

# **O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: ANÁLISE DAS DIVERGÊNCIAS JURÍDICAS POR MEIO DAS CORRENTES JUSFILOSÓFICAS DE HERBERT HART E RONALD DWORKIN<sup>1</sup>**

*THE ABORTION OF THE ANENCEPHALIC FETUS: ANALYSIS OF THE JUDICIAL ARGUMENTS THROUGH THE JUSPHILOSOPHIC TRENDS OF HERBERT HART AND RONALD DWORKIN*

**Vinícius Oliveira Braz Deprá<sup>2</sup> e Jaci Rene Costa Garcia<sup>3</sup>**

## **RESUMO**

*No presente trabalho, apresenta-se o embate teórico sobre o aborto de feto anencéfalo, confrontando matrizes hermenêuticas distintas a partir de um resgate histórico, fixando como modelos os jusfilósofos Herbert Hart e Ronald Dworkin. Com o tema proposto, buscam-se respostas a uma questão complexa, um verdadeiro “caso difícil”, que suscita divergências importantes, dada a impossibilidade de se inferir respostas a partir de uma dedução lógica das normas no Direito Brasileiro. Com a pesquisa, as teorias do direito envolvidas poderão auxiliar no encontro de uma resposta que traga um pouco de harmonia a essa “vexata quaestio”.*

**Palavras-chave:** aborto, anencéfalo, jusfilosofia, Hart, Dworkin.

## **ABSTRACT**

*The current paper presents the theoretical argument about the anencephalic fetus, confronting distinct hermeneutic matrixes up from a historic perspective, establishing as models the jusphilosophers Herbert Hart and Ronald Dworkin. With the theme proposed, some answers as searched to a complex question, a truly ‘hard case’, which evokes important divergences, because of the impossibility of inferring answers in a logic reasoning from the norms of the Brazilian law. With this research, the law theories involved may help in the finding of an answer that may bring some harmony to this “vexata quaestio”.*

**Key words:** abortion, anencephalic, jusphilosophy, Hart, Dworkin.

<sup>1</sup> Projeto de Iniciação Científica - PROBIC.

<sup>2</sup> Acadêmico do Curso de Direito – UNIFRA.

<sup>3</sup> Orientador - UNIFRA.

## INTRODUÇÃO

Na presente investigação, o escopo é o embate sobre o aborto de feto anencéfalo, pois se trata de uma realidade que envolve grandes dificuldades para a comunidade jurídica. Para tratar desta problemática cumpre, inicialmente, recordar alguns aspectos atinentes ao positivismo jurídico, dado o envolvimento teórico e prático trazido pelo tema. Nesse ponto, sabe-se que a teoria positivista refere-se ao direito normativo (direito posto pela via legislativa ou consuetudinária – sempre como ato de vontade humano), através de uma institucionalização de cunho jurídico e imprescindível pelo Estado. Em assim sendo, inexistente relação entre direito e moral, haja vista não apenas se tratarem de esferas distintas, mas elementos autônomos que, ao rigor técnico, não se correspondem.

Pode-se afirmar que o positivismo jurídico surge com o sociólogo Auguste Comte na medida em que propõe a implementação da cientificidade nas áreas do conhecimento. Posteriormente, essa vertente é sustentada por Austin, Kelsen, Bobbio, entre outros, e pela relevância serviu de molde e embasamento a praticamente todos os ordenamentos jurídicos oriundos da tradição “*civil law*”. Além disso, com “A Teoria Pura do Direito”, é mostrado que o direito positivo nada mais é que um juízo dogmático, representado no plano deontológico, de modo que a norma posta é a premissa sancionadora da conduta dos homens. Assim, o direito positivo exsurge da necessidade de regulamentação da conduta social através de um comportamento medianamente aceitável, cuja diretriz é dada pela norma jurídica (posta).

Assim, com o tear dessa forma de direito, aparece, substancialmente, a necessidade de compreendê-lo com a finalidade de promover uma sociedade harmônica, cujos desígnios vêm galgados no adequado convívio humano, tão imprescindível à paz social. Avança-se, assim, rumo à Hermenêutica Jurídica que, considerando contexto e a ordem do “ser”, apresenta-se como ferramenta indelével na construção do raciocínio jurídico a ser aplicado nos resultados do presente estudo, trazendo um modelo pelo qual será dada a interpretação do Direito na resolução do conflito posto em causa - viabilidade ou não do aborto de feto anencéfalo.

