

²⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

²⁵² *Idem. Ibidem.*

e antecipação terapêutica do parto, assim como o reconhecimento da interrupção da gravidez do feto anencéfalo como uma expressão de direito da mulher.²⁵³

A ministra Rosa Weber e o Ministro Joaquim Barbosa, ao definirem os seus respectivos votos, acompanharam o voto do Relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, o Ministro Marco Aurélio, também defendendo a exclusão da interrupção ou antecipação do parto de feto anencéfalo do rol dos crimes contra a vida, para julgar procedente a demanda ajuizada pela CNTS.

Em seu voto, a Ministra defendeu que, para o Direito, o que está em jogo, no caso, não é o direito do feto anencéfalo à vida, já que, de acordo com o conceito de vida do Conselho Federal de Medicina, jamais terá condições de desenvolver uma vida com a capacidade psíquica, física e afetiva inata ao ser humano, pois não terá atividade cerebral que o qualifique como tal. O que está em jogo, portanto, segundo ela, é o direito da mãe de escolher se ela quer levar adiante uma gestação cujo fruto nascerá morto ou morrerá em curto espaço de tempo após o parto, sem desenvolver qualquer atividade cerebral, física, psíquica ou afetiva, própria do ser humano.

Destaca-se que, mesmo utilizando do argumento de que a interrupção da gravidez do feto anencéfalo é um direito da mãe, a Ministra também considera que “o feto ou nascerá morto, ou viverá por um curto espaço de tempo”, o que permite inferir que trabalha na lógica da incompatibilidade da vida extrauterina. Essa lógica argumentativa presente em seu voto é verificável quando a Ministra se reporta ao próprio conteúdo da Resolução nº 1.480, de 1997, do Conselho Federal de Medicina, que, consoante já trabalhado anteriormente, estabeleceu como parâmetro para diagnosticar a morte de uma pessoa a ausência de atividade motora em virtude da morte cerebral. Por a Resolução indicar, teoricamente, a certeza de que o indivíduo não apresentará mais capacidade cerebral, seria um critério seguro e garantido que pode ser aplicado aos fetos anencéfalos.

Para a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha, o STF não decidiu ou permitiu a introdução do aborto no Brasil, menos ainda a possibilidade de aborto em virtude de qualquer deformação. Para ela, essa é uma questão posta à sociedade e o Supremo está tratando, fundamentalmente, de saber qual interpretação que deve ser dada aos dispositivos do Código Penal no sentido de se considerar crime ou não a interrupção de gravidez de feto anencéfalo.

²⁵³ As referências aqui indicadas em relação aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal encontram-se informadas na página eletrônica da Corte, cujos textos podem ser acessados em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Acesso em 04 de agosto de 2012.

Neste sentido, entende que o âmago da ADPF nº. 54, é a deliberação acerca da possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar uma mulher que esteja grávida de um feto anencéfalo, a fim de ter a liberdade de fazer a escolha sobre qual é o melhor caminho a ser seguido, quer continuando quer não continuando com a gestação. Segundo a Ministra, não há bem jurídico a ser tutelado como sobrevalor pela norma penal que possa justificar a impossibilidade total de a mulher fazer a escolha sobre a interrupção da gravidez, até porque talvez a maior indicação de fragilidade humana seja o medo e a vergonha. Considera, ainda, que, na democracia, a vida impõe respeito. Neste caso, o feto não tem perspectiva de vida e, de toda sorte, há outras vidas que dependem, exatamente, da decisão que possa ser tomada livremente por esta família no sentido de garantir a continuidade livre de uma vida digna.

Na mesma linha, o Ministro Ayres Britto entendeu que levar às últimas consequências o martírio contra a vontade da mulher corresponde à tortura, a tratamento cruel. De acordo com Britto, a gravidez se destina à vida, e não à morte, sendo lógica a opção da mulher no sentido de interromper a gestação de um feto anencéfalo, pois, neste caso, a mulher já sabe, por antecipação, que o produto da sua gravidez, longe de, pelo parto, cair nos braços aconchegantes da vida, vai se precipitar no mais terrível dos colapsos. Por fim, ressaltou que a mulher, mesmo se sabendo portadora de um feto anencéfalo, poderá assumir sua gravidez até as últimas consequências, sendo esta uma opção.

O Ministro Gilmar Mendes considerou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo como hipótese de aborto, mas entende que essa situação está compreendida como causa de excludente de ilicitude, por ser comprovado que a gestação de feto anencéfalo é perigosa à saúde da gestante. No entanto, o ministro ressaltou ser indispensável que as autoridades competentes regulamentem de forma adequada, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia a fim de conferir segurança ao diagnóstico da anomalia. Conforme fundamenta o seu voto, o Brasil já possui medidas que priorizam a prevenção e não apenas a repressão da interrupção da gravidez, como, por exemplo, a disponibilização de ácido fólico na rede básica de saúde para acesso de todas as mulheres no período pré-gestacional e gestacional, além de garantir a inclusão de ácido fólico nos insumos alimentícios.

E o Ministro Celso de Mello reconheceu à gestante o direito de submeter-se à interrupção da gestação sem necessidade de prévia obtenção de autorização judicial ou permissão outorgada por qualquer outro órgão do Estado. Segundo ele, não se está autorizando práticas abortivas, mas sim a antecipação terapêutica do parto em caso de

anencefalia, eis que o feto anencéfalo não é um ser humano vivo, porque não tem cérebro e nunca vai desenvolver atividade cerebral.

Mas nem todos os votos consideraram a possibilidade de interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos, a exemplo do Ministro Ricardo Lewandowski, o qual destacou que não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos. Para além deste aspecto, enfatizou a possibilidade de que uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos torne lícita a interrupção da gestação de embriões com diversas outras patologias que resultem em pouca ou nenhuma perspectiva de vida extrauterina.

E, por fim, o Presidente do STF, o ministro Cezar Peluso, manifestou-se pela total improcedência da ADPF nº. 54, porque o feto anencéfalo, em seu entendimento, é portador de vida e, portanto, tem de ter seus direitos tutelados.

Do ponto de vista jurídico, o Presidente do Supremo afirmou que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina. Nesse sentido, o aborto do feto anencéfalo se constituiria em uma conduta vedada de forma frontal pela ordem jurídica. Ao encerrar seu voto, o Ministro ressaltou ainda que não cabe ao STF atuar como legislador positivo, e que o Legislativo não incluiu o caso dos anencéfalos nas hipóteses autorizativas de aborto existentes na legislação.

Dos votos apresentados pelos Ministros, tem-se que a maioria reconheceu o anencéfalo ou como um natimorto cerebral ou como uma pessoa cuja vida extrauterina seria inexistente ou remota. Não se está querendo afirmar como uma certeza inquestionável que este argumento também utilizado pelo STF seja incorreto ou signifique uma pretensa liberação de qualquer hipótese de aborto; da mesma forma, longe de a crítica representar qualquer posicionamento do aborto dos fetos anencéfalos como algo sem possibilidade. No entanto, é sim preciso considerar que o argumento da incompatibilidade da vida extrauterina é uma representação de como o discurso jurídico apropria-se de conceitos que não são inerentes à sua área, e, repetindo o argumento diversas vezes, tenta tornar possível o senso comum teórico de que havendo a gestação de um anencéfalo, vida não se cogita, mas apenas a morte certa.

Sobre este aspecto, também Débora Diniz irá defender que o STF optou por defender a vida, mas, nesse caso, a vida da mãe, pois se está falando de saúde em um aspecto holístico, de bem estar físico e psíquico do ser humano, pois uma mãe que corre o risco inerente a qualquer gestação, mas sem finalidade nenhuma, por estar gerando um ente morto, ficou

protegida. Por tal razão, entende que o Supremo salvaguardou um bem maior, que, neste caso, é a vida da mãe.²⁵⁴ Neste contexto, filia-se àqueles que consideram como um indivíduo morto, ainda que com alguns órgãos vivos.

Argumentos como este acabam sendo questionados e, muitas vezes, de forma muito mais agressiva por aqueles que desconsideram qualquer possibilidade de existência do aborto. Não á toa, verifica-se que a decisão do STF foi objeto de críticas por um movimento denominado Brasil Sem Aborto.²⁵⁵ Este movimento é contrário a liberação do aborto de anencéfalos por entender que o direito à vida é o primeiro e mais fundamental de todos os direitos humanos, de sorte que o reconhecimento de aborto de fetos anencéfalos no Brasil significa uma possível futura autorização para outros tipos de anomalias.

O Procurador da República Cláudio Fonteles que emitiu parecer na época da tramitação da ADPF 54 considera a ideia de que a maior parte dos fetos anencéfalos morre durante a gestação. Aqueles que não falecem durante a gravidez têm curtíssima sobrevida, de natureza meramente vegetativa, em geral de poucos minutos, ou horas é totalmente inconciliável com o princípio constitucional da inviolabilidade da vida humana.

Com efeito, ser a vida humana inviolável, direito pessoal individualmente garantido, conduz-nos à necessária conclusão de que o tempo de duração da vida humana – “se 3 segundos, 3 minutos, 3 horas, 3 dias, 3 semanas, 3 meses, 3 anos... – não é fator decisivo para a sua eliminação consentida”.²⁵⁶ À vida humana, gestada ou nascida, garante-se sua inviolabilidade, impedindo-se sua morte, insisto, por simples projeção do decurso temporal. Irá afirmar, assim, que se vida há que se automovimenta no corpo materno, com ou sem deformações, mas se automovimenta, e vive, então por qual motivo matá-la, por perspectiva meramente cronológica de sua existência

Para Fonteles, tal morte conduz ao primado do egocentrismo, entortando a compreensão jurídica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que não se compraz com a absolutização do arbítrio. Neste sentido, entende que não existe meia-vida como não existe meia-gravidez, e, então, casos como o de Marcela de Jesus serviria para

²⁵⁴ DINIZ, Débora. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero: Brasília, 2004. p.32.

²⁵⁵ O Movimento Nacional da Cidadania pela Vida – Brasil Sem Aborto é uma organização de natureza suprapartidária e suprarreligiosa que defende a preservação da vida desde sua concepção, atuando de forma estruturada para pautar ações e argumentos a partir de evidências e pesquisas no campo da genética, da embriologia, da bioética e da legislação vigente. Para mais detalhes sobre este movimento, pode-se acessar a página eletrônica <http://www.brasilsemaborto.com.br/?action=areafixa&id=1&cache=0.258476586534669>. Acesso em 05 de agosto de 2012.

²⁵⁶ FONTELES, Cláudio. **A propósito da anencefalia**. Disponível em: http://www.brasilsemaborto.com.br/index.php?action=noticia&idn_noticia=216&cache=0.5628225660723476. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

concluir que o aborto, ou a antecipação terapêutica do parto, como se queira, nas suas palavras, eufemisticamente chamar, também, assim, é chancelado em homenagem à dignidade da pessoa da mulher-mãe. Assim, afirma, categoricamente, que o bebê anencéfalo ser é.

Também, Lenise Garcia, que participara da audiência pública ocorrida no Supremo, representando o movimento Brasil Sem Aborto, critica a decisão afirmando que poucos perceberam a sua gravidade, especialmente a partir da utilização de argumentos como o de que o feto sem potencialidade de vida não pode ser tutelado pelo tipo penal que protege a vida. Pontua que o Ministro Marco Aurélio Mello, relator do processo, fez também a colocação de que o anencéfalo seria natimorto, contradizendo-se logo a seguir ao afirmar que tem possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas.²⁵⁷

Para Lenise, ao descaracterizar a vida do anencéfalo como direito a ser protegido, o Supremo Tribunal Federal deu à luz uma estranha criatura, o morto jurídico, desvinculando-se a vida biológica e a vida jurídica, e assim a criança com anencefalia foi morta por decreto ainda no útero da mãe. Nas suas palavras, “curiosa solução para que possa ser abortada sem aparente transgressão da lei, pois juridicamente já está morta, desde que o médico e a mãe assim decidam”.²⁵⁸

Ademais, considera que outro grave erro que perpassa os votos favoráveis à autorização do aborto é a substituição do julgamento moral feito com base em uma contraposição entre bem e mal, base de todo o ordenamento ético e jurídico, para outra, feita entre felicidade e sofrimento. Por essa razão entende que é falso o alívio trazido pelo aborto, pois as mulheres que a ele recorrem terão de conviver com a lembrança do ato praticado, muito mais dura que a memória de um filho, mesmo deficiente, recebido com amor e doação de si. E prossegue afirmando, por fim, que sob o discurso da liberdade, a decisão do Supremo “tem ares totalitários e abre perigosíssimos precedentes de violação do mais básico dos direitos humanos, o direito à vida.”²⁵⁹

Respeitadas todas as posições adotadas pelo STF a posição dogmática adotada por alguns Ministros de que a matéria não deve ser apreciada pela jurisdição constitucional não se coaduna com a leitura do ordenamento jurídico contemporâneo, até porque, provocada, a Corte deve manifestar-se sobre os temas que se colocam em pauta. Mas é claro que a manifestação também não pode significar uma autorização para decidir ao albergue de

²⁵⁷ GARCIA, Lenise. **A morte do direito à vida.** Disponível em: http://www.brasilemaborto.com.br/index.php?action=noticia&idn_noticia=195&cache=0.5543170241933788. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

²⁵⁸ *Idem. Ibidem.*

²⁵⁹ *Idem. Ibidem.*

qualquer fundamentação, pois pode se incorrer em um modelo solipsista de decisão, como, por exemplo, no caso de dizer que a vida do anencéfalo não é juridicamente tutelável já que o conceito de morte adotado pelo ordenamento jurídico segue o conceito da ausência de atividade cerebral. É desta apropriação que se trata, o porquê de o discurso jurídico, apropriando-se de conceitos das mais diversas áreas, perfaz analogias que, muitas vezes, acabam sendo passíveis de questionamentos.

Ocorre que, de fato, é muito difícil a tarefa de se tentar compreender, efetivamente, o que significa e de que forma se constitui o discurso jurídico no caso do aborto por anencefalia fetal, uma vez que os posicionamentos adotados, sejam quais forem, possuem críticos que defendem as suas posições com força. Ao mesmo tempo em que o Movimento Brasil Sem Aborto tece as suas considerações quando trata da incompatibilidade da vida extrauterina e o teor da decisão do Supremo, Aníbal Faúndes coloca que os movimentos que se denominam pró-vida usam de intransigência para declararem-se contra o aborto.²⁶⁰

Para ele, os movimentos católicos que se intitulam pró-vida defendem princípios duvidosos, embora dissimulados sob a fachada de nomes aparentemente positivos, cujo interesse nuclear é usar de intransigência para atacar pessoas que defendem a autonomia reprodutiva²⁶¹ com base em princípios liberais e democráticos. O que se deve concordar com o posicionamento deste autor é que a suposição simplista de que há pessoas contra ou a favor do aborto é um equívoco que beira a ingenuidade.²⁶²

Como reflete Mônia Clarissa Henig Leal, analisar o caso concreto significa enfrentar, o caso em seu julgamento ou em seus desdobramentos jurisdicionais, como ponto de partida para uma eventual crítica ou abordagem das insuficiências em sua apreciação enquanto fenômeno jurídico-social por parte do Poder Judiciário.²⁶³ No caso da Ação envolvendo a possibilidade de interrupção da gestação em casos de fetos com anencefalia, percebe-se uma grande atenção dedicada a diferentes aspectos relacionados a temática, reveladora da complexidade do problema jurídico e bioético enfrentado.

²⁶⁰ FAÚNDES, Aníbal. Prefácio. In: DINIZ, Débora. RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p.13-19.

²⁶¹ Cumpre destacar que os aspectos atinentes às questões de autonomia reprodutiva, assim como acerca dos direitos sexuais, serão o objeto de abordagem do próximo capítulo, razão pela qual, neste momento, não se consignam maiores referências conceituais quanto à utilização desta expressão.

²⁶² FAÚNDES, Aníbal. In: *Op. cit.* p.14. Faúndes considera que o aborto é um problema social, passível de tornar-se objeto de políticas públicas, tal como ocorre com outros temas sociais. Para ele, não é simplesmente com a adoção de práticas proibitivas e condenatórias que se soluciona um problema da natureza do aborto.

²⁶³ HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. In: **Estudios constitucionales** [online]. vol.6, n.2, 2008. p. 529-547. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100016&lang=pt. Acesso em 05 de agosto de 2012.

Neste sentido, vislumbra-se uma ausência de diálogo dos fatos com o Direito, pois a questão acabou por ser resolvida, notadamente, com base em conceitos e em uma apreciação de cunho essencialmente político, onde a discussão ficou adstrita à conveniência ou não de uma decisão do STF sobre a matéria. Mesmo neste ponto, entretanto, pode-se perceber uma ausência de aprofundamento e de esgotamento do debate, pois a leitura e o enquadramento dos conceitos jurídicos foram feitos de forma superficial, carente de maior aprofundamento analítico e discursivo, como discorre a autora em referência.

Destarte, tem-se que a utilização do argumento de que o diagnóstico da anencefalia é realizado com 100% de certeza, irreversível e letal na totalidade dos casos não se demonstra como uma certeza absoluta a ser um dos principais fundamentos para a autorização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, mesma conclusão que se chegou no tópico anterior quando se verificou a incongruência entre critérios de vida e morte adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro. Há um cenário demonstrado de que os avanços das técnicas biomédicas possibilitaram o conhecimento da saúde do feto apontando a presença de uma anomalia que pode retirar por completo sua possibilidade de sobrevivência extrauterina.

A grande maioria dos Ministros do STF considerou que a anencefalia é uma anomalia fetal absolutamente incompatível com a vida humana. No entanto, os debates ocorridos nas audiências públicas que precederam ao julgamento demonstram que a noção de vida extrauterina incompatível não guarda um consenso, porquanto haja posicionamentos no sentido de que o feto anencéfalo não virá à óbito ainda no útero ou simultaneamente ao nascer. O caso Marcela de Jesus, ainda que a polêmica do diagnóstico o cerque, serve como exemplo de que este conceito não foi utilizado com a devida prudência pela Corte, motivo pelo qual, sua leitura deve ser atenta, para que o discurso jurídico não se construa em premissas que são, no mínimo, questionáveis.

Além dos argumentos morte cerebral e incompatibilidade de vida extrauterina, há quem considere que não se está a falar em aborto no caso dos fetos anencéfalos, mas sim em uma antecipação terapêutica do parto, porquanto o feto só poderá estar vivo ao longo da gestação, sem possibilidade de vida após o nascimento. Este é outro argumento utilizado ao longo dos diálogos e julgamento da ADPF nº. 54 e será o objeto de análise no desenvolvimento do tópico seguinte deste capítulo.

3.3 A ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO: O TERCEIRO MOMENTO DE APROPRIAÇÃO DOS CONCEITOS PELO DISCURSO JURÍDICO – SOBRE (POSSÍVEIS) ESTRATÉGIAS POLÍTICAS, OLHARES HERMENÊUTICOS E ANTROPOLOGIA DA CIÊNCIA

Os tópicos anteriores demonstraram que a incongruência entre os conceitos de vida e morte e o argumento da incompatibilidade da vida extrauterina são passíveis de questionamento enquanto fundamentação do discurso jurídico para a hipótese de interrupção da gestação dos fetos anencéfalos. Ao lado destes dois argumentos, propõe-se debater a utilização da expressão antecipação terapêutica do parto igualmente enquanto argumento para a interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, indagando-se o discurso jurídico que, ao lançar mão desta expressão, pode assim fazer como uma possível estratégia política ou até mesmo enquanto um viés hermenêutico. Em outras palavras, quer-se refletir se o discurso jurídico deixa de utilizar a terminologia aborto em detrimento da antecipação terapêutica do parto para o caso dos fetos anencéfalos.

Assim, inicialmente, cabe apresentar, brevemente, alguns conceitos e distinções apresentados para a palavra aborto. Segundo Aníbal Faúndes e José Barzelatto definir aborto como simplesmente a interrupção da gravidez é inadequado, porque tal definição incluiria o nascimento de um bebê prematuro, ou mesmo maduro, antes de se completar a gestação normal. A diferença entre o aborto e o nascimento prematuro é a viabilidade fetal, definida como uma gestação de vinte e duas semanas completas ou um feto de quinhentos gramas. Logo, abaixo desse limite, o término da gravidez é definido como um aborto, e, acima desse limite, é considerado como o parto de um bebê prematuro.²⁶⁴ Também, segundo a norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento, o aborto é o produto da concepção eliminado no abortamento, o qual se constitui na interrupção da gravidez até a 20^a-22^a semana e com produto da concepção pesando menos que 500 gramas.²⁶⁵

Estes mesmos autores ainda apresentam uma distinção para aborto seguro e aborto de risco, sendo o primeiro definido como um procedimento para interromper uma gravidez indesejada, realizado por pessoas que não têm as habilidades necessárias ou em um ambiente que não tem os padrões médicos mínimos, ou ambos. Já o aborto seguro, também passível de ser denominado como aborto médico ou cirúrgico, seria aquele realizado por um profissional

²⁶⁴ FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004. p.53-54.

²⁶⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.22.

bem treinado, com os meios necessários e em um ambiente médico adequado, sendo considerado seguro porque implica um risco extremamente baixo para a mulher.²⁶⁶

Flávia Regina Guedes Ribeiro e Mary Jane Paris Spink apresentam uma distinção entre o aborto espontâneo e o provocado. O primeiro vem conceituado como a interrupção da gestação que ocorre sem nenhuma intervenção externa e pode ser causado por doenças da gestante, por problemas genéticos do embrião ou por traumas físicos e psíquicos e é um problema de ordem médica que afeta a saúde da mulher, que também pode implicar consequências sociais e psicológicas para ela e sua família; o aborto provocado, também denominado de induzido ou voluntário, refere-se à interrupção da gravidez por uma intervenção externa e intencional e é geralmente encarado como um problema pessoal e social, com complexas implicações médicas, culturais, religiosas, éticas, políticas e psicológicas.²⁶⁷

O discurso jurídico adotado ao longo da ADPF nº. 54 e que encontra amparo em determinadas vozes da doutrina, é pela utilização de uma linha argumentativa de que o caso dos fetos anencéfalos não deve ser tratado como um aborto, mas sim como uma antecipação terapêutica do parto. Esse fundamento dialoga com a questão abordada no tópico anterior, a da incompatibilidade da vida extrauterina e a inviabilidade do feto. Nesse sentido, já na petição da Ação que tramitou junto ao STF, asseverou-se que, diante da irreversibilidade do quadro de anencefalia, a má-formação fetal empresta à gravidez um caráter de risco, notadamente maior do que a inerente a uma gravidez normal, de modo que a antecipação do parto constitui, nessa hipótese, a indicação terapêutica médica e eficaz para o tratamento da paciente gestante, já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução.²⁶⁸

Conforme se depreende dos argumentos lançados por Luis Roberto Barroso, ao expor seus fundamentos na petição, a antecipação do parto nos casos de anencefalia não se caracterizaria como aborto porque este seria a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto enquanto produto da concepção. Em outras palavras, no aborto a morte do feto deve ser causada pela utilização de um método abortivo com relação causal direta com a potencialidade de vida extrauterina dele. Como na anencefalia a morte ocorre pela má formação do feto, então tratar-se-ia de uma antecipação terapêutica do parto, não se cogitando

²⁶⁶ FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004. p.54.

²⁶⁷ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencéfalos. In: **Psicologia & sociedade**. v.23. p.63-71, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23nspe/a09v23nspe.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2012.

²⁶⁸ A versão integral da petição inicial da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, de 2002 encontra-se em BARROSO, Luís Roberto. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais**. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009. p.69 *et seq.*

da hipótese de aborto. Neste contexto, a antecipação terapêutica não seria conduta vedada, ante a ausência de proibição no ordenamento jurídico brasileiro.

À época de agosto de 2008, quando houve a realização de audiência pública para debate do tema, o então Deputado Federal e Membro da Academia de Medicina, José Aristodemo Pinotti, defendeu que não há como chamar de aborto a interrupção da gravidez de um feto anencéfalo, preferindo denominar desta última forma porque se trata de uma gestação de feto que não tem potencialidade de vida.²⁶⁹ O Deputado Pinotti segue a linha argumentativa de que apenas a interrupção de uma potencialidade de vida pode ser denominada aborto, e, como o feto anencéfalo não possui cérebro, não tem potencialidade de vida. Sobre isto, os dois tópicos anteriores já serviram para demonstrar que esse tipo de posicionamento não se constitui em uma certeza. Primeiro, porque a anencefalia, tecnicamente, não é apenas a inexistência de cérebro e a potencialidade de vida deve ser substituída pela análise sobre a vida tutelada juridicamente, pois afirmar, de forma peremptória, que o feto anencéfalo não possui vida biológica é incorrer em um senso comum teórico, como se isso fosse uma verdade escriturada pelo discurso jurídico.

Embora no ano de 2004 a Procuradoria Geral da República não tenha concordado com os argumentos expostos na petição inicial da ADPF nº. 54, no ano de 2012, por ocasião do julgamento definitivo pelo STF, pode se perceber a defesa pela interrupção da gestação dos fetos anencéfalos. Em manifestação do atual Procurador-Geral da República, Roberto Gurgel, assinalou-se que a discussão sobre a antecipação terapêutica do parto de anencéfalos situa-se no domínio da medicina, sem que isso envolva quaisquer escolhas morais relacionadas à interrupção voluntária da gravidez viável.

Eis assim que a restrição à interrupção da gravidez do feto anencéfalo não se sustentaria juridicamente, pois, como pensa Gurgel, embora a ordem constitucional proteja a vida potencial do feto, não o faz de forma tão intensa quanto tutela a vida após o nascimento.²⁷⁰ Destarte, por esta ideia, também se depreende a linha argumentativa de que a antecipação terapêutica do parto não significa qualquer violação do direito à vida.

²⁶⁹ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

²⁷⁰ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **No STF, PGR defende antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.** Notícia publicada na página eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional. Acesso em: 19 de agosto de 2012. Registre-se que essa argumentação, especialmente no que se refere à tutela da vida potencial do feto, j[a] fora apresentada no ano de 2009 em manifestação da hoje Vice Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, a qual também entende que a Constituição protege a vida do feto, mas sem a mesma força com que tutela a vida após o nascimento. Discorre que a proteção é inicialmente menor, mas que vai aumentando na

Também, no voto do Ministro Marco Aurélio, ao relatar a ADPF nº 54, consignou que aborto é um crime contra a vida e que no caso do anencéfalo não existe vida possível, pois, mesmo que biologicamente vivo, porque feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica. Portanto, não há impedimento para a interrupção da gestação do feto anencéfalo, recomendando-se a antecipação terapêutica do parto.²⁷¹

Ribeiro e Spink realizam uma análise sobre a forma como os termos são colocados na ADPF nº 54, especialmente na concessão da liminar pelo Ministro relator, sendo que, na verdade, não difere daquilo já observado nos votos constantes no julgamento definitivo da Ação e que possui relação justamente com os argumentos e denominações que foram utilizados para a controvérsia em relação ao aborto dos fetos anencéfalos.

De acordo com as autoras, o uso de determinados termos indicam a premissa moral que sustenta a argumentação dos atores em controvérsia e a análise dos termos permite identificar quais são as posições morais em conflito agonístico. Assim, os repertórios associados à nomeação da intervenção cirúrgica que provoca a interrupção da gestação, os termos usados para nomeação da gestante e as nomeações do conceito ou embrião são os usos dos repertórios que interessam para conhecer os pressupostos presentes na controvérsia sobre o aborto no caso da anencefalia do feto, considerando o contexto retórico de utilização das respectivas nomeações.²⁷²

Neste contexto, refletem que o termo feto foi utilizado constantemente e sem variações em toda a decisão liminar, mas a denominação da gestante era modificada conforme o objeto da argumentação. A gestante foi nomeada mãe quando o arranjo retórico visava enunciar a frustração da vida do feto com conseqüente risco para a vida da gestante. Por outro lado, era denominada gestante quando o foco argumentativo não era a frustração da vida do feto, mas a sua vida em risco. Logo, a portadora do feto, enquanto aspecto biomédico, era a gestante, ao passo que mãe era aquela cujas capacidades maternas não se realizariam. Ademais, o termo

medida em que avança a gestação; ou seja, uma espécie de tutela progressiva conforme o desenvolvimento da gravidez. Entretanto, aponta que no caso dos anencéfalos essa discussão não teria maior relevo, porque sequer se cogita da vida potencial do feto, de sorte que a interrupção da gestação apenas abreviaria um desfecho inevitável. Logo, como no caso da anencefalia não existe vida em potência do nascituro, não há justificativa para limitar à gestante o direito pela antecipação terapêutica do parto, já que ausente a violação do direito à vida. Para maiores informações, recomenda-se a leitura do parecer disponível em: http://www.noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_pdfs/ADPF_54_. Acesso em: 19 de agosto de 2012.

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

²⁷² RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencéfalos. In: **Psicologia & sociedade**. v.23. p.63-71, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23nspe/a09v23nspe.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2012.

gestante foi também utilizado para dar o sentido de cidadã na retórica em defesa do direito de escolha pela interrupção.

Assim, as nomeações antecipação terapêutica do parto e interrupção da gravidez foram relacionadas ao sentido de cidadã para indicar que, no primeiro uso, não se tratava de aborto, e isso ficou bem consignado em todos os documentos já referidos ao longo deste tópico, e, no segundo, que, mesmo tratando-se de aborto, a gestante teria o direito de interromper a gestação. Estes usos, segundo Spink e Ribeiro sugerem a concepção moral que defende que, mesmo que o feto humano tivesse direito à vida, ou fosse considerado pessoa, a gestante teria o direito de abortar.²⁷³

Então, o que se percebe é, de fato, o argumento da antecipação terapêutica do parto, utilizada pelo discurso jurídico, encontra vozes que defendem não ser a interrupção da gestação dos fetos anencéfalos um aborto. Uma das maiores defensoras desta fundamentação é Débora Diniz para quem há um certo consenso bioético de que o aborto por má formação fetal deve ser considerado uma situação diferente de aborto voluntário, pelo fato de que os quadros clínicos que fundamentam os pedidos de aborto por má formação fetal incompatível com a vida sejam situações-limite em que os recursos científicos disponíveis são inúteis, ante a certeza da inviabilidade fetal.²⁷⁴

Diniz propõe que os fundamentos para a antecipação terapêutica do parto são basicamente dois: o primeiro, a promoção e o respeito à autonomia reprodutiva das mulheres, pois a antecipação terapêutica irá fortalecer as mulheres em suas escolhas reprodutivas, também permitindo diferentes expressões da autonomia. Assim, a possibilidade de antecipação terapêutica do parto deve ser lida como uma hipótese plausível àquelas mulheres que consideram insuportável o sofrimento provocado pelo diagnóstico da gestação de um feto anencéfalo. Por outro lado, o diagnóstico da má formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para a mulher e os futuros pais, em uma situação em que todos os recursos disponíveis para reverter o quadro são nulos.

Logo, por não haver alternativas para salvar a vida do feto, defende-se a antecipação terapêutica do parto já que não provocará nenhuma espécie de dano a ele, sendo a alternativa mais digna para aliviar o sofrimento dos futuros pais. Como afirma a autora em destaque, reconhecer a legitimidade legal da antecipação terapêutica do parto diminuirá a angústia

²⁷³ RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. SPINK, Mary Jane Paris. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencéfalos. In: **Psicologia & sociedade**. v.23. p.63-71, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23nspe/a09v23nspe.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2012.

²⁷⁴ DINIZ, Débora. RIBEIRO, Dialuas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p.46.

provocada pela informação do diagnóstico, ao tornar o processo decisório mais rápido e simples.²⁷⁵

Em resumo, o posicionamento assumido por Débora Diniz pauta-se no sentido de que a antecipação terapêutica do parto é um direito da mulher, a quem caberá ou não decidir a continuidade da gestação, porquanto o diagnóstico recebido assemelha-se ao paciente com morte cerebral. E, ao Estado, caberá viabilizar tal direito, de sorte que, decidindo manter a gravidez, a mulher deverá ser esclarecida dos riscos inerentes à sua opção, como uma espécie de orientação para permitir que ela procure um serviço médico caso observe algum sinal ou sintoma.

Quando se propõe discutir a atuação do discurso jurídico em casos que ocupam um espaço polêmico, porque envolvem não apenas a adoção de argumentos jurídicos, mas de outras ciências, depara-se com um considerável problema, qual seja, a relação entre o direito e a política. Em outras palavras, quer-se indagar na sequência deste tópico o que pode significar o argumento da antecipação terapêutica do parto, no sentido de ser uma argumentação em um sentido político, e isso não significa, necessariamente, um aspecto negativo; ou, até mesmo, uma possibilidade hermenêutica.

Discorre Barroso que, no plano de sua criação, o Direito não pode ser separado da política, na medida em que é produto do processo constituinte ou do processo legislativo, de sorte que o Direito é, na verdade, um dos principais produtos da política. Entender pela separação entre as esferas seria vincular-se a uma visão tradicional e formalista do fenômeno jurídico, cultivando-se crenças como a neutralidade científica, a completude do Direito e a interpretação judicial como um processo puramente mecânico de concretização da norma jurídica, em valorações estritamente técnicas.²⁷⁶

Assim, o autor entende que a atribuição típica do Poder Judiciário consiste na aplicação do Direito a situações em que tenha surgido alguma disputa, um litígio. Decidindo a controvérsia, o juiz faz prevalecer a situação abstrata prevista na lei, desempenhando uma função técnica do conhecimento, de mera declaração de um resultado já previsto e não uma atividade criativa, suscetível de influência política. É dizer, em um discurso padrão, que os juízes são independentes da política e limitam-se a aplicar o direito vigente, de acordo com critérios que são aceitos pela comunidade jurídica.

²⁷⁵ DINIZ, Débora. RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003. p.81.

²⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.416.

O que se quer refletir é se o modo como os argumentos do discurso jurídico no caso do aborto dos fetos anencéfalos não foram apresentados para dar uma conotação política ao julgamento, no sentido de que não é preciso falar em aborto, pois se pode falar em antecipação terapêutica do parto, como se isso retirasse o peso da tarefa de decidir um caso de tal magnitude. E ao STF é que foi concedido esse poder para afirmar sobre a possibilidade de se interromper uma gestação. Muito se falou em morte cerebral, em incompatibilidade de vida e em antecipação terapêutica do parto e sutilmente se discutiu sobre o significado destes conceitos, sobre a própria questão da vida e sua tutela pelo sistema jurídico e os direitos reprodutivos.

