

UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO

ÍCARO BRAGA DE SOUSA

ABORTO DE ANENCÉFALO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

SOUSA

2013

ÍCARO BRAGA DE SOUSA

ABORTO DE ANENCÉFALO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

Monografia apresentada junto ao Curso de direito da Universidade Federal de Campina Grande, como Requisito parcial a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. André Gomes Alves

SOUSA

2013

ÍCARO BRAGA DE SOUSA

ABORTO DE ANENCÉFALO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

Monografia apresentada junto ao Curso de direito da Universidade Federal de Campina Grande, como Requisito parcial a obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Banca Examinadora:

Data de aprovação:

Prof. André Gomes Alves
Professor Orientador

Examinador (a)

Examinador (a)

"Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo."

Gandhi, Mohandas

AGRADECIMENTOS

A vitória de está concluindo um curso tão almejado me remete a agradecer aqueles que me impulsionaram a prosseguir rumo a esta conquista:

A Deus que me fez existir;

Aos meus pais, Mendes e Jacqueline, que com seu testemunho de vida me fizeram acreditar no poder do conhecimento e da aprendizagem;

Ao meu irmão Matheus e a minha cunhada Camila que por muitas vezes me encorajaram a prosseguir nos momentos mais difíceis;

Ao meu sobrinho Levi que me faz contemplar um futuro promissor;

Aos meus familiares, avós, tios, primos que me fazem acreditar no poder da família em nossas vidas;

Aos meus queridos mestres que me concederam o prazer de partilhar mais do que conhecimento;

Aos colegas, amigos, parceiros que transformaram a jornada estudantil em cinco anos de muito companheirismo;

A minha namorada, Uly, por sempre estar ao meu lado em todos os momentos, me ajudando e apoiando.

Ao meu avô João (in memorian) que com seu exemplo de dignidade me fez compreender o valor do respeito à vida;

A todos vocês o meu mais sincero e profundo agradecimento.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ANIS	Institutos de Bioética, Direitos Humanos e Gênero
ART(S)	Artigo(s)
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
CFM	Conselho Federal de Medicina
CNBB	Conselho Nacional dos Bispos do Brasil
CNTS	Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde
CP	Código Penal
CREMESP	Conselho Regional de Medicina de São Paulo
DSTN	Defeito de Soldadura do Tubo Neural
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

RESUMO

A presente monografia que tem como tema “Aborto de feto Anencéfalo: a inconstitucionalidade da legalização”, tendo como objetivo analisar de forma crítica a questão do aborto de feto anencéfalo focando as manobras abortivas, as formas legais de aborto no Brasil, correlacionando às leis atuais brasileiras que regem esta temática. No primeiro capítulo é abordado o direito a vida e a dignidade da pessoa humana. Em seu segundo capítulo discorre sobre a Anencefalia e aborto, tomando como base os fundamentos médicos e jurídicos que dispõe sobre o assunto e, por fim, no terceiro capítulo acende reflexões sobre a ADPF nº 54 e sua inconstitucionalidade, adotando como base o direito mais importante consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro: a vida.

PALAVRAS CHAVE – Aborto, Anencefalia, Direito à vida, ADPF 54.

ABSTRACT

This monograph whose theme is "Abortion anencephalic fetus: the unconstitutionality of legalization," aims to analyze critically the issue of abortion from anencephalic fetus focusing maneuvers abortion, the legal forms of abortion in Brazil, correlating to current laws Brazilian governing this issue. The first chapter deals with the right to life and human dignity. In his second chapter discusses anencephaly and abortion, based on the fundamentals medical and legal offers on the subject, and finally, in the third chapter illuminates reflections on ADPF No. 54 and its unconstitutionality, taking as a basis the most important right enshrined in Brazilian law: life.

KEYWORDS - Abortion, anencephaly, Right to Life, 54 ADPF

SUMÁRIO

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIREITO À VIDA.....	12
2.1 QUANDO SE INICIA A VIDA ?	13
2.2 TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INICIO DA VIDA	15
2.2.1 TEORIA CONCEPCIONALISTA.....	15
2.2.2 TEORIA NATALISTA	16
2.2.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL.....	17
2.3 A TUTELA JURÍDICA DA VIDA HUMANA.....	17
2.3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CARTA MAGNA	18
2.4 O DIREITO A VIDA É ATEMPORAL.....	19
3. ANENCEFALIA	21
3.1 O QUE É ANENCEFALIA?	21
3.1.1 COMO OCORRE A ANENCEFALIA	22
3.1.2 HÁ CHANCE DE SOBREVIDA NO FETO ANENCÉFALO?.....	23
3.2 ABORTO	24
3.2.1 HISTÓRICO ACERCA DO ABORTO	24
3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO ABORTO	26
3.3.1 ABORTO HONORIS CAUSA	27
3.3.2 ABORTO SOCIAL OU ECONÔMICO	28
3.3.3 ABORTO EUGÊNICO	28
3.4 ANENCEFALIA COMO REFLEXÃO	29
4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADPF Nº 54	31
4.1 ADPF 54	31
4.1.2 A QUESTÃO DO ABORTO E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA.....	33
4.2 A LEGALIZAÇÃO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE	34
4.2.1 OPINIÃO DOS JURISTAS	36
4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS SOBRE A INTERRUÇÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE ANENCEFALIA	37

4.3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS	38
4.3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS.....	40
5. CONCLUSÃO	42
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	43
ANEXO.....	45

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico objetiva fomentar discussões reflexivas sobre o aborto de anencéfalos e as leis que regem este ato. Discorrer sobre este tema complexo e controverso instiga a nos apropriar das questões inerentes ao direito à vida e a dignidade humana perpassando a temática do aborto e sua legalização. A Anencefalia é considerada uma má formação fetal congênita, conhecida popularmente como ausência de cérebro. O aborto nestes casos resulta em grandes discussões e polêmicas no tocante ao tema em questão, no Brasil.

O paradoxo entre o direito à vida e os princípios jurídicos centra-se na questão do feto ter ou não expectativa de vida, tendo em vista, que o direito a vida possui um status de supremacia, inviolabilidade e irrevogabilidade se sobrepondo aos demais direitos. O ordenamento jurídico brasileiro não permite a interrupção da vida, exceto nos casos previstos na legislação infraconstitucional e penal. No caso da ADPF 54 surge a seguinte problemática: Com relação à interrupção da gestação do feto anencéfalo, estaria ou não sendo feridos os princípios constitucionais do direito a vida e a dignidade da pessoa humana?

O interesse pelo tema Aborto de fetos Anencéfalos é justificado por se tratar de uma questão atual e bastante polêmica, e por apresentar um caráter controverso proveniente do resultado da ADPF nº54 que decidiu pela procedência da Arguição de descumprimento de preceito fundamental, permitindo que gestantes de fetos anencéfalos tenham direito a interromper a gravidez.

O presente trabalho tem como objetivo principal analisar, de forma crítica, a questão do aborto de feto anencéfalo, apreciando a decisão da ADPF nº54 e mostrando a inconstitucionalidade da decisão, que fere princípios constitucionais balizadores e tendo em vista que tal decisão pode abrir uma brecha enorme para a descriminalização do aborto em nosso sistema judiciário. Mais especificamente tratar sobre uma análise crítica sobre a ADPF 54, Correlacionar o aborto por anencefalia e o direito atual brasileiro e identificar a inconstitucionalidade presente na legalização do aborto de fetos anencéfalos.

A metodologia empregada foi o método comparativo e dedutivo, com pesquisa teórica, bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, buscando posições científicas e doutrinárias pró ou contra o aborto de feto anencéfalo.

Essa monografia, portanto, esboça caminhos para profundas reflexões sobre o tema abordado, não só para os operadores do Direito, mas para sociedade no todo.