Dessa forma, a Hermenêutica, enquanto ferramenta cabível e adequada para tanto, é uma palavra que deriva de Hermes, o qual aparece na mitologia grega como aquele que possibilita a compreensão, relacionando - ao sentido – o conceito abstrato e a realidade. Sem embargo, a hermenêutica jurídica pretende ser o método que permite “encontrar” a essência, o “eidos” perdido, numa busca da relação íntima entre significante e significado, mediado por signos e relacionado por um ato de consciência.

Pode-se dizer, dessa forma, que é a ontologia da compreensão, instância a qual o ente e o ser encontram a sua identidade. Desse modo, a Hermenêutica visa a unir o “explicar” e o “interpretar” como instâncias que se harmonizam e que concluem o arco hermenêutico (que parte do vivido e que deve – passando por um processo abstracional – retornar ao solo do vivido). Realizadas essas considerações preliminares, importante destacar os meios e formas de interpretações no decorrer da história da hermenêutica jurídica.

## **A INTERPRETAÇÃO NO TEMPO**

Toma-se como ponto inicial a Revolução Francesa, pois através da edição do Código Civil de Napoleão, a interpretação era inculpada essencialmente na lei, em eminente e radical desatenção às estruturas ou interesses sociais, cuja paradoxal intervenção se dava por aquela mesma norma positiva. Na filosofia jurídica, essa interpretação literal é tida como o “primeiro estágio” pelo qual a moderna Hermenêutica foi submetida.

Todavia, tal forma de interpretação encontrou obstáculos na viabilidade prática imposta quando do surgimento de novas situações que não estavam previamente orientadas pelo texto legal. Veja-se o ensinamento de Ferrara (2005):

de resto, mesmo quando o sentido é claro, não pode haver logo a segurança de que ele corresponde exatamente à vontade legislativa, pois é bem possível que as palavras sejam defeituosas ou imperfeitas (*manchevole*), que não reproduzam em extensão o conteúdo do princípio ou, pelo contrário, sejam demasiado gerais e façam entender num princípio mais lato do que o real, assim como, por último, não é excluído o emprego de termos errôneos que falseiem abertamente a vontade legislativa (p. 35).

Assim, em vista da inadequação da interpretação literal, surge, como forma de autocomplementação, a chamada interpretação lógica ou lógico-sistêmica. Isso porque, segundo Reale (2002):

cada artigo de lei situa-se num capítulo ou num título e seu valor depende de sua colocação sistemática. É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores lingüísticos, mas sempre situando-as no conjunto do sistema. Esse trabalho de compreensão de um preceito, em sua correlação com todos os que com ele se articulam logicamente (...) (2002, p. 279).

Nota-se que agora a interpretação já não se restringe na norma posta de forma “estática”, mas, ao contrário, começa a tornar dinâmica a sua aplicação, de modo a agregar à norma valores e juízos de razão distintos daquele primeiro momento, vez que de per si invoca elementos num contexto global de ordenamento, e não mais isoladamente.

Posteriormente, de forma arrojada e também revolucionária - pela quebra substancial dos paradigmas hermenêuticos adotados até então, surge uma forma de interpretação orientada pela Escola do Direito Livre, a qual verificando que a lei é defeituosa e insuficiente, incumbe ao juiz corrigí-la e ao mesmo tempo completá-la, na medida que a interpretação vê que “o direito é uma congêrie de decisões singulares, mas, para as questões não decididas, o juiz está livre, falar de uma possível vontade do legislador é uma ficção” (FERRARA, 2005, p. 60).