O protagonismo que o Supremo assume pode ser explicado pelos fenômenos da judicialização da política, apontando o avanço da lógica técnico-jurídica para o campo da política; pela politização da justiça, apontando-se a expansão da lógica político-partidária para o campo da justiça e até pela judicialização das relações sociais, indicando-se o avanço da lógica técnico-jurídica na organização e regulação da sociabilidade e das práticas sociais. Portanto, há uma expansão da área de atuação das cortes judiciais, transferindo-se a elas os direitos de decisão da legislatura e colocando o Poder Judiciário na posição de arena de disputa e de conflitos no cenário público brasileiro.²⁷⁷

Eis assim que o STF ocupa um espaço cada vez maior na vida política do país. Antes distante das preocupações públicas, agora se mostra como figura central no que se refere à sua expressão propriamente política, assim como no que se refere à sua intervenção no âmbito social. Neste sentido, afirma Marcos Paulo Veríssimo que a Constituição Federal de 1988 está na base do processo de judicialização da vida pública brasileira, tendo sido responsável por desenhar a face protagônica que a justiça e o Supremo Tribunal Federal ostentaram a partir da década de 1990, seus mecanismos de ampliação do acesso à justiça, aliados à aparente disposição dos tribunais em exercer ativamente as competências de revisão que lhes forem atribuídas, também respondem, em contrapartida, por boa parte da crise de eficiência que acompanhou a atuação do Judiciário a partir dessa mesma década.²⁷⁸

Assim, a razão pela qual o Supremo preferiu adotar um discurso de antecipação terapêutica do parto, porque não há vida no anencéfalo, pode ser a própria justificativa de não querer discutir a tutela jurídica da vida na ADPF nº 54, como se fosse um escape, um ferrolho, para dizer que o STF não é a favor ou contra o aborto, ou que este encontra-se liberado, mas

²⁷⁷ OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012. p.1-9.

²⁷⁸ VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. In: **Revista Direito FGV**. São Paulo, jul-dez 2008, p.,407-440.

sim que apenas autorizou uma prática médica no caso da anencefalia, diante de uma constatação inexorável da morte.

Caso tenha sido este o fundamento para a utilização do argumento da antecipação terapêutica do parto, ele pode ser igualmente questionado, até porque próprios grupos ligados a posicionamentos religiosos tratam do tema como aborto e com concepções que até se afastam de um discurso moral da Igreja Católica. Por exemplo, as Católicas pelo Direito de Decidir²⁷⁹, que argumentos, no caso do aborto, de que se trata da vida de um inocente não se aplicam. Para elas, uma discussão aberta e democrática sobre o aborto é que permitirá verificar que há possibilidades distintas de se compreender questões complexas como as do início e fim da vida, entre outras, de modo que não se pode lidar com a questão do aborto de uma forma absoluta, tentando impor como verdade a todas e a todos aquilo que é fruto de uma opinião ou de uma doutrina. A interrupção voluntária da gravidez amparada na legislação é uma questão de justiça social e de democracia em respeito aos direitos das mulheres.²⁸⁰

Ao lado desta discussão, pode-se pensar a temática sob o olhar hermenêutico. Discutir a problemática do discurso jurídico na fundamentação das decisões judiciais no contexto atual do ordenamento jurídico implica debater os rumos que a ciência jurídica tem caminhado na modernidade. Kaufmann ensina que toda a filosofia do direito deve, direta ou indiretamente, servir a missão de separar o direito do não direito, da injustiça. Assim, duas perguntas se impõem: o que é o direito correto? Como se reconhece ou realiza o direito correto?²⁸¹

Por muito tempo se acreditou que estes questionamentos poderiam ser cindidos e respondidos separadamente, em que o direito correto seria concebido como um objeto substancial, ou seja, um objeto a ser compreendido pelo seu sujeito, na sua pura objetividade, sem a influência de quaisquer elementos subjetivos.

²⁷⁹ A Católicas pelo Direito de Decidir, fundada no Brasil em 8 de março de 1993, é uma organização não governamental feminista, a qual busca a justiça social, o diálogo inter-religioso e a mudança dos padrões culturais e religiosos que cerceiam a autonomia e a liberdade das mulheres, especialmente no exercício da sexualidade e da reprodução. Desde 1996, juntamente com outros países de América Latina, construíram a Rede CDDLA (Red Latino Americana de Católicas por el Derecho a Decidir), trabalhando em estreita articulação. Também relacionaram-se com o CFC – Catholics for Choice, de Estados Unidos e o grupo de CDD da Espanha. O grupo trabalha na promoção da cidadania e dos direitos humanos (sexuais e reprodutivos) das mulheres, assim como luta pela igualdade nas relações de gênero, tanto na sociedade como no interior da Igreja Católica e de outras religiões, além de divulgar o pensamento religioso progressista em favor da autonomia das mulheres, reconhecendo sua autoridade moral e sua capacidade ética de tomar decisões sobre todos os campos de suas vidas. Conforme informações constantes na própria página eletrônica Organização, disponível em: <http://catolicasonline.org.br/institucional/>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

²⁸⁰ NUNES, Maria José Rosado. **O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas**. Disponível em: <http://www.catolicasonline.org.br/artigos/conteudo.aps?cod=3486>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

²⁸¹ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.57.

Hodiernamente, entretanto, se reconheceu, através da teoria das ciências, que o mundo não pode ser observado e julgado apenas por critérios e categorias das ciências naturais, porquanto o conhecimento nem sempre é atingido exclusivamente por argumentos livres de subjetividade. Assim, novamente Kaufmann quando afirma que isto aplica-se especialmente às ciências da compreensão (*Verstehenswissenschaften*), nas quais se inclui a ciência do direito, pois aqui o esquema sujeito-objeto falha logo desde o ponto de partida.²⁸²

Na ciência jurídica não se pode afirmar da existência de um conhecimento que não esteja marcado pelo seu investigador. Eis assim que o conhecimento de direito origina a própria construção dele, a partir de um processo de realização do direito. Ocorre que a Teoria do Direito, ao menos desde a viagem do século, esteve envolvida em um ponto nodal de discussão que vinculava o juiz às normas prescritivas que orientam como ele deve decidir os seus casos.

Foi no século XX, ao lado de ter proporcionado uma evolução tecnológica, que também se verificou o abalo de valores que sustentaram ética e juridicamente os valores da civilização ocidental. O jurista do novo século não encontra valores consagrados e definidos para ditar os rumos da ordem jurídica contemporânea, nem critérios válidos e permanentes para imprimir-lhe eficácia e coerência. Por tal razão, o direito positivo vai se transformando em uma colcha de retalhos.²⁸³

Hassemer alerta que são várias as concepções matizadas situadas entre a esperança de que o juiz encontraria na lei a resposta inequívoca e completa para suas dúvidas acerca dos princípios de decisão no caso concreto e a opinião de que o juiz não tem em conta a lei, decidindo segundo a sua sensibilidade jurídica ou segundo os interesses das partes afetadas, tal como ele os entende.²⁸⁴ Destarte, o reconhecimento de que o direito codificado não pode, pelo menos de fato, determinar inteiramente a decisão judicial não é novo; ele pode ser comprovado, por exemplo, a partir da experiência empírica de que a jurisprudência pode se

²⁸² KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.58.

²⁸³ JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: **Revista da EMERJ**, v. 9, n. 35, 2006. p.15. Assevera o autor que com técnicas de direito público, de acendrado teor socializante, sempre mais e mais, se coacta a liberdade individual, sem embargo de o Estado Ocidental se declarar fundado na livre iniciativa individual. Por isso, questiona onde localizar a dignidade da pessoa humana quando o indivíduo não consegue se libertar da intromissão constante e intensa nas esferas não apenas econômicas, mas até mesmo íntimas, personalíssimas. Cada vez mais se exige que o direito se faça presente com força cogente e inarredável, a tal ponto que, em nome do gigante aterrorizante do social e do coletivo, nem mais se consegue separar o direito público do direito privado.

²⁸⁴ HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.283.

alterar profundamente, sem que a lei tenha sido modificada, o que se relaciona, indubitavelmente, com as questões debatidas aqui. Veja-se que não houve uma mudança legislativa no caso do aborto de fetos anencéfalos, tampouco no reconhecimento das uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo, mas se verificou uma transformação da jurisprudência, o que não significa que está blindada de críticas, como se fosse a única resposta correta, a afirmar a desnecessidade de uma atividade legislativa para a regulamentação de tais casos.

Cabendo ao juiz definir o sentido e alcance da lei, somente se firmará o teor da norma legal depois que o julgador atribuir-lhe o resultado que entender de conferir-lhe. A lei, na realidade, só existirá como receita depois que o juiz completar a normatização apenas iniciada pelo legislador.²⁸⁵ O furor reformista intentado com a má compreensão do aplicador do direito acerca da utilização dos princípios dificultou o alcance de uma das funções primárias da normatização, que, para Theodoro Junior, é a segurança jurídica.

Na verdade, a crise, o problema que se enfrenta é aquele descrito por Castanheira Neves sobre o porquê do direito no mundo humano, por que ele existe, se manifesta e se constitui o direito na existência do sujeito e como dimensão dessa existência, “do homem em geral, do homem existente enquanto convivente”. Como o autor mesmo refere não se trata de dilemas filosóficos quanto ao direito, ou de problemas teóricos sobre o direito, mas sim o problema do direito.²⁸⁶

Portanto, a problemática apresentada por Castanheira Neves suscita a interrogação pela própria determinação e fundamentação do direito, seja na perspectiva ontológica, como no seu fundamento normativo. A atual problematidade do direito atinge, inclusive, a sua subsistência, eis que coloca em causa não apenas o seu verdadeiro sentido, mas a possibilidade mesma do seu sentido.

A legitimação e o poder do discurso jurídico em nome da verdade se encontra no fato de que ele se apresenta como a revelação de segredos, que reforça a intenção política da unificação dos atores sociais e da produção de uma viagem da sociedade homogênea.²⁸⁷ Assim, a lei e o direito se constituem em níveis das relações simbólicas de poder, que se

²⁸⁵ JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006. p.18.

²⁸⁶ NEVES, Castanheira A. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros**. v.3. Coimbra: Coimbra editora, 2008. p. 10. Diz Castanheira que enunciar o problema do direito não postula a sua necessidade. É pensável a não existência do direito sem que, todavia, também por isso se haja de concluir que esse pensável se tenha verificado ou se venha a verificar. O problema do direito é um problema universal. O direito é só uma resposta possível para um problema necessário, isto porque o direito apenas surgirá se se verificarem certas condições, que não necessariamente são de verificação necessária.

²⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.90.

manifestam no discurso jurídico. Por tal razão é que se insiste que a questão da falta de motivação das decisões judiciais é decorrência do senso comum dos juristas, que se deixam enganar por argumentos de poder, reproduzindo o mito da racionalidade e impedindo a ascensão do conhecimento fundado na realidade sócio-jurídica.

Propõe-se, dessa forma, pensar na hermenêutica como uma espécie de declaração de guerra para superação dos dogmas, por ser transcendental no sentido em que designa as condições de possibilidade de compreensão do sentido em geral.²⁸⁸ A hermenêutica opõe-se ao conceito objetivista do conhecimento, suprimindo o esquema sujeito-objeto no fenômeno da compreensão, porque o sujeito que compreende se insere no horizonte de compreensão e não se limita a representar de forma passiva o objeto da compreensão na sua consciência, desempenhando um papel ativo.

Como afirma Rorty, a hermenêutica é uma expressão da esperança em que o espaço cultural legado pela morte da epistemologia não seja preenchido, em que a nossa cultura se deva tornar uma cultura em que já não seja sentida a procura de constrangimento e confrontação.²⁸⁹ A hermenêutica, em boa parte, é uma luta contra a assunção epistemológica de que todas as contribuições para um dado discurso são comensuráveis, ou seja, capaz de ser colocado para debaixo de um conjunto de regras que digam como é que se pode alcançar um acordo racional acerca daquilo que resolveria a questão em cada ponto onde as declarações parecem ser conflituosas.

Na filosofia analítica, imaginou-se que esse paradigma se encontrava na linguagem, que, em tese, forneceria um esquema universal para todo o conteúdo possível. Sugerir que isso não existe seria um perigoso retorno à racionalidade. Assim, ainda na esteira do autor, a hermenêutica vê as relações entre os vários discursos como fios em uma possível conversação, que não pressuponha nenhuma matriz disciplinar que una os locutores, mas onde nunca se perde a esperança de acordo enquanto a conversação dure. Ela é o estudo de um discurso do ponto de vista de um qualquer discurso normal, a tentativa de produzir algum sentido a partir daquilo que se passa, para então iniciar sua descrição epistemológica.²⁹⁰

Neste sentido, deve ser possível separar o velho e o novo no direito. Leciona Streck que se não há segurança para apontar as características de uma teoria efetivamente pós-

²⁸⁸ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002. p.150.

²⁸⁹ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. 1.ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p.247.

²⁹⁰ RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. 1.ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988. p.251.

positivista, há, entretanto, condições para que se possa dizer o que não é e o que não serve para a contemporânea teoria do direito, mormente em países com sistemas e ordenamentos jurídicos complexos.²⁹¹

O Direito já não é mais o mesmo, eis que, historicamente, as teorias positivistas do direito recusaram-se a fundar suas epistemologias numa racionalidade que desse conta do agir propriamente dito. Como alternativa, estabeleceram um princípio fundado em uma razão teórica pura, enxergando o direito como um objeto analisado a partir de critérios emanados de uma lógica formal rígida. Ora, a pretensão das teorias positivistas era oferecer à comunidade jurídica um objeto e método seguros para a produção do conhecimento científico, que desconsiderava os fatos sociais, excluindo-os da Teoria do Direito.

O novo constitucionalismo trouxe a preocupação de que o direito deve se ocupar com a construção de uma sociedade justa e solidária, cujo desafio é fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais. Por isso é que Streck afirma não haver dúvida de que o novo constitucionalismo é sinônimo de novo paradigma, em que o direito deixa de ser meramente regulador para assumir uma feição de transformação das relações sociais.²⁹²

Mas ao lado dessa perspectiva não se pode olvidar o grande problema que dificulta a aplicação do direito na modernidade e a efetividade dos direitos constitucionais garantidos pela Carta, qual seja, o deslocamento para o Poder Judiciário do pólo de tensão dos conflitos. Aumentam-se os poderes dos juízes e dos tribunais. Eles não são mais a boca da lei, entretanto, passa-se a admitir o uso de discricionariedades judiciais. Ao se conferir o poder discricionário ao juiz, via ativismo judicial, retorna-se em direção ao positivismo.²⁹³

O novo constitucionalismo proporcionou o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados, a partir de ditames compromissórios e dirigentes, atravessando vertical e horizontalmente as relações sociais. Como, então, construir um discurso jurídico que dê conta da complexidade social sem recair no decisionismo do intérprete, é a pergunta que se impõe.

Se o constitucionalismo compromissório altera substancialmente a teoria das fontes que sustentava o positivismo, há a necessidade de o esquema sujeito-objeto ceder lugar para o novo paradigma interpretativo. Logo, o Direito não mais é ordenador ou promovedor de

²⁹¹ STRECK, Lenio Luiz. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2.ed. Landy, 2010. p.200.

²⁹² *Idem. Ibidem.*

²⁹³ Por essa razão é que Lenio Streck efetua uma diferenciação entre judicialismo ou judicialização de ativismo. O primeiro decorre das contingências de um paradigma; o segundo pode ser destrutivo, uma vez que permite substituir os juízos morais e políticos institucionalizados no direito produzido democraticamente pela opção pessoal dos juízes. O problema do positivismo e sua superação está umbilicalmente ligada à derrocada do sujeito da modernidade. In: *idem. ibidem.* p.218.

direitos, conquanto, no Estado Democrático, seja um elemento qualificativo da sua própria legitimidade, impulsionando o processo de transformação da realidade.

Sendo o direito um saber prático, a tarefa de qualquer teoria jurídica será buscar as condições para a concretização de direitos. Em outras palavras, deve envidar o esforço necessário para evitar decisionismos e arbitrariedades interpretativas. Nas palavras de Streck, sendo mais claro: é contraditória qualquer perspectiva jus-interpretativa calcada na possibilidade de múltiplas respostas, porque leva, inexoravelmente, ao cometimento de discricionariedades, fonte autoritária dos decisionismos judiciais.²⁹⁴

Criou-se uma cultura de que o juiz não pode procurar fundamentos para a sua decisão. Ele deve saber tudo, e, quando não encontra fundamentos suficientes para a sua decisão, teria legitimado o espaço para julgar de qualquer forma, afinal de contas, é um ser humano. A sua decisão deve revelar uma certeza teórica, mesmo que o seu discurso seja apenas retórico. Deve o julgador compreender o mundo real em que vive e dessa forma julgar os casos que lhe são postos, pois apenas assim é que estará quites consigo e com a sociedade.

O problema dessa figura criada é a legitimação do papel simbólico da dogmática jurídica e da sua adoção como discurso. O ato da decisão judicial, mais do que uma resposta jurídica deve oferecer uma resposta política, como forma de conter uma pretensa insegurança jurídica que assola a comunidade e, claro, reflete no juiz. Isso nada mais é do que a confirmação de que, na modernidade, autorizou-se um discurso jurídico que seja arbitrário e discricionário, como se sentenças judiciais fossem mercadorias expostas para serem adquiridas conforme a conveniência das partes envolvidas na resolução de algum problema.

A aplicação da norma sempre retoma a necessidade de fundamentação da decisão para que se demonstre ao jurisdicionado que se chegou à decisão correta e adequada ao caso concreto.²⁹⁵ O dever de motivação das decisões judiciais não é uma liberalidade concedida ao juiz, é uma obrigação fixada pela norma jurídica fundamental do ordenamento. Não é apenas indicar normas, mas sim expor os motivos pelos quais julgou de determinada forma e concluiu em algum sentido.

Nesse diapasão, como ensina Streck negar a possibilidade de que possa existir uma resposta correta pode vir a se constituir em uma profissão de fé no positivismo, e, portanto, na discricionariedade judicial. Corre-se o risco de conceder ao juiz uma excessiva discricionariedade, um excesso de liberdade na produção de sentidos, acreditando que o

²⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata: o direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008. p.99.

²⁹⁵ *Idem. Ibidem.* p.66.

direito é apenas um conjunto de normas e não norma, fato e direito.²⁹⁶ Ou, de forma mais poética, como refere Warat, essa repetição do passado impede receber os sinais do novo, determina a morte do pensamento, do sentimento e da ação. Em suma, nos aliena, exclui e nos devora.

Repetir o passado é uma forma de esgotar o presente, de desestimar a sua força criativa, de introduzir uma pulsão destrutiva: uma forma de instalar a apatia e o cinismo como condições da transmodernidade. Um eterno presente de sobrevivências e um futuro indecifrável.²⁹⁷ O sistema jurídico por vezes parecer demonstrar que não está preparado para receber demandas de elevado grau de reflexão, eis que a dogmática jurídica permanece com a perspectiva de que o direito serve para resolver os conflitos interindividuais, lembrando o paradigma liberal-individualista, quando a realidade que se apresenta é a da transindividualidade.

Diz Streck, assim, que esta é a crise de modelo ou modo de produção de Direito, dominante na prática jurídica dos tribunais. Há, de um lado, uma sociedade carente de realização de direitos, e, de outro, uma Constituição Federal que garante estes direitos da forma mais ampla possível. Eis o contraponto do Estado Democrático de Direito em que a lei passa a ser um instrumento de ação concreta do Estado, tendo como método assecuratório de sua efetividade a promoção de determinadas ações pretendidas pela ordem jurídica. Isso, porém, ainda não foi perfeitamente assimilado pelos juristas.²⁹⁸

Tal perspectiva de Estado Democrático de Direito suscita a redefinição da função do Poder Judiciário, no novo paradigma estabelecido pelo constitucionalismo, porquanto esteja relacionado à realização dos direitos fundamentais e alcançando as promessas da modernidade. Sustenta-se, dessa forma, que há um deslocamento do centro de decisões dos poderes Legislativo e Executivo para o Judiciário, até pelo aumento de demandas pela concretização dos direitos, aumentando o poder da norma constitucional.

Além dessa questão, o ordenamento jurídico brasileiro convive com outro celeuma de difícil assimilação pelo intérprete, a lacuna e o conseqüente princípio do *non liquet*. Este problema surge com a positivação do direito e a ideia de sistema visto como uma complete

²⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: **Revista NEJ**. v.15.n.1.p.158-173/jan-abr 2010. Disponível em <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 31 de agosto de 2011.

²⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997. p.138.

²⁹⁸ *Idem. Ibidem*. p.47.

ordenada. O conceito de lacuna é uma construção da dogmática jurídica que pode servir de sustentação à argumentação do intérprete do direito.²⁹⁹

Ocorre que é no cenário moderno, lacunoso, do direito que se testemunha o desvelamento de novos direitos, como a Bioengenharia, a Biotecnologia e a própria Bioética, que culminaram em uma evolução de direitos e a necessidade de politizar o Direito por meio da judicialização da política, crescendo o número de sujeitos de direito e a ampliação do *status* do sujeito. Sobre isso, Ângela Espíndola e Jânia Saldanha asseveram que contrapondo a realidade da sociedade à realidade do Estado, verifica-se a insuficiência deste, e conseqüentemente, de seus poderes, para lidar com grande parte dos problemas em tempos interessantes. O Estado já de longa data deixou de ser o ator privilegiado nas negociações econômicas, políticas e sociais, estando crivado de insuficiências.³⁰⁰

Para Luís Roberto Barroso, novamente, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação das regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluído. Para ele, o uso abusivo da discricionariedade judicial na solução dos casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, bem como pode comprometer a legitimidade democrática da função judicial. E continua a afirmar que princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de escolhas pessoais e idiossincráticas. Assim, os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento social e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.³⁰¹

²⁹⁹ Sobre este aspecto, Lenio Streck afirma que é necessário distinguir as fórmulas lacuna da lei e lacuna do direito. De fato, a confusão que é feita pela doutrina brasileira traz várias questões, dentre elas o entendimento acerca do papel efetivo que exercem no sistema os dispositivos legais de clausura e ausência. Em verdade, diz o autor, o conceito de lacuna técnica elaborado por parte da doutrina não pode conviver com os aludidos dispositivos legais. Isso porque só se poderia falar na existência de tais lacunas no Direito primitivo ou no Direito internacional, no qual há ausência de órgãos centralizados de criação e aplicação de normas. Por fim, frisa, no entanto, que tal ausência torna inútil o argumento de lacuna, posto que o problema da lacuna é secundário, ou seja, em primeiro lugar dever-se-ia decidir se há normas, para só então, após isso, discutir a existência de algumas.

³⁰⁰ ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem da nova crítica do direito: afastando os *mitläufers* jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana (orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca do sentido para os caminhos do jurista**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006. p.65.

³⁰¹ BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.444. Defende o autor que se destacam dois parâmetros preferenciais a serem seguidos pelos intérpretes em geral. Primeiramente, a preferência da lei, em que onde tiver havido manifestação inequívoca e válida do legislador, deve ela prevalecer, abstendo-se o juiz ou tribunal de produzir solução diversa que lhe pareça mais conveniente. Também, a preferência pela regra, onde o constituinte ou legislador tiver atuado, mediante a edição de uma regra válida, descritiva da conduta a ser

O que o advogado da CNTS na ADPF n.º. 54 está a defender, doutrinariamente, é que a Constituição não deve ter a pretensão de ocupar todo o espaço jurídico no Estado Democrático de Direito, pois, dentro dos limites das regras constitucionais, o Legislativo pode fazer as escolhas que lhe pareçam mais convenientes conforme o interesse da sociedade, leia-se, dos cidadãos que elegem os seus representantes. Ao afirmar isso, o autor deixa bem claro que os juízes e tribunais não possuem autorização para se sobreporem ao legislador, ratificando-se a separação dos poderes.

O primeiro equívoco cometido por Barroso é que faz a sua definição da discricionariedade judicial em cima dos casos difíceis. Há tempos, Lenio Streck tem defendido que a separação entre casos fáceis e casos difíceis atende a uma exigência do esquema sujeito-objeto. Quando determinada teoria discursivo-argumentativa opera com tal distinção estrutural não se dá conta de que ali existem dois tipos de operar: no caso assim denominado simples, o operar explicativo é a ordem da causalidade; no caso complexo, não adianta trazer a causalidade, porque é necessário ampliar o processo.³⁰²

Se o problema da interrupção da gravidez dos fetos anencefálicos fosse um senso comum, como afirma Barroso na petição inicial, não haveria porque provocar o Judiciário para tal, pois isso significa apenas a legitimidade exacerbada que se concede ao direito em decidir um caso que envolve, no mínimo, a investigação profunda dos conceitos da medicina e da bioética, como já discutido ao longo de todo o capítulo.

É certo que aqueles que partilham do posicionamento de que o anencéfalo é um natimorto cerebral e que por não possuir uma vida em potencial podem entender que, de fato, não se fala em aborto, mas sim em antecipação terapêutica do parto. A proposta é justamente questionar este discurso, que, muitas vezes quer ser apresentado como uma certeza e acaba reduzindo a complexidade do tema ao apresentá-lo a partir de generalidades, como estas exemplificadas acima ou aquela que tanto já se demonstrou no desenvolvimento do trabalho, de que o anencéfalo virá á óbito ainda no útero da mãe ou logo após o seu nascimento. É um exercício de convencimento que o discurso jurídico tenta realizar para justificar os seus fundamentos nas decisões.

Sobre este aspecto, João Maurício Adeodato refere que há meios decisórios que podem se constituir sobre generalidades e que devem ser objeto de desconfiança por assumirem como verdadeiras suposições específicas. Segundo o autor, existem quatro meios: a persuasão,

seguida, deve ela prevalecer sobre os princípios de igual hierarquia, que por acaso pudessem postular incidência na matéria.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p.300.

quando se acredita sinceramente no comando normativo pelo seu conteúdo, por aquilo que é transmitido pelo seu emissor e compreendido pelo receptor da mensagem; a autoridade, em que o comando não se torna efetivo pelo seu conteúdo, mas pelo respeito que o receptor tem pelo emissor em determinado contexto; o engodo, como um meio retórico para obtenção de poder; e, finalmente, a ameaça de violência representada pela coercitividade do Direito, sendo uma componente do poder.³⁰³

Destarte, os argumentos analisados ao longo da capítulo como ser o anencéfalo um natimorto cerebral (subcapítulo 3.1), incompatível com a vida extrauterina (subcapítulo 3.2), cuja única recomendação é a antecipação terapêutica do parto (subcapítulo 3.3), os quais se encontram presentes na ADPF nº 54 podem ser utilizados como forma para um discurso jurídico persuasivo, porque pretende inculcar a partir destes argumentos a ideia de que não se pode falar em aborto de fetos anencéfalos por não ser a hipótese; ou, para um discurso autoritário já que o poder de decisão esteve concentrado nas mãos do STF, que emana um conteúdo ao seu receptor, de forma coercitiva. Este é o cuidado com a utilização dos argumentos pelo discurso jurídico que se propõe neste trabalho.

Vincula-se, neste contexto, ao entendimento de Leonel Severo da Rocha que apresenta o discurso jurídico a partir da semiologia, que considera a natureza do discurso, para obter critérios firmes para a interpretação dos discursos e efetuar em torno deles leituras ideológicas e trata o problema da significação como fenômeno discursivo. Segundo o autor, postula-se a elaboração de uma semiologia voltada à análise do poder da significação, inicialmente denominada de semiologia do poder e rebatizada de semiologia política.³⁰⁴

Eis assim que para Severo Rocha o discurso jurídico, a partir da inserção no marco teórico da semiologia política, é o conjunto das enunciações jurídicas, enquanto formações discursivas, produzidas em determinado momento histórico, no Estado e nas instituições, caracterizando-se por possuir um poder que co-constitui decisivamente as relações de

³⁰³ ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011. p.226-228. Para o autor, uma visão retórica do direito, exatamente por ser jurídica, precisa de um grau de especificidade que, ainda que não seja científico, exija conhecimento das formas de tratamento de conflitos que, inegavelmente, a dogmática jurídica desempenha com razoável competência. A atenção para com o direito e os procedimentos dogmáticos por parte de segmentos científicos leigos tem sido ora louvado, ora lamentado pelos juristas. Mas parece certo que o sociologismo brasileiro, em geral, além de padecer de uma nevrálgica ignorância dos meandros da argumentação dogmática, vê o direito apenas do ponto de vista da retórica estratégica e procura uma analítica que não pode ser encontrada sem uma redução de complexidade prévia, no que concerne aos níveis material e estratégico, levada a efeito na retórica da dogmática jurídica.

³⁰⁴ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p.35.

dominação na sociedade.³⁰⁵ Estas formações discursivas não são meros reflexos das relações materiais da sociedade, pois constituem uma das dimensões que organiza o social como totalidade, e, assim o discurso jurídico constitui-se como uma produção ideológica caracterizada pela sua singularidade.

O discurso da dogmática jurídica colide frontalmente com as conclusões da moderna epistemologia, que postula a inexistência de um conhecimento ponto e acabado, mas apenas de verdades aproximadas. O que os juristas dogmáticos afirmam ser ciência não passa de um conjunto de crenças e valores, que, articulados no interior de uma formação discursiva, dá o efeito de ser um conhecimento sistemático e coerente. Eis, novamente, as representações de práticas cotidianas que constituem o senso comum teórico dos juristas.

Ao se afirmar a cientificidade desse senso comum teórico, o discurso jurídico pretende afirmar a impossibilidade de seu questionamento. Neste sentido, como leciona Leonel Severo Rocha, postular um conhecimento sistemático do Direito é impor um tipo de imaginário, que organiza o social, ao mesmo tempo em que se tenta ocultar as suas funções políticas.

No saber jurídico dominante, a maior parte das análises produzidas prefere não assinalar as dimensões sociais dos diferentes discursos do Direito, bem como o seu papel, enquanto um dos elementos constituintes das relações político-sociais. É dizer que o paradigma da ciência jurídica predominante encontra-se fundamentado em mecanismos conceituais que apresentam um âmbito de significação tópico-retórico, que não tem por função primordial a organização sistemática de um discurso do conhecimento, mas, antes, pretendem condicionar as formas de raciocínio dos juristas, assim como estabelecer o consenso em torno de alguns princípios éticos e do monopólio da força assumido pelo Estado.³⁰⁶

Assim, o senso comum teórico dos juristas deve ser combatido para que o discurso não se constitua em um jogo de poder e dominação de mudanças políticas e sociais, tal qual na leitura efetuada por Foucault e apresentada no primeiro capítulo do trabalho. O caso do aborto dos fetos anencéfalos torna cada vez maior a necessidade de preocupação com grupos

³⁰⁵ ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985. p.37.

³⁰⁶ *Idem. Ibidem.* p.37-44. Explica Leonel que o esquema teórico dos juristas é elaborado numa ideia de autonomia e neutralidade da lei, que possibilitaria a segurança de todos os cidadãos frente a qualquer tentativa de violação de seus direitos legais. Entretanto, estas premissas são infundadas, se contrastadas com análises da lei elaboradas desde um ponto de vista discursivo. Numa análise discursiva, percebe-se como as categorias do discurso jurídico não obedecem as pretensões positivistas da cientificidade, caracterizando-se, ao contrário, por sua pseudo-objetividade e neutralidade ideológica, e sendo, na verdade, dimensões discursivas com evidentes dimensões político-ideológicas.

vulneráveis, e, por essa razão, não deve ser refletido como uma mera antecipação terapêutica do parto por uma inviabilidade fetal, porque é muito mais do que isso.

Assim, pretende-se dar as linhas gerais que conduzirá a abordagem do tema no próximo capítulo, a partir do recorte dado neste tópico, que, para além de considerar o discurso jurídico enquanto atividade política e possibilidade hermenêutica, deve ser lido a partir da ciência. Neste sentido, é Taysa Schiocchet quem irá aduzir que a preocupação em relação a grupos socialmente vulneráveis é cada vez maior, porque há a necessidade de se individualizar os sujeitos com os quais as ciências e, sobretudo, o Direito, tendem a tratar de forma universal e abstrata. Este é o paradoxo do discurso jurídico universalizante: por um lado, busca-se a inclusão de todos os indivíduos, e, por outro, esvazia-se o conteúdo dessa inserção, na medida em que não se busca identificar as especificidades, sejam biológicas, psicológicas, sociais, políticas, entre outras, e as reais necessidades desses sujeitos.³⁰⁷

Então, da mesma forma como descrita por Severo Rocha, Schiocchet aponta que isto é fruto de um modelo de racionalidade moderna, que sofre, atualmente, profundos questionamentos, assim como o paradigma tradicional do Direito, em especial a teoria jurídica formalista, instrumental e individualista. Os impasses e as carências do paradigma tradicional passaram a exigir mudanças e a construção de novos caminhos para uma perspectiva plural e interdisciplinar. Em outras palavras, é questionar a tradição que busca a verdade a partir de proposições e argumentações, as quais eram situadas em um modelo cientificista aparentemente neutro e racional, em que se buscava a interpretação da lei como se ela guardasse um sentido único.

Essa (necessária) superação igualmente encontra coro na antropologia da ciência, eis que também trabalha com a vulnerabilidade. Cláudia Lee Williams Fonseca afirma que os historiadores da ciência sugerem que, com a ciência experimental do século XVIII, firmou-se a aparente aliança entre virtude e verdade, já que o cientista desfrutava do status de cidadão honesto e respeitável. Assim, foi-se criando uma imagem de ciência afastada do mundo, uma esfera autônoma, regida pela racionalidade, onde os especialistas obram simultaneamente pelo progresso da ciência e futuro da humanidade.³⁰⁸ Esta imagem, todavia, mais se assemelha a uma visão que separava uma boa ciência, operada por pessoas capazes de se autorregular, de uma má ciência, vinculada ao regime nazista que tem como consequência a intromissão do

³⁰⁷ SCHIOCCHET, Taysa. A inescotabilidade da tarefa hermenêutica: análise jurídica da questão do abortamento decorrente de anencefalia fetal. In: **Revista Jurídica Universidade Regional de Blumenau**. n.20, jul-dez 2006. p. 37-58.