2. DIREITO À VIDA

O direito à vida, sempre foi considerado primordial dentre os direitos humanos e todas as suas declarações universais, pois é, pressuposto essencial para obtenção e uso dos demais direitos. Deve-se notar o seu valor de símbolo pela sua tardia inserção na carta constitucional, pois é um direito mais antigo que a própria teoria dos direitos fundamentais, sendo ele considerado, segundo Reale(1994) “fonte primária dos outros bens jurídicos”. Deve ser um direito analisado de forma especial por tratar do objeto mais valioso que está protegido pela tutela jurisdicional, a vida humana.

Não faria sentido decretar qualquer outro direito, se antes não fosse garantido o próprio direito de estar vivo para desfrutá-lo. Por isso o direito a vida é a premissa dos direitos promulgados pelo constituinte.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º *caput*, assevera que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.” Tal Norma constitucional assegura, portanto a inviolabilidade do direito a vida, como assevera Diniz(2009, p. 32)

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, conseqüentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.

Diante desse exposto deve se entender que o direito a vida e a dignidade da pessoa humana é *clausula pétrea*, portanto imodificável, não podendo nem se propor emenda que tente aboli-la. Diniz (2009, p.22) também constata que :

A vida é um bem jurídico de tal grandeza que se deve protegê-lo contra a insânia coletiva, que preconiza a legalização do aborto, a pena de morte e a guerra, criando-se normas impeditivas da prática de crueldade inúteis e degradantes.

Assim o direito a vida é protegido por normas jurídicas em qualquer ramo do direito, pois a vida esta acima de qualquer lei e esta intacta a qualquer ato do poder publico, devendo ser protegida de qualquer forma e de quem quer que seja, até mesmo contra seu titular, pois é irrenunciável e irrevogável. Porém, a carta magna não estabelece qualquer distinção à tutela da vida humana, pois protege qualquer manifestação da possibilidade de uma futura vida.

Partindo dessa premissa surgem as questões decorrentes ao inicio da vida e em qual momento ela adquire proteção do ordenamento jurídico. A legislação vigente ainda carece de uma regulamentação no tocante ao momento inicial da vida, o que motiva a proliferação de várias teorias a respeito do assunto.

2.1 QUANDO SE INICIA A VIDA ?

Uma questão fulcral que deve ser tratada é quando a vida se torna um bem protegido pela tutela jurídica. De acordo com o entendimento da biologia a vida se inicia quando o espermatozóide encontra o óvulo e eles combinam seus genes, formando assim o zigoto com um conjunto genético único, não sendo esse um entendimento aceito de forma unanime. Diante dessa não aceitação, a que ramo se pode dar essa missão de estabelecer o marco inicial da vida, ao Direito, à Biologia, à Filosofia ou à Medicina?

Existem várias visões a respeito de quando se dá o inicio da vida, sendo elas religiosas e científicas, podendo se resumir da seguinte forma de acordo com o site da revista Galileu:

Visões Científicas :

- Genética: A vida se inicia com a fecundação entre óvulo e espermatozóide, formando um zigoto. Criando assim um indivíduo com direitos iguais a quaisquer outro.
- Embriológica: A vida se inicia na terceira semana de gestação, quando ocorre o estabelecimento da individualidade humana. Isso ocorre até doze dias após a fecundação, onde o embrião pode se dividir e dar origem a mais indivíduos.
- Neurológica: Utiliza-se o mesmo principio da morte para a vida, isto é, se a

vida tem seu termino com o fim da atividade cerebral, ela também terá inicio quando o feto exhibir atividade cerebral igual ao de uma pessoa. Sendo essa data não consensual entre os cientistas, alguns dizem haver sinais já na oitava semana, outros na vigésima.

- Ecológica: A vida se inicia com a capacidade de sobreviver fora do útero, pois só dessa forma ele se torna independente. Especialistas consideram que um feto só se mantém vivo com os pulmões totalmente formados, o que acontece entre a vigésima e a vigésima quarta semana de gravidez.

- Metabólica: Assevera que o debate sobre o inicio da vida é irrelevante, já que não existe um momento definitivo para o começo da vida. Espermatozoides e Óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa, sendo o desenvolvimento do feto um processo continuo não havendo uma marca inicial para o inicio da vida.

Visões Religiosas:

- Catolicismo: A vida tem inicio na concepção, no momento em que o óvulo é fertilizado ele forma um ser vivo pleno, e não um ser potencial.

- Judaísmo: A vida se inicia apenas no quadragésimo dia, quando se acredita que o feto começa a atingir a forma humana.

- Islamismo: A vida tem inicio quando Alá sopra a alma no feto, por volta de 120 dias após a fecundação.

- Budismo: Não existe um marco para o inicio da vida, pois ela é um processo ininterrupto. No budismo, os seres humanos dependem de vários outras formas de vida, sendo apenas mais uma entre elas.

- Hinduísmo: A vida se inicia na fecundação, quando a alma e a matéria se encontram. Possuindo o embrião alma, deve ser tratado como um humano em todos os seus direitos.

Observa-se que não se chega ao consenso quanto ao momento do inicio da vida devido, a gama de entendimentos e valores culturais e religiosos próprios. Porém não se deve fechar os olhos para tal debate, tendo em vista que traz em seu ensejo consequências jurídicas essenciais. Pode-se trazer como exemplo para tal debate o caso em que se considerar a visão concepcionista, em que o inicio da vida decorre a partir da fecundação, a utilização de pílulas do dia seguinte teria natureza abortiva, enquanto se ocorrer o entendimento em que o inicio da vida ocorre com a nidação, corrente que defende que a vida humana só se inicia no décimo quarto dia

de gestação quando ocorre à organização do feto, tal caso não ocorrera. Nesse caso assevera Maria Helena Diniz (2009, p. 20) :

“Já se decidiu que, o nascituro goza de personalidade jurídica desde a concepção. O nascimento com vida diz respeito à capacidade de exercício de alguns direitos patrimoniais”.

Contudo doutrinadores e estudiosos estão propensos a levar-se por influência de seus valores pessoais e morais quando se trata da elaboração de um conceito tão delicado. Portanto o que se deve levar em primazia ao tentar estabelecer um marco definitivo são os princípios fundamentais elencados em nossa carta magna, dando atenção mais notável à dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

Entende-se, portanto que a vida humana tem início com a concepção, e o feto apresenta-se como um ser de individualidade própria, apresentando-se como um ser humano, independente do grau de evolução fetal, e do que as normas jurídicas estabeleçam.

2.2 TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

A morte do ser humano é definida a partir da parada de funcionamento do cérebro, morte cerebral, conceito esse evoluído através dos tempos para permitir a doação de órgãos. Deve-se ter o entendimento principalmente das visões jurídicas acerca do início da vida humana.

2.2.1 TEORIA CONCEPCIONALISTA

De acordo com os concepcionistas a vida tem sua origem no momento em que ocorre a fecundação do óvulo com espermatozóide, instante esse que se dá o nome de concepção.

Tal teoria, mesmo havendo divergências, é a utilizada em nosso ordenamento jurídico, de acordo com artigo 2º do código civil de 2002, que determina que “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.” Silmara J. Chinelato Almeida afirma (2008, p.08):

Considerando a não-taxatividade do art.2º, a previsão expressa de direitos e *status* ao nascituro, bem como o conceito de personalidade, sustento que o Código Civil filia-se à corrente concepcionista que os reconhece, desde a concepção, como já ocorria no Direito romano. Não me parece adotar a corrente natalista, prevista apenas na primeira parte do artigo e que não se sustenta em interpretação sistemática. Nem é correto afirmar que se adota a corrente da personalidade jurídica condicional, pois os direitos patrimoniais, incluindo os direitos da personalidade, não dependem do nascimento com vida, e, antes, a ele visam [...].