Assim, a interpretação é vista como uma forma de disciplina e esclarecimento aberto do direito, mediante a investigação dos interesses subjetivos. Com isso, a atual preocupação de proteção às exigências sociais se dá através de uma objetiva segurança jurídica, cujo liame é centrado na própria lei. Todavia, deve-se lembrar que essa segurança jurídica não pode criar uma vinculação do julgador com relação aos julgados preexistentes de casos sinonímicos, o que seria, conforme visto, um retrocesso. Isto porque o

juiz deve ser a expressão da democracia. Diante disto, não há razão para enclausurar o julgador em cubículos formais de procedimento, sem liberdade de movimento, e com pouquíssima liberdade criativa (Dinamarco, 1987, p. 182). Fragmentar o fato, atribuindo-lhe repercussão unicamente jurídica afronta a concepção de Estado, pois ao tratar cada problema como questão isolada acaba-se por fragmentar também a função regulatória do Poder (PORTANOVA, 2003, p. 123).

Dessa forma, galgado numa visão distinta do “dever ser” positivo, surge não mais o rigor técnico da dogmática como função essencial e imprescindível do Direito, fazendo com que não apenas a hermenêutica em si, mas a própria Teoria do Direito sofram uma profunda e marcante alteração, haja vista o caráter teleológico que as normas assumem, dado à necessidade social, transformando-o no atualmente chamado “neo-positivismo”, devido à precariedade com que o Direito, visto como sistema soberano e hermético a outros elementos socioculturais não ajuda na solução dos novos conflitos advindos da evolução da sociedade.

## **O ABORTO DE FETO ANENCÉFALO: UM CASO DIFÍCIL**

Com a evolução da sociedade no tempo e nos diversos espaços, começam a surgir novos conflitos que são tidos como verdadeiros “casos difíceis” de resolução jurídica. Isso porque a) os fatos e normas permitem mais de uma solução, b) dois ou mais princípios colidem ou, c) não existe nenhuma norma aplicável e mesmo quando existe algum precedente judicial, é necessário modificá-lo” (UNIVERSIDAD DE LOS ANDES, 1997, p. 68).

No que se refere à inexistência de normas aplicáveis ao caso em estudo, veja-se que o Código Penal Brasileiro, reza, no seu artigo 124, o seguinte: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outro lho provoque: Pena - detenção, de 1 a 3 anos.” Dessa forma, é necessário investigar o significado dado pelo tipo penal a “aborto”.

Preleciona Capez (2004, pgs. 108/109):

considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. (...) No auto-aborto só há um bem jurídico tutelado, que é o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intra-uterina.

Através da dialeticidade, confronta-se ao conceito técnico de anencefalia:

a anencefalia é resultado da falha de fechamento do tubo neural, decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais, durante o primeiro mês de embriogênese. As evidências têm demonstrado que a diminuição do ácido fólico materno está associada com o aumento da incidência, daí sua maior frequência nos níveis socioeconômicos menos favorecidos. O Brasil é um país com incidência alta, cerca de 18 casos para cada 10 mil nascidos vivos, a maioria deles do sexo feminino. O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Hoje, com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade

de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese. A maioria dos anencéfalos sobrevivem no máximo 48 horas após o nascimento. Quando a etiologia for brida amniótica podem sobreviver um pouco mais, mas sempre é questão de dias. As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrânio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado (PINOTTI, 2006).

Assim, o “aborto” referido no dispositivo legal mencionado, representa uma “zona de penumbra”, ou seja, há uma falta de clareza jurídica em indicar se o aborto referido abarcaria o caso dos fetos anencéfalos. No entanto, como foi demonstrado através do conceito de anencefalia e a objetividade jurídica do art. 124 CP, não há uma correspondência que vincule à tutela desse dispositivo àquela conduta. Cumpre trazer à baila algumas considerações sobre a imprecisão das normas jurídicas:

a incapacidade humana para prever o futuro é a base da indeterminação das regras jurídicas, expressadas numa linguagem natural. Daí as imprecisões semânticas da linguagem normativa, caracterizadas sobretudo pela vagueza e ambigüidade de suas palavras. Essa imprecisão favorece o poder discricionário do intérprete, propiciando até o processo direto de redefinição, que é a alteração de significado de um termo, possibilitando sua aplicação a situações antes não consideradas. Isto explica as inúmeras divergências doutrinárias e jurisprudenciais. A lógica do razoável, versão refinada da equidade, que aflora nos métodos teleológico e histórico-evolutivo é o processo mais apto para solucionar os casos marginais ou atípicos, da chamada zona de penumbra. (...) A interpretação funciona como uma redefinição de forma persuasiva, sob a aparência de uma definição empírica, objetiva e neutra, encobre juízos de valor diante da plurivocidade (vagueza e ambigüidade) dos conteúdos normativos (ELIAS, 2006).