³⁰⁸ FONSECA, Cláudia Lee Williams. Que ética? Que ciência? Que sociedade? In: FLEISCHER, Soraya. SCHUCH, Patrice. (orgs.). **Ética e regulamentação na pesquisa antropológica**. Brasília: Editora da UNB, 2010. p.44.

governo naquela esfera. Eis assim que o desenvolvimento de uma ciência ética só é possível se o espírito crítico, a transparência e a neutralidade estiverem presentes no regime democrático.³⁰⁹

Portanto, de tudo que foi apreendido neste capítulo, tem-se que o discurso jurídico não deve ser um mero argumento de autoridade, auxiliado por definições persuasivas, que camuflam um caráter político e ideológico. É, como diz Schiocchet, não enxergar os pré-juízos enquanto pré-juízos, mas ignorá-los como se fosse possível pelo método, cientificidade e neutralidade, próprias do intérprete iluminista da lei.³¹⁰

O grande desafio do jurista é quebrar o paradigma de discurso que insiste em ser dicotômico e conceitualista, para assegurar e promover a dignidade daqueles que não se inserem em modelos generalizantes, cuja proposta é oferecer respostas prévias para o futuro – a antecipação terapêutica do parto é a única solução adequada porque é certo que o feto anencéfalo não sobreviverá –. Eis a proposição a ser partilhada, e que será abordada pelo recorte epistemológico proposto no trabalho, os estudos de gênero.

³⁰⁹ Explica Cláudia Fonseca que o paradigma da ética científica significa o reconhecimento de que nenhuma de suas opções é puramente técnica e que já existe uma inegável influência do público no proceder científico. A ética científica, concebida como fórum de deliberação democrática, implica a promoção de um ambiente em que, indo além da cordialidade complacente, explicita-se esse envolvimento e contemplam-se seriamente as perspectivas alternativas. Implica a criação de um espaço em que, por ser afastada do exercício arbitrário do poder (censura), a crítica não é temida de antemão; e em que as inevitáveis paixões políticas são canalizadas não para algum consenso mítico (ideal em tempos idos), e, sim, para o diálogo. Implica, enfim, uma opção quanto ao tipo de sociedade em que se quer viver. In: *idem, ibidem*. p.65.

³¹⁰ SCHIOCCHET, Taysa. A inesgotabilidade da tarefa hermenêutica: análise jurídica da questão do abortamento decorrente de anencefalia fetal. In: **Revista Jurídica Universidade Regional de Blumenau**. n.20, jul-dez 2006. p. 37-58.

4 O DESVELAR DE UMA VISÃO DO ABORTO POR ANENCEFALIA FETAL A PARTIR DO OLHAR SOBRE O FEMININO: DEBATES COM OS ESTUDOS DE GÊNERO

4.1 A REPRESENTAÇÃO DO FEMININO ENTRE SUJEITO DE DESEJO E SUJEITO DE DIREITO: A CARTOGRAFIA DE UMA DESIGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES

O capítulo anterior demonstrou que a utilização de determinados argumentos pelo discurso jurídico nem sempre ocorre da maneira mais adequada, e, assim, pode-se perceber três constatações: a primeira, de que há uma incongruência entre os critérios de vida e morte no ordenamento jurídico brasileiro; o segundo, que a noção de incompatibilidade de vida extrauterina é melhor compreendida se houver uma leitura de (in)compatibilidade, porquanto o caráter absoluto que se dá à anencefalia como anomalia fetal, cuja morte é certa na totalidade dos casos, seja intrauterinamente, ou logo após o nascimento, merece ser questionado; e, terceiro, que o argumento da antecipação terapêutica do parto pode se constituir em uma forma de discurso político, para não utilização da terminologia aborto, como se o caso dos fetos anencéfalos não estivesse nesse domínio.

Mas se este discurso tão utilizado pelo Direito, personificado na figura do STF, no julgamento da ADPF nº 54, é passível de discussão, demonstra-se a necessidade pela busca de um fundamento que efetivamente assegure o direito à interrupção da gestação dos fetos anencéfalos, como uma escolha da gestante. E, neste sentido, propõe-se nos estudos de gênero a possibilidade de melhor reflexão sobre o tema.

É importante referir que a ADPF nº 54 tramitou entre os anos de 2004 e 2012, e, neste interregno, muito se debateu sobre a questão da vida e da morte, mas pouco se debateu, seja no Judiciário, seja até no meio social, sobre a influência dos estudos de gênero, dos direitos reprodutivos, da escolha e da saúde da mulher como fundamentos para uma decisão sobre a interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos.

No entanto, já nas audiências públicas realizadas se verifica que a temática ganhou contornos sob a ótica do feminino. Por exemplo, na audiência ocorrida em agosto de 2008, o Doutor Roberto Luiz D'Ávila, representando o Conselho Federal de Medicina, teceu considerações no sentido de que o médico é um amigo da mulher, o seu confidente. Assim, a ele caberá esclarecer todos os riscos que a mulher pode correr durante o processo gestacional, como, o aumento da morbidade, os riscos obstétricos pré e pós-parto, assim como as

consequências psicológicas severas, sendo um dever do médico a eliminação dos riscos da morbidade materna.³¹¹

Também em audiência pública realizada no ano de 2008, a pesquisadora Maria José Fontelas Rosado Nunes, em nome da organização Católicas pelo Direito de Decidir efetuou uma vinculação entre o direito da mulher e a laicidade do Estado, aduzindo que a questão da possibilidade das mulheres interromperem o processo gestacional em caso comprovado de anencefalia envolve justamente a liberdade atrelada ao Estado laico brasileiro. Neste sentido, afirma que o caráter laico do Estado é uma condição imprescindível para o pleno exercício da cidadania de todas as pessoas e para a proteção dos direitos constitucionais, a liberdade e a autodeterminação. E, desta forma, não se pode impor à sociedade a agenda moral das religiões, traduzindo-as em políticas públicas destinadas a todas as cidadãs e cidadãos do país, pois isso seria um desrespeito à própria Constituição Federal.³¹²

Percebe-se que para as Católicas pelo Direito de Decidir, os argumentos contrários à liberdade de decisão das mulheres no campo reprodutivo, ainda que se apresentem como advindos de uma laicidade, são, na verdade, a expressão de uma doutrina e moral religiosa da Igreja Católica, de sorte que obrigar uma mulher a manter uma gestação do feto anencéfalo, não oferecendo-lhe a possibilidade de interromper este processo, é tratá-la como coisa.

Já no julgamento da ADPF nº 54, o Ministro Marco Aurélio relatou que compete ao STF assegurar o exercício pleno da liberdade de escolha situada na esfera privada, em resguardo à vida e à saúde total da gestante, de forma a aliviá-la de sofrimento maior, porque evitável e infrutífero. Assim, incolumidade física do feto anencéfalo que, se sobreviver ao parto, será por poucas horas ou dias, não pode ser preservada a qualquer custo, em detrimento dos direitos básicos da mulher, pois é apenas ela que possui a capacidade de mensurar a angústia e o sofrimento a que se submete, devendo manifestar-se livremente.³¹³

O Ministro Fux igualmente considerou que o prosseguimento da gravidez gera na mulher um grave abalo psicológico, e, portanto, impedir a sua interrupção equivaleria à tortura, asseverando que o aborto dos fetos anencéfalos lhe parece ser matéria de saúde pública, porque aflige, em sua maioria, as mulheres que compõem a parcela menos abastada

³¹¹ SUPREMO TRIBUNAL DEFERAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

³¹² *Idem. Ibidem.*

³¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em 15 de abril de 2012.

da população, de modo que a questão deve ser tratada com uma política de assistência social eficiente, que conceda à gestante todo o apoio necessário ao enfrentamento da situação.³¹⁴

Ademais, como referido no capítulo anterior, a gestante deve ficar livre para optar sobre o futuro de sua gestação do feto anencéfalo, como defendeu a ministra Rosa Weber, para quem todos os caminhos conduzem à preservação da autonomia da gestante para escolher sobre a interrupção da gestação de fetos anencéfalos.³¹⁵ Vislumbra-se, portanto, ainda que incipiente, o debate sobre o aborto dos fetos anencéfalos obteve alguns subsídios em fundamentos como, o direito da mulher, a liberdade em interromper a gestação, os direitos reprodutivos, a saúde pública que foi citada no voto do Ministro Luiz Fux, entre tantos outros que permitem conduzir a reflexão sob a ótica dos estudos de gênero, para o aprofundamento e compreensão do que efetivamente podem representar para a construção não apenas de um argumento que permita às mulheres a garantia de interromper a gestação em caso de uma gravidez de feto anencéfalo, mas que fundamentem e fortaleçam o influxo dos estudos de gênero no Direito, com conseqüente motivação de uma teoria jurídica de gênero.

Por essas razões é que optou por apresentar, inicialmente, os argumentos que foram lançados na ADPF nº. 54, pois pautam a continuidade do estudo, o qual necessita ter a referência sobre a questão da sexualidade. Carole Vance sugere que a sexualidade tem sido um foco importante para a investigação antropológica, de modo que a relação entre a antropologia e a sexualidade demonstra-se complexa e contraditória. Aduz que a antropologia tem sido muito pouco corajosa ou até mesmo adequada em sua investigação da sexualidade, afirmando que a disciplina parece, muitas vezes, partilhar a visão cultural predominante de que a sexualidade não é uma área inteiramente legítima de estudo, lançando dúvidas não só sobre a pesquisa, mas sobre os motivos e o caráter do pesquisador.³¹⁶

Ao debater a relação entre sexualidade e gênero, Vance considera que as feministas acadêmicas e ativistas implementaram o projeto de repensar o gênero, o que teve um impacto revolucionário sobre as noções do que é natural, de modo que os esforços feministas se concentram em uma revisão crítica das teorias que usavam a reprodução para ligar o gênero com a sexualidade, explicando, dessa forma, a inevitabilidade e a naturalidade da subordinação das mulheres.

³¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 15 de abril de 2012.

³¹⁵ As referências aqui indicadas em relação aos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal encontram-se informadas na página eletrônica da Corte, cujos textos podem ser acessados em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204878>. Acesso em 04 de agosto de 2012.

³¹⁶ VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. In: **Physis Revista de saúde coletiva**. v.5. n.1, 1995. p.7-29.

Neste contexto, a autora afirma que o reexame teórico levou a uma crítica geral do determinismo biológico baseado na biologia das diferenças sexuais, haja vista que a evidência histórica e o cruzamento de várias culturas minaram a noção de que o papel das mulheres pudesse ser determinado por uma sexualidade e reprodução humana aparentemente uniformes. A facilidade com que essas teorias foram aceitas, sugeria que a ciência era regida e mediada por poderosas crenças sobre o gênero, alcançando uma investigação sobre a conexão histórica entre a dominação masculina, a ideologia científica e o desenvolvimento da ciência e da biomedicina ocidentais.³¹⁷ Destarte, propõe Carole que a tarefa dos pesquisadores da sexualidade não consiste apenas em estudar as mudanças na expressão do comportamento e atitudes sexuais, mas examinar a relação dessas mudanças com alterações de base mais profundas no modo como o gênero e a sexualidade se organizam e se relacionam no âmbito das relações sociais mais amplas.

Neste mesmo sentido, reflete Cláudia Fonseca ao entender que questões como a domesticidade da mulher e a competição entre os homens, bem como outras condutas sexuadas, modificaram-se a partir da década de 1970 com a nova geração da teoria feminista, cujas pesquisadoras passaram a desconstruir a mulher eterna, revendo as perspectivas canônicas que concentravam no corpo biológico a chave da verdade feminina.³¹⁸ Assim, para Fonseca, as feministas foram além na desconstrução das bases biológicas da natureza.

Vale destacar o marco temporal enunciado por Fonseca em relação ao desenvolvimento da teoria feminista no Brasil. Segundo Cynthia Andersen Sarti, o feminismo fundou-se na tensão de uma identidade sexual compartilhada, evidenciada na autonomia, mas recortada pela diversidade de mundos sociais e culturais nos quais a mulher se torna mulher; essa diversidade, depois se formulou como identidade de gênero, inscrita na cultura.³¹⁹ Eis assim que o feminismo da década de 1970 é ressaltado como uma experiência histórica que enuncia genérica e abstratamente a emancipação feminina, e, ao mesmo tempo, se concretiza dentro de limites e possibilidades, dados pela referência a mulheres em contextos políticos, sociais, culturais e históricos específicos.

A eclosão do movimento feminista, embora tenha se dado nos anos 1970, foi ocasionada por fatores que já se observavam desde a década anterior, especialmente pela situação da mulher no Brasil, em um contexto do processo de modernização pela qual passava

³¹⁷ VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. In: **Physis Revista de saúde coletiva**. v.5. n.1, 1995. p.7-29.

³¹⁸ FONSECA, Cláudia Lee Williams. **Estudos da ciência na ótica feminista**. Disponível em: <http://www.comciencia.br>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

³¹⁹ SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v.12. maio-agosto 2004. p.35-50.

o país, colocando em xeque a tradicional hierarquia de gênero. O feminismo militante no Brasil, que começou a aparecer nas ruas, dando visibilidade à questão da mulher, surge, naquele momento, como consequência da resistência das mulheres à ditadura e a contestação às relações de poder entre homem e mulher.

Para Sarti, um dos traços que marca a trajetória particular do feminismo no Brasil diz respeito ao próprio caráter dos movimentos sociais no país, de modo que os movimentos sociais urbanos organizaram-se em bases locais, enraizando-se na experiência cotidiana dos moradores de periferias pobres, dirigindo suas demandas ao Estado promotor do bem-estar social. Esses movimentos, segundo a autora, têm como parâmetro o mundo cotidiano da reprodução, a família, a localidade e suas condições de vida, que caracteriza a forma tradicional de identificação social da mulher. Destarte, as questões propriamente feministas, as que se referiam à identidade de gênero, ganharam espaço quando se consolidou o processo de abertura política no país ao final da década de 1970, sendo que grande parte dos grupos declarou-se abertamente feminista e abriu-se espaço para a reivindicação no plano das políticas públicas, bem como para o aprofundamento da reflexão sobre o lugar social da mulher.³²⁰

Já na década de 1980, o movimento das mulheres no Brasil era uma força política e consolidada, explicitando um discurso feminista em que estavam em jogo as relações de gênero. Neste período, as idéias feministas difundiram-se no cenário social do país, de sorte que grupos feministas alastraram-se pelo país, havendo significativa penetração do movimento em associações profissionais, sindicatos, entre outros, legitimando a mulher como sujeito social particular.³²¹ Assim, esta década ficou marcada por uma atuação mais técnica e profissional, com o direcionamento para novas demandas, como os direitos reprodutivos, o qual questionou, sob a ótica feminista, a concepção e os usos sociais do corpo feminino em torno das tecnologias reprodutivas.

E, na década de 1990, verificou-se a emergência em torno dos casos de violência contra a mulher, verificando-se ser um mecanismo relacional, com a necessidade de se trabalhar tanto a vítima quanto o agressor, o que contribuiu para mostrar os intrincados problemas nas relações de gênero, afirmando a necessidade de se trabalhar em termos de

³²⁰ SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v.12. maio-agosto 2004. p.35-50.

³²¹ *Idem. Ibidem.*

identidades que se constituem e são constituídas a partir de referências sociais e culturais específicas.³²²

Assim sendo, refletir a questão de gênero e das mulheres implica esse resgate histórico da diferenciação sexual que ocorria na organização da vida social em diversos contextos, bem como ressaltar a importância não apenas destes estudos, mas da própria concepção destes com a identidade feminina. A concepção de identidade para a teoria feminista compreende, em seu âmago, um algo definido, uma categoria de mulheres que não apenas deflagra os interesses feministas, mas, como diz Butler, constitui o sujeito mesmo em nome de quem a representação política é almejada.³²³ Significa dizer que o termo representação almeja uma extensão de visibilidade e legitimidade às mulheres enquanto sujeitos políticos. Neste contexto, o desenvolvimento de uma linguagem capaz de representá-las seria, para a teoria feminista, uma necessidade, com o intuito de promover a visibilidade política das mulheres.

É que este posicionamento enseja o próprio entendimento dos momentos históricos e dos conceitos que formaram a história do feminismo, já que, como afirma Tina Chanter, as teóricas feministas gastaram muita energia ao tentar combater as ideologias tradicionais de gênero e superar as afirmações naturalizantes acerca da inferioridade inata das mulheres em relação aos homens ou da irracionalidade feminina.³²⁴ O feminismo deste novo século torna-se um grande espectro de discursos sobre as relações de poder que são ancoradas nas diferenças, sejam elas de ordem sexual, de gênero, de classe, de geopolítica ou de quaisquer outros vetores.³²⁵ Todavia, mesmo com essa heterogeneidade discursiva, o principal suporte político da teoria de gênero não foi abalado, qual seja, a luta contra a dominação e exclusão.

Eis que assim surge o primeiro enfrentamento, o de compreender os estudos de gênero como um diálogo crítico, da forma como o conhecimento dessa teoria foi institucionalizado na prática, marcada por discursos muitas vezes discriminatórios. Quiçá por tal necessidade de compreensão é que Linda Nicholson afirme ser a palavra gênero estranha ao feminismo, pois, na verdade, ela é usada de duas maneiras diferentes e até certo ponto contraditórias.³²⁶

³²² SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v.12. maio-agosto 2004. p.35-50.

³²³ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.18.

³²⁴ CHANTER, Tina. **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Tradução: Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011.p.16.

³²⁵ SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.p.11.

³²⁶ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000. A autora considera que a palavra gênero tem suas raízes na junção de duas idéias importantes do pensamento ocidental moderno: a da base material da identidade e a da construção social do caráter humano. Na época de surgimento da segunda fase do feminismo, final dos anos 60, um legado da

Explica a autora em referência, assim, que, de um lado, o gênero foi desenvolvido em oposição ao sexo, para descrever o que é socialmente constituído, em relação ao que é biologicamente dado. Logo, gênero é pensado como uma típica referência à personalidade e comportamento e não ao corpo. Por outro lado, a palavra gênero tem sido cada vez mais utilizada como referência a qualquer construção social que signifique a distinção entre masculino e feminino, incluindo as construções que separam os corpos masculinos dos corpos femininos, ou seja, uma resposta à sociedade que forma não apenas a personalidade e o comportamento, mas a maneira como o corpo aparece.

Em outras palavras, vive-se um momento para se reentender o conceito de gênero, a partir das lutas feministas, com a consciência da instauração de novas formas de configuração nas problematizações e relações que se estabelecem dentro da teoria de gênero, mesmo diante de um patamar de reconhecimento social das questões feministas. Ora, a definição de gênero foi elaborada em um momento específico em que as teorias sociais estavam assentadas no paradigma da diferença sexual.

Neste aspecto, Adriana Piscitelli chama a atenção sobre a condição compartilhada pelas mulheres, e da qual se deriva a identidade entre elas, ancorada na biologia e na opressão por parte de uma cultura masculina. O corpo aparece como o centro de onde emana e para onde convergem a opressão sexual e a desigualdade. Destarte, mulher, opressão e patriarcado são as categorias fundamentais do pensamento feminista pós 1960, necessárias para o próprio entendimento do contexto em que o conceito de gênero foi desenvolvido.³²⁷

A existência de fenômenos biológicos reais a diferenciar mulheres e homens foi aceita como uma premissa pelas feministas do final da década de sessenta e início dos anos setenta para distinguir o masculino do feminino, ou seja, uma relação biológica. Entretanto, a partir do entendimento de um sistema sexo/gênero, definido como o conjunto de acordos sobre os quais a sociedade transforma a sexualidade biológica em produtos da atividade humana, e nos quais essas necessidades sexuais transformadas são satisfeitas³²⁸, é que o biológico foi assumido como a base sobre a qual os significados culturais são constituídos. A essa relação entre corpo, personalidade e comportamento, Linda Nicholson, atribui o seu fundacionalismo

primeira idéia foi a noção, dominante na maioria das sociedades industrializadas, de que a distinção masculino/feminino, na maioria dos seus aspectos essenciais, era causada pelos fatos da biologia e expressada por eles.

³²⁷ PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.p.46.

³²⁸ Esse conceito é atribuído a Gayle Rubin, conforme demonstra Linda Nicholson. In: NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000.

biológico, que não equivale ao determinismo biológico porque, ao contrário deste, inclui algum elemento de construcionismo social.³²⁹

É importante contextualizar que, neste aspecto de concepção determinista, a idéia de que sexo se referia á anatomia e fisiologia dos corpos deixava o caminho aberto para interpretações de que as diferenças entre mulheres e homens no domínio cognitivo e comportamental poderia decorrer das diferenças sexuais localizadas no cérebro ou nos genes. Assim, os estudos feministas fizeram frente a tais argumentos, assinalando que as afirmações das ciências biológicas sobre os corpos masculinos e femininos não podem ser tomadas como espelho da natureza porque as ciências, como qualquer outro empreendimento humano, estão impregnadas pelos valores de seu tempo.³³⁰

Para além de uma concepção fundacionista de sujeito, há o problema político que o feminismo encontra na suposição de que o termo mulheres denote uma identidade comum.³³¹ O termo tornou-se problemático, porque se alguém afirma que é uma mulher, isso não exaure aquilo que a pessoa é, já que o gênero estabelece relações com modalidades raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades constituídas, de modo que não é mais possível separar a noção de gênero das interseções políticas e culturais em que é produzida e mantida.

Logo, se o gênero é constituído pelos significados culturais assumidos pelo corpo, não se pode dizer que ele decorra de um sexo de uma ou outra maneira, pois a distinção sexo/gênero sugere uma descontinuidade entre os corpos sexuados e gêneros culturalmente construídos. Por essa razão Butler reflete que quando o *status* construído do gênero é teorizado como independente do sexo, o próprio gênero se torna um artifício flutuante, com a conseqüência de que homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino.³³²

Da leitura entre Butler e Nicholson percebe-se que as autoras que debatem, hodiernamente, o conceito de gênero assumem posições variadas, porque buscam uma crítica à distinção entre sexo/gênero, mas sem abrirem mão os princípios ligados à noção de gênero –

³²⁹ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000. Para Linda Nicholson, o feminismo precisa abandonar o fundacionalismo biológico junto com o determinismo biológico, defendendo que a população humana difere, dentro de si mesma, não só em termos das expectativas sociais, mas nas diferenças dos modos como se entende o corpo, que, dessa forma, não desaparece da teoria feminista, tornando-se uma variável desta.

³³⁰ CITELI, Maria Tereza. Fazendo diferenças: teorias sobre corpo, gênero e comportamento. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.9, n.1, p.11-145. 2001.

³³¹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.20.

³³² *Idem*. *Ibidem*. p.25.

as diferenças biológicas e sociais. Esta reelaboração teórica do conceito conduz à própria reelaboração dos pressupostos teóricos feministas e, conseqüentemente, da categoria mulher e da forma como sua identidade sexual é demonstrada.

Questiona Nicholson, então, como interpretar a mulher, e sugere que se pense no sentido de mulher como palavra cujo significado não é apenas encontrado através da elucidação de uma característica específica, mas através de uma complexa rede de características, que exercem um papel dominante dentro de tal rede por longos períodos de tempo.³³³ O posicionamento da autora compreende o sentido de mulher como uma espécie de mapa onde semelhanças e diferenças se cruzam e em que o corpo não desaparece, pois, pelo contrário, ele se torna uma variável histórica cuja importância é reconhecida, de diversas formas, em contextos históricos igualmente variáveis.

Resulta, assim, que gênero é um algo complexo cuja totalidade, como refere Judith Butler, é permanentemente protelada, jamais plenamente exibida em qualquer conjuntura considerada.³³⁴ E nessa complexidade é que se impõe indagar o que significa a identidade e o que ela significa em um discurso de identidade de gênero. Taylor, na sua abordagem acerca da identidade moderna, considera que a tarefa de examinar as várias faces desta envolve o rastreamento de diversas vertentes da concepção moderna do que é ser um agente humano, uma pessoa ou um *self*.³³⁵ Para ele, identidade e moralidade se apresentam como temas entrelaçados.

Sendo assim, considera-se como o mais urgente e poderoso conjunto de exigências que reconhecem como morais refira-se ao respeito à vida, à integridade, ao bem-estar e mesmo à prosperidade dos outros. Eis assim que para discriminar com maior discernimento o que há nos seres humanos que os torna dignos de respeito, é preciso sentir o sofrimento humano, o que há no assombro que se sente diante do fato da vida humana. Por tal razão é que Charles Taylor entende que se deve tratar os mais profundos instintos morais, o senso inerradicável de que a vida humana deve ser respeitada, como forma de acesso ao mundo em que as afirmações ontológicas são discerníveis e podem ser analisadas racionalmente.³³⁶

A sua concepção de identidade moderna liga-se aos padrões morais relativos a direito, justiça e benevolência, ou seja, questões que só poderão ser esclarecidas ao se explorar a

³³³ NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas**. Florianópolis, ano 8, n.2. jul-dez. 2000. p.9-41.

³³⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.37.

³³⁵ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.p.15.

³³⁶ *Idem*. *Ibidem*. p.22

condição humana, a forma como se está inserido na natureza e com os outros, como *locus* de fontes morais. Assim, os seres humanos são eminentemente dignos de ajuda ou de tratamento justo, por uma percepção de sua dignidade ou valor.³³⁷

O modo como Taylor concebe a construção da identidade moderna em uma perspectiva relacional lembra a leitura de Humberto Maturana, para quem o viver humano acontece na relação, mas o que acontece na relação tem conseqüências na corporalidade e o que acontece na corporalidade tem conseqüências na relação.³³⁸ Em outras palavras, ele trabalha com o paradigma da coordenação de comportamentos, que demonstra a necessidade do reconhecimento do outro diante de si e do seu reconhecimento perante o outro. Tal coordenação é pautada através de um comportamento relacional, conduzido com base em uma emoção fundante, o amor, que permite que o outro se apresente como um legítimo outro, o que permite a própria relação com a Bioética do cuidado, nas bases de Roque Junges, como descrito no capítulo 2 do trabalho.

Mas por que essas referências são importantes? Ora, para que se possa ter a legítima compreensão da identidade do outro, reconhecendo-o como um igual, e, portanto, um sujeito. Parece ser este o início da construção de um caminho que dialogue com a complexidade das estruturas de gênero e no qual se verifique a aceitação de múltiplas identidades que não estejam reduzidas ao binômio masculino/feminino, em que a pessoa deveria adquirir sua identidade de gênero conforme os padrões reconhecíveis de inteligibilidade desta.³³⁹

A proposta desse diálogo deve vir chancelada pelo sistema jurídico contemporâneo que assiste a um verdadeiro processo de mutação do Direito, a partir do momento em que a dogmática se despe das concepções liberais patrimonialistas, que enxergavam o indivíduo numa perspectiva de identidade estática, para adotar uma concepção personalista, vislumbrada no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, e, portanto, na interação entre indivíduo e sociedade, provocando a salvaguarda do direito à identidade, no caso do

³³⁷ TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna**. Tradução: Adail Ubirajara Sobral. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.p.653 *et seq.*

³³⁸ MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição. In: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e transdisciplinaridade**. São Paulo: TRIOM, 2002.p.86.

³³⁹ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.37. Os gêneros inteligíveis são, para esta autora, aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo. Em outras palavras, os espectros de descontinuidade e incoerência, eles próprios só concebíveis em relação a normas existentes de continuidade e coerência, são constantemente proibidos e produzidos pelas próprias leis que buscam estabelecer linhas causais ou expressivas de ligação entre o sexo biológico, o gênero culturalmente constituído e a expressão ou efeito de ambos na manifestação do desejo sexual por meio da prática sexual.

ordenamento jurídico brasileiro, erigido como um direito de personalidade, dotado de um caráter fundamental, na sua nuance principal, qual seja, a identidade sexual.

Diz-se, dessa forma, que a identidade sexual, enquanto elemento integrante da identidade humana deve ser tutelada e constituir um objeto do direito subjetivo de personalidade. Logo, o sistema jurídico não comporta apenas a estrutura binária homem/mulher ou masculino/feminino, reduzido a aspectos biológicos, cujo gênero deveria ser a expressão do domínio masculino. Como propõe Bourdieu se está incluído, como homem ou mulher, no próprio objeto que se esforça por aprender, incorpora-se, sob a forma de esquemas incoscientes de percepção e apreciação, as estruturas históricas da ordem masculina.³⁴⁰

Explica-se então, seguindo a teoria proposta por Pierre Bourdieu, que a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa qualquer tipo de justificação, pois a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem a necessidade de ser legitimada por algum discurso. Assim, a ordem social funciona como uma máquina simbólica cuja tendência é ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça, como, por exemplo, a divisão social do trabalho ou os papéis atribuídos a cada um dos gêneros. Ou seja, a concepção da diferença biológica entre os sexos, entre o corpo masculino e o feminino, que justificaria naturalmente as diferenças sociais construídas sobre os gêneros.

Por esses argumentos é que Bourdieu vai afirmar que o corpo tem a sua frente, o lugar da diferença sexual, e as suas costas, sexualmente indiferenciadas e potencialmente femininas, ou seja, algo passivo, submisso.³⁴¹ A relação entre o masculino e o feminino é, então, uma relação social de dominação, porque constituída através de um princípio de divisão fundamental entre o masculino, ativo, e o feminino, passivo, porque cria, organiza, expressa e dirige o desejo masculino de posse e o desejo feminino da subordinação, da dominação masculina. Portanto, a visão androcêntrica é continuamente legitimada pelas próprias práticas que ela determina, porque ela é o resultado do preconceito desfavorável contra o feminino, em que as mulheres nada mais fazem do que confirmar tal preconceito, verificado nas práticas sociais em que se delega à mulher as tarefas ingratas e inferiores.

Então, neste espaço, a dominação masculina encontra todas as condições para o seu pleno exercício, porque permanece se baseando na divisão social do trabalho e na reprodução biológica e social, que se vê investida da objetividade do senso comum. Nas palavras de

³⁴⁰ BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.p.13.

³⁴¹ *Idem. Ibidem.* p.26.

Pierre Bourdieu, as próprias mulheres aplicam a toda a realidade e, particularmente, às relações de poder em que se vêem envolvidas esquemas de pensamento que são produto da incorporação dessas relações de poder e que se expressam nas oposições fundantes da ordem simbólica.³⁴²

Já Tina Chanter assevera que o poder é múltiplo, situacional, relacional e estratégico, está em todo lugar, assim como nas políticas repressivas, pois, para ela, em vez de um modelo em que há um claro opressor e uma vítima, deve-se reconhecer a multiplicidade do poder que torna possível reconhecer que não há vencedores e perdedores claros. Assim, considera que se Foucault identifica em um nível teórico das múltiplas estratégias de poder que constituem suas redes, deixa para outros a abordagem de como, por exemplo, os ideais da feminilidade são especificamente considerados na produção de corpos dóceis.³⁴³ Logo, se em algum nível, as mulheres são constituídas pelas expectativas repressivas da feminilidade normativa, em outro nível as mulheres constituem-se como poder controlador, ao dominarem as habilidades que as capacitam a incorporar ou aproximar-se do ideal da feminilidade heterossexual e branca.

Butler irá explicar que a norma feminista da sexualidade tornou-se objeto de uma crítica significativa por parte das teóricas feministas da sexualidade, algumas das quais buscaram uma apropriação especificamente feminista de Foucault. Contudo, a noção utópica de uma sexualidade livre dos construtos heterossexuais, uma sexualidade além do sexo, não conseguiu reconhecer as maneiras como as relações de poder continuam construindo a sexualidade das mulheres. Argumenta, destarte, que a sexualidade é sempre construída nos termos do discurso e do poder, entendido este como os termos das convenções heterossexuais. Se a sexualidade é construída culturalmente no interior das relações de poder existentes, então a postulação de uma sexualidade normativa que seja antes, fora ou além do poder constitui uma impossibilidade cultural e um sonho politicamente impraticável, que adia a tarefa concreta e contemporânea de repensar as possibilidades subversivas da sexualidade e da identidade nos próprios termos de poder.³⁴⁴

Considerando que as mulheres eram oprimidas, enquanto mulheres, e que suas experiências eram prova de sua opressão, chegou-se à conclusão de que a opressão feminina devia ser mapeada no espaço em que elas ocupavam, isto é, em suas vidas cotidianas.

³⁴² BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução: Maria Helena Kühner. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p.45.

³⁴³ CHANTER, Tina. **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Tradução: Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011.p.71.

³⁴⁴ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.54-55.

Discorre Piscitelli que essa redefinição do político tem uma importância enorme, porque, em termos de prática política, as feministas procuraram desvendar a multiplicidade de relações de poder presentes em todos os aspectos da vida social e isto as levou a tentar agir nas mais diversas esferas.³⁴⁵

E, novamente Butler, entenderá que a autojustificação de uma lei repressiva ou subordinadora quase sempre baseia-se no histórico de como eram as coisas antes do advento da lei, e de como se deu seu surgimento em suja forma presente e necessária. Eis assim que algumas feministas encontraram traços de um futuro utópico no passado pré-jurídico, fonte potencial de toda subversão ou insurreição que encerraria a promessa de conduzir à destruição da lei e afirmação de uma nova ordem.³⁴⁶

Emergindo da teoria feminista os termos concretos de uma contemporânea luta cultural, tal debate será, igualmente, jurídico, no sentido de se defender a mulher enquanto sujeito de direito e agora não mais como um sujeito dominado, até porque no ordenamento que compõe o sistema jurídico brasileiro defende-se a igualdade de gênero, com o dever de promovê-la e coibindo as formas de discriminação, tal qual a leitura orientada pela Constituição Federal, mormente o seu artigo 5º, ao erigir, formalmente, que homens e mulheres são iguais perante a lei.

É pela necessidade de se pensar a quebra da estrutura binária, que efetuava a redução de gênero aos aspectos biológicos, que Boaventura de Sousa Santos escreve que o modelo da racionalidade que preside a ciência moderna constituiu-se a partir da revolução científica do século XVI e foi desenvolvido nos séculos seguintes basicamente no domínio das ciências naturais. É partir de então que se pode pensar em um modelo global de racionalidade científica, que admite uma variedade interna, mas que distingue e defende duas formas de conhecimento não científico: o senso comum e as chamadas humanidades ou estudos humanísticos.³⁴⁷

Eis assim que são muitos e fortes os sinais de que o modelo de racionalidade científica descritas pelo sociólogo atravessa uma crise, caracterizada como profunda e irreversível, já que se vive um período de revolução científica e quântica, que não se sabe quando findará, e, além disso, porque este novo período que emergirá provocará um colapso nas distinções em

³⁴⁵ PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.p.47.