Deve-se concluir que a teoria em questão, afirma que o embrião humano deve ser considerado desde o momento de sua fecundação um sujeito detentor de direitos, em primazia a vida e a sua dignidade da pessoa humana, sobrepujando o direito da autonomia da mulher.

2.2.2 TEORIA NATALISTA

Para essa teoria o nascituro teria somente expectativa de direitos, só adquirindo personalidade com o nascimento com vida. De acordo com os natalistas o nascituro não é considerado pessoa, dependendo da mãe para conseguir se desenvolver. Ruggiero (1934, p. 342-342) apud Semião (2000, p.42) assevera de forma clara :

Antes do nascimento o produto do corpo humano não é ainda pessoa, mas uma parte das vísceras maternas. No entanto, com esperança que nasça o direito tem-no em consideração, dando-lhe uma proteção particular, reservando-lhe os seus direitos e fazendo retroagir a sua existência, se nascer ao momento da concepção. A equiparação do concebido ao nascido (*conceptus pro iam nato hebetur*) é feita pelo direito só no seu interesse, pelo que não aproveita a terceiros e exerce-se por um lado, com o instituto do curador ao ventre, com o fim de vigiar os direitos que competirão ao nascituro.

Entende-se que mesmo não considerando o nascituro como pessoa, terá ele proteção legal desde a sua concepção. Porém a Teoria natalista possui uma irresolução que não consegue encontrar resposta, se o nascituro não é pessoa deveria ele ser considerado uma coisa? A resposta deve ser positiva, pois para tal teóricos existira apenas expectativa de direito.

A teoria natalista também não consegue proteger direitos mais modernos, tais como os que resguardam a proteção dos direitos do embrião, no caso de

reprodução assistida.

Pode-se concluir que a teoria natalista vem de encontro com o direito civil pós-moderno, que assegura de forma mais ampla a proteção dos direitos a personalidade, e nega ao nascituro direitos tidos como fundamentais, nos casos do direito à vida, a alimentos, à investigação de paternidade, ao nome e à imagem. Após toda essa demonstração percebemos o quão é ultrapassada tal corrente doutrinária.

2.2.3 TEORIA DA PERSONALIDADE CONDICIONAL

De acordo com tal teoria os direitos do nascituro somente serão obtidos após o nascimento com vida, sendo está uma condição obrigatória para que seus direitos sejam efetivados. Se tal condição não se concretizar haverá só uma expectativa de direitos sobre o nascituro. Corrobora com esse pensamento Gustavo Tepedino (2002, p.04):

A teoria da personalidade condicional consiste na afirmação da personalidade desde a concepção, sob condição de nascer com vida. Desta forma a aquisição de direitos pelo nascituro operaria sob a forma de condição resolutiva, portanto, na hipótese de não se verificar o nascimento com vida não haveria personalidade.

Assim como a teoria concepcionista, o nascituro passa a apresentar expectativa de direitos desde sua concepção, porém há uma diferença, pois para a teoria da personalidade condicionada deve haver uma condição para efetivação desses direitos, que seria o nascimento com vida. Tal teoria se aproxima bastante do código civil brasileiro, pois não atribui direitos, apenas expectativa de direitos ao nascituro.

2.3 A TUTELA JURÍDICA DA VIDA HUMANA

Sendo a vida, o bem de um valor extremamente elevado, cabe a Constituição Federal de 1988 e toda a normatização infraconstitucional que vigora no Brasil tutelar juridicamente sobre o bem. Decorrendo os demais direitos do direito à vida, e sendo imutável por cláusula pétreia, por isso é de grande relevância que se aprofunde o estudo das normas que defendem o direito a vida. Não se deve

esquecer-se de realizar uma análise sobre o componente filosófico dos princípios, que apresentam vários fatores do filósofo, e mostra uma diversificação de acordo com o espaço e o tempo. Reale (1994, p.645) assevera:

A escola do direito natural ou jus naturalista distingue-se da concepção aristotélico-tomista por este motivo principal: enquanto para Santo Tomás primeiro se dá a “lei” para depois se pôr o problema do agir segundo a lei, para aquela corrente põe-se primeiro o “indivíduo” com o seu poder de agir, para depois se pôr a “lei”. Para o homem do renascimento o dado primordial é o indivíduo, como ser capaz de pensar e agir. Em primeiro lugar está o indivíduo, com todos os seus problemas, com todas as suas exigências. É da autoconsciência o indivíduo que vai resultar a lei.

Pode-se perceber que de acordo com o pensamento dessa corrente filosófica deve-se por primeiro o agente com sua autoridade de atuar, e em segundo plano se coloca a lei. Pois a partir dos problemas e exigências do agente e de sua autoconsciência que vai se alcançar o resultado final, a lei.

Ocorre o aprimoramento e conforme o entendimento da citação utilizada acima, o mundo deve seguir a evolução social, devendo passar a refletir de forma diferente. Realizando uma breve análise da Carta Magna percebe-se que não há estabelecimento de um período exato para a proteção e tutela do direito à vida, dessa forma deve se entender que desde a concepção até a morte sendo ela natural ou não, a constituição certifica o direito a ela. A lei tem necessidade de adequação de acordo com as mudanças e as necessidades da sociedade, portanto é de relevante importância o estudo e a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois somente dessa forma a Carta Magna garantirá de forma certa e continua à vida e garantir que qualquer ser humano possa viver com o mínimo de dignidade.

2.3.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CARTA MAGNA

O Estado democrático de direito, tem o dever de proteção ao direito à vida, direito este que esta acima de qualquer outro, devendo ser reconhecido seu valor assim como o da dignidade da pessoa humana, presentes no art.1º, inciso III, e o art.5º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, que apresenta o seguinte texto:

“Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união

indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

(...)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

É de suma importância ressaltar também a visão de Reale (1994, pag.644): “O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade.” Tal princípio completa o teor mínimo dos direitos humanos fundamentais. Realizando uma análise do pensamento político e filosófico da Antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana relatava que a posição social ocupada pelo ente e o seu grau de reconhecimento pela sociedade, pode-se expor uma classificação e modulação da própria dignidade, tendo o sentido de aceitar que existem entes mais dignos ou menos dignos.

Analisando o pensamento estóico, pode-se notar que a dignidade era uma qualidade do ente, e deveria ser algo que distinguiria o ser humano das demais criaturas, sendo todos os humanos dotados da mesma dignidade, sendo o ente livre e responsável por suas ações. Kant(2008) assegura que a dignidade é “a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana.” Tal apreciação demonstra o valor da dignidade e a coloca acima de qualquer outra coisa.

Deve-se entender que é dignidade da pessoa humana ter direitos invioláveis, pois está diretamente ligada a todos os grupos sociais, tendo que haver sua proteção, pois só assim a sociedade poderá respeitar as normas projetivas e o ser humano e seus valores.

2.4 O DIREITO A VIDA É ATEMPORAL

Não há como avaliar quanto tempo irá durar a existência humana. O nascituro é ser humano e não pode ser tratado com uma coisa, e o feto anencéfalo, assim como o feto que não apresenta tal problema, certamente nascerá, e tem expectativa

de vida mesmo que seja mínima, de segundos ou até mesmo de meses, não se pode dar certeza a esse fato. Devido a isso, se tem que colocar o direito à vida no topo dos direitos fundamentais, e mostrar, sem dúvida alguma, que a vida começa no momento da concepção. De acordo com Garcia (2004, p. 07):

O direito prevê e estabelece direitos, personalidade jurídica e aqui, efetivamente, não importa adentrar a clássica divisão doutrinária da área civil (natalistas e concepcionistas) nem considerar se este ou aquele ordenamento jurídico não tenha acolhido a teoria concepcionista. Importa, sim, que o Direito admita essa possibilidade e que um sistema jurídico a consagre. Trata-se de uma realidade biológica de que a pessoa começa na concepção, inevitavelmente, no momento em que se inicia a fecundação e o embrião ou pré-embrião existe, com uma carga genética própria, desenvolvendo-se a partir daí, até a cessação da vida bio-psíquica-jurídica, a morte. Em outros termos, no momento biológico do início da vida – que é esta cuja inviolabilidade vem protegida na Constituição aqui, já em área de Direito Constitucional, e especificamente da Constituição Brasileira, área em que a divisão doutrinária da teoria civilista deve ficar ao largo, em face dos avanços da Biociência, haverá necessidade de rever o conceito privatista de pessoa humana.