Dessa forma, para solucionar o caso por esse viés - inexistência de norma expressa e reconhecimento de uma “zona de penumbra”, é imprescindível aqui invocar o ensinamento de Hart, o qual assevera:

em qualquer sistema jurídico, haverá sempre certos casos juridicamente não regulados em que, relativamente a determinado ponto, nenhuma decisão em qualquer dos sentidos é ditada pelo direito e, nessa conformidade, o direito apresenta-se como parcialmente indeterminado ou incompleto. Se, em tais casos, o juiz tiver de proferir uma decisão, em vez de, como Bentham chegou a advogar em seu tempo, se declarar privado de jurisdição, ou remeter os pontos não regulados pelo direito existente para a decisão do órgão legislativo, então deve exercer o seu poder discricionário e criar direito para o caso, em vez de aplicar meramente o direito estabelecido preexistente (2001, p. 335).

Hart alerta que, ao criar o direito, através da discricionariedade, o juiz não o faz de forma arbitrária, devendo sempre seguir “certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores” (HART, 2001, p. 336). Assim, é importante trazer à baila a forma metodológica pela qual Mello e Jesus prelecionam quanto dos limites dessa discricionariedade:

a) imparcialidade e neutralidade aos examinar as alternativas existentes, considerando, sempre, os interesses de todos os afetados no conflito; b) uma preocupação por desenvolver algum princípio geral aceitável com base razoável para esta decisão; e c) realizar uma “ponderação” e um “balanço” em seu esforço de fazer justiça em meio aos interesses do conflito (2006).

Com relação ao primeiro aspecto, no que diz respeito à imparcialidade, vejo tratar-se de matéria meramente formal, pois insculpida no art. 135 do Código de Processo Civil. Referente à neutralidade, atento que aqui diz respeito não a se isentar das motivações individuais e cargas valorativas angariadas pelo julgador, mas sim, com relação a não levar essas questões anteriormente apresentadas por cada parte, a fim de considerar todas as questões pertinentes ao caso e então, decidir de acordo com os interesses de cada envolvido, não sobrepondo o seu íntimo ao deles, a fim de evitar o pré-julgamento do caso “*sub judice*”.

Para aplicar esse primeiro requisito ao caso concreto, supõe-se, para tanto, com relação à imparcialidade, não estarem evidenciadas as circunstâncias previstas no art. 135 CPC. Já no que diz respeito à

neutralidade, o juiz, então, tomará as razões/motivações trazidas pelas partes, num estado de neutralidade que caracteriza a inexistência de pré-julgamento, conforme mencionado.

No segundo tópico, sobre o julgamento baseado num “princípio geral aceitável”, já se estaria analisando o mérito em si do caso concreto apresentado.

Assim, veja-se que a decisão esteja norteada pelo encontro de um princípio geral aceitável, através de uma fundamentação amparada pela razoabilidade. Dessa forma, o princípio que se pode alegar é que “todo aborto realizado a um feto sem vida ou sem expectativa de vida não é crime, posto não estar tipificado”. Com relação ao feto sem vida, pode-se concluir que o feto, ainda que tenha indícios de vida biológica, está acometido pela morte cerebral, tendo em vista que a patologia é caracterizada pela inexistência de córtex cerebral, o que resulta, logicamente, na inexistência de atividade cerebral.

Corroborando o encontro do princípio, veja-se, ainda, o art. 3º da lei 9.434/97 (Lei de Transplante de Órgãos):

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

Ora, em sendo a anencefalia “uma má-formação do tubo neural em que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais, uma condição popularmente conhecida como ‘ausência de cérebro’” (DINIZ, 2006a), pode ser perfeitamente admitida a imediata remoção dos órgãos, após o parto, pois já nasce sem atividade cerebral! Ou seja, a pertinência da solução não recai à constatação da vida biológica, mas sim à ocorrência da morte, circunstância que, juridicamente, não anula àquela, tratando-se de instâncias que – no caso – não se comunicam.