³⁴⁶ BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.p.64.

³⁴⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010.p.21.

que se assenta o paradigma dominante, já insuficiente pelo aprofundamento dos pilares do conhecimento.

Assim, na ciência moderna, o conhecimento avança pela especialização, em que o Direito não reduz a sua complexidade à visão dogmática, pois se abre a filosofia, a sociologia e outras áreas do conhecimento, em busca da prudência perdida, como refere Boaventura.³⁴⁸ Criam-se novas disciplinas para resolver os problemas, reproduzindo-se o mesmo modelo de cientificidade. A ciência pós-moderna sabe que nenhuma forma de conhecimento é racional, porquanto apenas a configuração de todas elas assim o seja. Logo, busca dialogar com as outras formas de conhecimento, interpenetrando-as.

Para o autor em referência, a mais importante forma de conhecimento é o senso comum, o conhecimento vulgar e prático com que no cotidiano as ações são orientadas e à vida é dado o sentido. A ciência moderna construiu-se contra o senso comum, considerado como superficial, ilusório e falso, mistificado, mas que, mesmo assim, possui uma dimensão utópica e libertadora que pode ser ampliada através do diálogo como o conhecimento científico.³⁴⁹

Nesta mesma linha, especificamente considerando o campo jurídico, Warat indica que as opiniões jurídicas generalizadas são provocadas por estereótipos jurídicos como: a idéia de que a ordem jurídica fornece segurança; a noção de que o sistema de direito positivo é a garantia da paz social; a necessidade de adaptação ao modelo de ordem que os discursos jurídicos insinuam; a idéia de que o direito circunscreve as tensões sociais dentro de um marco de pequenos conflitos; a superação dos problemas sociais através de mecanismos equilibrados do sistema social; o direito como o árbitro neutro das disputas entre os homens; a transformação da força em legalidade e a dominação em dever; a identificação do poder à lei; a identificação da obrigação de obedecer a certos valores aceitos como essencialmente justos e a idéia da finalidade ética da sanção.³⁵⁰

Destarte, há a necessidade de buscar novas problemáticas, enfatizando o complexo de mediações que faz ao discurso um comportamento político, uma instância de poder. Por isso é que referir Warat é referir a chave para um novo programa semiológico, que se fundamenta na mutação das significações, a semiologia política ou do poder. E assim ele ensina que o primeiro passo dessa caminhada epistemológica constitui-se no fato de pensar os discursos no interior de uma teoria crítica da sociedade, as condições que permitem que, em um

³⁴⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010. p.74.

³⁴⁹ *Idem. Ibidem.* p.88-89.

³⁵⁰ *Idem. Ibidem.* p.73.

determinado momento histórico, as palavras tenham uma determinada significação e não outra,³⁵¹ com o intuito de não se criar uma linguagem axiomatizada e estereotipada da ciência jurídica, que esteja alheia às funções da lei na sociedade.

É o discurso que tende a se desterritorializar do registro apenas simbólico, para invadir os sujeitos, contrário a um discurso que seja persuasivo, que se apodera dos corpos, associando-se à retórica do corpo. Discorre Leonor Graciela Natansohn que após séculos de atitudes disciplinadoras e de controle parece haver, hoje, um movimento reivindicatório do corpo, uma espécie de resistência a seu secular menosprezo, já não mais local do pecado e da prisão, senão da exaltação do prazer e da sedução. Para esta autora, a mídia, junto com outras instituições, participa da difusão dessas fantasias modernas, razão pela qual há um cuidado obsessivo com a beleza e o corpo feminino; também, em vista desse argumento, considera que a sexualidade feminina e a reprodução se destacam como os principais focos que constituem os fundamentos que sustentam as diferenças de gênero e a subordinação feminina.³⁵²

Quando se fala das mulheres e para a mulher, o discurso sobre a corporalidade parece tomar rumos precisos, no sentido de que o corpo se torna a âncora da mulher no mundo, a sua razão de ser, para si mesma e para o outro, para o desejo do outro. Os movimentos feministas desenvolveram exaustivas discussões sobre o modo pelo qual as definições científicas, tecnológicas e médicas do corpo das mulheres, da maternidade e da gravidez são usadas para reproduzir a subordinação da mulher.

Assim, Natansohn considera que os argumentos que atrelam o problema da subordinação da mulher ao seu corpo, na medida em que ele atuaria como um elemento perturbador da ordem social, a partir de fatos que parecem escapar do controle social masculino, como o ciclo menstrual, o parto ou a capacidade de gerar uma vida, foram alvo da crítica feminista, pois demonstram no corpo feminino um objeto de controle e domínio a partir de regulação via medicalização, que seria o meio de dominar a mulher.³⁵³

³⁵¹ WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. 2ª versão. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995. p.84. Eis a referência que o autor faz a Foucault de que estas condições de possibilidade estão inscritas nos próprios discursos, forçando-os a enunciar certas coisas, indicando os objetos sobre os quais se pode falar. Foucault fala de formações discursivas, unidade teórica construída pela proposta de interdependência dos discursos e de suas condições de produção.

³⁵² NATANSOHN, Leonor Graciela. O corpo feminino como objeto médico e “mediático”. In: **Revista de estudos feministas**. v.13. maio-agosto 2005. p.287-304.

³⁵³ *Idem. Ibidem*. Discorre a autora que nas últimas décadas tem ocorrido um desenvolvimento impressionante das ciências biomédicas acerca do corpo feminino, especialmente nos aspectos reprodutivos. Assim, os movimentos feministas têm destacado a questão da saúde e direitos reprodutivos da mulher como bandeira de luta, o que não deixa de apresentar problemas, pois, enquanto se privilegia a área da saúde como um dos pivôs de militância feminista, tanto na teoria como na prática, mergulham-se as mulheres na medicalização e no jogo de regras e definições do poder médico. O feminismo pretende recuperar as experiências corporais desprezadas pelo sistema patriarcal, afirmando, positivamente, aquilo que sempre representou, o medo, e tentando recuperar a

Para além dessa subordinação do corpo da mulher, a questão da desigualdade de gênero é também referida com base em estudos que consideram a importância da compreensão acerca da forma como se constituem as relações entre homens e mulheres face à distribuição do poder. Eis assim que refere Leila Barsted que a análise das desigualdades de gênero tem sido fortalecida pela interpretação dos dados estatísticos que apontam, por exemplo, para a pequena representação política das mulheres e seu baixo salário. A interpretação dos indicadores sociais também possibilita a compreensão da dinâmica gênero/raça/classe/etnia na análise dos diferenciais de renda entre homens e mulheres nos setores populares e nas camadas ricas da população.³⁵⁴

Para esta autora, portanto, a partir da análise dos diferentes níveis de renda nos países, fica confirmado o fato de que a eliminação da desigualdade entre os sexos não depende do fato de ser um país de alta renda, haja vista que a igualdade entre os sexos deve ser promovida sejam quais forem os níveis de renda de um país, sendo necessário um firme compromisso político e não uma riqueza econômica.

Barsted assume o posicionamento de que constatar a existência da discriminação e atuar de forma propositiva para a sua superação tem sido tarefa árdua assumido pelo movimento de mulheres no Brasil, cujas ações não devem ficar adstritas às denúncias contra discriminações e violência de gênero, conquanto devem ser ativo no sentido de efetuar o levantamento de dados que concedam visibilidade a esses fenômenos, atuando na formação e informação da opinião pública para romper com a indiferença e a cumplicidade social que propiciem a naturalização das desigualdades e a permanência de práticas e valores discriminatórios, sendo necessário ampliar a sua atuação, envolvendo homens e mulheres que possuam um compromisso histórico com a defesa dos direitos, já que o conceito de gênero não deve ser uma noção fixa, mas sim algo em constante redefinição pelos indivíduos em situações históricas particulares nos quais se encontram.³⁵⁵

Em texto intitulado *O enigma da igualdade*, Joan Scott defenderá que não existem soluções simples para as questões, debatidas calorosamente, da igualdade e da diferença, dos direitos individuais e das identidades de grupo; de que posicioná-los como conceitos opostos significa perder o ponto de suas interconexões. Ao contrário, reconhecer e manter uma tensão necessária entre igualdade e diferença, entre direitos e individuais e identidades grupais é o

subjetividade perdida no discurso cartesiano da ciência moderna para o qual o corpo é uma máquina e o corpo feminino uma máquina imperfeita.

³⁵⁴BARSTED, Leila Linhares. **Gênero e desigualdades.** Disponível em: <http://www.cepia.org.br/publicacoes.asp>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

³⁵⁵ *Idem. Ibidem.*

que permite encontrar resultados mais democráticos.³⁵⁶ Entende Scott que os debates atuais sobre igualdades e diferenças, direitos individuais e identidades tomaram uma forma muito polarizada. Assim, fundamenta a sua tese em pressupostos, tais como, que a igualdade é um princípio absoluto e uma prática historicamente contingente; que identidades de grupo definem indivíduos e renegam a expressão ou percepção plena de sua individualidade; que reivindicações de igualdade envolvem a aceitação e a rejeição da identidade de grupo atribuída pela discriminação.

Acerca do primeiro pressuposto, considera que não é a ausência ou a eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e da decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração. Assim, a igualdade requer um ato de escolha, pelo qual algumas diferenças são minimizadas ou ignoradas, enquanto que outras são maximizadas e postas a se desenvolver. Scott contextualiza a sua afirmação na Revolução Francesa, afirmando que a igualdade foi anunciada como um princípio geral, uma promessa de que todos os indivíduos sejam considerados os mesmos para os propósitos de participação política e representação legal. Assim, naquele momento histórico, as diferenças de nascimento, posição e *status* social não eram levadas em conta, mas as diferenças de riqueza, cor e gênero sim.³⁵⁷

Por considerar o gênero como um elemento de diferenciação, é que o autor em análise aponta que os homens eram considerados indivíduos porque eram capazes de transcender o sexo, enquanto que as mulheres não poderiam deixar de ser mulheres, e, assim, nunca poderiam alcançar o *status* de indivíduo, já que, não tendo semelhança com os homens, elas não poderiam ser consideradas iguais a eles, e, portanto, cidadãos. Assim, por pertencerem a uma categoria de pessoas com características específicas é que as mulheres não eram consideradas iguais aos homens.

Ao considerar que as identidades de grupo são um aspecto inevitável da vida social e da vida política e as duas são interconectadas porque as diferenças de grupo se tornam visíveis em contextos políticos específicos, Scott afirma que quando hierarquias econômicas e sociais favorecem certos grupos sociais em detrimento de outros, quando um conjunto de características biológicas, religiosas, étnicas ou culturais é valorizado em relação a outros é

³⁵⁶ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Revista de estudos feministas**. v.13. janeiro-abril 2005. p.11-30.

³⁵⁷ Elucida Scott que a cidadania era conferida, inicialmente, somente para aqueles que possuíam certa quantidade de propriedade, sendo negada aos pobres ou dependentes para o exercício de pensamento autônomo que era requerido do cidadão. Até 1794, a cidadania fora negada aos escravos porque eram dependentes de outros e para as mulheres, porque seus deveres domésticos e de cuidados com as crianças eram vistos como impedimentos à participação política. In: *idem. ibidem*.

que tensão entre os indivíduos emerge.³⁵⁸ Considerando esse argumento e vislumbrando os diferenciais de poder entre homens e mulheres, o autor explica que as feministas referem-se às mulheres como uma minoria, ainda que perfaçam o maior percentual da população, porque os eventos que determinam que minorias assim o são ocorrem pela atribuição desse *status* a algumas qualidades inerentes ao grupo minoritário, como se essas qualidades fossem a razão de um tratamento desigual, a exemplo do argumento de que a maternidade é o fenômeno recorrente para explicar a exclusão das mulheres da política. Ou seja, enquanto objeto de discriminação, aquela minoria acaba sendo estereotipada.

O feminismo é o protesto contra a exclusão das mulheres da política, tendo como objetivo a eliminação da diferença sexual naquele campo. Scott considera que, justamente, pelo feminismo voltar-se às mulheres, é que produziu a diferença sexual que procurava eliminar.³⁵⁹ Muito embora esse argumento que o autor lança mão não há como se deixar de reconhecer a importância do movimento feminista e dos estudos de gênero como instrumentos para a mudança da condição da mulher, entre o sujeito de desejo, como se sua única representação fosse o corpo, para ser um sujeito de direito, que desconstrua a lógica de dominação masculina e salvasse a mais ampla gama de direitos, dentre os quais deve-se incluir os direitos sexuais e reprodutivos, cuja melhor atenção será concedida no tópico posterior deste capítulo.

Não há como se deixar de pensar que o século XX se caracterizou pelas transformações econômicas, sociais, culturais, tecnológicas e políticas, cujos efeitos são inequívocos no que concerne às ordens de gênero e sexualidade, especialmente quando se considera a própria ampliação de autonomia das mulheres no campo da sexualidade, o que veio reconhecido inclusive pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da APDF nº 54, como já se verificou anteriormente.

Baseando-se em dados acerca das políticas de promoção da igualdade de gênero no Brasil, Sonia Corrêa e José Eustáquio Diniz Alves referem que no país, as reformas contra a discriminação de gênero transcorreram em um cenário de construção dos primeiros mecanismos institucionais estatais para promoção da igualdade. Assim, em 1982, foram criados Conselhos Estaduais de Direitos das Mulheres em vários estados, como São Paulo, Rio de Janeiro, Goiás e Paraná, e, em 1985, houve a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, o qual desempenhou um papel estratégico no sentido de legitimar uma

³⁵⁸ SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Revista de estudos feministas**. v.13. janeiro-abril 2005. p.11-30.

³⁵⁹ *Idem. Ibidem.*

agenda de igualdade de gênero nos planos normativo e institucional, inclusive na elaboração da Constituição de 1988, para garantir premissas de igualdade e direitos plenos das mulheres.³⁶⁰ Atualmente, as questões de gênero, nas áreas setoriais do Estado, são conduzidas pela Secretaria Especial de Política para as Mulheres, cuja missão é induzir políticas e fomentar articulações intersetoriais com a sociedade civil, formando-se parcerias com instâncias governamentais, percorrendo uma trajetória transversal com os governos federal, estadual e municipal, no sentido de coordenação de políticas para as mulheres, para promoção da igualdade de gênero.

Diz-se que a mulher deve assumir o papel de sujeito de direito para que a questão da maternidade não lhe seja imposta como uma obrigação e não seja um fundamento utilizado para que se defenda a impossibilidade da interrupção da gravidez de um feto anencéfalo. Aliás, para que em qualquer hipótese de aborto não sirva como fundamento, especialmente pelo discurso jurídico, porque seria a institucionalização das práticas de dominação masculina a que se sujeitaram as mulheres ao longo dos anos. Como refere Joana Maria Pedro, a obrigação de ser mãe não criou a obrigação correspondente de ser pai e a medicalização da sociedade, que participou tão intensamente da naturalização do instinto materno, tem sido utilizada para o controle de práticas costumeiras, as quais apenas trouxeram, em cada momento, por conta das relações de gênero, exclusões, incriminações, medo, solidão e morte.³⁶¹

Em outro artigo, escrito conjuntamente com Núcia Alexandra Silva de Oliveira e Maristela Moreira de Carvalho, Joana Maria Pedro irá referir que desde sempre, o corpo da mulher por ser reprodutor, não fazia jus à autonomia e privacidade, pois o ventre sempre foi controlado por todas as sociedades, em que o direito o direito de abortar simbolizaria a subversão que representa a autonomia de um indivíduo feminino sobre o processo de reprodução.³⁶²

Assim sendo, o aborto como uma questão de direito individual remete a um dos próprios fundamentos do feminismo contemporâneo, que é o princípio democrático do direito

³⁶⁰ CORRÊA, Sonia. ALVES, José Eustáquio Diniz. Igualdade e desigualdade de gênero no Brasil: perspectivas históricas, CIPD do Cairo, ODM e os PNPM de 2004 e 2007. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos.** Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

³⁶¹ PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio. In: PEDRO, Joana Maria. **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX.** Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p.57.

³⁶² PEDRO, Joana Maria. OLIVEIRA, Núcia Alexandra Silva de. CARVALHO, Maristela Moreira de. **Corpos femininos em debate.** In: PEDRO, Joana Maria. **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX.** Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p.240.

aplicado ao corpo, o qual encontra-se baseado nas ideias de autonomia e liberdade dentro da máxima de que o corpo pertence à mulher, máxima esta que se difundiu internacionalmente e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção, ao aborto. Apropriar-se de seu corpo significará para as mulheres a escolha sobre a maternidade.³⁶³

Como diz Simone de Beauvoir, a disputa durará enquanto os homens e as mulheres não se reconhecerem como semelhantes, isto é, enquanto se perpetuar a feminilidade como tal. A mulher que se liberta dessa feminilidade quer contudo conservar-lhe as prerrogativas; e o homem exige então que lhe assumas as limitações. Em verdade, se o círculo vicioso é tão difícil de desfazer, é porque os dois sexos são vítimas ao mesmo tempo do outro e de si. Entre dois adversários defrontando-se em sua pura liberdade um acordo poderia facilmente estabelecer-se: tanto mais quanto essa guerra não beneficia ninguém.

A mulher não é vítima de nenhuma fatalidade misteriosa; as singularidades que a especificam tiram sua importância da significação de que se revestem; poderão ser superadas desde que as apreendam dentro de perspectivas novas. A mulher sente e detesta o domínio do homem. É dentro de um mundo dado que cabe ao homem fazer triunfar o reino da liberdade; para alcançar essa suprema vitória é, entre outras coisas, necessário que, para além de suas diferenciações naturais, homens e mulheres afirmem sem equívoco sua fraternidade.³⁶⁴

Eis a quebra de um conceito de gênero que, a par das teorias feministas, represente a superação de uma perspectiva do senso comum, que considere a associação do feminino à submissão e à fragilidade, fundamentos que sempre justificaram e mascararam preconceitos contra a mulher.

4.2 A DEFESA DOS DIREITOS REPRODUTIVOS NA PERSPECTIVA DOS ESTUDOS DE GÊNERO E A CONSIDERAÇÃO DO ABORTO COMO UMA QUESTÃO DE SAÚDE PÚBLICA

Compreendida a condição da mulher de sujeito de direito, cabe referir que, estando alçada à plena igualdade masculina, inclusive com garantia constitucional, e, não mais sujeita à dominação masculina, inclusive quanto ao seu corpo, a questão da possibilidade do aborto deve ser analisada pela ótica dos direitos reprodutivos, assim como pela saúde pública, como forma de constituição de um discurso jurídico e práticas sociais que, efetivamente, se dêem conta de que a interrupção da gestação deve ser um direito alcançado à mulher, inclusive nos

³⁶³ SCAVONE, Lucila. Políticas femininas do aborto. In: **Revista de estudos feministas**. v.16. maio-agosto 2008. p.675-680.

³⁶⁴ BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo II: a experiência vivida**. Tradução: Sérgio Milliet. 2.ed. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1967. p.495-500.

casos de anencefalia fetal, até porque as práticas abortivas não são um fenômeno da contemporaneidade, apenas observada após a consagração da igualdade entre homens e mulheres pela Constituição Federal de 1988.

Discorrendo historicamente, ainda que de forma breve, Joana Maria Pedro leciona que o aborto é uma prática conhecida em diferentes povos.³⁶⁵ Na antiguidade greco-romana, o enfeitamento dos recém-nascidos era uma forma de fazer morrer a criança indesejada, gerada no interior de casamentos legítimos. Em situações diferentes ocorriam as técnicas contraceptivas e abortivas, as quais aconteciam por conta das relações extraconjugais. Em Roma, havia leis que puniam o aborto, mas não em defesa do feto, conquanto fossem para a defesa do marido, punindo-se, também, as pessoas que ministravam poções abortivas, quando causassem a morte da mulher. Para as mulheres solteiras que realizassem o aborto não era prevista nenhuma espécie de punição.

Na sociedade medieval, no século IV, havia a pena de excomunhão perpétua da Igreja Católica para aquela mulher que realizasse o aborto. Ainda, práticas como o infanticídio e o abandono de crianças foram por demais corriqueiras, que se utilizavam destes meios muito mais do que o aborto. No século XII, o Direito Canônico Norueguês admitia o abandono do recém-nascido quando fosse inviável ou mal formado.

Estas práticas ocorridas também na Idade Média estavam associadas às mulheres pobres e não aos homens, tornando-se pecados dirigidos a ela, cuja absolvição era concedida pelo bispo. Já ao final do século XVIII, o processo de urbanização, aburguesamento e problematização da vida permeou a mudança na sexualidade das mulheres, de modo que a medicalização da sexualidade feminina teve como objetivo a autoafirmação da burguesia, buscando-se o vigor e a longevidade da progenitura das classes que dominavam.

Eis assim que o nascimento da sociedade burguesa representou na vida das mulheres a redução ao espaço do lar, da maternidade e da família, exigindo delas a fidelidade, o casamento como forma legítima de expressão da sexualidade e a dedicação à maternidade como constituição da identidade de gênero. No entanto, as evidências constantes no tópico

³⁶⁵ Esta e as demais referências históricas que seguem encontram-se em PEDRO, Joana Maria. **Aborto e infanticídio**. In: PEDRO, Joana Maria. **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX**. Florianópolis: Cidade Futura, 2003. p.24-27. A autora também elucida que na Índia o aborto é praticado com a inserção de um graveto, raiz ou casca no colo do útero, que se dilatava gradativamente, absorvendo os fluidos das membranas ao redor, ao mesmo tempo em que suas propriedades voláteis ou aromáticas estimulavam o útero e ajudavam a evitar uma infecção. Na Tailândia, na Malásia e Filipinas, parteiras especializadas fazem aborto através de massagens. Os índios yanomamis realizam o aborto pulando sobre a barriga da gestante e os povos europeus conheceram inúmeros extratos de plantas e outras substâncias, em especial abortíferos vegetais, os quais tornavam a mulher tão doente que a vida do feto corria risco; assim, a morte do feto implicava, com frequência, na morte da mãe.

anterior já serviram para demonstrar que o aborto não deve ser considerado como uma condenação ante o exercício de dominação masculina pela corporalidade da mulher. Neste contexto, agora sim considerando o contexto pós Constituição Federal de 1988, é que se propõe pensar neste tema pela ótica dos direitos sexuais e reprodutivos como verdadeiras conquistas das mulheres, inclusive pelo próprio percurso histórico da teoria feminista, como se verificou anteriormente.

No capítulo anterior, efetuou-se uma distinção entre conceitos de aborto, mas de forma sucinta naquele contexto, apenas para contribuir com o debate sobre o argumento da antecipação terapêutica do parto. Neste momento, todavia, considerando que o objetivo é trabalhar a questão do aborto pela ótica de sexualidade, reprodução e saúde, merecendo um destaque maior para algumas conceituações efetuadas. Assim, a norma técnica Atenção Humanizada ao Abortamento do Ministério da Saúde, arrola que os abortamentos podem ser classificados em ameaça de abortamento, abortamento completo, abortamento inevitável ou incompleto, abortamento retido, abortamento infectado, abortamento eventual e abortamento eletivo previsto em lei.³⁶⁶

Na ameaça de abortamento, ocorre um sangramento genital de pequena a moderada intensidade, podendo existir dores, geralmente pouco intensas. O colo uterino encontra-se fechado e o seu volume é compatível com o esperado para a idade gestacional, inexistindo sinais de infecção. Nestes casos, não existe indicação de internação hospitalar e a mulher deve ser orientada a ficar em repouso e retomar o atendimento pré-natal. Já no abortamento completo, ocorre, geralmente, em gestações com menos de oito semanas, de modo que as perdas sanguíneas e a dor cessam após a expulsão do material ovular. Nestes casos, a conduta é a observação, com atenção ao sangramento e/ou infecção uterina, sendo que, persistindo o sangramento, deve ser realizada a aspiração manual intrauterina ou uma curetagem uterina.

Nos casos de aborto inevitável ou incompleto, o sangramento é maior que na ameaça de abortamento e as dores costumam ser de maior intensidade. Em gestações com menos de duas semanas, indica-se a aspiração manual intrauterina, por ser o método mais seguro, sendo igualmente importante avaliar o sangramento, para se necessário, realizar a transfusão sanguínea. E, ainda, no abortamento retido, há sinais da gestação e o colo uterino encontra-se fechado, não havendo perda sanguínea. É no exame de ultrassonografia que se revela a ausência de sinais de vitalidade ou a presença de saco gestacional sem o embrião, podendo ocorrer o aborto retido sem os sinais de ameaça.

³⁶⁶ Todas as referências encontram-se em: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento.** Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.22 *et. seq.*

Os casos de abortamento infectado estão associados a manipulações da cavidade uterina pelo uso de técnicas inadequadas e inseguras, sendo casos graves que devem ser tratados independentemente da vitalidade do feto. As manifestações clínicas mais comuns destes casos são a elevação da temperatura, sangramentos, dores abdominais e se deve pensar sempre na possibilidade de ter ocorrido alguma perfuração uterina.

O abortamento habitual se caracteriza pela perda espontânea e consecutiva de três ou mais gestações antes da 22ª semana, sendo primário quando a mulher jamais tenha levado a termo qualquer gestação e secundário quando houve uma gravidez a termo. Nestas hipóteses, as mulheres devem ser encaminhadas para tratamento especializado, em que seja possível averiguar as causas e realizar tratamentos específicos. Por fim, o abortamento previsto em lei é aquele em que exista a indicação de interrupção da gestação, obedecida a legislação vigente, oferecendo-se à mulher a opção de escolha da técnica a ser empregada.

Recomendam-se em casos como este a escolha entre as seguintes técnicas de esvaziamento uterino, as quais também se encontram registradas na norma técnica, e que devem ser o reflexo de uma decisão compartilhada entre a mulher e os profissionais da saúde, disponibilizando-se os métodos de forma adequada e garantindo que a decisão seja a mais livre, consciente e informada possível, fundamentada, especialmente, na autonomia e autodeterminação da mulher³⁶⁷: inicialmente, o abortamento farmacológico, que corresponde à utilização de fármacos para indução do abortamento ou abreviação do abortamento em curso. Sobre esta possibilidade, a norma técnica do Ministério da Saúde informa que toda a mulher grávida que solicita a interrupção da gestação e cumpre com as condições estabelecidas em lei pode optar pela interrupção farmacológica da gravidez, tanto no primeiro, quanto no segundo semestre da gestação.

Também, a aspiração manual intrauterina, procedimento realizado para a retirada dos restos ovulares por meio de raspagem da cavidade uterina e aspiração, podendo ser utilizada em gestações com menos de doze semanas, haja vista o tamanho uterino, nos casos de interrupção da gravidez previstos na legislação. Este procedimento é o recomendado pela Organização Mundial da Saúde, assim como pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia; e a curetagem uterina é o método em que se promove a raspagem da cavidade uterina, extraíndo-se o material desprendido. Enfim, todos estes conceitos apresentados apenas reforçam a ideia de que o processo de abortamento é doloroso para as mulheres, sendo necessário todo o cuidado, inclusive médico, para o acompanhamento dos casos. Mais do que

³⁶⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.25 *et. seq.*

isso, fortalecem o argumento de que o aborto deve ser debatido segundo os direitos sexuais e reprodutivos.

Segundo Maria Cláudia Crespo Brauner, dentre os diversos problemas enfrentados pelas mulheres na sociedade moderna e que atingem diretamente as suas vidas está a questão relacionada à sua vida sexual e reprodutiva e à forma com que se criaram e implementaram políticas destinadas a intervir na autonomia reprodutiva e no exercício da sexualidade feminina.³⁶⁸ Considerando que o surgimento dos direitos sexuais foi fruto da contribuição dos movimentos feministas, os quais introduziram a discussão dos padrões socioculturais vigentes em relação à vida sexual e à reprodução humana, torna-se indispensável que resultem em conquistas concretas para as mulheres, como, por exemplo, o próprio aperfeiçoamento da legislação para as mulheres e a melhoria da condição feminina através da criação de políticas dirigidas à saúde reprodutiva, proteção à maternidade, estímulo à contracepção, o aborto e as novas formas de intervir nos problemas ligados à reprodução humana.

Assim, Brauner irá defender que, no intuito de definir no que constituem os direitos reprodutivos, pode-se referir que envolvem essencialmente a noção de sexualidade, no sentido de que não se trata apenas de questões ligadas ao processo reprodutivo, por não mais se conceber a sexualidade como uma mera necessidade biológica. No entanto, a dificuldade está em reconhecer que o respeito aos direitos sexuais e reprodutivos está vinculado à questão do controle da sexualidade e da capacidade reprodutiva, pelo processo de educação e socialização das pessoas, tendo em vista que esses elementos determinam o grau de realização do indivíduo em relação ao seu corpo e a possibilidade de organizar a sua vida reprodutiva.³⁶⁹ E, assim, as conquistas na área dos direitos sexuais e reprodutivos devem ser importantes para a demonstração de que barreiras entre o espaço público e privado foram derrubadas, assumindo-se o compromisso de uma sociedade que garanta a convivência equilibrada entre homens e mulheres, influenciando, diretamente, na discussão e promoção dos direitos individuais e coletivos das pessoas.

³⁶⁸ BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. **Direitos, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003. p.4.

³⁶⁹ *Idem. Ibidem.* p.9. A autora entende que a formulação do conceito de direitos sexuais e reprodutivos representa um avanço teórico e político do movimento das mulheres. O indivíduo deve possuir o direito de livremente escolher os meios para planejar a sua vida reprodutiva, recebendo todas as informações necessárias, e, não à toa, a Constituição Federal de 1988 concedeu ao homem e à mulher a titularidade dos direitos reprodutivos, competindo a eles planejar a sua família, decidindo se desejam ou não ter filhos, o número de filhos, entre outros aspectos, cabendo ao Estado a criação de uma política de reprodução humana que respeite os direitos fundamentais, ofereça informação e disponibilize o acesso aos métodos de contracepção mais eficientes, menos nocivos à saúde, garantindo a todos condições de preservar a saúde sexual e reprodutiva.

Como refere Miriam Ventura, trata-se dos indivíduos, principalmente das mulheres, deixando de ser objeto de políticas públicas para tornarem-se sujeitos portadores de direitos próprios, sem deixar de considerar o valor social, político e econômico da reprodução humana na sociedade e a necessidade de uma reformulação do contrato social de forma democrática e inclusiva. Esta concepção de direitos na esfera reprodutiva introduziu uma nova maneira de nomear domínios, até então pensados como circunscritos à natureza, ao pecado, à vontade divina ou ao poder dos médicos e constitui um instrumento importante para inspirar e legitimar novas práticas e normas, redefinir as relações de poder e estendê-las a toda a sociedade.³⁷⁰ Neste sentido, a construção efetiva de direitos reprodutivos decorre das demandas reivindicatórias dos movimentos sociais, os quais foram incorporando em suas agendas direitos que emergiam das mudanças de condições sociais e individuais, especialmente das mulheres, exigindo tutela jurídica para o seu exercício.

Desenvolver a concepção dos direitos reprodutivos é estabelecer um conjunto de princípios e normas que dê uma unidade sistemática ao tratamento destas questões no âmbito do Direito, identificando conteúdos, formas de garantias jurídica, sociais e políticas, e seus titulares, além de constituir um grande desafio teórico que merece a devida atenção, para que haja marcos jurídicos dos direitos reprodutivos na garantia de salvaguardar a sua titularidade àqueles cujas demandas se referem.

O conceito de direitos reprodutivos, de acordo com Miriam Ventura, data de 1984, e foi introduzido no I Encontro Internacional de Saúde da Mulher, como o resultado de um consenso de que era a noção mais completa e adequada do que saúde da mulher, para fins de traduzir a ampla pauta de reivindicações por autonomia e autodeterminação das mulheres. Esse conceito passou a ser debatido e aperfeiçoado não apenas pelas feministas, mas, especialmente, por ativistas dos Direitos Humanos, tendo sido consagrado, em 1994, no documento da Conferência de População e Desenvolvimento das Nações Unidas, realizada no Cairo. Também, em âmbito nacional, a introdução do conceito se deu no ano de 1984, revelando a articulação e atuação das feministas brasileiras no plano internacional e a apropriação desses avanços para impulsionar transformações internas.³⁷¹

O uso da expressão direitos reprodutivos evidencia uma estratégia discursiva do movimento feminista na prática política, para reivindicar direitos de liberdade, igualdade e justiça social no exercício da sexualidade e da reprodução, significando a redefinição dessas

³⁷⁰ VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. (org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Letras Livres, 2005. p.119.

³⁷¹ *Idem*. *Ibidem*. p.120-121.

temáticas em relação às mulheres, seja no espaço público ou privado. Deve-se apostar, assim, na elaboração de marcos de garantia para os direitos reprodutivos que incluam não apenas uma tutela jurídica, mas sociais e políticas.

É neste contexto que novamente se refere Ventura ao elucidar que essas garantias devem abordar diferentes dimensões da vida, de forma integral e interconectada, sem deixar de considerar os aspectos subjetivos que envolvem as questões reprodutivas e as violações enfrentadas no espaço público e privado. Ademais, elas devem fornecer níveis de autonomia pessoal, considerando que os direitos reprodutivos operam, simultaneamente, condicionantes políticas e econômicas, decisões personalíssimas e regulamentações estatais e a sua implementação. As garantias necessitam assegurar que as normas e as políticas públicas prestem especial atenção à educação sexual, a descriminalização do aborto e ao amplo acesso a métodos anticoncepcionais, salvaguardando, igualmente, o direito à diferença e à diversidade, permitindo que seja reafirmado o valor da reprodução humana como contribuição à vida social e como parâmetro para sua regulamentação em instituições jurídicas e de bem-estar social.³⁷²

No cenário apontado pela autora se percebe que a grande necessidade é a inserção no direito à saúde brasileiro dos direitos reprodutivos, que são compostos de três dimensões, uma individual, que considere a autonomia das pessoas nas intervenções de saúde, uma coletiva, no sentido de atender às necessidades de grupos específicos, e uma social, com o atendimento a todas as demais demandas de saúde pública. Tais elementos proporcionarão a oportuna defesa dos direitos reprodutivos que sejam incluídos na agenda dos direitos fundamentais, no sentido da liberdade de escolha reprodutiva e que estejam em constante relação e interdependência com todos os demais direitos consagrados, para que esta nova concepção de direitos não se transforme apenas em um instrumento para a defesa de interesses egoísticos e desconsidere os interesses das pessoas envolvidas.