Realizando uma breve análise do texto, percebe-se que desde o momento da concepção existe a individualização da vida, existindo a mudança apenas dos períodos da vida, mas existindo os mesmos direitos da concepção a morte. É de suma importância afirmar que a vida é um bem inalienável, e nem mesmo uma má formação congênita, como a anencefalia, pode servir como justificativa para se retirar a vida de outrem.

Sendo o direito à vida algo atemporal, não há momento exato para que nossa Constituição Federal de 1988 inicie a tutela sobre o ser humano. Portanto o aborto nada mais é que um atraso na nossa lei penal, e que bate de frente com o direito a vida e o princípio da dignidade da pessoa humana presente na nossa carta magna.

3. ANENCEFALIA

3.1 O QUE É ANENCEFALIA?

Para se aprofundar sobre o estudo jurídico do aborto de fetos anencéfalos é de suma importância entender o que é a anencefalia, pois somente dessa forma podemos ter uma visão geral e mais científica do caso. Analisando etimologicamente a palavra anencefalia, que deriva dos termos gregos, an (privação de) e encéfalos (enkephalos), que significa cérebro, sendo a união delas formadoras do termo “privado de cérebro”, o dicionário Aurélio define anencefalia como “Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abobada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro.” Realizando a análise do conceito se nota que há um diagnóstico preciso para a anencefalia, porém não se pode indicar o nível exato que vai afetar o feto. De acordo com Diniz (2007, p.277):

Pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Não há explicação coesa para o acontecimento dessa anomalia. O exame mais comum para a identificação desse mal é a ecografia. Ainda assim não há como afirmar que aquele feto não tem seus direitos garantidos, pois mesmo tendo apenas uma parcela de seu cérebro, e tendo apenas expectativa mínima de vida, ele continua sendo um ser humano, e tem todos os seus direitos resguardados desde sua concepção.

3.1.1 COMO OCORRE A ANENCEFALIA

De acordo com Sadler (1997), tal má-formação está relacionada a diversos elementos caráter genético ou ambiental, sendo na maioria dos casos pela diminuta ingestão de ácido fólico (Vitamina B), não havendo forma exata para evitar o problema. Nota-se que é uma anomalia que ocorre moderadamente, sendo o Brasil o quarto país em que aparecem o maior número de casos de fetos anencéfalos, tendo uma proporção de um para cada setecentos bebês nascidos vivos, sendo mais frequente entre mulheres, onde se acentua essa proporção até quatro vezes.

A anencefalia é uma má-formação congênita que ocorre entre o vigésimo e o vigésimo oitavo dia após a concepção (Sandler 1998), e faz parte da família de DSTN (defeitos de soldadura do tubo neural). Quando acontece a evolução normal das placas neurais, elas se dobram sobre si mesmas e geram o tubo neural, e daí se derivará a coluna vertebral e a medula espinhal, após várias alterações, a ponta superior do tubo neural vai se converter no encéfalo. Quando ocorre o DSTN, o tubo neural não consegue se fechar, isso causa a má formação cerebral. Os fetos que exibem esse problema nascem desprovidos de couro cabeludo, meninges, calota craniana, cerebelo e cérebro com seus hemisférios, tendo somente o seu tronco cerebral preservado de forma íntegra, sendo eles amparados somente por uma delicada membrana.

Quando o feto apresenta tal má formação apresenta uma expectativa de vida reduzida, pois quarenta por cento vem a óbito intrauterinamente e vinte e cinco por cento ao nascer, os demais podem morrer em algumas horas, ou sobreviver por anos. Deve-se entender que os fetos que apresentam tal problema não apresentam uma porção cerebral, mas com o tronco cerebral e o bulbo funcionando de maneira perfeita. De acordo com Langaman (1997) “O bulbo controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos, e alguns atos reflexos (deglutição, vômito, a tosse e o piscar dos olhos)”. É de suma importância remeter o estudo do direito a vida realizado anteriormente, pois somente dessa forma pode haver a certeza da defesa dos direitos dos fetos anencéfalos. Assim se o feto respira e tem movimentos, como devemos lhe tolher o direito a nascer e viver dignamente.

3.1.2 HÁ CHANCE DE SOBREVIDA NO FETO ANENCÉFALO?

De acordo com o procedimento usual, medico legal, o feto tem uma chance mínima de sobrevivida, podendo na maioria dos casos vir a falecer ainda no ventre da mãe, ou segundos após o parto, porém existem exceções como no caso da menina Vitória de Cristo que nasceu em 13 de fevereiro de 2010 em São Paulo, e foi diagnosticada como acraniana, porém seus pais foram contra a interrupção da gravidez, e o feto que não tinha nenhuma expectativa de vida, viveu mais de dois anos e apresentava reflexos e sentimentos como qualquer outra criança, não sendo um “vegetal” como a maioria da população leiga trata o feto anencéfalo.

Dessa forma deve-se defender o direito a vida do embrião, e o foro íntimo da mãe, pois para ela, aquele feto que irá nascer é em seu pensamento uma pessoa como todas as outras, que tem seus direitos e deveres salvaguardados na Carta Magna. Quanto à gestação existe um risco mínimo para a mulher, o mesmo se ela estivesse, portanto um embrião normal em seu ventre.

Como se pode tirar a vida de um ser vivente, que tem o direito de nascer resguardado e não traz nenhum risco a mãe, isso seria no mínimo deveras cruel, fisicamente para o feto, que teria sua vida tolhida, e psicologicamente para mãe, que saberia que abortou seu filho mesmo tendo em seu foro íntimo que ele poderia ter nascido com vida, e ter uma vida digna, mesmo sendo curta.

No Código Penal de 1941 só há dois casos em que mãe poderia realizar o aborto, e que estão descritos no Art. 128, incisos I e II do CP/1941.

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Nesse caso percebemos que nos dois casos o foro íntimo da mulher foi atingido de forma brutal, no primeiro inciso, se defende o direito a vida da mãe sobre o feto, já no segundo a mulher que foi atingida por estupro, sendo uma forma de violência mais psicológica do que realmente física. No caso do aborto do feto anencéfalo a mulher irá correr muito mais riscos físicos e psíquicos, que em diversas

ocasiões se mostram irreversíveis. Portanto, tem-se que observar também a proteção da saúde da mulher, pois deve se preponderar sobre o que seria mais danoso para ela, continuar a gestação e ver seu filho nascer e morrer de forma natural, nem que fossem instantes após o nascimento, ou passar por uma situação traumática que seria o aborto do feto anencéfalo.

3.2 ABORTO

O direito tem como uma de suas inúmeras finalidades, a ordenação social, no entanto para que isso se concretize é preciso que haja primordialmente a proteção a vida. Pois é partindo desse pressuposto, que irão se formar as demais relações jurídicas, sendo elas lícitas ou ilícitas, que a sociedade como um todo pode desenvolver.

Portanto a tutelação sobre o direito a vida esta acima de todas as outras na escala de relevância da sociedade. A vida intrauterina esta protegida nos arts. 124 a 127 do CP (código penal). Para um entendimento mais aprofundado do tema é necessária uma análise histórica sobre o crime de aborto.