Dessa forma, passa-se ao terceiro ponto, que diz respeito ao juízo de “ponderação” e “balanço”, a fim de verificar a realização ou não de uma decisão justa. Aqui, vejo que na realidade se trata de uma avaliação prévia dos fundamentos utilizados para se atingir um juízo de ponderação para que, posteriormente, sejam esses fundamentos submetidos a um balanço, confundindo-se com o próprio juízo de razoabilidade, haja vista analisar-se



a ponderação - o meio - que atingiu um objetivo justo - o fim. Atinente à ponderação, e aqui não se trata de uma ponderação entre princípios, mas de argumentos intuídos da realidade, tem-se de um lado a gestante e, de outro, o feto anencéfalo.

Veja-se a opinião de Diniz:

em mais da metade dos casos, o feto não resiste sequer à gestação. E o Estado brasileiro obriga as mulheres a manter a gestação, independente de seu livre arbítrio, de sua dignidade e de seu sofrimento. Há quem diga que o sofrimento dignificaria uma mulher. Independente da matriz religiosa desta crença, o que por si só seria uma ameaça ao caráter laico do Estado, há uma diferença entre sofrimento voluntário e involuntário. Obrigar uma mulher a manter uma gestação de um feto anencefálico é um ato de sofrimento involuntário imputado pelo Estado às mulheres. (...) As mulheres brasileiras estão em luto. Elas estão em luto não apenas pela solidariedade ao sofrimento de dezenas de mulheres grávidas de fetos com anencefalia, que experimentam uma das dores mais dilacerantes que é a morte precoce do futuro filho, mas principalmente pela crueldade com que são tratadas por um Estado que não reconhece sua autonomia, sua dignidade e seu sofrimento (10.02.2006b).

Dessa forma, fazendo um balanço entre a decisão anunciada - viabilidade do aborto de feto anencéfalo - e a expectativa da sociedade para tanto, é interessante apresentarem-se os dados encontrados em uma pesquisa encomendada ao IBGE e que revelam o grau de aceitação, citada por Pontes (2006), na qual “76% da população brasileira é favorável ao aborto no caso de problemas congênitos incompatíveis com a vida, como é o caso da anencefalia.” Importante dizer que, nessa mesma pesquisa, apenas 62% da população é a favor do aborto em caso de gravidez quando há caso de estupro. Assim, confrontando o contexto, é inegável que à gestante, através da matriz-hermenêutica de Herbert Hart, não pode ser negada a realização do aborto do feto anencéfalo.

Já com relação à caracterização do “caso difícil” pela constatação de colisões principiológicas, exsurge no caso a matriz-hermenêutica desenvolvida Ronald Dworkin.

Inicialmente, impende destacar que Dworkin discorda da atribuição discricionária aos juízes, os quais “criam o direito”, como apresenta Hart. Para Dworkin, o poder discricional é por total e completamente

incompatível com a atividade do Estado-juiz. A função do juiz é encontrar e aplicar a vontade da LEI. Na ausência dessa, não pode ele inventá-la, tão somente para solucionar determinado caso.

Cumpra lembrar que o Estado-juiz aplica normas que são criadas por um órgão distinto e harmônico (Poder Legislativo), julgando de acordo com essas normas ou regras que estejam previamente positivadas, inseridas num determinado ordenamento jurídico. Assim, o Estado-juiz não tem a função de criar leis, conforme acima mencionado, uma vez que elas já estão criadas para a aplicação no caso concreto.

Entretanto, ocorre que, às vezes, é dado ao Estado-juiz um poder cuja função é atípica: legislar. Dessarte, este é um caso extraordinário, uma vez que somente há possibilidade de criar leis, ao Estado-juiz, quando da total falta de recursos jurídicos para tal, quando nem mesmo as analogias, costumes e princípios puderem resolver determinado problema, aí o Estado-juiz age como se legislador fosse, não para resolver um caso atual, mas um iminente.