Schiocchet entende que no âmbito teórico, o desenvolvimento de argumentos em favor da construção social da sexualidade, substituindo o enfoque puramente biológico não surgiu da antropologia, mas, sobretudo, da história e do pensamento teórico de grupos marginais. Apenas em um segundo momento a antropologia passou a elaborar suas contribuições mais significativamente. Para a autora, a análise histórica e cultural da sexualidade visa a relativizar os padrões sociais da sua regulação, compreender a sua precariedade e seus interesses

³⁷² VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. (org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea**. Rio de Janeiro: Letras Livres, 2005. p.125.

contingentes, bem como evidenciar os mecanismos de disciplina e de constituição de normalidade sexual. E, neste sentido, afirma que o enfrentamento da questão desde uma perspectiva dialética, isto é, “entendendo a realidade como permanente transformação a partir da oposições e de conciliação de oposições, permitirá perceber a atual demarcação da sexualidade a partir de diversas transformações ocorridas”.³⁷³

Também no campo dos direitos sexuais, Roger Raupp Rios desenvolve um estudo acerca da possibilidade de se defender a existência de um direito democrático da sexualidade, apontando para a possibilidade do livre exercício responsável da sexualidade, criando as bases para uma regulação jurídica que supere as tradicionais abordagens repressivas que caracterizam as intervenções jurídicas nesses domínios, implicando uma compreensão positiva dos direitos sexuais, na qual o conjunto de normas jurídicas e sua aplicação possam ir além de regulações restritivas, forjando condições para um direito da sexualidade que seja emancipatório em seu espírito.³⁷⁴

É que o ponto de referência deste autor considera que, no campo da sexualidade, embora haja legislação protetiva para determinados direitos, ainda é necessário se pensar na sua efetivação e expansão, de sorte que, do ponto de vista jurídico, os conceitos de direitos reprodutivos e sexuais têm traduzido esse esforço. Assim, seria preciso desenvolver um direito democrático da sexualidade, ou seja, um exame das diversas normas jurídicas cujo âmbito de proteção atenta para as diversas manifestações da sexualidade humana.

Para Rios, a importância desta tarefa vai além da coerência teórico-científica e do cultivo do saber intelectual, de modo que construir, na medida do possível, uma abordagem jurídica mais sistemática possibilita a profissionais do direito e a movimentos sociais um instrumento de intervenção mais eficaz, além de exigir o aprofundamento do debate de modo coerente e possibilitar a democratização da discussão, e, por consequência, dos sistemas jurídico e político como um todo.³⁷⁵

³⁷³ SCHIOCCHET, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Editora Unijuí, 2007. p.64 *et. seq.* Segundo Schiocchet, os direitos sexuais amparam-se em uma base epistemológica que se desenvolve de acordo com os movimentos sociais de cada época. As suas funções vêm sendo a de ampliar as liberdades individuais e de fortalecer a cidadania, na medida em que traduzem os direitos sexuais como algo inerente ao ser humano e indispensável ao desenvolvimento de uma vida digna e prazerosa.

³⁷⁴ RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.14.

³⁷⁵ *Idem. Ibidem.* p.15-16. Discorre Roger Raupp Rios que no âmbito da sexualidade, os instrumentos internacionais têm evoluído para o reconhecimento da situação de vulnerabilidade das mulheres, tendo como ponto de partida a ideia de direitos reprodutivos. Após proclamações genéricas e abstratas relativas ao direito à vida, à saúde, à igualdade e não-discriminação, à integridade corporal e à proteção contra a violência, ao trabalho e à educação, sucederam-se documentos internacionais e conferências preocupadas especificamente com a reprodução e com a condição feminina. Em 1968, a I Conferência Internacional de Direitos Humanos em que se

Deve-se considerar que na abordagem jurídica da sexualidade os seus conteúdos são articulados, geralmente, a partir das demandas envolvendo situações específicas representativas das lutas e reivindicações dos movimentos feministas, desde as realidades sociais da discriminação sexista e da violência até questões relativas à saúde reprodutiva, especialmente no que diz respeito ao acesso às técnicas contraceptivas e ao aborto. Os direitos sexuais e reprodutivos são categorias jurídicas que problematizam fenômenos e relações sociais entabuladas não apenas por mulheres, mas pelos homens, especialmente nas discussões acerca da própria expressão sexual. Assim, as concepções de direitos sexuais e reprodutivos sempre estiveram concentradas no tratamento jurídico de um determinado grupo, as mulheres, a fim de protegê-las contra a discriminação, promovendo-lhes o mais amplo gozo e exercício dos direitos e liberdades individuais.

Entretanto, Raupp Rios vai sugerir que é preciso ir além, no sentido de que um direito da sexualidade não deve cuidar apenas da proteção de um grupo tido como sexualmente subalterno em função do gênero e não deve se esgotar apenas na proteção identitária, assim como não pode desconsiderar atividades social e economicamente relacionadas com o exercício da sexualidade.³⁷⁶ Corolário desta postura será a efetivação do princípio democrático no âmbito da sexualidade, no sentido de se apontar para diferentes desdobramentos como a própria liberdade e igualdade nesta esfera. Torna-se necessário, neste contexto, o fortalecimento do direito democrático da sexualidade que se constitua para além da esfera reprodutiva, sem esquecer, todavia, que as violações aos direitos sexuais estiveram ligadas à reprodução e tendo como vítimas as mulheres em situações de vulnerabilidade.

reconheceu a importância dos Direitos Humanos da mulher e decidiu pela necessidade de medidas para promover tais direitos. Em 1979 foi promulgada a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher. Já em 1993, a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, realizada em Viena, declarou que os Direitos Humanos das mulheres são parte inalienável, integral e indivisível dos Direitos Humanos, sendo dever sua participação em igualdade de condições sociais e erradicação de todas as formas de discriminação baseadas no sexo e de todas as formas de violência contra a mulher. No ano de 1994, durante a Conferência Mundial sobre População e Desenvolvimento se estabeleceu um programa de ação que afirmou os direitos reprodutivos como categoria de Direitos Humanos já reconhecidos em tratados internacionais, reafirmando-se a importância de relações de gênero mais igualitárias com maior liberdade para a mulher, livre de discriminação e violência. Em 1995, a IV Conferência Mundial da Mulher, realizada em Pequim, reforçou a necessidade de proteção dos direitos estritamente ligados aos direitos reprodutivos, tais como os direitos sexuais, saúde, integridade, entre outros. Deste apanhado histórico, Raupp considera que o direito à igualdade e à não-discriminação tem sido desenvolvido de forma abrangente. Além de suas relações com outros direitos, o mandamento de igualdade de condições para o exercício dos diversos direitos e de superação das barreiras discriminatórias, aponta, na interpretação corrente, para a prevenção e repressão de condutas discriminatórias, a adoção de medidas positivas dada a situação de desvantagem da mulher e o igual acesso a um sistema de ensino à educação sobre saúde reprodutiva.

³⁷⁶ RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.23.

Nesta linha de dissociação dos direitos sexuais em relação meramente à reprodução, José Reinaldo de Lima Lopes irá afirmar que isto se verifica na questão do aborto no momento em que novos recursos médicos permitiram tanto o abortamento provocado de forma mais segura, quanto a detecção de problemas de saúde da mãe e do feto com maior antecipação, sendo que o leque de ações com escolha se ampliou; logo, se antes não era possível verificar as consequências para a mãe e o feto, agora, a continuidade da gravidez, já não transcorre em estado de ignorância, pois passou a carregar uma carga de escolha, e, conseqüentemente, de angústias e aberturas à decisão que antes não era pensável.³⁷⁷

Também, Samantha Buglione discorre que a sexualidade como um direito é uma excelente metáfora para compreender as tensões relacionadas à liberdade, porque ora ocupa a esfera das políticas públicas, como um direito à saúde, e ora relaciona-se com a não discriminação e aos direitos de autodeterminação, incluindo a garantia do livre desenvolvimento da personalidade, através do respeito a diferentes práticas e identidades.³⁷⁸

Assim, se percebe o quanto a temática dos direitos sexuais e reprodutivos se encontram ligados às questões de gênero e a importância que isso possui nas demandas de saúde, nas quais se insere a questão do aborto. Acerca da relação entre reprodução e gênero, é interessante trazer a referência de Rosely Gomes Costa, que apresenta duas teorias pertinentes à concepção e reprodução.³⁷⁹ Há uma teoria monogenética da reprodução, a qual considera que os homens são os geradores das crianças e a participação das mulheres se restringe a acolher a criança em seu corpo para que se desenvolva. O pai possui a precedência sobre a criança e quase nenhuma importância é atribuída ao fato de a mulher carregar a criança dentro de si. E, ainda, a teoria apresentada pela autora sob a denominação de duogenética, que representa a consideração do pai e da mãe sobre o processo reprodutivo, mas de maneira desigual, haja vista que a gravidez seria um processo que ocorre exclusivamente no corpo da mãe e o embrião desenvolver-se-á sem a participação paterna. Para Costa, é esta desigualdade contida na teoria duogenética, marcada pela gestação, que informa as noções de amor natural materno, de ligação natural e automática da mãe com o filho, conferindo a ela uma experiência exclusiva de intimidade com a criança.³⁸⁰

³⁷⁷ LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.55.

³⁷⁸ BUGLIONE, Samantha, Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.92.

³⁷⁹ COSTA, Rosely Gomes. Reprodução e gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção. In: **Revista de estudos feministas**. v.339/2, 2002. p.339-356.

³⁸⁰ *Idem. Ibidem.*

Em resumo, do que foi até aqui exposto, tem-se que a definição de masculino e feminino deriva muito mais das relações sociais do que por aspectos biológicos. A atuação humana concede à sexualidade uma significação de desigualdade entre homens e mulheres, separando-os em gênero produtivo e reprodutivo³⁸¹, respectivamente, de modo que ao sexo feminino caberiam as experiências reprodutivas e atividades de cuidado não remuneradas, relacionadas à produção da vida humana, perspectiva esta que acaba por naturalizar a figura materna da mulher, ao passo que o sexo masculino estaria incumbido das atividades de produção e riqueza, tornando-se o responsável por prover materialmente o setor da produção humana.

Retomando um pouco da referência à teoria duogenética, que considera o laço de exclusividade entre a mulher e o filho, poder-se-ia pensar que, caso a mãe entenda que este laço metafórico não esteja formado ela teria a livre escolha de interromper a gestação, como um exercício de autodeterminação, liberdade do seu corpo e como a mais ampla forma de manifestação do seu direito democrático da sexualidade. Inclusive, no caso dos fetos anencéfalos este mesmo pensamento poderia ser aplicado para o caso das mães que desejam ou não levar a termo a gravidez. Assim sendo, se a mulher entendesse pela ligação existente com o filho não haveria porque motivo interromper a gestação, ainda mais ao argumento de que o feto anencéfalo não tenha vida compatível fora do útero, por exemplo. Ou, se a gestante entender que o laço de exclusividade não esteja atado, necessitará buscar o atendimento médico para a interrupção da gravidez como exercício do seu direito reprodutivo e do direito de não querer ser mãe daquele filho.

O que se quer reforçar, portanto, é que nos estudos de gênero está o mais adequado fundamento para a defesa do direito à interrupção da gestação, seja de fetos anencéfalos ou não, porque a questão destes estudos não faz referência e têm relação apenas com os direitos sexuais e reprodutivos, mas com a própria saúde, e, especialmente, a saúde pública, razão pela qual quer-se apresentar algumas considerações neste sentido, para que haja a oportuna defesa do direito ao aborto como a expressão da emancipação feminina.

Como referem Marlene Neves Strey e Gilda Pulcherio está em curso uma transição paradigmática dos estudos sobre saúde da mulher para os de gênero e saúde, comentando que o gênero é básico nas considerações sobre saúde, pois não se pode partir da ideia de que homens e mulheres são fundamentalmente diferentes entre si e que são coletivos homogêneos

³⁸¹ PEREIRA, Ana Cláudia Jaquetto. REIS, Sarah de Freitas. Gênero e direitos reprodutivos nas políticas públicas. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos**. Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 23 de agosto de 2012.

e perfeitamente diferenciáveis. A saúde de mulheres e homens, seja em diferentes circunstâncias sociais, culturais, etárias e de gênero, deve ser analisada detidamente, razão pela qual a equidade é fundamental, no sentido de se considerar a igualdade de gênero, que não significa privilegiar homens ou mulheres, mas preocupar-se com a situação daquelas que mais sofreram iniquidades no cotidiano, justamente porque são cidadãs iguais e sujeitos de direito, conscientes do papel que representam no cenário sócio-jurídico contemporâneo, as quais devem ter a plena garantia de atendimento segundo as suas necessidades, compreendidas à luz da condição de gênero, entre outros recortes.³⁸²

Neste sentido, a perspectiva genderizada da saúde torna necessária a consideração do aborto como uma questão não apenas de direitos sexuais e reprodutivos, mas sim uma demanda a ser contemplada como de saúde pública, e isso não apenas para o caso dos fetos anencéfalos. Segundo Everardo Duarte Nunes, a saúde pública deve se constituir em um campo multiparadigmático, interdisciplinar, formado pela presença de tipos distintos de disciplinas que se distribuem em um largo espectro que se estende das ciências naturais às sociais e humanas, possibilitando o aparecimento de novas disciplinas, as quais nascem nas fronteiras dos conhecimentos tradicionais ou na confluência entre ciências puras e aplicadas, mas que se caracterizam como uma combinação, visando à constituição de uma nova configuração disciplinar capaz de resolver um problema preciso.³⁸³

E Maria Cecília de Souza Minayo detém os seus estudos na perspectiva da relação entre a saúde e as contribuições da antropologia, no sentido de que é relevante a contribuição da antropologia para evidenciar o sentido amplo e significativo dos fenômenos que recobrem o campo da saúde, já que se constitui na categoria central para se compreender a visão de mundo dos diferentes grupos e populações, e, no interior delas, as relações entre os indivíduos e a sociedade.³⁸⁴ Assim, uma visão antropológica da saúde sugere que é necessário, ao se analisar qualquer demanda de saúde, entender as suas dimensões biológicas no contexto das condições estruturais, políticas e subjetivas em que ocorrem.

A antropologia demonstra que saúde é uma questão humana e existencial, cujas problemáticas devem ser compartilhadas, sem distinção, entre todos os segmentos sociais. Ensinar, dessa forma, aos profissionais da saúde que é preciso ouvir a situação que lhe é

³⁸² STREY, Marlene Neves. PULCHERIO, Gilda. As tramas de gênero na saúde. In: STREY, Marlene Neves. NOGUEIRA, Conceição. AZAMBUJA, Mariana Ruwer de. **Gênero e saúde: diálogos ibero-brasileiros**. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p.15-28 *passim*.

³⁸³ NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: história recente, passado antigo. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* **Tratado de saúde coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2012. p.28.

³⁸⁴ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Contribuições da antropologia para pensar e fazer saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* **Tratado de saúde coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2012. p.196.

repassada pelo seu interlocutor, compreendendo a experiência biográfica, já que a pessoa encontra-se sempre situada biograficamente no mundo e é neste contexto que pensa, sente e age. O profissional da saúde sedimentaria as suas experiências e situações vivenciadas, para conceder a relevância à fala do interlocutor, que se relaciona tanto com o seu conhecimento quanto com a situação biográfica do paciente. Assim, um modelo ideal de saúde pública seria aquele que considerasse a soma das saúdes individuais perfeitamente equilibradas com o poder tecnológico, colocando os problemas e os atores em interação.³⁸⁵

Neste modelo, igualmente devem estar inseridas as mulheres com capacidade de autodeterminação e direito de escolha quanto aos seus direitos sexuais e reprodutivos, dentro da ideia que reafirme a luta feminista que lançou as bases para a construção dos direitos sexuais. Em outras palavras, é fortalecer o entendimento de que os direitos reprodutivos correspondem à liberdade e à igualdade na esfera reprodutiva enquanto que os direitos sexuais expressam esses princípios no campo da sexualidade, de tal modo que sexualidade e reprodução sejam dimensões da cidadania, e, portanto, da própria democracia.

Como lembra Maria Betânia Ávila, o tratamento destes dois campos de forma separada é uma questão crucial no sentido de assegurar a autonomia dessas duas esferas de vida, o que permite relacioná-los entre si e com várias outras dimensões da vida social, sendo, também, um reconhecimento das razões históricas que levaram o feminismo a defender a liberdade sexual das mulheres como diretamente relacionada à sua autonomia de decisão na vida reprodutiva e que rompe, ideologicamente, com um conservadorismo que prescrevia para as mulheres a submissão da sexualidade à reprodução, tendo um significado muito forte na histórias das práticas e do pensamento feministas.³⁸⁶

A compreensão do processo de construção dos direitos reprodutivos e sexuais integra-se ao processo dialético de construção da democracia, em que as mulheres assumem a condição de sujeitos construtores de direitos e construtoras de direitos reprodutivos e sexuais, o que significa o rompimento com as relações de poder a que sempre estiveram submetidas em relação ao uso dos seus próprios corpos, uma vez que todas as regras e os tabus que controlaram e reprimiram as suas vivências na sexualidade e na reprodução foram determinadas, historicamente, pelos homens, sendo que esse controle e repressão foram os elementos centrais da dominação patriarcal e da reprodução.

³⁸⁵ MINAYO, Maria Cecília de Souza. Contribuições da antropologia para pensar e fazer saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* **Tratado de saúde coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2012. p.202-204.

³⁸⁶ ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as política de saúde**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

Este cenário modifica-se a partir do momento em que se verifica o surgimento de homens organizados na defesa dos direitos reprodutivos não apenas para as mulheres, mas para eles próprios, opondo-se ao modelo patriarcal hegemônico. A relação dos homens frente à sexualidade e à reprodução encontra-se inscrita em um padrão de relações sociais marcadas pela desigualdade de gênero e a alteração deste padrão representa uma ruptura com a ordem patriarcal que fora instituída pelos homens. Eis assim que não se trata meramente de garantir a inclusão dos homens na pauta dos direitos reprodutivos, mas, como novamente refere Ávila, entender que os direitos reprodutivos significam uma transformação de uma forma de inserção dos homens na esfera reprodutiva, de sorte que a transformação cultural é uma dimensão estratégica para produção de uma nova forma de relação entre homens e mulheres com base nos direitos reprodutivos.³⁸⁷

Para que haja um efetivo exercício dos direitos sexuais é preciso pensar na transformação de um princípio de controle para a liberdade, como se explicitou. Assim, as políticas públicas nesta seara devem ser desenvolvidas levando em conta as desigualdades de gênero, de classe, raça, de expressão sexual, a tal ponto que os direitos sexuais e reprodutivos designem um novo imaginário dentro de todos os temas que abordam. A política pública de saúde necessita estar comprometida com a promoção integral dos direitos reprodutivos e sexuais como uma conquista democrática.

Fortalece-se o processo de democratização do Estado brasileiro e contribui para alterar aqueles limites que eram impostos na vida privada, inclusive mediante a influência do saber-poder médico nas definições que serviram para reprimir e controlar as vivências sexuais e reprodutivas. Trata-se de deslocar o lugar de sustentação da repressão para o lugar de garantia de direitos, promovendo-se um processo de transformação que democratize a vida social.

A demanda por políticas sociais na área da saúde está baseada em uma visão de direitos reprodutivos e sexuais como parte dos direitos sociais, como defesa de em Estado promotor de transformação social em que a cidadania seja um instrumento à conquista de direitos e como meio de instituir um novo processo democrático assentado sobre o compromisso de justiça social instauradora da dignidade humana enquanto valor coletivo que promove a superação de preconceitos e discriminações.³⁸⁸

Em relação ao aborto essa visão transformadora poderia ser representada em dois momentos: o primeiro, em que gênero e poder estariam intimamente relacionados com a

³⁸⁷ ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as política de saúde**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

³⁸⁸ *Idem. Ibidem.*

questão do aborto, na medida em que este poderia ser apenas realizado por mulheres, mas cuja regulação se daria essencialmente pelos homens; e, o segundo, que considera o tema imerso em questões políticas, no sentido de haver uma reformulação evidente no papel das mulheres que decidem abortar, para que o paradigma dominante não continue sendo aquele que considerava o convencimento pelo senso comum de que a mulher que decide interromper a sua gestação apresentará consequências psicológicas graves, ou, ainda, aquele que as via como criminosas por alguns setores sociais, pois se passa a compreender que a demanda, na verdade, representa a condição de vítimas a que estiveram sujeitadas.³⁸⁹

Nesta relação entre aborto e saúde pública, pode-se trazer à baila e destacar, em especial, algumas sugestões que são apresentadas por Faúndes e Barzelatto no sentido de contribuição do direito ao aborto. Inicialmente, os autores compreendem a necessidade de melhoria no acesso ao aborto legal. Segundo eles, o problema do acesso limitado a serviços de aborto não está restrito a países menos desenvolvidos, com poucos recursos, mas também se observa em países ricos e poderosos. As mulheres pobres não têm fácil acesso a serviços públicos de aborto legal nos Estados Unidos, por exemplo, ainda que a Suprema Corte de Justiça assuma um posicionamento liberal em relação a este direito. Nos lugares em que o aborto é permitido em determinadas circunstâncias, as mulheres que cumprem os requisitos legais frequentemente não possuem acesso a uma interrupção segura da gestação. Assim sendo, melhorar o acesso ao aborto seguro em toda a extensão que a lei permite é um mecanismo fundamental para reduzir as consequências de um aborto provocado.³⁹⁰

³⁸⁹ É importante lembrar a referência a Aníbal Faúndes e José Barzelatto que descrevem a imposição do sexo sobre a mulher de diferentes formas, desde a agressão física até a aceitação cultural dos direitos masculinos sobre o corpo da mulher. Isto envolve, inclusive, a negativa de oportunidade da mulher proteger-se contra uma gravidez não desejada, que representaram a imposição do gênero masculino sobre o feminino. Para estes autores, a fim de fazer com que os homens tenham melhor compreensão das responsabilidades reprodutivas seria necessário o desenvolvimento de ações que conjugasse a educação, a sexualidade e o gênero. Apontam estes autores que os programas de saúde reprodutiva dos países em desenvolvimento, onde o desequilíbrio de poder entre os gêneros é mais grave, raras vezes incluem estas ações, apesar do grande impacto que podem ter sobre o acesso das mulheres à contracepção. Esta ação conjunta proposta contribuiria para a redução do desequilíbrio de poder entre gêneros, promovendo o mútuo respeito em torno das decisões, e, desta forma, auxiliaria a reduzir a gravidez não planejada e o aborto. FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004. p.212-215.

³⁹⁰ *Idem. Ibidem.* p.228. Os autores consideram que um exemplo de esforço relativamente bem sucedido para melhorar o acesso ao aborto legal se verifica nas disposições legais brasileiras que não punem o aborto quando resultado de estupro ou quando a gravidez coloca em grave risco a vida da mulher. Discorrem que, no caso do Brasil, a necessidade de dar atendimento à mulher que solicita um aborto dentro da lei tem sido levantada por grupos de mulheres e médicos ginecologistas e obstetras desde o ano de 1980, tanto é que temáticas como violência de gênero e aborto legal passaram a ser frequentes em reuniões e congressos de ginecologia e obstetrícia em todo o país, inclusive para se criar uma cultura de compreensão de que ninguém está querendo promover o aborto, mas sim apenas evitando que mulheres as quais possuem o direito legal a um aborto seguro passem a correr os riscos de complicações e mortes ao se submeterem a procedimentos clandestinos.

Mas não é apenas a defesa ao aborto legal que deve ocorrer, conquanto seja preciso cuidados pós-aborto de boa qualidade, considerando a existência de procedimentos clandestinos e inseguros que, costumeiramente, podem levar a complicações graves, haja vista que estes abortos acontecem sem condições higiênicas adequadas, ocasionando hemorragias, infecções ou ambas. Assim, muitas mortes decorrem da demora em procurar um auxílio aliada à, por vezes, insuficiente disposição de profissionais da saúde para prover cuidados que poderiam ter salvo vidas. Como referem Faúndes e Barzelatto, para as mulheres com complicações de abortos clandestinos nem sempre é fácil o acesso aos hospitais, justamente porque alguns, mormente os ligados à administração pela Igreja Católica, não aceitavam dar atendimento a mulheres sobre as quais se suspeitava que tivessem provocado um aborto.³⁹¹ Relacionado a este posicionamento, igualmente haveria o mister de uma atitude positiva de profissionais da saúde, concedendo-lhes treinamentos específicos, desmistificando a ideia de que as mulheres que abortam o fazem por um ato de crueldade, mas considerando todo o sofrimento físico e emocional suportados por elas.

Os autores em análise propõe, então, para a construção de um consenso em que apenas a tolerância é insuficiente. O respeito mútuo significa aceitar que se pode estar errado ou certo, ainda que parcialmente, de tal modo que se mantenha um diálogo em que se pretenda construir uma voz de consenso social sustentável e não seja tão somente a imposição de um ponto de vista. No caso do aborto, há um consenso básico que pode ser expresso com base em três constatações: a primeira, de que ninguém gosta de ter um aborto, nem da ideia de que outras pessoas abortem, apesar de todos concordarem que o aborto se justifica moralmente em certas circunstâncias excepcionais; o segundo, de que há abortos em demasia que deveriam ser evitados; e, o terceiro, que o aborto inseguro é um problema de saúde pública de grandes dimensões.³⁹²

Em resumo, este consenso básico deve ser guiado a partir de um diálogo que se constitua a partir de alguns pontos de debate. Um deles seria a redução do número de gestações não desejadas e de abortos, os quais minimizariam o curso humano do aborto inseguro, a partir de políticas e ações que sejam implementadas para a consecução destes objetivos. Também, o respeito pelas pessoas, incluindo o reconhecimento e o respeito pela diversidade entre os indivíduos, no sentido de que as sociedades que pretendem definir um consenso prático sobre o aborto devem incluir diferentes sistemas de valores e diferentes

³⁹¹ FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004. p.239.

³⁹² *Idem. Ibidem.* p.263.

perspectivas, inclusive religiosas, entendendo que nenhuma religião pode impor os seus valores sobre aqueles que não professam determinada fé.

Outro ponto de especial relevo é a consideração de que as mulheres são pessoas com os mesmos direitos que homens, possuindo o direito a decidir livre e responsabilmente sobre a sua sexualidade, promovendo-se maior equidade de gênero em todos os aspectos da vida, de forma que o melhor equilíbrio de poder entre homens e mulheres permitirá que todas as mulheres possam decidir quando e em que condições pretendem o exercício de seus direitos sexuais. A educação em saúde reprodutiva, enquanto promotora de programas e campanhas demonstra ser uma ação importante e eficiente na defesa dos direitos sexuais e reprodutivos no que diz respeito a ambos os gêneros.

Além destas premissas, cabe também considerar a eliminação de barreiras de acesso aos métodos contraceptivos, bem como o desenvolvimento de ações efetivas de apoio às mulheres grávidas que desejam realizar a função de levar a gravidez até a termo – ou não, aqui, sugere-se a inclusão - também, que haja o estabelecimento de normas e condições que permitam o acesso fácil ao aborto seguro, livre de obstáculos burocráticos, políticos e econômicos, e, da mesma forma, o cuidado às mulheres que sofrem complicações de um aborto legal ou ilegal, sendo tratadas com todo o respeito e com a mesma qualidade do que outra pessoa que procure auxílio médico em serviços de saúde.

No sentido de cuidado necessário à mulher gestante é que a Norma Técnica Atenção Humanizada ao Abortamento considera que o abortamento se traduz em uma inequívoca expressão das desigualdades sociais, pois, embora compartilhem a mesma situação ante a ilegalidade existente, as mulheres percorrem distintas trajetórias, com uma minoria delas podendo arcar com os custos de um abortamento rápido, seguro e sem riscos, ao passo que a maior parte da população feminina acaba por recorrer a várias estratégias inseguras, que, frequentemente, apresentam complicações e podem até acarretar mortes maternas por abortamento.³⁹³

³⁹³ Segundo a norma técnica, o abortamento representa um grave problema de saúde pública em países em desenvolvimento, inclusive no Brasil, com a sua discussão envolvendo complexo conjunto de aspectos legais, morais, religiosos, sociais e culturais. Para grande contingente das mulheres, o abortamento resulta de necessidades não satisfeitas de planejamento reprodutivo, envolvendo a falta de informação sobre anticoncepção, dificuldades de acesso aos métodos, falhas no seu uso e ausência de acompanhamento pelos serviços de saúde. A necessidade de atenção oportuna é imperiosa, haja vista a dificuldade das mulheres em reconhecer sinais de possíveis complicações, aliado ao fato de que o medo e a vergonha são fatores que podem retardar a busca por cuidado. Assim, a norma aponta para a necessidade de se superar a discriminação e desumanização no atendimento às mulheres em situação de abortamento, o que é uma realidade de muitos serviços públicos no país, através do fornecimento de subsídios aos profissionais para que possam oferecer não apenas um cuidado imediato às mulheres, mas, também, na perspectiva de integralidade desse atendimento, cuja qualidade almejada inclui aspectos relativos à sua humanização, incitando os profissionais, independentemente de preceitos morais

A inclusão de um modelo humanizado objetiva oferecer às mulheres, aos serviços de saúde e à sociedade um paradigma que torne segura a atenção àquelas em situação de abortamento, havendo a necessidade de inclusão de elementos essenciais, como, por exemplo, a prevenção do abortamento inseguro, o acolhimento e orientação para responder às necessidades de saúde emocional e física das mulheres, a atenção clínica adequada ao abortamento e suas complicações, segundo referenciais éticos, legais e bioéticos; ainda, o oferecimento de serviços de planejamento reprodutivo em situações pós-abortamento – novamente, recomenda-se o retorno à leitura de Faúndes e Barzelatto – , inclusive com orientações para as mulheres que desejam uma nova gestação e a integração com outros serviços de promoção de saúde da mulher.

Trata-se, então, da consideração da perspectiva aqui abordada, que considere os direitos e a saúde reprodutiva da mulher como o seu mais bem-estar físico, mental e social, com o acesso a todas as ações necessárias para a sua manutenção. Há, porém, um aspecto que pode ser tido como um obstáculo a essa questão, especialmente quando se contextualiza na temática do aborto e seu pleno acesso. Trata-se da objeção de consciência, cuja interpretação pode ser compreendida a partir de definições constantes no Código de Ética Médica, mormente nos seus princípios fundamentais.

O inciso VII do Primeiro Capítulo do Código, ao enunciar estes princípios, dispõe que o médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente.³⁹⁴

A visão esboçada pelo Código de Ética Médica busca coadunar-se com uma visão contemporânea das ciências biomédicas, tal qual se apresentou logo no primeiro capítulo deste trabalho, no sentido de que a ciência, a tecnologia e as relações sociais atingiram patamares antes não alcançados e, portanto, necessitam de um balizador atual e atento às transformações ocorridas. Neste sentido, intenta-se ao profissional e ao paciente a indicação da boa conduta, que represente àquele o seu compromisso individual e coletivo, com o exercício da medicina. Todas as profissões estão submetidas ao controle da conduta moral de

ou religiosos, a preservarem uma postura ética, salvaguardando o respeito aos Direitos Humanos das mulheres. Para maiores detalhes: MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.7-9. Essa visão contemplada pela norma técnica representa, na verdade, aquilo que Faúndes e Barzelatto também consideram como medidas necessárias para o acesso devido ao abortamento legal, dentro dos vários aspectos por eles mencionados e consignados anteriormente.

³⁹⁴ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. p.34.

quem as exerce e a norma se traduz como a base para um código de comportamento ético-profissional e mecanismos de fiscalização adequados.

Eis assim que a previsão quanto à objeção de consciência no Código de Ética Médica se estabelece também como indutor de transformações no campo da política, sem negar a sua principal contribuição para a sociedade, que deve ser o reforço à autonomia do paciente, aquele que recebe atenção e cuidado passa a ter o direito de recusar ou escolher seu tratamento, por exemplo, ou, ainda da mulher que deseja ou não ter o acesso ao abortamento seguro.

Segundo a Norma Técnica Atenção Humanizada ao Abortamento, a objeção de consciência não cabe nos casos de necessidade de abortamento por risco de vida para a mulher; em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro médico que o faça e quando a mulher estiver em vias de sofrer danos ou agravos à saúde em razão da conduta do médico; ainda, no atendimento de complicações derivadas de abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência. Em síntese, é dever do médico informar à mulher sobre as suas condições e direitos, e, nos casos em que caiba a objeção de consciência, garantir a atenção ao abortamento por outro profissional da instituição ou de outro serviço, de modo que não se pode negar o atendimento à mulher em qualquer caso de abortamento, afastando-se, assim, situações de negligência, omissão ou postergação de condutas que violem os seus Direitos Humanos.

Logo, constitui-se em um dever do Estado a manutenção, em hospitais públicos, de profissionais que realizem o abortamento, para que a mulher não sofra nenhuma espécie de prejuízo de ordem moral, física ou psíquica decorrente de omissão.³⁹⁵

Sobre a objeção de consciência, entendida, portanto, como a condição de profissionais que, por foro íntimo, moral ou religioso, não concordam em realizar uma interrupção da gravidez, Rozeli Maria Porto apresenta algumas informações com base em pesquisa realizada em Portugal, especialmente após o ano de 2007 quando se verificou um ampliação acerca dos casos de interrupção voluntária da gravidez a pedido das mulheres até a décima semana de gestação.