3.2.1 HISTÓRICO ACERCA DO ABORTO

Indubitavelmente o aborto é um dos temas mais delicados, complexos e que mais se discutem em nossa jurisprudência moderna, porém para se ter a real noção da importância do debate nesse tema deve-se tecer um breve histórico acerca do aborto. Etimologicamente a palavra aborto, deriva do termo “ab-ortus”, “Ab” significa privação e o termo “ortus” equivale a nascimento, portanto a palavra deriva do latim “aboriri” (separado do lugar adequado).

Tem-se notícias de técnicas abortivas desde os mais remotos tempos, como por exemplo, na china no ano XXVIII antes de cristo. A partir daí, os povos antigos passaram a debater sobre a problemática, porém eles se limitavam quando as discussões sobre o tema trazendo criticas somente de caráter moral. Um dos grandes nomes da medicina antiga, Hipócrates, foi uns dos primeiros estudiosos a realizar uma pesquisa mais científica sobre o assunto, preocupando-se sobre questões pertinentes tais como o quadro clinico, o tratamento e as formas para

induzi-lo, contudo tais estudos iam diretamente em confronto ao juramento realizado por ele e por todos os estudiosos da área das ciências médicas até os dias atuais, O cremesp em seu site traz o juramento de Hipócrates, que diz:

"Eu juro, por Apolo médico, por Esculápio, Hígia e Panacea, e tomo por testemunhas todos os deuses e todas as deusas, cumprir, segundo meu poder e minha razão, a promessa que se segue:

Estimar, tanto quanto a meus pais, aquele que me ensinou esta arte; fazer vida comum e, se necessário for, com ele partilhar meus bens; ter seus filhos por meus próprios irmãos; ensinar-lhes esta arte, se eles tiverem necessidade de aprendê-la, sem remuneração e nem compromisso escrito; fazer participar dos preceitos, das lições e de todo o resto do ensino, meus filhos, os de meu mestre e os discípulos inscritos segundo os regulamentos da profissão, porém, só a estes.

Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém.

A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda. Do mesmo modo não darei a nenhuma mulher uma substância abortiva.

Conservarei imaculada minha vida e minha arte.

Não praticarei a talha, mesmo sobre um calculoso confirmado; deixarei essa operação aos práticos que disso cuidam.

Em toda casa, aí entrarei para o bem dos doentes, mantendo-me longe de todo o dano voluntário e de toda a sedução, sobretudo dos prazeres do amor, com as mulheres ou com os homens livres ou escravizados.

Àquilo que no exercício ou fora do exercício da profissão e no convívio da sociedade, eu tiver visto ou ouvido, que não seja preciso divulgar, eu conservarei inteiramente secreto.

"Se eu cumprir este juramento com fidelidade, que me seja dado gozar felizmente da vida e da minha profissão, honrado para sempre entre os homens; se eu dele me afastar ou infringir, o contrário aconteça."

Pode-se notar a partir da leitura do juramento de Hipócrates, que a população da antiguidade, sendo mais primitivos, não previam o método abortivo e quando ele era utilizado, havia a utilização de castigos brutais. Raramente se via alguma legislação na antiguidade que se defende a prática do aborto, que em geral era uma medida proibitiva da sociedade primitiva, e quando se defendiam apresentavam requisitos extremamente rigorosos vinculados a ele.

Todavia, as práticas abortivas sempre foram praticadas, embora fossem reprovadas por quase todas as civilizações do mundo antigo, porém em alguns períodos ela foi utilizada de forma deliberada, com o pretexto de diminuição

da população, pois desde os tempos mais remotos a superpopulação era uma situação que já preocupava grande parte dos estudiosos.

Um dos primeiros códigos que se tem notícia o Talmud, não traz nenhuma referência a questão das práticas abortivas, o Pentateuco outro grande documento dos tempos antigos corroborava com a visão dos rabinos, e não trazia o aborto em seu ordenamento. Contudo, A Bíblia sagrada, traz em suas escrituras penalidades contra quem praticar, ajudar ou for complacente com as práticas e métodos abortivos. De acordo com o Livro do Êxodo, capítulo XXI, versículos 22 e 25:

"Se alguns homens renhirem, e um deles ferir mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se o desfecho desta situação for à morte dela, dará vida por vida. Olho por olho, dente por dente, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura". Alguns doutrinadores afirmam que as palavras acima transcritas - encontradas nos textos da Bíblia, constituem reflexo estatuído no Código de Hamurabi, pois este, considerado um dos mais antigos diplomas jurídicos, já previa indenizações em casos de aborto provocado, cujo valor variava conforme as consequências geradas por este. Pesava-se também se a mulher era livre ou escrava, nesta o valor a indenizar era menor limitando-se a uma quantia paga a seu senhor, já em relação àquela o valor de ressarcimento era bem maior, onde a reparação do dano poderia até mesmo dar-se com a morte de uma filha do provocador do abortamento

Dessa forma pode-se perceber a evolução que os métodos abortivos presentes em códigos antigos, e as ligações entre os textos, pois o Código de Hamurabi, já se preocupavam com o aborto e como deveria ser ressarcido do dano que foi causado.

3.3 CONSIDERAÇÕES GERAIS A RESPEITO DO ABORTO

Para se ter uma noção mais ampla da questão do aborto é necessário que se apresente de modo bastante amplo seu conceito. Basicamente, o aborto é a paralisação da gravidez antes que ela alcance a sua finalidade. Corrobora com essa ideia Greco (2010, p.151) que afirma que o aborto seria:

Crime de mão própria, quando realizado pela própria gestante, sendo comum nas demais hipóteses, quanto ao sujeito ativo. Considera-se próprio quanto ao sujeito passivo, pois que somente o feto e a mulher grávida podem figurar nessa condição. Pode ser comissivo ou omissivo (desde que a omissão seja imprópria), doloso, de dano, material, instantâneo de efeitos permanentes, não transeunte, monossubjetivo, plurissubsistente, de forma livre.

Em nosso ordenamento jurídico, o crime de aborto esta elencado no rol dos crimes contra a vida, pois como já se foi estudado, a vida se tem inicio no momento da concepção, sendo esse direito garantido através de cláusula pétrea, sendo o estado o responsável por intervir e penalizar o responsável pelo crime. Deve-se entender que o aborto fere gravemente o principio do direito a vida, porém não serão todos os casos em que o aborto se considerara crime, pois há os casos de excludente de ilicitudes.

As excludentes de ilicitudes estão previstas no art. 128 do Código Penal Brasileiro, que cita o seguinte:

Art. 128 - Não se pune o Aborto praticado por médico:

Aborto Necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no Caso de Gravidez Resultante de Estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o Aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Essas duas hipóteses denominam-se aborto necessário, e são utilizadas pois atingem o foro intimo da mulher, resguardando seus direitos quanto ao crime de estupro, ou quando não há outra forma para salvar a vida da gestante.

Existem além das excludentes citadas acima, existem outras modalidades que são ilícitas no ordenamento jurídico vigente, porém a licitude em outros ordenamentos jurídicos. Entre essas modalidades de aborto estão o social ou econômico, o honoris causa e o eugênico, que é que mais se aproxima do aborto de anencéfalos como veremos a seguir.

3.3.1 ABORTO HONORIS CAUSA

O aborto Honoris causa é aquele em que a permissão do método abortivo pelo simples fato de a mulher não tenha sua honra “manchada”. É de suma importância compreender que tal modalidade é considerada ilícita no nosso código penal brasileiro, pois não se pode retirar a vida de um ser humano pelo mero capricho da gestante. Hodiernamente não se pode mais nem citar o caso da desonra da mulher, pelo caso de ter ficado grávida antes do momento certo, devendo ser punida de forma severa por qualquer ordenamento jurídico.