O que deve ficar claro é que o Estado-juiz não pode nem deve ser legislador, pois esses são movidos por ideais políticos através de determinadas correntes ideológicas, partidárias, e aquele age segundo o Espírito das Leis, ou seja, segundo a vontade pela qual a própria lei tem em se amoldar através dos tempos para que possa suprir as necessidades sociais de haver um ordenamento que acompanhe o desenvolvimento da sociedade.

Todavia, uma questão é colocada: se não há lei para resolver o caso em questão, e o juiz não pode criar o direito, através do poder discricionário, então como resolvê-lo? Em termos jurídicos, a solução é que o direito não se resume às leis postas, tampouco poder discricionário significa julgar um caso cujo fundamento não esteja amparado pela lei! Por isso, o juiz deve observar, para resolver o caso, quais os direitos envolvidos e, então, qual dos direitos irá predominar em relação ao outro. Assim, o juiz não buscará uma possibilidade de solução, como apresentou Hart, mas sim, uma resposta correta.

Cabe ressaltar, pela sua importância, que não será por meio de um processo mecânico que se encontrará a resposta certa para o caso, mas e aqui trata-se de um “*punctun saliens*” da doutrina dworkiana, serão analisados os contextos pelos quais tais valores emergidos dos direitos de cada parte - mãe e feto - estariam relacionados, e mais: analisada será toda a função principiológica na qual se amparam esses mesmos direitos.

Dworkin atenta que a solução proposta nos casos difíceis deve levar em consideração um juízo de ponderação, através da dimensão de peso ou

importância da consequência da aplicação da conservação da dignidade. Para melhor entendê-la, veja-se:

a ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que se orientem esse sopesamento. Fala-se, aqui e acolá, em ponderação de bens, de valores, de princípios, de fins, de interesses (Ávila, 2004, p. 34).

Assim, o caso trazido à baila abarca dois direitos conflitantes. Por isso, serão ponderados dois valores oriundos de um mesmo princípio constitucional - dignidade humana!

Sobre a dignidade da pessoa humana, discorre Kant (s/d): “(...) ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio” (p. 68).

Dessa forma, a gestante está totalmente enquadrada nesse aspecto. De outro lado, o anencéfalo não goza da plenitude da dignidade humana, eis que é um projeto fadado a completa ausência de racionalidade e de vontade, não reunindo as características humanas na sua integralidade. Ademais, a impossibilidade de estabelecer vínculos futuros frustra toda a carga afetiva depositada pela gestante, tornando-se desumano exigir da mãe uma conduta que implique numa verdadeira “flagelação psicológica”, pois sonhos e esperanças são construídos sobre uma base arenosa, cuja construção jamais se consolidará, perecendo fatalmente.

Importante também trazer a lume algumas considerações de Pontes, que fala:

convém traçar um paralelo sobre a posição jurídica dos dois extremos da vida humana: o feto (aqui considerado genericamente do ovo até antes do nascimento) e o cadáver. O feto e o cadáver não possuem dignidade da pessoa humana (já que pessoas humanas não são), entretanto, possuem uma dignidade relativa. O feto pelo que ele pode vir a ser e o cadáver pelo que foi.

(...)

É que o pode ser (o feto) ou o que foi (o cadáver) jamais pode prevalecer sobre o que é (a pessoa humana). A gestante e o estudioso da medicina possuem direito à vida e dignidade da pessoa humana em suas formas plenas. O feto e o cadáver não (2006).

Dessa forma, invocando essa ponderação, quanto aos valores atribuídos à mãe e ao feto, é imperioso reconhecer a prevalência da dignidade da pessoa humana em sua forma plena (gestante) em confronto à relativa (feto anencéfalo), considerando que aquela diz respeito ao ser humano enquanto aquilo que realmente é (plano do existente), e esse aquilo que jamais poderá ser.

## **CENÁRIO ATUAL NO BRASIL**

O entendimento das duas correntes hermenêuticas, hartinianas e dworkianas, sobre o caso investigado, levam à conclusão da viabilidade do aborto de feto anencéfalo e isso encontra correspondência no cenário brasileiro atual, na resolução desse caso difícil.