Discorre Porto que essa medida gerou uma série de conflitos, porque quase 80% de médicos votaram a favor de um estatuto dos objetores de consciência. Inclusive, profissionais como médicos e enfermeiros solicitaram transferências de hospitais para não atuarem nos casos de aborto. Ou, ainda, aqueles que tentavam reanimar o feto que sobrevivessem ao

³⁹⁵ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.15.

nascimento com a utilização de medicamentos. Assim sendo, como refere Rozeli, as ações refletidas nos comportamentos destes profissionais biomédicos vão além de uma questão ética ou moral, e mesmo que alguns profissionais não admitam que preceitos religiosos façam parte de suas ações, elas, ainda assim, fazem parte dos seus comportamentos, pois a objeção de consciência acionada por alguns profissionais que não admitem a realização do aborto nos casos previstos em lei muitas vezes vem disfarçada à égide da religiosidade, da moral ou da ética em detrimento da saúde reprodutiva das mulheres.³⁹⁶

As controvérsias causadas cingem-se, basicamente, porque houve um aumento de poder concedido às mulheres para solicitarem a interrupção voluntária da gravidez até a décima semana de gestação, o que não agradara a alguns profissionais da saúde. Assim, os objetores permaneceriam como os protagonistas nestas ações e pedidos, não concedendo tal poder às mulheres. Essa objeção torna-se, portanto, um poder simbólico dos profissionais da saúde, os quais exercitam esse protocolo mediante argumentos éticos, morais, legais e religiosos, invocando aquelas questionadas relações de gênero e poder, no sentido de não se respeitar os direitos reprodutivos das mulheres, lembrando-se, até mesmo, a concepção trabalhada anteriormente em Foucault para se considerar Michel Foucault nas formas concretas de manifestação do poder, as limitações produzidas no regime de saber, nas verdades produzidas pelo conhecimento, no controle e doutrinação de corpos, domesticados em prol de condutas desejáveis e esperadas pelo corpo social, constituindo sujeitos seguidores dos preceitos de uma sociedade que regula comportamentos esperando por uma homogeneização quase absoluta desta.

Ainda assim, insiste-se que argumentos como o da objeção de consciência devem ser lidos com ressalva, porquanto não elidem o caráter da problemática de saúde pública que representa o abortamento, tampouco a necessidade de uma atenção humanizada, considerada esta enquanto o acolhimento, a informação, a orientação e o suporte emocional no atendimento das mulheres pelas equipes de saúde, facilitando e respeitando o processo de tomada de decisão por elas.³⁹⁷

Tanto é assim que em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística, o IBOPE, a pedido das Católicas pelo Direito de Decidir, com a participação de 2002 pessoas, em 140 municípios brasileiros, no mês de novembro de 2010, se constatou que

³⁹⁶ PORTO, Rozeli Maria. Objeção de consciência, aborto e religiosidade: práticas e comportamentos dos profissionais de saúde em Lisboa. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.16. maio-agosto 2008. p.661-666.

³⁹⁷ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005. p.19.

quase 70% da população brasileira concorda que uma mulher possa interromper uma gravidez quanto está em risco a sua vida ou quando o feto não apresenta chances de sobreviver após o nascimento, de modo que 96% da população entendeu que não é papel do governo prender as mulheres que realizam o aborto em casos de estupro, por exemplo, mas sim o oferecimento de atendimento em hospitais públicos. Ademais, 61% dos entrevistados considerou que esta escolha deve ser da própria mulher, enquanto que 5% respondeu que instituições sociais como a Igreja, o Poder Judiciário, o Congresso Nacional ou Poder Executivo devem decidir sobre o direito de a mulher interromper a gravidez.³⁹⁸

O que há de sólido no debate brasileiro sobre aborto sustenta a tese de que o aborto é uma questão de saúde pública. Enfrentar com seriedade esse fenômeno significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e direitos humanos, e não como um ato de infração moral de mulheres levianas. Para proporcionar uma redefinição política há algumas tendências que se mantêm nos estudos à beira do leito com mulheres que abortaram e buscaram o serviço público de saúde. Essa descrição não representa apenas as mulheres que abortam, mas as mulheres brasileiras em geral, e, por isso, a compreensão do aborto como uma questão de saúde pública em um Estado laico e plural inaugura um novo caminho argumentativo, no qual o campo da saúde pública traz sérias e importantes evidências para o debate.³⁹⁹

Destarte, do exposto no capítulo, demonstra-se que as desigualdades de gênero colocaram a questão do direito à saúde na pauta política. Tais desigualdades resultam na tomada de ações complexas que considerem desde uma dimensão biológica, considerando as questões reprodutivas, até a dimensão política relacionada com a divisão de poder na sociedade. Nesta estrutura, o gênero, enquanto construção social, consiste em um sistema multidimensional que se traduz para os indivíduos em identidades de homens e mulheres que estão engajados em papéis familiares e sociais diversos.⁴⁰⁰

Aduzir a equidade de gênero não deve ser tão somente considerar a igualdade entre homens e mulheres, mas a garantia de um atendimento equitativo a estes, especialmente com a introdução de políticas de saúde voltadas para a saúde reprodutiva das mulheres. Eis, assim, um caminho que considere a mulher enquanto protagonista de sua saúde sexual e reprodutiva, cujo aborto represente a sua emancipação em relação ao domínio dos corpos frente às

³⁹⁸ CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. **Pesquisa de opinião pública sobre o aborto**. Coordenação: Rosângela Aparecida Talib. Disponível em: <http://www.catolicasonline.org.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

³⁹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. p.13-14.

⁴⁰⁰ BARATA, Rita Barradas. **Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009. p.94.

desigualdades de gênero, que, rompidas, provocam o sistema jurídico a conceder, de forma eficaz, a tutela equitativa aos direitos de homens e mulheres, inclusive com a possibilidade de se refletir a necessidade de uma teoria jurídica de gênero, cujas referências serão registradas no tópico seguinte.

4.3 É PRECISO IR NAVEGAR PARA ALÉM DA ARREBENTAÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERFACE DOS ESTUDOS DE GÊNERO NO DIREITO CONTEMPORÂNEO A PARTIR DAS INTERSEÇÕES COM A EDUCAÇÃO E OS DIREITOS HUMANOS

Enquanto que nos dois capítulos anteriores se percebeu todas as implicações que estão ligadas à questão da interrupção da gestação de fetos anencéfalos, buscou-se, agora, ampliar o leque de problematização do aborto, para fins de relacioná-lo com as questões de gênero, direitos reprodutivos e saúde pública, claro, sem esquecer o mote do trabalho, mas para demonstrar que não é apenas o caso da anencefalia que se apresenta como polêmico quando se fala em interrupção da gravidez. O tema aborto, em si mesmo, carrega muitas compreensões inscritas nas pessoas, que, por vezes, não conseguem vislumbrar o discurso que está por detrás de uma cultura de proibição do aborto, contrária à autodeterminação e à liberdade dos direitos reprodutivos, e que representa uma visão tradicional de dominação de gênero.

A demanda constante na ADPF nº 54, muito mais do que um debate sobre vida e morte, sobre incompatibilidade de vida extrauterina e antecipação terapêutica do parto, se apresenta com um desafio que foi colocado diante do Poder Judiciário, que se viu diante da necessidade de uma tomada de posicionamento em uma questão ainda incipiente no sistema jurídico brasileiro. Viu-se que este tema possibilita um longo diálogo com os estudos de gênero, e não somente ele, porquanto de tempos em tempos o Poder Judiciário brasileiro, e, aqui, especialmente o STF, encontra-se provocado por diversas demandas que sugerem uma reflexão mais aprofundada sobre gênero.

Por exemplo, a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19, de 19 de dezembro de 2007, a qual questionara a constitucionalidade da Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, a Lei Maria da Penha, entendendo-se que ela não ofende o princípio da isonomia ao criar mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, que é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos

sofridos em âmbito privado.⁴⁰¹ Ainda, a Ação de Declaração de Inconstitucionalidade nº 4277-7, que reconheceu as uniões estáveis entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, argumentando-se ser obrigatório o reconhecimento, no Brasil, de tais uniões, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, bem como reconhecendo que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis devem ser alcançados aos companheiros nas uniões homoafetivas.⁴⁰²

São estes apenas dois exemplos que representam a exigência de um posicionamento pela Corte, e que se constituem em campos férteis para a discussão do impacto dos estudos de gênero sobre as demandas do Direito, além do caso foco da dissertação, e que provocam o discurso jurídico a adentrar em temas antes tidos como inóspitos, mas cuja contemporaneidade apenas desvela um mister a ser trilhado pelos intérpretes-aplicadores do Direito, qual seja, a possibilidade de se refletir a existência de uma teoria jurídica de gênero que reconheça a importância das causas que estão em jogo quando se atrita a Ciência Jurídica. Neste sentido, para este caminho que se quer avançar, pautar-se-ão as referências, e agora, voltando ao tema do aborto, a partir da relação entre a educação, os estudos de gênero, os Direitos Humanos, e, especialmente, os Direitos Humanos da mulher como fundamentos básicos para a construção de uma teoria jurídica de gênero, que expresse, pelo discurso jurídico, a ruptura da dominação de gêneros e consagre, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Viu-se que o gênero representa um campo de atuação para cada sexo, dando o suporte à elaboração e aplicação de leis e sendo uma construção social, a qual representa uma primeira significação de poder. A discussão de gênero introduziu o questionamento acerca das diferenças sociais existentes entre homens e mulheres, as quais serviram para justificar o poder daqueles sobre estas. No entanto, desde a década de 1970 se percebeu a necessidade de um novo olhar sobre o feminino, especialmente nas questões envolvendo a saúde da mulher, haja vista o forte protagonismo do movimento feminista que passou a atuar no campo da saúde, ampliando a discussão sobre gênero na agenda política. Não à toa, se percebeu que a norma técnica editada pelo Ministério da Saúde, concentra-se em uma perspectiva de atenção humanizada à mulher e à gestante, principalmente, buscando o fortalecimento da capacidade

⁴⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Arguente: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584650>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

⁴⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-7**. Arguente: Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

das mulheres frente à identificação de suas demandas, no reconhecimento e reivindicação de seus direitos, bem como na promoção do seu autocuidado.

Como refere Guacira Lopes Louro, o debate sobre as identidades e práticas de gênero tornaram-se cada vez mais acalorado pela provocação do movimento feminista e sustentado, também, por todos aqueles e aquelas que se sentem ameaçados por estas manifestações, uma vez que as novas identidades se tornaram visíveis, ocasionando novas divisões sociais. Para a autora, estas identidades constituem os sujeitos, na medida em que estes são interpelados a partir de diferentes situações, instituições ou agrupamentos sociais. Reconhecer-se em uma identidade supõe a resposta afirmativa a essa interpelação e estabelecer um sentido de pertencimento a um grupo social de referências. No entanto, como se é sujeito de muitas identidades, as quais podem ser descartadas e abandonadas, as identidades sexuais e de gênero, assim como todas as identidades sociais, têm o caráter fragmentado, instável, histórico e plural.⁴⁰³

É no processo de reconhecimento de identidades que se atribuem as diferenças, o que implica na instituição de desigualdades, de ordenamentos e hierarquias, estando ligadas à circulação de poder na sociedade. O reconhecimento do outro, ou seja, aquele que não partilha dos atributos que alguns possuem, é feito a partir do lugar social em que se ocupa. Na mesma linha proposta por Louro, Santos e Bomfim entendem que as desigualdades estão baseadas, historicamente, em processos educativos caracterizados por uma educação sexista, que privilegiara os homens com o reforço às práticas da sociedade patriarcal. Neste sentido, propõem a consideração de uma pedagogia feminista, voltada ao empoderamento e emancipação de grupos de mulheres, desconstruindo os paradigmas que tendem a levá-las à submissão, inviabilizando suas práticas.⁴⁰⁴ Essa pedagogia feminista parte do pressuposto de que se vive em uma sociedade marcada por desigualdades nas relações entre mulheres e homens, em que o controle masculino sobre o feminino é definido por relações de poder, subordinando as mulheres como construtoras de suas próprias histórias e práticas cotidianas.

A pedagogia feminista intenta, portanto, ser emancipatória, possibilitando a conscientização, a libertação e a transformação dos sujeitos e de sua realidade, em uma perspectiva dialógica em que as mulheres sejam empoderadas de modo a permitir, tanto nas

⁴⁰³ LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000. p.6.

⁴⁰⁴ SANTOS, Ana Célia de Sousa. BOMFIM, Maria do Carmo Alves do. Pedagogia feminista na construção de uma alternativa de gênero. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos**. Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 23 de agosto de 2012.

práticas como nas relações interpessoais, a utilização de estratégias de superação ao estado de submissão e ausência de poder a que foram sujeitadas historicamente.

Quebra-se o paradigma da mulher-maternidade controlada por uma sociedade disciplinar, tal qual na leitura foucaultiana, que tem como sustentação os corpos-organismos dos indivíduos, os quais devem ser adestrados de modo a que se tornem submissos à governamentalidade, a partir de uma série de mecanismos, procedimentos e técnicas, que, combinadas entre si, atuam sobre os corpos, controlando as suas atividades, em um processo de objetivação e individualização que se dá pela vigilância hierárquica, garantindo, assim, o ordenamento racional e disciplinar dos coletivos de indivíduos, em quaisquer organizações sociais em que eles se encontrem.⁴⁰⁵

Por essa razão é que se propõe a interseção entre a educação, o Direito e os estudos de gêneros, para que a construção de uma teoria jurídica de gênero esteja pautada nos Direitos Humanos das mulheres. Frutos da modernidade, os Direitos Humanos representam o desafio de se compreender a sua estrutura e dimensão assumidas nas últimas décadas. Definir Direitos Humanos significa o trabalho de desvelar uma pluralidade semântica, que demarca a concepção inovadora de que esses direitos são universais, cuja proteção não se deve reduzir ao domínio do Estado, porquanto se consubstancia em uma tema de interesse internacional.

Não à toa, é na dignidade da pessoa humana que se encontra o fundamento dos Direitos Humanos ao valor intrínseco da condição humana, posicionamento este que veio a ser incorporado em diversos Tratados e Declarações. Como leciona Vicente Barreto, Direitos Humanos é uma expressão que combina lei e moralidade e expressam, desde o século XVIII, basicamente o respeito à dignidade da pessoa humana, o direito à vida, à liberdade, à igualdade de todos os homens perante a lei, à segurança, à liberdade de expressão, o acesso à educação e o direito à participação política.⁴⁰⁶

Trata-se, na verdade, de admitir que é preciso encontrar o espaço que remete aos fundamentos morais da pessoa, da sociedade, do Estado e, portanto, dos Direitos Humanos. Para tanto, propõe-se a análise da salvaguarda destes direitos a partir da dignidade do ser humano e do seu reconhecimento como o outro, para que o impasse provocado pela busca da efetivação dos Direitos Humanos não se reflita tão somente em elaborações técnico-normativas sem alcance ou sem legitimidade.

⁴⁰⁵ GADELHA, Sylvio. **Biopolítica, governamentalidade e educação: introduções e conexões a partir de Michel Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009. p.61.

⁴⁰⁶ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.11.

Apostando-se em um humanismo concreto, tal qual propõe por Herrera Flores, no sentido de que há uma condição humana sustentada na capacidade de fazer e desfazer mundos, de irromper no real com teorias e práticas sociais, que nos faz sermos seres humanos completos.⁴⁰⁷ Eis, portanto, o desafio de pensar a dignidade como um substrato em que se assenta o ser humano e o processo de luta para encontrar seu lugar no mundo, desenvolvendo suas atitudes e aptidões de empoderamento, dialogando com o outro.

Entretanto, é preciso questionar de que forma será possível refletir o outro como um ser conhecido, o que implica pensá-lo enquanto sujeito, logo, quebrando-se um paradigma individualista, alcançando-se a alteridade, e, por conseqüência, concretizando-se o fundamento da dignidade humana. Pensa-se, então, na educação como um agente estimulador do desenvolvimento da experiência com a alteridade, no sentido de que o processo educativo possui um valor emancipatório, que tem como meta o desenvolvimento do ser humano e a construção de um sentido para a sua própria existência. Ora, se há uma busca por um discurso eficaz de Direitos Humanos, que caminha lado a lado ao reconhecimento da dignidade humana, logo, do outro enquanto sujeito, e, sendo a educação um dos mecanismos para que se pense a alteridade, é preciso reconhecer que a educação em Direitos Humanos se constitui em um instrumento fundamental para a transformação da sociedade, não sendo uma invenção ou mero modismo.

A dimensão da educação em Direitos Humanos vem exposta no próprio preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos quando dispõe que tem como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universais e efetivos, tanto entre os povos dos próprios Estados-Membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.⁴⁰⁸

Não é nada clara nos dias atuais a relação da pluralidade de pessoas com a pessoa singular a que se chama indivíduo, porque este conceito se refere ao ser humano como se fosse uma entidade que existisse em completo isolamento. Por outro lado, quando se pensa em sociedade, tem-se uma acumulação, coletânea somatória, e, como refere Norbert Elias,

⁴⁰⁷ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos multiculturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.8.

⁴⁰⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948**. Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 02/01/2012.

desestruturada de muitas pessoas individuais, quer como objeto que existe para além dos indivíduos e não é passível de explicação.⁴⁰⁹

A sociedade só existe porque há um grande número de pessoas e só continua a funcionar porque muitas dessas pessoas, isoladamente, querem e fazem certas coisas, mesmo que sua estrutura e transformações históricas independam das intenções de qualquer pessoa particular. Ocorre que, hodiernamente, se é incessantemente confrontado com a questão de como ser possível criar uma ordem social que permita uma correta harmonização entre as necessidades individuais e a exigência de manutenção da eficiência do todo social.

Novamente, trazendo à baila Norbert Elias, só pode haver uma vida comunitária mais livre de perturbações e tensões se todos os indivíduos dentro dela gozarem de satisfação suficiente, e só pode haver uma existência individual mais satisfatória se a estrutura social pertinente for mais livre da tensão, perturbação e conflito.⁴¹⁰

Vive-se então quase que em uma contradição, ou um enfrentamento sobre o que vale mais, se o indivíduo ou a sociedade, a ponto de se defender que, quando se afirma ser o indivíduo a parte de um todo, na verdade não se diz nada de mais, eis que, por ser uma observação evidente, significa que não existe sociedade, mas sim apenas indivíduos.

Esse mundo, em que o indivíduo não enxerga outro horizonte senão ele mesmo, característico de uma era denominada por Lipovetsky de pós-moralista, em que se estimula os desejos, os egos, a felicidade, o bem-estar individualista, muito mais que o ideal de abnegação. Assim a cultura de sacrifícios, que vigorou amplamente até meados do século passado, foi liquidada.⁴¹¹

É que não se trata de uma tarefa simplória limitar o espaço que parece existir entre o indivíduo e a sociedade, justamente pelo fato de que o individualismo moderno apresenta-se, cada vez mais, como um fenômeno excepcional na história das civilizações.⁴¹² Quando se fala em indivíduo, designa-se duas coisas ao mesmo tempo: um objetivo fora de nós e um valor. Em outras palavras, tem-se de um lado um sujeito empírico que fala, pensa e quer, e, de outro, um ser moral, independente, autônomo, e, por conseguinte, essencialmente não-social.⁴¹³

⁴⁰⁹ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p.7.

⁴¹⁰ *Idem. Ibidem.* p.17.

⁴¹¹ LIPOVETSKY, Gilles A era do após-dever. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.31. Alerta o autor que não se está no grau zero de valores. As sociedades reafirmam um núcleo estável de valores geralmente aceites: os direitos humanos, a honestidade, a tolerância, a recusa da violência e da crueldade. A autonomia pós-moralista não leva á desordem dos costumes, porquanto funciona como um caos organizado.

⁴¹² DUMONT, Louis. **O individualismo; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985. p.35.

⁴¹³ *Idem. Ibidem.* p.37.

Afirma Joël Roman que a modernidade confunde-se com a aparição do indivíduo, isto é, de uma nova figura do homem. A autonomia do indivíduo é a grande promessa da modernidade, da emancipação moderna, em que a liberdade é concebida e compreendida como autonomia,⁴¹⁴ que aparece na figura do sujeito livre.

Ao nascerem, os indivíduos podem ser diferentes, mas será na sociedade que eles se tornarão seres complexos. Na relação com outros seres humanos é que ele se torna uma pessoa psicologicamente desenvolvida, pois, do contrário, isolada dessas relações, o indivíduo evolui para a condição de um animal humano semi-selvagem, que até pode crescer fisicamente, entretanto, em sua composição psicológica, permanece semelhante a uma criança pequena.⁴¹⁵

É neste sentido que surge a obrigação de se pensar que a pessoa se desenvolve a partir da relação com as outras pessoas, momento em que a visão individualista começa a romper, porque o que se molda não é uma moeda sem vida, cunhada como milhares de outras moedas idênticas, e sim o centro ativo do indivíduo, a direção pessoal dos seus instintos, o seu verdadeiro eu. O que é moldado pela sociedade também molda; trata-se da auto-regulação do indivíduo em relação aos outros. Assim, o indivíduo é, ao mesmo tempo, moeda e matriz. Uma pessoa pode ter mais funções de matriz do que outra, mas é sempre também uma moeda.⁴¹⁶

Eis, incontestavelmente, a inserção do eu no mundo do nós, que implica na releitura do indivíduo enquanto sujeito, oportunidade em que o reconhecimento do outro eu será a condição de possibilidade para que se desenvolvam concretas ações em Direitos Humanos. Na relação entre o indivíduo e o seu próximo é que aparece a questão da igualdade, já que os indivíduos devem, em tese, ser iguais em direitos, o que não é, segundo Roman, uma proposição teórica ou jurídica, mas uma experiência vivida todos os dias. Para ele, a igualdade não é apenas um valor, mas uma prática quotidiana.⁴¹⁷

Quando se lida com a questão do sujeito, da pessoa, do eu e o seu significado na modernidade há que se ter em mente a impossibilidade de se compreender a existência de um sistema jurídico sem um sujeito jurídico, e, portanto, não pode haver Direitos Humanos sem o

⁴¹⁴ ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996. p.40.

⁴¹⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994. p.27..

⁴¹⁶ *Idem. Ibidem.* p.52.

⁴¹⁷ ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. *Op. cit.* Afirma Roman que somos tributários de uma imagem do eu como sendo organizado um pouco como uma cebola á volta de um coração ou de um foro íntimo. O indivíduo que é mais livre é aquele que é capaz de assumir uma diversidade de situações e de papeis.

humano. Por esse motivo, Costa Douzinas questiona se pode haver um conceito de direitos sem uma definição do que é e de quem é o humano. E vai defender que o homem dos direitos do homem é uma abstração que tem tão pouca humanidade quanto possível, uma vez que ele descartou todos os traços e qualidades que constroem a identidade humana. Um mínimo de humanidade é o que permite ao homem reivindicar autonomia, responsabilidade moral e subjetividade jurídica.⁴¹⁸ O indivíduo da Declaração dos Direitos do Homem é muito humano.

O individualismo esquece que cada pessoa é um mundo e que vem a existir em comum com outras pessoas. O ser em comum é uma parte integrante do eu, porque ele está exposto ao outro, sendo este parte da intimidade do próprio eu. Logo, o sujeito jurídico, possui direitos é claro, mas, igualmente, porta deveres e responsabilidades. Os Direitos Humanos representam a liberdade, não apenas como vontade de escolha, mas como a capacidade de se desprender das determinações legais e históricas e de abrir para o desconhecido, de se abrir para o ser. Neste contexto, o ser humano se desenvolve como sujeito jurídico, constituído de relações jurídicas, sem o qual os direitos não podem existir. Em outras palavras, sem o ser humano não há como reivindicar os Direitos Humanos, reconhecimentos de um desejo que nunca chega ao fim.⁴¹⁹

Quando Vicente Barreto reflete sobre a salvaguarda dos direitos do outro sujeito considera que se trata de admitir que para além das soluções técnicas e legislativas, que podem provocar retrocessos no progresso da humanidade, encontra-se um espaço que remete diretamente aos fundamentos morais da pessoa, da sociedade e do Estado e dos Direitos Humanos e que permite uma leitura mais sofisticada. Assim, questiona a possibilidade de se manter a natureza libertadora dos Direitos Humanos mesmo em situações de risco como aquelas provocadas pelo conflito e negação desses direitos pelo direito de outro homem.⁴²⁰

A resposta consiste na renúncia do eu para si mesmo, para o seu egoísmo, em prol do outro ser humano, ou seja, a responsabilidade ética deste em relação ao outro. Este é um dos principais desafios para a efetiva inserção dos Direitos Humanos no contexto do Estado Democrático de Direito.

⁴¹⁸ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009. p.197. O autor busca em Kant o nascimento do sujeito. Assim, afirma que o sujeito é a coisa pensante, que pensa em sua capacidade de pensar e na sua relação de pensamento com o objeto de pensamento. Eu, o sujeito, sou o ser que pode ao mesmo tempo organizar e questionar as percepções do mundo exterior e, na medida em que eu tenho dúvidas, não pode haver dúvidas que eu existo. Sujeito e objeto, liberdade e necessidade, vontade e proscrição são os resultados gêmeos do mesmo processo que transformou o ser humano em sujeito e base do ser e o mundo em um objeto e imagem para o sujeito. A proclamação do eu assinala a inauguração da concepção moderna de autonomia e autodeterminação. A lei moral confere ao sujeito a sua liberdade.

⁴¹⁹ *Idem*. *Ibidem*. p.268.

⁴²⁰ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.p.14.

Referir a questão do reconhecer o outro, da alteridade, é, indubitavelmente, valer-se de Lévinas para quem compreender uma pessoa já é falar-lhe. Por a existência de outrem, deixando-a ser é já ter aceito essa existência, tê-la tomado em consideração. O ter aceito delinea uma relação original, ou seja, trata-se de perceber a função da linguagem não como subordinada à consciência, mas como condição da tomada de consciência.⁴²¹

Diz-se, dessa forma, que a relação com outrem, que o vínculo com outrem, não se reduz à representação de outrem, mas à sua invocação, denominada por Lévinas de religião, já que não precedida de compreensão. Logo, o que distingue o pensamento que visa a um objeto de um vínculo com uma pessoa é que neste se articula um vocativo: o que é nomeado é, ao mesmo tempo, aquele que é chamado.⁴²²

Ao se reconhecer o outro, crê-se nele, e não de uma forma submissa, porque isso aniquila a dignidade do ser. O reconhecimento é face-a-face, é o rosto do outro, que agora impede de ser negado. Tratam-se das relações entre as liberdades, que se afirmam de forma recíproca, transcendem uma em relação à outra, tendo-se o respeito como uma condição ética e não apenas como uma relação de indiferença ou contemplativa.

Discorre Barreto que esse processo relacional corresponde à defesa dos Direitos Humanos, que não se exaure na simples concepção de que esses direitos representam uma esfera e negação de qualquer outra liberdade, razão pela qual, no momento em que se propõe a explicar a teoria de Lévinas, refere que na humanidade estabelece-se uma proximidade que não deriva da proximidade físico-espacial. Destarte, para Lévinas, a natureza das relações humanas resume-se no outro em face do outro, mais do que isso, consiste em mim existindo para o outro.⁴²³

Portanto, o reconhecimento da alteridade do outro significa saber como o eu se insere em uma fração do todo, que comanda a solidariedade humana. Lévinas afirma que a descoberta dos direitos que, sob o título de direitos do homem, se relacionam à própria condição de ser homem, independentemente de qualidades como nível social, força física, intelectual e moral, pelos quais os homens diferem entre si, e a elevação destes direitos ao nível de princípios fundamentais pela legislação e ordem social, certamente marcam um momento especial da consciência ocidental, eis que o homem, enquanto homem, teria direito

⁴²¹ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.27.

⁴²² *Idem*. *Ibidem*. p.29.

⁴²³ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p.15.

a um lugar excepcional no ser, e, por isso mesmo, exterior ao determinismo dos fenômenos. É o direito à independência ou à liberdade de cada um, reconhecida por cada um.⁴²⁴

Pensar (n) o outro, reconhecer a sua alteridade, é dizer, como pressupõe Sartre ao prefaciá-lo Fanon, que nós todos valem pelo que somos.⁴²⁵ Quando o autor refere a guerra como o triunfo da barbárie afirma que ela mesma estabelece novas estruturas que serão as primeiras instituições da paz, momento em que haverá o homem instaurado até em tradições novas, legitimado por um direito que vai nascer, que nasce cada dia no fogo da batalha.

Assim sendo, pensar na compreensão do outro como fundamento para as ações em Direitos Humanos, é entendê-los como um conjunto de pautas, regras e modos de articulação de ações humanas cujos limites e fronteiras são difíceis de determinar de um modo completo e definitivo.⁴²⁶ Essa dificuldade reside justamente no fato de que ainda não se pensa em Direitos Humanos como corolários de direitos para o homem, mantendo-se um senso comum de que servem para determinados segmentos sociais, geralmente vulneráveis. Claro que também se destinam a tal desiderato, mas significam muito mais do que isso.

Humano não é apenas o alheio, o diferente, mas a potencialização da capacidade humana de criar o que é valioso e o que não é, de fazer e desfazer o mundo em que se vive. Pensar os Direitos Humanos, nesse plano de imanência, leva a integrar dentro de seu conceito não só formas e procedimentos que reúnem indivíduos, grupos e Estados, mas a exigência da construção de lugares de encontro em que todas e todos possam fazer valer suas propostas e diferenças. Como diz Dussel, não é negar a razão, mas a irracionalidade moderna. É afirmar a razão do outro, rumo a uma mundialidade transmoderna.⁴²⁷

Menciona Paulo Freire, que trabalha com a concepção de que o homem não se liberta sozinho, pois é um ser em comunhão. E essa idéia é assaz importante porque quando se está a pensar o sentido da relação entre a educação, os Direitos Humanos e a construção de uma teoria jurídica de gênero fundada nos Direitos Humanos das mulheres, reflete-se a condução de ações de alteridade em que se está descobrindo a libertação, a convivência, a própria ação, a partir de um diálogo crítico e reflexivo e não meramente um ativismo sem aplicação na práxis.

⁴²⁴ LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004. p.263. Infere-se, portanto, que o reconhecimento da alteridade do outro é entender que o único é o outro de modo eminente: ele não pertence a um gênero ou não permanece em seu gênero.

⁴²⁵ FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Prefácio de Jean-Paul Sartre. Tradução: José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1968. p.15.

⁴²⁶ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos multiculturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.14.

⁴²⁷ DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Tradução: Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 1993. p.24.

Por essa razão, Freire conduz seu pensamento a partir da noção de uma ação libertadora dos oprimidos, afirmando que os oprimidos, nos vários momentos de sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais.⁴²⁸ A dependência emocional dos oprimidos, fruto da situação concreta da dominação em que se encontram é que gera uma visão inautêntica do mundo.

Karen Franklin afirma que o ser humano está em evidência e a própria conceituação dele poderia dar margem a infinitas discussões.⁴²⁹ Em função dessa dificuldade é que se deve estabelecer uma noção de alteridade a partir de argumentos que defendam uma efetiva educação ética e humana capaz de salvaguardar as diferenças sem exclusão. Defende-se, portanto, que não é apenas a proteção do mero outro, mas sim das relações possíveis com o outro, a qualidade do que é outro.

O ser humano cresce em humanidade a partir do momento em que ele se faz outro, na medida em que ele se transforma para dar conta da alteridade. Ele faz a si mesmo fazendo-se outro.⁴³⁰ Ele se transforma em razão do outro para poder assimilá-lo. Quanto mais o homem se transforma, mais outros homens ele descobre.

Há, então, o mister de o ser humano refletir-se no outro, contexto em que a alteridade atinge, ao menos em tese, seu ápice, em que a existência de uma Declaração Universal de Direitos Humanos aliada à concepção da alteridade significaria ações em Direitos Humanos efetivamente concretas.

Discorrem Maués e Weyl que os Direitos Humanos constituem uma expressão moderna, mas, convém ressaltar, sua cultura possuem raízes distantes, para além da modernidade. É preciso sempre lembrar que os Direitos Humanos constituem uma conquista da civilização. Tal memória indica que o sentido destes direitos requer a compreensão ampla do social-histórico em que se insere a tradição do pensamento humano. Assim, para estes autores, a liberdade que se amplia nas formas democráticas, longe de conferir certeza aos Direitos Humanos, evidencia a amplitude e complexidade de suas formas.⁴³¹

⁴²⁸ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 49.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.p.60.

⁴²⁹ FRANKLIN, KAREN. Educação e ética: o reconhecimento da alteridade na educação. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010. p.49. Discorre Franklin que o conceito de ser humano pode ser centralizado em dois sentidos específicos: o primeiro, na consideração de ser humano ligado à especificação de sua espécie, assegurando que um ser dotado de características humanóides deve, exclusivamente, por esse motivo, ser considerado humano; segundo, no sentido de constituir-se humano, possibilitando seu vir-a-ser por processos capazes de lhe dar condições para exercer sua humanidade.

⁴³⁰ BECKER, Fernando. Alteridade e construção do sujeito. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010. p. 115.

⁴³¹ MAUÉS, Antônio. WEYL, Paulo. Fundamentos e marcos jurídicos da educação em direitos humanos. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p.103.

A luta pelos direitos significa a prática do sentido de uma sociedade mais racional quanto possível, capaz de criar as condições de elevação do homem e de aproveitá-las nesse benefício. Neste sentido, novamente para Maués e Weyl, a educação em Direitos Humanos implica a constante pesquisa de um aberto e dinâmico objeto. Para além das pautas normativas, se está diante da necessidade de ampliar os processos compreensivos acerca do humano, de sua natureza, da sua cultura como dimensão de sua natureza, de suas normas como uma das dimensões de sua forma, de seu viver. Destarte, a educação em Direitos Humanos requer refletir em torno das condições de possibilidades, reprodução e justificação das formas simbólicas, sociais e políticas permissivas, que tornam banal a violação da natureza e vulgarizam violações diversas e naturalizam relações humanas de submissão, exclusão, exploração, violência e discriminação.⁴³²

Na esteira do que foi problematizado, infere-se que o sujeito é uma construção relacional, uma intersubjetividade que se constrói na presença do outro e tendo a alteridade como presença, tendo na diferença e na pluralidade o seu conteúdo e forma. A relação entre os sujeitos tem a diferença como sua marca constitutiva, que se traduz em pluralidade, e formata o ser sujeito.