3.3.2 ABORTO SOCIAL OU ECONÔMICO

Tal método abortivo deve ser utilizado em famílias onde a quantidade de pessoas é excessiva, para que tal condição não agrave social ou economicamente a família. Em suma deve se aplicar para que o surgimento de um novo ser poderá trazer a pobreza e miséria econômica e social. Considerada ilícita em nosso código penal, mas aceita em algumas áreas no ordenamento jurídico chinês e indiano.

3.3.3 ABORTO EUGÊNICO

O aborto eugênico deve ser estudado um pouco mais profundamente, pois é aquele que mais se identifica como aborto de feto anencéfalo. O termo eugenia significa a procura de um melhoramento genético mental e físico.

O método abortivo, permite que a gestante realize a interrupção da gravidez para que o feto não traga consigo falhas hereditárias, deve-se notar que não é preciso que o feto traga consigo uma anomalia que lhe leve a morte ou a pouca expectativa de vida. Foi bastante utilizado por Hitler na Alemanha nazista, em busca da raça perfeita.

A suspensão da gravidez no mero caso de evitar que um ser malformado ou deficiente venha à vida é no mínimo cruel. Deve ser tratada nesse caso como crime

grave contra o princípio do direito a vida. Nossos legisladores tem que entender que a vida vem acima de qualquer outra coisa, pois sem ela, não há como usufruir o restante dos direitos. E não se deve sacrificar a vida de um feto pelo simples fato de nascer incapacitado.

Percebe-se que o aborto eugênico e o aborto de fetos anencéfalos se identificam de varias maneiras, pois os dois tolhem o direito à vida do feto e não há nenhum motivo plausível para a realização da interrupção da gravidez. Notando que o aborto eugênico é muito mais amplo, pois inclui qualquer tara hereditária em seu rol. Tanto o aborto eugênico, quanto o dos fetos anencéfalos deve ser tratado como crime, pois se abrindo uma brecha para que haja o aborto de fetos anencéfalos, mostra-se que pode haver a volta da utilização do aborto eugênico, o que seria um retrocesso impensável em qualquer ordenamento jurídico, o que já se mostrou na decisão da ADPF 54, que decidiu a favor do aborto de fetos anencéfalos.

3.4 ANENCEFALIA COMO REFLEXÃO

Todo nascituro tem seu direito a vida protegido juridicamente por nossa Carta Magna, e por outros institutos infraconstitucionais. Quando ocorre o debate sobre a descriminalização do aborto, colocando o direito de escolha da mãe ser maior que o direito a vida do feto, mostrando que os pensadores dessa corrente tratam o nascituro que traz essa anomalia congênita como se fosse um objeto.

Não pode haver duvida no caso da escolha da mulher realizar a escolha de ser mãe ou não, isso mostra o livre arbítrio que existe em nosso estado democrático de direito. Porém quando ela carrega um ser vivo em seu ventre deve ter em mente que o feto tem todos os direitos, até o da dignidade da pessoa humana.

A anencefalia é uma anomalia que traz uma desestabilização em toda a família, pois as pessoas leigas não sabem como tratar o assunto, tratando o feto como um ser que não teria o direito de nascer, pois é considerado por muitos um “monstro”. Cezar Roberto Bittencourt assevera que “modernamente, não se distingue mais entre vida biológica e a vida autônoma ou extrauterina. É indiferente a capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica.”.

O feto que apresenta a anomalia é um ser humano com todos os direitos adquiridos até o momento em que deixa de respirar, portanto nenhuma pessoa tem a tutela para decidir se podem retirar a vida de um ente com direitos plenos.

Pode-se notar que mesmo apresentando a anomalia anencefálica, o nascituro não perde seu direito à vida nem a dignidade da pessoa humana e ele tem o direito de nascer e morrer naturalmente, todos nós morreremos um dia, portanto ninguém tem o direito de ceifar a vida de outra pessoa, mesmo ela tendo uma expectativa pequena de vida extrauterina.

4. A INCONSTITUCIONALIDADE DA ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº54 teve como objetivo autorizar o aborto do feto anencéfalo, dando o direito a mãe de antecipar o parto terapêuticamente, acreditando que o feto portador dessa anomalia não teria nenhuma expectativa de vida, nesse caso o feto não estaria protegido por nossa legislação.

Tendo esse motivo, as gestantes e os profissionais da área de saúde não podem estar no rol das prescrições normativas presentes em nosso código penal e disposto nos arts. 124, 126 e 128, e colocando eles no rol das excludentes de ilicitude contidas no art. 128, I e II do código penal.

4.1 ADPF 54

A ADPF nº54 foi ajuizada pela Confederação dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), que teve como advogado Luís Roberto Barroso, que utilizou de preceitos constitucionais que segundo ele deveriam ser respeitados, tais como o art.1º, IV, o art. 5º, II e os arts 6º e 196 de nossa carta magna. O relator do caso foi o ministro Marco Aurélio. A petição inicial do caso citado traz em seu requerimento principal:

"que essa Egrégia Corte, procedendo a uma interpretação conforme a Constituição dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/40), declarem inconstitucionais, com eficácia erga omnes e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez do feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado".

A CNTS também alega que ocorre a presença do *fumus boni juris* (fumaça do bom direito) e do *periculum in mora* (perigo da demora) na questão do aborto de anencéfalos, foi requerido junto com a petição inicial que fossem suspensos todos os processos e decisões que tivessem sido aplicadas no caso da antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos. Sendo também, reconhecidos os direitos da gestante de poder se submeter ao procedimento, sendo atestado por um profissional apropriado a ocorrência da anomalia.

O Ministro Marco Aurélio de Melo decidiu em medida cautelar pela autorização do aborto de fetos anencéfalos como mostra a ementa de tal decisão:

ADPF - ADEQUAÇÃO - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - POLÍTICA JUDICIÁRIA MACROPROCESSO. Tanto quanto possível, há de ser dada seqüência a processo objetivo, chegando-se, de imediato, a pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Em jogo valores consagrados na Lei Fundamental - como o são os da dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade e autonomia da manifestação da vontade e da legalidade -, considerados a interrupção da gravidez de feto anencéfalo e os enfoques diversificados sobre a configuração do crime de aborto, adequada surge a argüição de descumprimento de preceito fundamental.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - PROCESSOS EM CURSO - SUSPENSÃO. Pendente de julgamento a argüição de descumprimento de preceito fundamental, processos criminais em curso, em face da interrupção da gravidez no caso de anencefalia, devem ficar suspensos até o crivo final do Supremo Tribunal Federal.

ADPF - LIMINAR - ANENCEFALIA - INTERRUÇÃO DA GRAVIDEZ - GLOSA PENAL - AFASTAMENTO - MITIGAÇÃO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual guardo reserva, não prevalece, em argüição de descumprimento de preceito fundamental, liminar no sentido de afastar a glosa penal relativamente àqueles que venham a participar da interrupção da gravidez no caso de anencefalia.

PROCESSO OBJETIVO - CURATELA. No processo objetivo, não há espaço para decidir sobre a curatela.

GRAVIDEZ - FETO ANENCÉFALO - INTERRUÇÃO - GLOSA PENAL. Em Processo revelador de argüição de descumprimento de preceito fundamental, não cabe, considerada gravidez, admitir a curatela do nascituro.

Tal decisão foi motivo de diversas opiniões entre profissionais e leigos, em todos os âmbitos. A maior contestação realizada contra a liminar é que ocorre a suposição de que um feto anencéfalo tem menos direito a vida do que um feto que não possui essa anomalia, supondo que o feto que apresenta essa anomalia seja um mal para a família e para a sociedade.

Sendo assim se os profissionais de saúde tem como missão a cura e o alívio da dor, o conforto do pacientes e o salvamento de vidas humanas, por que não dar o direito de uma criança anencefálica nascer de forma digna, mesmo não havendo expectativa de vida extrauterina longa, deve-se dizer não ao aborto eugênico.