Nesse sentido, o entendimento jurisprudencial majoritário do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul acolhe a permissão do aborto no caso de anencefalia (Apelações Crime N° 70012840971, N° 70011918026, N° 70011400355, N° 70005037072, Mandado de Segurança N° 70005577424, entre outras).

Além disso, o próprio Poder Legislativo foi sensibilizado por essa questão, pois tramitam dois projetos de leis no Congresso Nacional, de números 4403/2004 e 4834/2005, que visam à inclusão do aborto de anencéfalos no rol do art. 128 do Código Penal, artigo que considera casos em que há atipicidade na prática abortiva.

Não obstante, a Ordem dos Advogados do Brasil exarou um parecer concluindo que “a interrupção da gravidez de feto anencefálico (sem cérebro) não é prática abortiva” (CONSULTOR JURÍDICO, 2006).

Importante trazer, também, a decisão do eminente Min. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, com a ressalva de que o pleno adotou posição diversa, no julgamento da ADPF 54 MC / DF - Distrito Federal (Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental), o qual assevera:

no caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevivida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razões em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até

aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie (AURÉLIO, 2004).

Enfim, o cenário nacional aponta, indubitavelmente, ao reconhecimento pleno e legalmente expresso do direito à mãe-gestante em realizar o aborto nos casos de anencefalia.

## CONCLUSÃO

Constatou-se que, embora geradora de dissenso, as leituras propostas a partir dos modelos teóricos de Hart e Dworkin, apresentaram as mesmas respostas. Essa convergência no caso analisado, a partir de matrizes distintas, estão em consonância com o esperado pela população, conforme dados de pesquisa mencionados no trabalho. É de se ressaltar que a pesquisa também demonstrou que metodologias distintas de compreensão do direito podem se harmonizar em termos de respostas, auxiliando na justificação racional das decisões emanadas pelo Estado (enquanto legislador e/ou mantenedor da harmonia social diante dos casos concretos).

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AURÉLIO, Marco. Relator - **Medida cautelar em arguição de descumprimento de preceito fundamental nº. 54** - DF. Julgamento: 01.07.2004. Publicado: DJ 02.08.2004 P. 00064.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** - da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros Editores.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal** - parte especial, 2 vol. 4ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

CONSULTOR JURÍDICO. **Linha tênue**: “interrupção de gravidez de anencefálico não é aborto”. 16.8.2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/28889,1>>. Acesso em: 10 fev. 2006.

DINIZ, Débora. **Anencefalia**. Portal Oficial do Governo do Distrito Federal - Secretaria da Saúde, 11.01.2006. Disponível em: <[http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD\\_CHAVE=27146](http://www.saude.df.gov.br/003/00301009.asp?ttCD_CHAVE=27146)>. Acesso em: 02 fev. 2006a.

\_\_\_\_\_. **O luto das mulheres brasileiras**. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia3.htm>>. Acesso em 10 de fev. 2006b.

ELIAS, Paulo Sá. **Comentários sobre os fundamentos axiológicos da hermenêutica com base nos escritos do professor José Ricardo Cunha**. Escritório On-line. 08.03.2003. Disponível em: <[http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id\\_noticia=3695&](http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=3695&)>. Acesso em: 05 jan. 2006.

FERRARA, Francesco. **Como aplicar e interpretar as leis**. Tradução de Joaquim Campos de Miranda. Belo Horizonte: Livraria Líder e Editora Ltda, 2005.

HART, Herbert L. A. **O conceito de Direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3ª ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Edições 70: Lisboa, s/d.

PINOTTI, José Aristodemo. **Anencefalia: Opinião**. Febrasgo, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia. 11.01.2006. Disponível em: <<http://www.febrasgo.org.br/anencefalia2.htm>>. Acesso em: 20 jan. 2006.

PONTES, Manuel Sabino. **A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade**. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 859, 9 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 02 fev. 2006.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES. **La decisión judicial** / H. L. A. Hart y Ronald Dworkin; estudio preliminar de César Rodríguez. Santafé de Bogotá: Siglo del Hombre Editores - Facultad de Derecho, 1997.