Como leciona Paulo César Carbonari o sujeito que se fala não é somente o sujeito do Direito, porque os sujeitos e os direitos são mais amplos do que o Direito, exigindo o refazer crítico do próprio Direito. Daí que um novo sentido de sujeito de Direitos Humanos implica apontar para a perspectiva de uma nova institucionalidade e de uma nova subjetividade, conjugadas, abertas, dialógicas, participativas, com espaço para a diversidade solidária.⁴³³

A promoção dos Direitos Humanos requer uma consciência clara sobre o papel da educação para a construção de uma sociedade baseada no respeito à dignidade da pessoa humana. Em outras palavras, é uma contínua busca da formação de uma cultura de respeito à dignidade humana através da promoção e da vivência dos valores da liberdade, da justiça, igualdade, solidariedade e tantos outros, que permitam criar, influenciar e compartilhar comportamentos que decorram desses valores essenciais arrolados, os quais devem se transformar em práticas. Tal mudança se dá através de um processo educativo.

O aprendizado deve estar ligado à vivência do valor da igualdade de direitos e da dignidade para todos, propiciando o desenvolvimento de sentimentos e atitudes solidárias,

⁴³² MAUÉS, Antônio. WEYL, Paulo. Fundamentos e marcos jurídicos da educação em direitos humanos. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p.109.

⁴³³ CARBONARI, Paulo César. Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007. p.179.

bem como da capacidade de se perceber as conseqüências pessoais e sociais de cada escolha do indivíduo, ou seja, o seu senso de responsabilidade.

Como já se referiu à exaustão, com o advento da Constituição de 1988, a dignidade humana passou a fazer parte da cultura jurídica brasileira como referência obrigatória, sendo que ela designa não apenas o indivíduo, mas a humanidade, que se encontra em todos os seres humanos. E os Direitos Humanos seriam a representação da defesa da liberdade diante do despotismo, contexto em que a dignidade significou a marca da humanidade diante da barbárie.⁴³⁴

Eis assim que, ao se considerar a dignidade humana como o corolário das lutas pela democracia em face da barbárie, tem-se, novamente, a questão da igualdade e da alteridade. Em outras palavras, a justificação para ações de alteridade se encontram no princípio da dignidade humana, cuja apreensão deve se dar não apenas em termos da dogmática jurídica.

Destarte, a concepção de igualdade que se busca refletir é aquela apresentada por Celso Lafer, quando propõe que ela não é um dado, mas sim um construído, elaborado convencionalmente pela ação conjunta dos homens através da organização da comunidade política. Daí a indissolubilidade da relação entre o direito individual do cidadão e o direito da comunidade de autodeterminar-se, construindo convencionalmente a igualdade⁴³⁵

No mundo que se compartilha com o outro deve prevalecer o princípio da igualdade para que se alcance a democracia, posto que a igualdade resulta da própria organização humana, é um meio de se igualizar as diferenças através das instituições, até porque as pessoas não nascem iguais e não são iguais em suas vidas.

Há que se ter o cuidado para que o discurso dos Direitos Humanos não caiam no paradoxo do lugar comum, apresentado por Herrera Flores. Ou seja, converter o sentido da luta dos Direitos Humanos generalizável a qualquer forma de injustiça ou opressão. Isso porque, nas palavras do autor, pode ser entendido como um lugar onde não circula o ar e é difícil respirar enquanto nos é apresentado como algo feito, dado, já construído e edificado de uma vez por todas.⁴³⁶ Ao contrário, é necessário buscar teorias e fundamentações que coloquem os indivíduos de novo em contato com os problemas das pessoas concretas que, apesar de possuírem um amplo rol de direitos reconhecidos, encontram-se afastadas de sua completa e efetiva realização.

⁴³⁴ BARRETO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60.

⁴³⁵ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 7.ed. São Paulo: Companhia das letras, 2009. p.150.

⁴³⁶ FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos multiculturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.p.43.

Enfim, o que se percebe é que a relação entre indivíduo e sociedade não está paralisada. Ela pode ter se modificado e estar se modificando, mas não cessou. Somente por conviverem com outras pessoas é que os indivíduos conseguem se perceber como diferentes dos demais, mas sempre com a necessidade de convivência com o outro, uma das condições fundamentais da existência humana, equilibrando-se a balança do nós-eu, de Norbert Elias, afirmando-se a ascensão da humanidade.

A noção de Direitos Humanos que se funde na compreensão do eu no outro tornará possível pensar-se em um novo feminismo, capaz, igualmente, de vislumbrar um outro Direito. É neste contexto que Alda Facio enuncia como a primeira crítica do feminismo ao Direito a concepção de que homens e mulheres são essencialmente iguais, com as mesmas capacidades e habilidades. No entanto, o problema reside no fato de que as mulheres não tiveram a oportunidade de demonstração de sua capacidade jurídica, de modo que se criou uma cultura androcêntrica no Direito, a qual não questionou a exclusão das mulheres dos espaços de poder, tradicionalmente masculinos. Tal crítica é o pano de fundo para uma denúncia de que as práticas masculinas injustas se refletem no fato de que a maioria dos juristas de renome, juízes e legisladores são homens.⁴³⁷ Entretanto, o aumento de mulheres nos âmbitos de criação e aplicação do Direito possibilitaria a sua transformação, no sentido de que adotariam uma atitude menos dogmática, procurando soluções adstritas a uma concepção de justiça galgada nos Direitos Humanos.

Geraldo Tadeu Moreira Monteiro constroi a sua perspectiva para uma teoria jurídica de gênero a partir de um viés interdisciplinar, na qual se coloque a convicção de que o Direito não pode se abstrair de suas condições existenciais. Para este autor, o Direito encontra-se firmemente enraizado na sociedade em que atua, da qual retira os seus valores fundantes, seus ideais, suas significações e suas práticas. Como uma ciência social aplicada, tem as suas próprias características, mas compartilha com as demais ciências da sociedade a necessidade de guardar entre os fatos e suas representações uma certa correspondência. Assim, aplicar este conceito às relações de gênero, significa demonstrar como operam, em um campo social específico, as definições da realidade e como correspondem a interesses e estratégias de atores socialmente determináveis.⁴³⁸

⁴³⁷ FACIO, Alda. **A partir do feminismo vê-se um outro direito.** Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

⁴³⁸ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.3-5.

A noção de construção jurídica – para o sentido que se quer dar às relações de gênero – opera em um processo eminentemente cognitivo, uma vez que é constitutivo dos princípios orientadores do debate em torno dos textos legais. Por construção jurídica procura-se interrogar sobre o papel do Direito na definição das realidades sociais; portanto, é por esse processo cognitivo que se passa a produzir as significações jurídicas.

Monteiro observa que as relações entre Direito e Gênero têm sido objeto de crescente interesse a partir da percepção de que existe uma específica contribuição das Ciências Jurídicas à estruturação das relações entre os sexos. O Direito participa, primeiramente, da estrutura das relações sociais ao definir estatutos e sancionar papéis. Em segundo lugar, realiza uma escolha política por determinados valores aos quais atribui um caráter de consenso. Ainda, legitima ideologicamente as existentes distribuições de privilégios e encargos e garante, na forma da lei, os direitos de uns e outros conforme as hierarquias sociais e os ditames das estratégias de dominação.⁴³⁹ Todavia, o Direito se constitui em um sistema aberto, que permite divergentes interpretações, razão pela qual pode ser utilizado para fundamentar reivindicações de direitos por parte de grupos dominados. No caso das hierarquias de gênero, o Direito incorpora as definições socialmente impostas quanto às ações, comportamentos e expectativas referentes a papéis sociais como pai, filho, mãe, esposa, entre outros, reiterando, juridicamente, a força normativa sociológica de tais fenômenos.

Ao legitimar a distribuição de privilégios e encargos, os sistemas jurídicos modernos mesmos excluíram as mulheres da esfera pública, mantendo-as no âmbito da esfera privada, de modo que o discurso jurídico do princípio da igualdade esconde uma ideologia sexista que se recusa a reconhecer as reais desigualdades entre os sexos.⁴⁴⁰ O Direito garante, na forma da lei, os direitos de uns e outros conforme as hierarquias sociais e estratégias de dominação, incorporando ao sistema jurídico os predicados socialmente definidos para as identidades de gênero, como, por exemplo, os direitos maritais, vinculados ao matrimônio e inscritos no Código Civil de 2002.

Eis, portanto, a necessidade de um movimento de mudança que deve ser possível a partir do próprio discurso jurídico que insira os direitos baseados nas relações e estudos de gênero na própria legislação, conferindo-lhes subsídio para a sua implementação. É que não se pode olvidar que o Direito pode se constituir em um instrumento de imposição de valores

⁴³⁹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.29.

⁴⁴⁰ *Idem. Ibidem.* p.31.

das classes dominantes e a cultura jurídica acaba por refletir esse paradigma. Como refere Geraldo Monteiro, o discurso jurídico assemelha-se a uma nebulosa em que interagem ideias, enquanto ideologias, bem como valores e normas enunciadas por diversos atores sociais a partir de diferentes lugares . Essa circulação constante e complexa de signos no interior do discurso jurídico e entre ele e os demais discursos sociais impede que se o conceba como um sistema fechado. O discurso jurídico, embora possua uma alta dose autonomia, é fundamentalmente um sistema aberto em direção aos demais discursos sócias que lhe informam seus próprios conteúdos semânticos.⁴⁴¹

Há, portanto, uma mudança no discurso jurídico doutrinário, que ocorre desde antes a Constituição Federal de 1988, cuja verificação se pode observar a partir dos próprios movimentos em prol dos direitos femininos ocorridos antes daquele marco legislativo e que foram referenciados anteriormente, e que é capaz de produzir um novo olhar na regulação das relações de gênero.

Os avanços sociais tem colocado as mulheres em condições muito melhores que as do passado, mesmo assim, não se pode deixar de lembrar que a cultura ou senso comum patriarcal criou uma série de dicotomias, baseada na distinção dos gêneros masculino e feminino, reservando às mulheres, o espaço reprodutor da vida, dentro da lógica das figuras que associam a figura feminina à maternidade. O paradigma dos estudos de gênero ainda não foi devidamente inseridos na teoria jurídica, pois acredita-se que a igualdade garantida no artigo 5º da Constituição Federal é o reconhecimento para a superação das diferenças existentes entre homens e mulheres.

Por exemplo, nos debates até então ocorridos sobre aborto, inclusive no caso dos anencéfalos, pouco se reconhecia acerca do direito de escolha da mulher, mencionando apenas ser uma questão de sua autodeterminação frente aos direitos reprodutivos. Mas lembre-se que os maiores argumentos utilizados na ADPF nº 54 pelo STF não foram aqueles construídos com base nos estudos de gênero, mas sim aqueles que espelham o senso comum teórico do aborto de fetos anencéfalos, a sua morte cerebral e ausência de compatibilidade de vida fora do útero materno. De qualquer forma, como aspecto positivo, pela própria fundamentação constante nos votos dos Ministros, no julgamento da Ação, mencionando a visão feminina e materna sobre o aborto, deve-se ressaltar que o STF iniciou, em nível jurisprudencial, uma discussão que pode e merece cada vez ser mais aprofundada pelo

⁴⁴¹ MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.48.

discurso jurídico, quais sejam os direitos das mulheres na defesa dos seus direitos sexuais e reprodutivos.

Eis assim que a inserção definitiva dos estudos de gênero no discurso jurídico se faz imprescindível, no sentido de se garantir a igualdade marco dos movimentos feministas, para que se perceba o quanto ainda são negados direitos humanos à mulher, pelo próprio sistema jurídico.

Neste contexto de conjugação entre os estudos de gênero e o Direito e na reflexão quanto à necessidade de uma teoria jurídica de gênero capaz de conceder uma efetiva igualdade entre homens e mulheres, quebrando um histórico paradigma de desigualdades, é que Ángela Vivanco Martínez afirma no seguinte sentido:

Los estudios y políticas de género en las actuales democracias han significado un profundo replanteamiento sobre el papel de la mujer en la sociedad y sobre la existencia misma de “papeles sociales” diferenciados en razón del sexo, de manera que la situación tradicional de hombre y mujer, dentro de los respectivos grupos humanos desarrollados, ha resultado, en muchos casos, problematizada y aún considerada como anómala, producto cultural arcaico y opresor. Ello corresponde al supuesto de que, a través de muchos años de historia, diversos países y naciones han desarrollado modelos de sociedad sobre una base ideológica y no real, haciendo al hombre paradigma y modelo de lo humano y forzando a la mujer a adaptarse a un patrón masculino, que le impone una determinada manera de ser y le entrega una ubicación jerárquicamente inferior dentro de ese modelo.⁴⁴²

O que se infere desse posicionamento expresso pela autora é a reafirmação do que foi exposto ao longo deste tópico, no sentido de considerar o sistema jurídico como um instrumento articulação do modelo patriarcal, que buscava regular o comportamento dos homens e mulheres para um determinado modo de convivência, modelando as identidade de gênero, a satisfazer as funções ideológicas atribuídas a homens e mulheres. Ou seja, ratificar a influência do Direito, que, interligado com outros sistemas de regulação social, passou a contribuir para a disciplina de gênero.

Insista-se, portanto, que a construção de uma teoria jurídica de gênero deve estar adequada à concepção de Direitos Humanos, que foi abordada ao longo deste tópico, mas, em especial, de Direitos Humanos das mulheres, as quais, conscientes de que o desequilíbrio de poder no que diz respeito às questões de gênero foi o fator responsável pela opressão e subalternidade a que estiveram submetidas, tornam-se as protagonistas na superação desse

⁴⁴² VIVANCO MARTINEZ, Ángela. La aplicación del concepto de autopoiesis em los estudios de género: el derecho a autocomponerse del sujeto em referencia a su identidad sexual. In: **Acta bioethica**. [online]. 2006, vol.12, n.2, pp. 151-164. ISSN 1726-569X. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v12n2/art03.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2012.

desequilíbrio, uma condição essencial para que sejam respeitados os seus direitos. Segundo Sílvia Pimentel e Flávia Piovesan, a problemática da mulher e dos Direitos Humanos ultrapassa a ideia de que os direitos fundamentais são efetivamente direitos de todos. Partindo do pressuposto que o elenco desses direitos foi elaborado sob um ponto de vista androcêntrico, acredita ser importante destacar o fato de se ter deixado de lado uma série de interesses específicos da mulher. Logo, importantes aspectos da vida da mulher, desde os biológicos até os culturais não foram considerados, razão pela qual essa lacuna exige ser superada e é precisamente o movimento das mulheres que possui a maior legitimidade para tecer as considerações a respeito de tal espaço vazio. Neste sentido, aduz ser insuficiente tratar o indivíduo de forma genérica, pois se faz necessária a especificação do sujeito de direito, que passa a ser visto em razão de suas particularidades e peculiaridades.⁴⁴³

Piovesan destaca, ainda, a existência de alguns marcos que serviram para consolidar a questão dos Direitos Humanos das mulheres, asseverando que em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, se começou a buscar respostas para determinadas violações de tais direitos, como a discriminação racial, a discriminação contra a mulher, a violação dos direitos das crianças, entre outros. Assim, o sistema especial de proteção erigido a partir da Declaração realçou o processo de especificação do sujeito de direito, enxergando-o em sua concreticidade.⁴⁴⁴

Especificamente, no âmbito de proteção às mulheres, podem-se destacar diferentes instrumentos jurídicos de salvaguarda aos seus direitos, muitos dos quais já foram inclusive referenciados ao longo de todo o escrito, como a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, de 1979, que se fundamentou na dupla obrigação de eliminar a discriminação e assegurar a igualdade, tratando deste princípio como uma obrigação vinculante e um objetivo, consagrando a urgência em se erradicar todas as formas de discriminação contra as mulheres, a fim de garantir o exercício de direitos civis e políticos, assim como dos sociais, econômicos e culturais. Trata-se, na verdade, não apenas de eliminar a discriminação, mas, igualmente, do estímulo de estratégias para a promoção da igualdade.

Outro exemplo é a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, também denominada de Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, significando o primeiro tratado internacional de proteção dos direitos humanos a reconhecer, de forma enfática, a violência contra a mulher como um fenômeno

⁴⁴³ PIMENTEL, Sílvia. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres. **In: Articulação de mulheres brasileiras: os direitos das mulheres são direitos humanos.** Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

⁴⁴⁴ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos.** 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.264.

generalizado que alcança, sem distinção de raça, religião, idade, um elevado número de mulheres.

Flávia Piovesan também destaca a importância que a Constituição Federal de 1988 como o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos Direitos Humanos no Brasil, de sorte que, no caso do movimento das mulheres, houve uma articulação desenvolvida no período pré-1988, visando à obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Tal processo originou a elaboração da Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes, que contemplava as principais reivindicações do movimento das mulheres e resultou na incorporação da maioria significativa destas no texto constitucional.⁴⁴⁵

Do exposto, tem-se a emergência no fomento a uma cultura fundada na proteção aos Direitos Humanos das mulheres, visando à implementação dos avanços constitucionais já alcançados que consagram uma ótica democrática e igualitária⁴⁴⁶ em relação aos gêneros. Em outras palavras, cuida-se de uma mudança na mentalidade que enxerga o Direito como um instrumento de conservação para torná-lo um meio de transformação social, para que o perfil conservador não reproduza as estruturas e categorias jurídicas tradicionais e inviabilize a tarefa de reconstrução do pensamento jurídico à luz de novos paradigmas, mormente o da dignidade da pessoa humana.

Portanto, vincula-se a ideia expressa por Piovesan de que a construção jurídica de gênero impescinde do repensar do ensino jurídico, a fim de que os instrumentos de garantia dos Direitos Humanos das mulheres e da igualdade de gêneros sejam parte destacadas nos currículos acadêmicos, para que se apresente uma visão renovada, contemporânea e avançada acerca da questão de gênero e da condição jurídica da mulher. É por meio das transformações

⁴⁴⁵ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.278 e PIMENTEL, Sílvia. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres. **In: Articulação de mulheres brasileiras: os direitos das mulheres são direitos humanos**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012. A título exemplificativo, cita-se o princípio da igualdade entre homens e mulheres, no artigo 5º, I, da Constituição e no artigo 226, aplicável ao âmbito do Direito das Famílias; ainda a proibição de discriminação no mercado de trabalho, por motivo de sexo ou estado civil, consoante artigo 7º, XXX; a proteção especial da mulher no mercado de trabalho, mediante incentivos específicos, fulcro no artigo 7º, XX. Ainda, o planejamento familiar como uma livre decisão do casal, inscrito no artigo 228 da Constituição Federal e o dever do Estado em coibir a violência no âmbito das relações familiares, previsto no artigo 226 da Carta.

⁴⁴⁶ Para Flávia Piovesan, não obstante os significativos avanços obtidos na esfera constitucional e internacional, que refletem, cada qual ao seu modo, as reivindicações e anseios contemporâneos das mulheres, ainda persiste na cultura brasileira uma ótica sexista e discriminatória com relação à mulher. Os avanços constitucionais, que consagram a ótica da igualdade entre os gêneros, têm a sua força normativa gradativamente pulverizada e reduzida, mediante uma cultura que praticamente despreza o alcance destas inovações, sob uma perspectiva discriminatória, fundada em uma dupla moral, que ainda atribui pesos diversos e avaliações morais a atitudes praticadas por homens e mulheres. Este fenômeno ilustra não apenas o componente conservador, mas também privatista da cultura jurídica tradicional. PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.299.

no ensino jurídico que poder-se-á apresentar um novo perfil que reflita as mudanças em vários âmbitos como o Poder Executivo, Legislativo e Judiciário.

Assim, como destaca a autora em análise é preciso, para modificar a condição jurídica da mulher, o incentivo à criação de uma doutrina jurídica sob a perspectiva de gênero, que seja capaz de visualizar a mulher, assim como as relações de poder entre os sexos.⁴⁴⁷ Tal doutrina deve ter como pressuposto o padrão de discriminação e as experiências de exclusão e violência sofridas pelas mulheres, tendo como objetivo central a mudança desta realidade.

Mais do que isso, a doutrina jurídica de gênero deve contemplar a gramática contemporânea dos Direitos Humanos das mulheres, endossando todos os valores inerentes a tais direitos, consagrando-os, no âmbito feminino, como universais, internacionais, sem fronteiras e indivisíveis, para que sejam exercidos na sua plenitude.

A consolidação de uma teoria jurídica de gênero passa, também, pela força jurídica e obrigatória de tratados internacionais no que tangem, especialmente, à situação jurídica da mulher, como mecanismo de revogação e eliminação de normas discriminatórias com relação à mulher, assim como se verifica a necessidade de criação de estratégias para uma advocacia pelos Direitos Humanos das mulheres. Nesta perspectiva, retorna-se à questão de que é uma teoria jurídica de gênero que fortalecerá uma defesa aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sem discriminação, coerção ou violência. Em outras palavras, trata-se de consagrar direitos de mulheres e homens no processo de tomada de decisão no campo reprodutivo, ratificando a autodeterminação, a privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual dos gêneros.

O exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva, tornando fundamental o direito ao mais alto padrão de saúde pública, reprodutiva e sexual, que não mais vislumbre no aborto um atentado à democracia. A incorporação de uma teoria jurídica de gênero deve representar uma superação e paradigmas, que se traduza em uma nova visão do Direito, com o compromisso de transformação da ótica nas relações entre os gêneros.

Não há necessidade de se julgar uma demanda sobre aborto em geral ou sobre aborto de fetos anencéfalos, como a ADPF nº 54, ao albergue de fundamentos que, na verdade, apenas mascaram a ainda existente relação de poder entre os gêneros. Por certo fundamentos como incompatibilidade de vida extrauterina, natimorto cerebral e antecipação terapêutica do parto são muito mais fáceis de serem incutidos dentro do senso comum, pois, são apenas uma

⁴⁴⁷ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.300.

repetição de um discurso aparentemente inquestionável, do qual o sistema jurídico se apropriou.

A reflexão acerca de uma teoria jurídica de gênero será uma possibilidade de se pensar no aborto, e, claro, nos casos de anencefalia, como um direito das mulheres, sendo um tema que requer urgência bioética e jurídica, contemplando-o como um manifesto pela dignidade da pessoa humana das mulheres e não como uma ameaça a um ser que se considera como morto para que manifestações em prol de direitos sexuais e reprodutivos não entrem na pauta do discurso jurídico.

Surge, assim, o intento de se compreender que os argumentos iniciais apresentados no texto, especialmente aqueles que tratam do direito à vida, o qual, como já se referiu, não é tido como um direito que deve ser absoluto, necessitam ser refletidos em conjunto com os estudos de gênero e os direitos sexuais e reprodutivos, para que a igualdade entre homens e mulheres se concretize como uma exigência democrático-social.

Como refere Schiocchet, para haver condições efetivas de autodeterminação individual é preciso que as informações sejam fornecidas adequada e imparcialmente, sem conotações pessoais, morais e religiosas. Os sujeitos devem ser tratados com respeito aos seus valores individuais, como atores sociais capazes de tomar decisões, pois isso significa informar, não induzir ou coagir.⁴⁴⁸ Em outras palavras, é a dignidade humana impondo a proteção à vida privada, assim como à integridade física, psíquica e intelectual, que estará concretizada na proteção da intimidade, da esfera privada, incluindo o direito à integridade corporal enquanto o controle e segurança do próprio corpo, conquanto o respeito ao próprio corpo seja uma das premissas da dignidade e da liberdade humanas.

Destarte, reconhecer o direito à interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não significa assumir uma posição favorável ou contrária ao aborto, mas sim reconhecer as bases ontológicas em que se assenta o Direito, e, portanto, o discurso jurídico na contemporaneidade. Ou então, no lugar de mulheres como sujeitos de direito, apenas teremos as Mulheres de Atenas do Chico Buarque, aquelas que *quando fustigadas não choram, se ajoelham, pedem, imploram, mais duras penas, cadenas*.

⁴⁴⁸ SCHIOCCHE, Taysa. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Editora Unijuí, 2007. p.93.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento tecnológico, incorporado à medicina pelo avanço do diagnóstico pré-natal, tem sido acompanhado por diferentes dilemas éticos e jurídicos, como a questão da possibilidade de se interromper a gestação dos fetos anencéfalos. Verificou-se que o diagnóstico dessa anomalia pode ocorrer ainda durante a gestação, mas sem possibilidade de cura, o que tem ocasionado plurais questionamentos quanto ao aborto desse feto, ante a existência de posicionamentos no sentido de que, pela inexistência de vida extrauterina compatível do feto anencéfalo, a única hipótese médica recomendada seria a antecipação terapêutica do parto.

Há, todavia, que se indagar qual a nova realidade que se apresenta diante dos dilemas bioéticos que, agora, inegavelmente, convivem na sociedade e que provocam o sistema jurídico de uma maneira que ainda não se sabem as respostas que serão dadas, se serão dadas. O fato de a técnica ainda não ser totalitária, o fato de quatro quintos da humanidade viver sem produtos técnicos, mas não ainda com mentalidade técnica, não nos deve confortar, porque o passo decisivo para o absoluto técnico, para a máquina mundial, já foi dado, ainda que a condição sentimental não tenha interiorizado esse fato, e, portanto, não esteja à altura dele.

Já que o ser humano vive na idade da técnica, o que marca sensivelmente a sua história, de um modo irreversível diga-se, haverá que se questionar o que a técnica fará com a sua existência e não mais o contrário. Mais do que isso, ao se descobrir o que a técnica significará para o homem não se pode olvidar que o ordenamento jurídico permanecerá lá, repersonalizado, com a pessoa ocupando o seu centro.

A não evolução das categorias jurídicas diante dos avanços da técnica poderá possibilitar em um futuro não tão distante uma nova revolta dos fatos contra o Código, tal qual o ocorrido na superação da dicotomia entre o Direito Privado e os fatos sociais, desmoronando alicerces que eram tidos como imutáveis.

Ao longo da explanação do tema, intentou-se lançar alguns pressupostos para o debate, demonstrando-se que a noção de pessoa sofreu uma profunda transformação pelo Direito e que ao se analisar o tema sob a perspectiva interdisciplinar, descobre-se diferentes visões sobre o que significa pessoa, embrião e feto. No caso, aludiu-se que, hodiernamente, a categoria pessoa tutelada pelo Direito brasileiro vincula-se a uma concepção natalista, em que nascendo com vida e respirando o feto de forma autônoma ele passa a adquirir personalidade.

Ocorre que pode haver casos em que o feto anencéfalo efetivamente nasça com vida, ainda que em uma perspectiva biologizada e respire fora do útero materno de maneira independente, bastando para ele adquirir personalidade jurídica. Não se pode olvidar que as divergências de posicionamentos quando se refere a um estatuto do embrião também não autorizam que afirmações categóricas sejam tomadas.

E, ao fim e ao cabo, não há como defender, ainda que preliminarmente, sem questionar, o posicionamento do STF, ao julgar a ADPF nº 54, de que a questão não envolve perquirir o conflito entre mulher e embrião, porque se demonstra estar diante de duas pessoas categorizadas juridicamente, reconhecidas por um Direito Civil Constitucionalizado, o qual, em momento algum apresenta e positiva um conceito biológico para pessoa.

A noção de pessoa categorizada juridicamente influencia o próprio exame sobre a constituição desta, que não mais está reduzida a aspectos puramente biológicos. Destarte, sabendo-se que a intervenção sobre o corpo afeta diretamente a pessoa, apela-se a uma vigilância ética para que tal intervenção não degenere em manipulação, haja vista que estar-se-ia humanizando a biologia e personalizando corpo. Humanizando a biologia, biologiza-se o humano, como fora afirmado no desenvolvimento do trabalho.

Por tais razões, há que se cuidar para que o exame do corpo do anencéfalo não seja uma forma de controle para eliminação do ser que se apresenta de forma imperfeita, eis que, para quem entender que o corpo não se dissocia da pessoa, eliminar o corpo do anencéfalo seria eliminá-lo enquanto pessoa.

Ao se pensar no aborto dos fetos anencéfalos como uma forma de eliminação de seres imperfeitos da sociedade, estar-se-ia considerando uma perspectiva de poder disciplinar que as ciências biomédicas teriam sobre o corpo, sobretudo da mulher, de tal modo que, controlando-o conseguiria, estrategicamente, retirar um ser que não constituiria a espécie humana, controlando biopoliticamente a população através do corpo, lembrando, aqui, a leitura foucaultiana realizada.

Seria, em outras palavras, a consideração de uma disciplina que estabelece os procedimentos de adestramento progressivo e de controle permanente, e, enfim, a partir daí, estabelece a demarcação entre os que serão considerados inaptos, incapazes e os outros.

Faz-se, a partir desta noção, uma demarcação entre o normal e o anormal, de tal sorte que a normalização disciplinar consiste em colocar um modelo que é construído em função de certo resultado e a operalização da normalização disciplinar consiste em procurar tornar as pessoas, os gestos e os atos conforme esse modelo, considerando-se normal aquele que é capaz de se conformar a essa norma e o anormal aquele que não é capaz.

No caso do anencéfalo, permanece a questão se há uma vida humana, pois, sabe-se que no momento da concepção, pela fecundação do óvulo com o espermatozoide, o embrião surge e passa a ter um código genético distinto do materno. Assim, não é possível dizer que não se está diante de uma vida humana, no seu sentido biológico.

Toda a construção que se desenvolveu sobre pessoa, corpo e vida demonstram que há uma vida humana no feto anencéfalo, mas inexistente uma tutela jurídica a ela, não porque há uma compreensão biopolítica da vida, eliminando-se fetos imperfeitos, cuja vida não interessa à sociedade, mas, sobretudo, porque no Direito brasileiro, há uma incongruência no significado da vida e no critério de determinação da morte, pois ele acaba sendo utilizado para dizer que vida jurídica não há no anencéfalo.

Na sequência, demonstrou-se que, ao se acreditar no critério da morte cerebral como um algo inquestionável, corre-se o risco de compreender a interrupção da gravidez dos fetos anencéfalos apenas como uma mera autorização a ser concedida pelo Poder Judiciário, ante a ausência de um órgão essencial para o desenvolvimento da pessoa e da vida com consciência. Olvida-se, neste sentido, que vida e morte não possuem critérios simétricos, como fora apontado anteriormente;

Manter uma posição conservadora poderia ser apontado como uma solução, mesmo diante da inovação ocasionada pelo desenvolvimento científico e a possibilidade de diagnóstico da anencefalia na gravidez. Assim, não haveria necessidade de exame judicial dos pedidos de interrupção da gravidez ou até se pensar em uma regulação legislativa para o ato e negar-se-ia toda a particularidade que a anencefalia envolve.

O discurso pode ser traído àqueles que pensam que o ser só pode ser considerado humano quando possui o cérebro, e, assim, o anencéfalo talvez não seria considerado como tal, e, mais do que isso, aos que assim defendessem no ordenamento jurídico brasileiro, indiretamente estariam criando o marco temporal para a determinação da vida e consideração da pessoa como um ser humano tutelado juridicamente, qual seja, a formação do cérebro. Neste sentido, posicionamentos que fossem contrários ao aborto dos fetos anencéfalos ganhariam força e o debate ganharia um contorno apenas na lógica do certo e errado, o que não foi a pretensão do trabalho.

Como referido no primeiro capítulo da dissertação, o conceito de pessoa não é meramente biológico, mas a morte é uma noção, um evento biológico; o que morre é o organismo biológico e não a pessoa, pois, do contrário, dizer que a morte cerebral é a morte da pessoa, significa reduzi-la a um aspecto puramente biológico. Por isso, insista-se, a consideração do feto anencéfalo como um natimorto cerebral é questionável porque

representa a biologização do ser humano e não enfrenta todas as nuances que a própria noção de morte apresenta.

Destarte, tem-se que a utilização do argumento de que o diagnóstico da anencefalia é realizado com absoluta certeza, irreversível e letal na totalidade dos casos não se demonstra como uma verdade única, a ser um dos principais fundamentos para a autorização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, mesma conclusão que se chegou no tópico anterior quando se verificou a incongruência entre critérios de vida e morte adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Há um cenário demonstrado de que os avanços das técnicas biomédicas possibilitaram o conhecimento da saúde do feto apontando a presença de uma anomalia que pode retirar por completo sua possibilidade de sobrevivência extrauterina. A grande maioria dos Ministros do STF considerou que a anencefalia é uma anomalia fetal absolutamente incompatível com a vida humana. No entanto, os debates ocorridos nas audiências públicas que precederam ao julgamento demonstram que a noção de vida extrauterina incompatível não guarda um consenso, porquanto haja posicionamentos no sentido de que o feto anencéfalo não virá à óbito ainda no útero ou simultaneamente ao nascer.

Além dos argumentos morte cerebral e incompatibilidade de vida extrauterina, se percebeu a existência de posicionamentos os quais consideram que não se está a falar em aborto no caso dos fetos anencéfalos, mas sim em uma antecipação terapêutica do parto, porquanto o feto só poderá estar vivo ao longo da gestação, sem possibilidade de vida após o nascimento.

Argumentos como os analisados podem tornar o Direito um objeto do senso comum teórico, buscando incutir ideias a partir de meras repetições de posicionamentos. O discurso jurídico não deve ser um mero argumento de autoridade, auxiliado por definições persuasivas, que camuflam um caráter político e ideológico. É não enxergar os pré-juízos enquanto pré-juízos, mas ignorá-los como se fosse possível pelo método, cientificidade e neutralidade, próprias do intérprete iluminista da lei.

O caminho a percorrer desvela-se ainda longo. Entretanto, para o seu melhor exame deve permanecer a ideia da necessidade do desenvolvimento de uma política feminista que inclua a mulher como uma categoria de sujeito, mas não apenas como uma estratégia de reivindicações. Mais do que isso, é pensar a teoria feminista como uma construção que lida com a indeterminação do sentido do termo mulher, abrindo novas configurações para as questões de gêneros e corpos, e, conseqüentemente, da própria política em relação ao aborto dos fetos anencéfalos. Em outras palavras, o próprio objetivo geral do presente trabalho.

Como referido no início destas considerações finais, vive-se um tempo em que o Direito se encontra diante de problemas ocasionados pelo desenvolvimento científico, por dilemas bioéticos, em que os estudos de gênero possuem sim uma considerável influência, tanto é que trazem à tona o mister de reestruturação da norma jurídica, em que o ser humano passe a ser a razão e o fim último e único do ordenamento jurídico.

O surgimento de uma nova ordem jurídica instaurou-se com a Constituição Federal de 1988, baseada em diversos princípios determinados, os quais demonstraram o urgente repensar do sistema científico, que passa a incluir novas demandas para reconhecidos sujeitos de direito. O aborto dos fetos anencéfalos é uma das demandas em que o Direito não mais poderá furtar-se de refletir sob a égide da interdisciplinaridade.