4.1.2 A QUESTÃO DO ABORTO E O PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA

O Pacto de São José da Costa Rica ocorreu em 22 de novembro de 1969 e foi inserido em nosso sistema jurídico pelo Decreto 678/92 adquirindo status de norma supra legal, de acordo com o RE 466.343-1, que foi julgado pelo STF. O Pacto ganhou caráter supra legal, pois não passou por aprovação de maioria qualificada em dois turnos, por três quintos dos votos dos membros do STF como não havia sido promulgada a emenda 45 não pode ter caráter constitucional, e sendo supra legal cria garantias e direitos fundamentais individuais e coletivos.

O pacto criou um órgão de fiscalização e julgamento para os países membros que ainda não possuíam as garantias previstas em sua constituição.

É de importância notória a Convenção Americana de Direitos humanos e tratados internacionais, pois trouxe consigo inovações jurídicas indispensáveis tais como a extinção da prisão do depositário infiel, e a permissão da prisão civil decorrente da obrigação alimentar. É de suma importância acrescentar que o Pacto de São José estabelece em suas disposições principais o direito a vida, fundamentais da pessoa humana, a liberdade, dignidade, a integridade pessoal e moral, a educação, entre outros. Os Arts. 3º e 4º tratam da personalidade jurídica do ser humano e do direito a vida como se pode observar:

Art. 3 - Direitos ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica
Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Art. 4 Direito à Vida

I. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

II. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

Deve-se notar que todos os países que instituíram o Pacto de São José devem defender acima de qualquer outro direito a vida, e a dignidade da pessoa

humana, e essa proteção deve ser dada desde o momento da concepção, sabendo disso se nota em alguns casos que alguns magistrados não têm a preocupação do estudo no tocante das leis internacionais que se refere aos direitos humanos, e também o fraco apego as ordenações jurídicas que se pautam nos direitos a vida.

Tratando sobre a questão do aborto de anencéfalos, tem que se entender, que a decisão sobre sua legalização fere preceitos constitucionais e os tratados internacionais assinados pelo Brasil, como o Pacto de São José, estando infringindo com todo o ordenamento jurídico vigente.

Em suma, tem que se entender que vida se inicia a partir da concepção, portanto o embrião é protegido, tanto por nossa carta magna, quanto pelos tratados internacionais, e que não pode haver a interrupção da Gravidez, o que deve ser considerado pelo nosso ordenamento jurídico um crime.

4.2 A LEGALIZAÇÃO E SUA INCONSTITUCIONALIDADE

Após haver estudado e conceituado o que é anencefalia, ficou claro que a incerteza quanto à questão da vida extrauterina do feto ainda é bastante elevada, pois os órgãos vitais para a vida do feto continuam funcionando normalmente, principalmente a respiração e toda a atividade parassimpática. Acima de tudo deve-se perceber que o feto anencéfalo é um ser humano, pois não deve ser levado em conta somente a presença de uma anomalia para que se quebre todos os preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e da vida, sendo ela protegida por todo nosso sistema normativo. Corroborar Roberta Verdi(2010) em sua página eletrônica que:

“A anencefalia na maioria das vezes é confundida como morte cerebral, no entanto, em momento algum o feto portador desse tipo de deficiência deve ser tratado como morto por causa dessa confusão, pois a morte encefálica, não se dá apenas com ausência ou suspensão definitiva das atividades do sistema nervoso de nível superior ou cortical, mas de todas as funções do encéfalo”.

Na maioria dos casos, os argumentos que defendem a legalização do aborto partem de uma opinião em que o aborto levaria ao bem estar psicológico e físico da gestante. A gestante tem o direito de manter a gravidez e poder conhecer seu feto, mesmo sabendo que sua vida extrauterina pode ser de apenas alguns segundos, ou até mesmo que pode haver sua morte intrauterina, acima disso deve se tutelar o direito a dignidade da mulher.

A Carta Magna tem em um de seus princípios fundadores a tutela do direito a vida, protegendo tal direito de forma atemporal, pois não se estabelece quando se inicia ou quando se termina a tutela jurídica sobre ela. Toda a legislação infraconstitucional tem que se basear e acatar todos os mandamentos de nossa Constituição Federal de 1988, pois tem natureza jurídica de ser suprema aos outros códigos.

A codificação vigente tem como papel principal a proteção do ser humano acima de qualquer outra coisa, e o bem que deve ser mais protegido é a vida, sendo tal direito inviolável e imutável. Há várias disposições que protegem os direitos a vida e a dignidade da pessoa humana, como art. 4, I, presente no Pacto de São José, e o art. 60 parágrafo 4º, inciso IV de nossa Carta Magna que assevera:

“Art. 60 – A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)
§4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV- os direitos e garantias individuais.”

Fazendo a análise desse artigo constitucional, deveria ser proibido até mesmo a tramitação de projetos que com o intuito de ferir o direito a vida e a dignidade da pessoa humana em nossa normatização.

Não é admitido em nossa legislação constitucional, que tratados internacionais que não estão de acordo com os nossos princípios constitucionais sejam aceitos em nossa legislação, de acordo com a jurisprudência do STF. Deve-se refletir que de acordo com tantas regras constitucionais que protegem o direito a vida desde sua concepção, não pode haver constitucionalidade na tramitação de emendas ou leis que possam ferir nossa Constituição, alterando ou restringindo um

direito que é inviolável e imutável, pois dessa forma estaria ferindo de forma direta uma cláusula pétreia, prevista em nossa carta magna e presente em nosso artigo 5º da Constituição Federal de 1988 que traz que o direito a vida é inviolável e atemporal.

4.2.1 OPINIÃO DOS JURISTAS

Em 2004 o Ministro do STF Marco Aurélio de Melo concedeu uma liminar em que se autorizava a antecipação terapêutica na gravidez quando se ocorresse à presença de fetos anencéfalos, em que baseou sua decisão defendendo princípios constitucionais tais como a autonomia da vontade, a liberdade, e a dignidade da pessoa humana. Marco Aurélio Asseverou que “A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero”.

Devemos levar em consideração o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que divergiu da decisão liminar e do voto do relator, o Ministro Marco Aurélio de Melo. O voto do ministro se baseou em duas linhas de pensamentos. Primeiramente ele deu destaque a limites objetivos acerca do controle de constitucionalidade e da interpretação de acordo com nossa carta magna e que deve haver a independência e harmonia entre os poderes.

Corroborando com seu pensamento o Ministro Lewandowski asseverou que “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição”. Também foi citado em seu voto que nossa casa legislativa teria o poder de alterar a legislação mas nunca o fez, por ser um tema extremamente controverso e que ainda gera discussões em diversas classes.

Outro ponto importante citado pelo ministro Lewandovski é a possibilidade de que com a decisão a favor da antecipação terapêutica dos fetos anencéfalos, haja uma descriminalização do aborto no caso de outras patologias, o que levaria a licitude do aborto eugênico, de acordo com o levantamento do ministro haveria uma diversidade muito grande de anomalias em que a vida extrauterina do feto é muito pequena, tais como, acardia, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular entre outras.

Para o Ministro retrocederíamos aos tempos antigos, onde os romanos lançavam do alto de uma rocha os fetos que não eram completamente saudáveis.

Em suma o Ministro Lewandowski assevera que existem vários dispositivos legais em vigor que tutelam sobre a vida intrauterina, em que se destaca o artigo segundo do nosso código civil, que cita que desde a concepção os direitos são salvaguardados, portanto segundo a constituição e outras legislações infraconstitucionais, existe a inconstitucionalidade da decisão sobre a ADPF nº54.