Assim sendo, o aborto como uma questão de direito individual remete a um dos próprios fundamentos do feminismo contemporâneo, que é o princípio democrático do direito aplicado ao corpo, o qual encontra-se baseado nas ideias de autonomia e liberdade dentro da máxima de que o corpo pertence à mulher, máxima esta que se difundiu internacionalmente e marcou as lutas feministas relacionadas à sexualidade, à contracepção, ao aborto. Apropriar-se de seu corpo significará para as mulheres a escolha sobre a maternidade.

Demonstra-se que as desigualdades de gênero colocaram a questão do direito à saúde na pauta política. Tais desigualdades resultam na tomada de ações complexas que considerem desde uma dimensão biológica, considerando as questões reprodutivas, até a dimensão política relacionada com a divisão de poder na sociedade. Nesta estrutura, o gênero, enquanto construção social, consiste em um sistema multidimensional que se traduz para os indivíduos em identidades de homens e mulheres que estão engajados em papéis familiares e sociais diversos.

Aduzir a equidade de gênero não deve ser tão somente considerar a igualdade entre homens e mulheres, mas a garantia de um atendimento equitativo a estes, especialmente com a introdução de políticas de saúde voltadas para a saúde reprodutiva das mulheres. Eis, assim, um caminho que considere a mulher enquanto protagonista de sua saúde sexual e reprodutiva, cujo aborto represente a sua emancipação em relação ao domínio dos corpos frente às desigualdades de gênero, que, rompidas, provocam o sistema jurídico a conceder, de forma eficaz, a tutela equitativa aos direitos de homens e mulheres, inclusive com a possibilidade de se refletir o olhar acerca de uma teoria jurídica de gênero.

A consolidação de uma teoria jurídica de gênero passa, também, pela força jurídica e obrigatória de instrumentos jurídicos que visem, especialmente, à situação jurídica da mulher, como mecanismo de revogação e eliminação de normas discriminatórias com relação à

mulher, assim como se verifica a necessidade de criação de estratégias para uma advocacia pelos Direitos Humanos das mulheres. Nesta perspectiva, retorna-se à questão de que é uma teoria jurídica de gênero que fortalecerá uma defesa aos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres, sem discriminação, coerção ou violência. Trata-se de consagrar direitos de mulheres e homens no processo de tomada de decisão no campo reprodutivo, ratificando a autodeterminação, a privacidade, intimidade, liberdade e autonomia individual dos gêneros.

O exercício dos direitos reprodutivos demanda políticas públicas que assegurem a saúde sexual e reprodutiva, tornando fundamental o direito ao mais alto padrão de saúde pública, reprodutiva e sexual, que não mais vislumbre no aborto um atentado à democracia. A incorporação de uma teoria jurídica de gênero deve representar uma superação e paradigmas, que se traduza em uma nova visão do Direito, com o compromisso de transformação da ótica nas relações entre os gêneros.

É preciso compreender que as pessoas, entendidas como sujeitos, são parte de um tecido social que cria aquilo que elas são. Se o corpo social cria uma imagem de gênero rígida, não haverá como se articular ações coletivas que não sejam direcionadas a apenas um sujeito singular. Portanto, a compreensão da liberdade na manifestação da identidade de gênero está atrelada à própria aceitação do outro como um sujeito em igualdade.

Por todo o exposto, refere-se a inesgotabilidade deste tema proposto e a necessidade da consideração da existência de diversos posicionamentos quanto à hipótese de interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. Aqui, assume-se a linha de raciocínio que contempla a sua análise dentro da perspectiva dos estudos de gênero. Logo, demonstra-se a necessidade de questionar argumentos como aqueles que consideram o anencéfalo como um natimorto cerebral, cuja vida é incompatível fora do útero. Não se quer dizer que este tipo de fundamentação não pode ser utilizada; todavia, a escolha de abortar ou não o feto não necessita estar vinculada a este discurso que é questionável.

Não basta dizer que, por ser o feto incompatível com a vida extrauterina e por recomendar-se a antecipação terapêutica do parto, então o aborto é possível como uma escolha da mulher. Isto é apenas fingir que se está defendendo o direito dela enquanto sujeito. A escolha, seja no caso do aborto dos fetos anencéfalos, ou em qualquer outro que apresente ou não uma situação de anomalia fetal, deve se da mulher, mas enquanto a livre manifestação dos seus direitos reprodutivos e de sua dignidade. Caso contrário, ocorrerá uma mera substituição no discurso dominante, ou seja, se antes a dominação estava representada na condição de submissão das mulheres ao gênero masculino, agora seria a sua submissão ao poder-saber médico, que utilizaria da recomendação de se antecipar terapêuticamente o parto

haja vista a inviabilidade fetal. Assumir este posicionamento é reconhecer que não pode ocorrer de uma forma escorregadia, mas sim como a representação das lutas femininas pela autodeterminação.

Não sendo a vida um direito absoluto, os estudos de gênero e a sua interface com o discurso jurídico, irão demonstrar que não defender o direito à interrupção da gestação de fetos anencéfalos como manifestação plena dos direitos sexuais das mulheres, significará o controle sobre a vida, ao albergue de argumentos utilizados de modo questionável pelo Direito, como se procurou demonstrar no trabalho. Corre-se o risco de que o Direito se interesse mais pela sua criação, do que aquilo que ele agregou, ou seja, a realidade, gerando uma possível deformação e desconhecimento do que é real. Ou, ainda, há o risco de o Direito atribuiu uma significação aos fatos, logo, consequências jurídicas, desproporcionais com os anseios sociais, com a realidade. Eis, portanto, a necessidade de tratar o tema do aborto dos fetos anencéfalos por uma lógica humanizada, para que não se constitua uma humanidade que seja desumana para determinados sujeitos. E o discurso jurídico, aliado aos estudos de gêneros, deve demonstrar que isso é possível.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **Uma teoria retórica da norma jurídica e do direito subjetivo**. São Paulo: Noeses, 2011.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução: Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALDANA, Myriam. Vozes católicas no congresso nacional: aborto, defesa da vida. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.16. maio-agosto 2008.

ALVES, João Evangelista dos Santos *et al.* **O aborto: o direito do nascituro à vida**. Rio de Janeiro: Agir, 1982.

ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade**. Brasília, 2004.

APPEL, KARL-OTTO. **Ética e responsabilidade; o problema da passagem para a moral pós-convencional**. Lisboa: Instituto Piaget, 1988.

ÁVILA, Maria Betânia. **Direitos sexuais e reprodutivos: desafios para as política de saúde**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

BAERTSCHI, Bernard. **Ensaio filosófico sobre a dignidade: antropologia e ética das biotecnologias**. Tradução: Paula Sílvia Rodrigues Coelho da Silva. São Paulo: Loyola, 2009.

BARATA, Rita Barradas. **Como e por que as desigualdades sociais fazem mal à saúde**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2009.

BARCIIFFONTAINE, Christian de Paul de. Nascer ou não com graves deficiências congênitas?. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

_____. **Bioética e início da vida** in MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et al* (coordenadores). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTR, 2010.

_____. PESSINI, Leo. **Problemas atuais de bioética**. 5.ed. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2000.

BARRETO, Vicente de Paulo. A ideia de pessoa humana e os limites da bioética. In: BARBOZA, Heloísa Helena. MEIRELLES, Jussara Maria Leal de. BARRETO, Vicente de Paulo (orgs.). **Novos temas de biodireito e bioética**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Letícia Ludwig. (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
 BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. MARTINS, Ives Gandra. GOMES, Luiz Flávio *et al.* **Anencefalia nos tribunais.** Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

BARSTED, Leila Linhares. **Gênero e desigualdades.** Disponível em: <http://www.cepia.org.br/publicacoes.asp>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

BATISTA, Antônio de Souza. O nascituro á luz da embriologia: as fases de formação e desenvolvimento. In: DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo Silva. **O nascituro: visão interdisciplinar.** São Paulo: Atheneu, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida.** Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. **Princípios de ética biomédica.** Tradução: Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo II: a experiência vivida.** Tradução: Sérgio Milliet. 2.ed. São Paulo: Difusão europeia do livro, 1967.

BECKER, Fernando. Alteridade e construção do sujeito. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade.** São Carlos: EdUFSCar, 2010.

BELLINO, Francesco. **Fundamentos da bioética: aspectos antropológicos, ontológicos e morais.** Tradução: Nelson Souza Canabarro. São Paulo: EDUSC, 1997.

BÍBLIA Sagrada. Tradução dos originais grego, hebraico e aramaico mediante a versão dos monges beneditinos e maredsous. São Paulo: Editora Ave Maria, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Tradução: Maria Helena Kühner. 9.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BOURGUET, Vincent. **O ser em gestação: reflexões bioéticas sobre o embrião humano.** Tradução: Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. In: ANGHER, Anne Joyce (org.). **Vade Mecum acadêmico de Direito.** 10.ed. São Paulo; Rideel, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Discurso do ministro da saúde, José Gomes Temporão, em audiência pública do STF sobre gestação de fetos com anencefalia.** Brasília, 2009. Disponível em: http://www.portalsaude.gov.br/portal/arquivos/.../discurso_stf_anencefalia_040908.pdf. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54**. Arguente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 13 de abril de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> . Acesso em 15 de abril de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19**. Arguente: Presidente da República. Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília/DF, 17 de fevereiro de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2584650>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277-7**. Arguente: Procuradoria Geral da República. Relator Ministro Ayres Britto. Brasília/DF, 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=11872>. Acesso em 03 de setembro de 2012.

BRAUNER, Maria Cláudia Crespo. Biotecnologia e produção do direito: considerações acerca das dimensões normativas das pesquisas genéticas no Brasil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. LEITE, George Salomão. **Direitos fundamentais e biotecnologia**. São Paulo: Método, 2008.

_____. **Direitos, sexualidade e reprodução humana: conquistas médicas e o debate bioético**. Renovar: Rio de Janeiro, 2003.

BUGLIONE, Samantha, Um direito da sexualidade na dogmática jurídica: um olhar sobre as disposições legislativas e políticas públicas da América Latina e Caribe. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BUSNELLI, Francesco Donato. De quem é o corpo que nasce? Do dogma jurídico da propriedade à perspectiva bioética da responsabilidade. In: MÖLLER, Leticia Ludwig. COSTA, Judith Martins. (org.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução: Renato Aguiar. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2010.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro. 4.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2008.

CARBONARI, Paulo César. Sujeito de direitos humanos: questões abertas e em construção. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

CATÓLICAS PELO DIREITO DE DECIDIR. **Pesquisa de opinião pública sobre o aborto**. Coordenação: Rosângela Aparecida Talib. Disponível em: <http://www.catolicasonline.org.br>. Acesso em 23 de agosto de 2012.

CHA, Sang. ZUGAIB, Marcelo. **Medicina fetal**. São Paulo: Atheneu, 1995.

CHANTER, Tina. **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Tradução: Vinicius Figueira. Porto Alegre: Artmed, 2011.

CITELI, Maria Tereza. Fazendo diferenças: teorias sobre corpo, gênero e comportamento. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.9, n.1, p.11-145. 2001.

CÓDIGO de Direito Canônico. Promulgado por João Paulo II, Papa. Tradução: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. São Paulo: Loyola, 1987.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Código de ética médica: resolução CFM nº 1931, de 17 de setembro de 2009**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta nº 24/2003. Anencefalia e transplante**. Parecerista: Conselheiro Marco Antônio Becker. Disponível em: Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Processo-consulta nº 24/2003. Anencefalia e transplante**. Parecerista: Conselheiro Marco Antônio Becker. Disponível em: Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.480, de 8 de agosto de 1997**. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1480_1997.htm. Acesso em 22 de julho de 2012.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.989, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=2293&resolucoesTexto=. Acesso em: 16/05/2012.

CONSELHO Federal de Medicina. **Resolução nº 1.989, de 14 de maio de 2012. Dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto e dá outras providências**. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_resolucoes&buscaEfetuada=true&resolucoesUf=&resolucoesNumero=&resolucoesAno=&resolucoesAssunto=2293&resolucoesTexto=. Acesso em: 16/05/2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DE SÃO PAULO. **Consulta nº 8.905/98: solicita parecer sobre caso de gestação, onde foi constatado diagnóstico de anencefalia e sobre a dúvida em interromper a gravidez ou dar continuidade e doar os órgãos**. Relator: Conselheiro Marco Segre. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DA PARAÍBA. **Consulta nº 07/2000. Solicita parecer sobre a legalidade ética da interrupção de gestação de feto de 30 semanas por provavelmente apresentar má-formação congênita chamada de anencefalia.** Parecerista: Conselheiro Eurípedes Sebastião Mendonça de Souza. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Consulta nº 79.246/01. Solicita esclarecimento sobre o conceito de aborto legal.** Parecerista: Advogada Rita de Cássia Silva Tohmé. Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO RIO DE JANEIRO. **Parecer CREMERJ nº 136/2003. Questões relativas às doenças que impossibilitam a sobrevivência do neonato.** Parecerista: Conselheira Maria Tereza Fonseca da Costa. Disponível em: Disponível em: http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_pareceres&Itemid=37. Acesso em: 04 de agosto de 2012.

CORRÊA, Sonia. ALVES, José Eustáquio Diniz. Igualdade e desigualdade de gênero no Brasil: perspectivas históricas, CIPD do Cairo, ODM e os PNPM de 2004 e 2007. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos.** Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

COSTA, Rosely Gomes. Reprodução e gênero: paternidades, masculinidades e teorias da concepção. In: **Revista de estudos feministas.** v.339/2, 2002.

D'AGOSTINO, Francesco. **Bioética segundo o enfoque da filosofia do direito.** Tradução: Luisa Raboline. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

DANTAS, Ivo. Constituição e bioética (breves e curtas notas). In: In: MELGARÉ, Plínio. FILHO, Agassiz Almeida. (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos.** São Paulo: Malheiros, 2010.

DE CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** Tradução: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DINIZ, Débora. ALMEIDA, Marcos de. Bioética e aborto. In: COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira. OSELKA, Gabriel. GARRAFA, Volnei (coord.). **Iniciação à bioética.** Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

DINIZ, Débora. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade.** ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero: Brasília, 2004.

_____. **Anencefalia: o pensamento brasileiro em sua pluralidade.** ANIS: instituto de bioética, direitos humanos e gênero: Brasília, 2004.

_____. RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal.** Brasília: Letras Livres, 2003.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Tradução: Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, André. **Vidas em risco: crítica do presente em Heidegger, Arendt e Foucault**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

DUMONT, Louis. **O individualismo; uma perspectiva antropológica da ideologia moderna**. Tradução: Álvaro Cabral. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

DUSSEL, Enrique. **1492: o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Tradução: Jaime A. Clasen. Rio de Janeiro: Vozes, 1993.

DWORKIN, Ronald. **Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais**. Tradução: Jefferson Luiz Camargo. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro; Zahar, 1994.

ENGELHARDT JR, H, Tristram. Pluralismo moral e metafísico: repensar a santidade da vida e da dignidade humanas. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

_____. **Fundamentos da bioética**. Tradução: José A. Ceschin. 2. ed. São Paulo: Loyola, 1998.

ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. SALDANHA, Jânia Maria Lopes. Constituir a constituição para a cidadania: a compreensão e a linguagem da nova crítica do direito: afastando os mitläufers jurídicos. In: LUCAS, Douglas Cesar. SPAREMBERGER, Raquel Fabiana (orgs.). **Olhares hermenêuticos sobre o direito: em busca do sentido para os caminhos do jurista**. Ijuí: Editora Unijuí, 2006.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana. In: MELGARÉ, Plínio. FILHO, Agassiz Almeida. (org.). **Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos**. São Paulo: Malheiros, 2010.

FACIO, Alda. **A partir do feminismo vê-se um outro direito**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

FANON, Frantz. **Os condenados da terra**. Prefácio de Jean-Paul Sartre. Tradução: José Laurênio de Melo. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1968.

FAÚNDES, Aníbal. BARZELATTO, José. **O drama do aborto: em busca de um consenso**. Campinas: Editora Komedi, 2004.

FAÚNDES, Aníbal. Prefácio. In: DINIZ, Débora. RIBEIRO, Diulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2003.

FÉO, Christina. **Um estatuto para o embrião humano**. Jundiaí: Paco editorial, 2010.

FERREIRA, Jaqueline. Semiologia do corpo. In: LEAL, Ondina Fachel (org.). **Corpo e significados: ensaios de antropologia social**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 1995.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos multiculturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FONSECA, Cláudia Lee Williams. **Estudos da ciência na ótica feminista**. Disponível em: <http://www.comciencia.br>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

_____. Que ética? Que ciência? Que sociedade? In: FLEISCHER, Soraya. SCHUCH, Patrice. (orgs.). **Ética e regulamentação na pesquisa antropológica**. Brasília: Editora da UNB, 2010.

FONTELES, Cláudio. **A propósito da anencefalia**. Disponível em: http://www.brasilsemaborto.com.br/index.php?action=noticia&idn_noticia=216&cache=0.5628225660723476. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

FONTES, José Américo Silva. FONTES, João Paulo Firpo. O nascituro à luz da ética, do direito e da medicina: anencefalia. In: DUARTE, Geraldo. FONTES, José Américo Silva. **O nascituro: visão interdisciplinar**. São Paulo: Atheneu, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução: Luiz Felipe Baeta Neves. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2012.

_____. **História da sexualidade 1: a vontade de saber**. Tradução: Maria Thereza da Costa Albuquerque. J.A. Guilhon Albuquerque. 21.ed. São Paulo: Edições Graal, 2011.

_____. **Microfísica do poder**. 28. reimpressão. Tradução: Roberto Machado. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2010.

_____. **Segurança, território, população**. Tradução: Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANKLIN, KAREN. Educação e ética: o reconhecimento da alteridade na educação. In: GUÉRIOS, Ettiène. STOLTZ, Tania (orgs.). **Educação e alteridade**. São Carlos: EdUFSCar, 2010.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 49.ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

FREITAS, Patrícia Marques. **Os fetos anencéfalos e a Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Cone editora, 2011.

FUJITA, Jorge Shiguemitsu. Aborto: o cerceamento da vida de um ser humano indefeso. In: MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa *et.al.* (coords.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010.

GADELHA, Sylvio. **Biopolítica, governamentalidade e educação: introduções e conexões a partir de Michel Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica, 2009.

GAFO, Javier. **10 palavras clave en bioética**. 5.ed. Espanha: Editorial Verbo Divino, 2000.

GALIMBERTI, Umberto. **Psiche e techne: o homem na idade da técnica**. Tradução: José Maria de Almeida. São Paulo: Paulus, 2006.

GARCIA, Lenise. **A morte do direito à vida**. Disponível em: http://www.brasilemaborto.com.br/index.php?action=noticia&idn_noticia=195&cache=0.5543170241933788. Acesso em: 05 de agosto de 2012.

GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo Figueroa. Concepto de persona, titularidad del derecho a la vida y aborto. In: **Revista de Derecho**. Vol. XX, n. 2. Diciembre, 2007.

GARRAFA, Volnei. **Iniciação à bioética**. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 1998.

GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

GOLDIM, José Roberto. Bioética e complexidade. In: MARTINS-COSTA, Judith. MÖLLER, Leticia Ludwig. (orgs.). **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

HASSEMER, Winfried. Sistema jurídico e codificação: a vinculação do juiz à lei. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. 3ª Ed. São Paulo: Vozes, 2008.

HENNIG LEAL, Mônia Clarissa. Considerações acerca da decisão do Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a interrupção da gravidez em casos de anencefalia. In: **Estudios constitucionales** [online]. vol.6, n.2,2008. p. 529-547. Disponível em: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002008000100016&lang=pt. Acesso em 05 de agosto de 2012.

HOTTOIS, Gilbert. **El paradigma bioético: una ética para la tecnociencia**. Barcelona: Anthropos editorial, 1999.

JONAS, Hans. **Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad**. Ed. PAIDÓS.

JUNGES, José Roque. **Bioética: hermenêutica e casuística**. São Paulo: Loyola, 2006. p.104. _____ . **Bioética: perspectivas e desafios**. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1999.

JUNIOR, Humberto Theodoro. A onda reformista do direito positivo e suas implicações com o princípio da segurança jurídica. In: **Revista da EMERJ**. v. 9, n. 35, 2006.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Tradução, textos e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: KAUFMANN, Arthur. HASSEMER, Winfried (orgs.). **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 7.ed. São Paulo: Companhia das letras, 2009.

LAUTERSLAGER, Pedro Frederico Hooft. Anencefalia: consideraciones bioéticas y jurídicas: la ausência de um substrato biológico mínimo genera uma diferencia moral. In: **Acta Bioethica**. Año VI, n. 2, 2000.

LE BRETON, David. **Adeus ao corpo: antropologia e sociedade**. Tradução: Marina Appenzeller. 6.ed. São Paulo: Papyrus, 2003.

_____. **Antropologia do corpo e modernidade**. Tradução: Fábio dos Santos Creder Lopes. Rio de Janeiro: Vozes, 2011.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós: ensaios sobre a alteridade**. Tradução: Pergentino Stefano Pivatto. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.

LIMA VAZ, Henrique C. de. **Antropologia filosófica II**. 2.ed. São Paulo: Loyola, 1995.

LIPOVETSKY, Gilles A era do após-dever. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Liberdade e direitos sexuais – o problema a partir da moral moderna. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LOURENÇO, Frederico Ricardo de Ribeiro e. **Poder e norma: Michel Foucault e a aplicação do direito**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2009.

LOURO, Guacira Lopes. Pedagogias da sexualidade. In: LOURO, Guacira Lopes (org.). **O corpo educado: pedagogias da sexualidade**. 2.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

LUNA, Naara. A personalização do embrião humano. In: **Mana**. v.13. n.2. Rio de Janeiro, 2007.

MARQUES, José Manuel. Anencefalia: interrupção da gravidez é uma liberdade de escolha da mulher? In: DELDUQUE, Maria Célia. (org.). **Temas atuais de direito sanitário**. Brasília: Ministério da Saúde e Fundação Oswaldo Cruz, 2009.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. O direito à vida e o aborto do anencéfalo. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. MARTINS, Roberto Vidal da Silva. MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **A questão do aborto: aspectos jurídicos fundamentais**. São Paulo; Quartier Latin, 2008.

MASSUD, Munir. Anencefalia numa perspectiva ética. In: **Revista brasileira de saúde materno-infantil**. n.10. suplemento 2. Recife, 2010.

MATURANA, Humberto. Transdisciplinaridade e cognição. In: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e transdisciplinaridade**. São Paulo: TRIOM, 2002.

MAUÉS, Antônio. WEYL, Paulo. Fundamentos e marcos jurídicos da educação em direitos humanos. In: SILVEIRA, Maria Godoy Silveira. **Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

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

MCMAHAN, Jeff. **A ética no ato de matar: problemas às margens da vida**. Tradução: Jônadas Techio. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. (coord.). **Dignidade da vida humana**. São Paulo: LTr, 2010.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. Contribuições da antropologia para pensar e fazer saúde. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* **Tratado de saúde coletiva**. 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2012.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Aborto e saúde pública no Brasil: 20 anos**. Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento**. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **No STF, PGR defende antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo**. Notícia publicada na página eletrônica do Ministério Público Federal. Disponível em: http://www.noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_constitucional. Acesso em: 19 de agosto de 2012.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado – Tomo 1**. Campinas: Bookseller, 1999.

MONTEIRO, Geraldo Tadeu Moreira. **Construção jurídica das relações de gênero: o processo de codificação civil na instauração da ordem liberal conservadora no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da dignidade humana. In: Moraes, Maria Celina Bodin de (coord.). **Princípios do Direito Civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MOTA, Denise. **Uruguai descriminaliza o aborto.** Disponível em: http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2012/10/121017_uruguai_aborto_vota_dm.shtml. Acesso em: 20 de outubro de 2012.

NATANSOHN, Leonor Graciela. O corpo feminino como objeto médico e “mediático”. In: **Revista de estudos feministas.** v.13. maio-agosto 2005.

NEDEL, José. **Ética aplicada: pontos e contrapontos.** Editora Unisinos: São Leopoldo, 2004.

NEVES, Castanheira A. **Digesta: escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros.** v.3. Coimbra: Coimbra editora, 2008.

NICHOLSON, Linda. Interpretando o gênero. In: **Revista de Estudos Feministas.** Florianópolis, ano 8, n.2, p.9-41, jul-dez. 2000.

NICOLESCU, Basarab. Um novo tipo de conhecimento – transdisciplinaridade. In: NICOLESCU, Basarab *et al.* **Educação e transdisciplinaridade.** Brasília: UNESCO, 2000.

NUNES, Everardo Duarte. Saúde coletiva: história recente, passado antigo. In: CAMPOS, Gastão Wagner de Sousa Campos *et al.* **Tratado de saúde coletiva.** 2.ed. São Paulo: Hucitec, 2012.

NUNES, Maria José Rosado. **O tema do aborto na Igreja Católica: divergências silenciadas.** Disponível em: <http://www.catolicasonline.org.br/artigos/conteudo.aps?cod=3486>. Acesso em: 25 de agosto de 2012.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autoritarismo à democracia.** Rio de Janeiro: Campus Elsevier, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948.** Disponível em: http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm. Acesso em 02/01/2012.

PEDRO, Joana Maria. Aborto e infanticídio. In: PEDRO, Joana Maria. **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX.** Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

_____. OLIVEIRA, Núcia Alexandra Silva de. CARVALHO, Maristela Moreira de. Corpos femininos em debate. In: PEDRO, Joana Maria. **Práticas proibidas: práticas costumeiras de aborto e infanticídio no século XX.** Florianópolis: Cidade Futura, 2003.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. Anencefalia e morte cerebral (neurológica). In: **Physis: Revista de saúde coletiva.** n. 15. Rio de Janeiro, 2005.

PEREIRA, Ana Cláudia Jaquette. REIS, Sarah de Freitas. Gênero e direitos reprodutivos nas políticas públicas. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos**. Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 23 de agosto de 2012.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Edição brasileira organizada por Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PIMENTEL, Sílvia. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos das mulheres. In: **Articulação de mulheres brasileiras: os direitos das mulheres são direitos humanos**. Disponível em: <http://www.bibliotecafeminista.org.br>. Acesso em: 31 de agosto de 2012.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

PISCITELLI, Adriana. Reflexões em torno do gênero e feminismo. In: SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.

PORTO, Rozeli Maria. Objeção de consciência, aborto e religiosidade: práticas e comportamentos dos profissionais de saúde em Lisboa. In: **Revista de estudos feministas**. Florianópolis, v.16. maio-agosto 2008.

RIBEIRO, Flávia Regina Guedes. SPINK, Mary Jane Paris. Estratégias retóricas na controvérsia moral sobre a legalização do aborto: o caso da anencefalia no Brasil. In: **Interface: comunicação, saúde, educação**. v.16. n.40. 2012.

_____. Repertórios interpretativos na controvérsia sobre a legalização do aborto de fetos anencéfalos. In: **Psicologia & sociedade**. v.23. p.63-71, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/psoc/v23nspe/a09v23nspe.pdf>. Acesso em: 18 de agosto de 2012.

RIOS, Roger Raupp. Notas para o desenvolvimento de um direito democrático da sexualidade. In: RIOS, Roger Raupp (org.). **Em defesa dos direitos sexuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ROCHA, Leonel Severo. **A problemática jurídica: uma introdução transdisciplinar**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1985.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.) **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ROMAN, Joël. Autonomia e vulnerabilidade do indivíduo moderno. In: PRIGOGINE, Ilya. MORIN, Edgar. **A sociedade em busca de valores: para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

RORTY, Richard. **A filosofia e o espelho da natureza**. Tradução: Jorge Pires. 1.ed. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1988.

SALA, Danila Cristina Paquier. ABRAHÃO, Anelise Riedel. Complicações obstétricas em gestações com feto portador de anomalia incompatível com a sobrevivência neonatal. In: **Acta paulista de enfermagem**. v.23. n.5. São Paulo, 2010.

SALEM, Tania. As novas tecnologias reprodutivas: o estatuto do embrião e a noção de pessoa. In: **Mana**. v.3 n.1. Rio de Janeiro, 1997.

SANTOS, Ana Célia de Sousa. BOMFIM, Maria do Carmo Alves do. Pedagogia feminista na construção de uma alternativa de gênero. In: **Fazendo gênero: diásporas, diversidades, deslocamentos**. Disponível em: http://www.abep.org.br/usuario/gerencianavegacao.php?caderno_id=854&nivel=1. Acesso em: 23 de agosto de 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 7.ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e plausível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009.

_____. Dignidade da pessoa humana e “novos” direitos na Constituição Federal de 1988: algumas aproximações. In: MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Estudos contemporâneos de direitos fundamentais**. Volume II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 5.ed. revista e atualizada. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista de estudos feministas**. v.12. maio-agosto 2004.

SCAVONE, Lucila. Políticas femininas do aborto. In: **Revista de estudos feministas**. v.16. maio-agosto 2008.

SCHIOCCHET, Taysa. A inesgotabilidade da tarefa hermenêutica: análise jurídica da questão do abortamento decorrente de anencefalia fetal. In: **Revista Jurídica Universidade Regional de Blumenau**. n.20, jul-dez 2006.

_____. Marcos normativos dos direitos sexuais: uma perspectiva emancipatória. In: BRAUNER, Maria Cláudia Crespo (org.). **Biodireito e gênero**. Ijuí: Editora Unijuí, 2007.

_____. CARLOS, Paula Pinhal de. Novas tecnologias reprodutivas e direito: mulheres brasileiras entre benefícios e vulnerabilidades. In: **Revista estudos jurídicos**. v.11. n.2, 2006. p.249-263.

SCHMIDT, Simone Pereira. COSTA, Cláudia de Lima. (org.). **Poéticas e políticas feministas**. Florianópolis: Editora mulheres, 2004.

SCOTT, Joan W. O enigma da igualdade. In: **Revista de estudos feministas**. v.13. janeiro-abril 2005.

SÈVE, Lucien. **Para uma crítica da razão bioética**. Tradução: Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SHEMIS, Sam D. Parada cerebral, parada cardíaca e as incertezas na definição de morte. In: **Jornal de Pediatria**. v.83. n.2, Rio de Janeiro, 2007.

SHERWIN, Susan. Fundamentos da bioética feminista. In: GARRAFA, Volnei. PESSINI, Leo. (orgs.). **Bioética: poder e injustiça**. São Paulo: Loyola, 2003.

SILVA, Carlos Roberto Lira da. SILVA, Roberto Carlos Lyra da. **Dicionário de saúde**. São Paulo: Yendis editora, 2004.

SILVA, Michelle Hamú. RODRIGUES, Marilei Francisca S. AMARAL, Waldemar Naves do. Aspectos médicos e psicológicos de grávidas portadoras de feto anencefálico. In: **Femina**. v.39, n.10, 2011.

SILVA, Susana. MACHADO, Helena. A compreensão jurídica, médica e leiga do embrião em Portugal: alinhamento com a biologia? In: **Interfaces – comunicação, saúde, educação**. v.13, n.30, p.31-43, julho-setembro, 2009.

STANCIOLI, Brunello. **Renúncia ao exercício de direitos da personalidade – ou como alguém se torna o que quiser**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

STEIN, Ernildo. Vida humana, um conceito da antropologia filosófica. In: **Veritas. Revista do Programa de Pós- Graduação em Filosofia da Pontifícia Católica do Rio Grande do Sul PUCRS**. v. 48. n.4. dezembro 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? In: **Revista NEJ**. v.15.n.1.p.158-173/jan-abr 2010. Disponível em <http://www.univali.br/periodicos>. Acesso em: 31 de agosto de 2011.

_____. Decisionismo e discricionariedade judicial em tempos pós-positivistas: o solipsismo hermenêutico e os obstáculos à concretização da Constituição no Brasil. **Separata: o direito e o futuro, o futuro do direito**. Coimbra: Almedina, 2008.

_____. Diálogos (neo)constitucionais. In: DUARTE, Écio Oto Ramos. POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição**. 2.ed. Landy, 2010.

_____. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

STREY, Marlene Neves. PULCHERIO, Gilda. As tramas de gênero na saúde. In: STREY, Marlene Neves. NOGUEIRA, Conceição. AZAMBUJA, Mariana Ruwer de. **Gênero e saúde: diálogos ibero-brasileiros**. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL DEFERVAL. **Audiência pública na Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaAdpf54>. Acesso em: 10 de maio de 2012.

TAYLOR, Charles. **As fontes do self: a construção da identidade moderna.** Tradução: Adail Ubirajara Sobral. Dinah de Abreu Azevedo. 2.ed. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: **Temas de Direito Civil.** 4.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TESSARO, **Aborto seletivo.** 2.ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2008.

TORTORA, Gerard J. GRABOWSKI, Sandra Reynolds. **Corpo humano: fundamentos de anatomia e fisiologia.** Tradução: Maria Regina Borges Osório. 6.ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

VANCE, Carole S. A antropologia redescobre a sexualidade: um comentário teórico. In: **Physis Revista de saúde coletiva.** v.5. n.1, 1995.

VENTURA, Miriam. Direitos reprodutivos? De que direitos estamos falando? In: LOYOLA, Maria Andréa. (org.). **Bioética, reprodução e gênero na sociedade contemporânea.** Rio de Janeiro: Letras Livres, 2005.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: Suprema Corte e ativismo judicial à brasileira. In: **Revista Direito FGV.** São Paulo, jul-dez 2008.

VIVANCO MARTINEZ, Ángela. La aplicación del concepto de autopoiesis em los estudios de género: el derecho a autocomponerse del sujeto em referencia a su identidad sexual. In: **Acta bioethica.** [online]. 2006, vol.12, n.2, pp. 151-164. ISSN 1726-569X. Disponível em: <http://www.scielo.cl/pdf/abioeth/v12n2/art03.pdf>. Acesso em: 04 de setembro de 2012.

WARAT, Luis Alberto. **Introdução geral ao direito I: interpretação da lei: temas para uma reformulação.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1994.

_____. **Introdução geral ao direito II: a epistemologia jurídica da modernidade.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995.

_____. **Introdução geral ao direito III: o direito não estudado pela teoria jurídica moderna.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

_____. **O direito e sua linguagem.** 2ª versão. 2.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1995.