Para muitos juristas assim como o Desembargador Bruxel, não foi dado direito de defesa ao nascituro, tal magistrado mostrou varios estudos sobre os fetos anencéfalos. O Des. Ivan Leomar Bruxel(2008) corrobora em decisão proferida que:

“Ainda que a vida seja curta, e mesmo o seja desprovida de ciência das coisas que possam acontecer, pela ausência de pensamentos ou comando sobre as funções vitais do organismo, ainda esta vida deficiente e breve merece a proteção legal”.

Mesmo com a decisão proferida, o aborto de anencéfalos, ainda é um caso bastante discutido entre os juristas, e em nossa doutrina, pois trata de questões pessoais e religiosas, ainda de bater de frente com nossos princípios constitucionais.

4.3 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS SOBRE A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE ANENCEFALIA

Sendo um tema bastante controverso, o aborto de fetos anencéfalos, mesmo após a decisão da ADPF nº 54, mostra decisões e argumentos diferentes sobre o mesmo tema. Tem-se que entender que nossa sociedade é bastante eclética e devido a isso, a opiniões diferentes sobre o mesmo tema, e serão analisados nesse tópico alguns dos argumentos que se mostram contra ou a favor da decisão que versa sobre o aborto de fetos anencéfalos, e como essa decisão ainda é contestada ou aceita, tanto por juristas, quanto por profissionais da área da saúde, entre outros membros da sociedade.

4.3.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Há vários argumentos que são favoráveis ao aborto de fetos que apresentam anencefalia, e foram utilizados no julgamento da ADPF nº54. Dentre eles podemos citar aqueles apresentados na petição inicial impetrada pela CNTS, entre eles é que a patologia apresentada pelos fetos permitem apenas algumas funções PARASSIMPÁTICAS, TAIS COMO RESPIRAÇÃO E FUNÇÕES VASOMOTORAS, QUE QUANDO OCORRE o diagnostico da anomalia não há nada que ciência medica moderna possa fazer para reverter o quadro, que embora ocorram algumas exceções em que fetos anencéfalos vivam dias, meses e ate anos, geralmente o feto morrera poucos instantes após o parto ou até intrauterinamente, que o legislador quando da feitura do código penal de 1941 não obtinha as tecnologias necessárias para diagnosticar a anencefalia, portanto não havia como tal fato constar nas excludentes de ilicitude, que não pode haver a criminalização do aborto no caso de fetos anencéfalos, pois o mesmo não tem nenhuma expectativa de vida extrauterina. Fere a autonomia da vontade da mulher proibir que ela possa realizar o aborto, por não haver a excludente desse caso.

O Ministro Marco Aurélio Cunha, relator da ADPF nº 54, mostra em sua decisão que utilizou os requisitos necessários para conceder a liminar, que seria o principio do *fumus bônus juris* (a fumaça do bom direito) e o *periculum in mora* (perigo na demora), entendendo dessa forma que a antecipação terapêutica nos casos dos fetos anencéfalos, tinha todo o respaldo constitucional necessário. Corrobora o próprio Marco Aurélio Cunha em decisão proferida no STF que:

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.

Os fetos anencéfalos só provocariam dor, angustia e sofrimento para a sua família, pois não havendo meios de reverter tal anomalia, não haveria como o feto ter uma expectativa de longa vida extrauterina. O dano psicológico causado na

família é mais que evidente, comparando-se a uma tortura psicológica recorrente, sendo até mesmo um crime previsto na constituição a prática da tortura, seja ela física ou psicológica segundo o artigo 5º de nossa CF/88. De acordo com Maria Berenice Dias (2004):

Como a plenitude do sistema estatal não convive com vazios, para a concreção do direito, o juiz precisa ter olhos voltados à realidade social. Mister deixem de fazer suas togas de escudos para não enxergar a realidade, pois os que buscam a Justiça merecem ser julgados e não punidos.

Percebendo que nosso código penal foi sancionado em 1940, quando a tecnologia na área das ciências médicas era muito escassa, não havia como se colocar entre as excludentes de ilicitude, uma anomalia tal como a anencefalia.

Interpretando o código penal de forma mais ampla, podemos colocar o aborto de feto anencéfalo dentro do inciso I do art. 128, das excludentes de ilicitude, pois um risco de uma morte psicológica se assemelharia bastante, ou até mesmo seria maior, que o risco de morte física.

Os argumentos citados nesse tópico são defendidos de forma veemente pelas pessoas que são favoráveis ao aborto de fetos anencéfalos, pois todos eles acreditam que o nascituro não terá nenhuma expectativa de vida. E que seria muito mais saudável para a gestante que ela interrompesse a gravidez no momento em que soubesse que seu feto tem a anomalia supracitada.

Para estudiosos dos Institutos de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) o Conselho Federal de Medicina (CFM) e o Conselho Nacional de Trabalhadores da Saúde (CNTS) deve ser um direito da gestante, decidir ou não se deverá interromper a gravidez, ou realizar o aborto. Sobre o estudo do aborto assevera Nelson Hungria (1999):

“Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida.”

Porém, não é reconhecido por nenhuma doutrina, ou ordenamento jurídico que se iguale o direito a vida do nascituro, coma proteção da sanidade da mulher, sendo o direito a vida um bem de maior importância em nossa jurisdição.

4.3.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Os defensores dessa corrente, acreditam que o direito a vida a vida deve ser preservado de forma continua, sendo atemporal, não podendo dessa forma haver nenhum tipo aborto, sendo portador de alguma anomalia ou não. A CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil) é uma das maiores entidades que defendem o direito a vida do nascituro, e segundo as palavras do Padre Luiz Antonio Barreto “a criança, mesmo com anencefalia, não perde a sua dignidade, é um ser humano, é como se fosse um paciente que precisa de cuidados”.

Mesmo que o feto anencéfalo tenha uma expectativa de vida extrauterina praticamente nula, seu direito a vida é imutável, e inviolável, acima de qualquer outro direito. Desde a concepção o feto já apresenta seus direitos e garantias fundamentais, e o aborto seria o tolhimento desse direito previsto em nossa Carta Magna.

Em nosso Código Penal, não há nenhuma excludente de ilicitude no caso do aborto de anencéfalos. E nossa legislação constitucional e infraconstitucional defende a vida como o maior de nossos direitos. Sendo esse direito previsto, e tutelado, legalmente em todo nosso ordenamento jurídico. Devemos entender que o nascimento com vida gera direitos muito maiores que uma estatística ou que a questão de herança. O feto tem todos os direitos de um adulto normal, pois ele pode se desenvolver e se transformar em um adulto, e a única forma de dar essa continuidade natural, é seu nascimento com vida.

Deve-se entender que existem várias outras ideologias que defendem a criminalização do aborto de feto anencéfalo. Um dos mais citados, principalmente no julgamento da ADPF nº54 é que não se pode igualar a anencefalia á morte cerebral; Pois a morte cerebral se da quando todos os componentes do cérebro param de funcionar completamente, já a anencefalia é uma anomalia onde não se apresentam partes do cérebro como cérebro e cerebelo, porém o bulbo raquidiano, responsável

por atividades como respiração e bombeamento sanguíneo, funcionam normalmente.

Tem que se levar em consideração que até com o crescimento de nossas tecnologias nas ciências médicas, a detecção da morte cerebral em momentos é muito imprecisa, e tais exames não podem ser utilizados para se detectar o nível de anencefalia nos fetos. Portanto não devemos cometer o erro de igualá-los pois a diferença é gritante.

Por fim devemos citar o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que votou contra o relator na ADPF nº54, defendendo o direito a vida do feto anencéfalo. O ministro mostrou que a decisão se pautava em uma inconstitucionalidade clara, pois deviam haver os limites no tocante ao controle de constitucionalidade, e que se deveria “extirpar” aquelas normas que confrontariam os princípios constitucionais.

Foi citado também a possibilidade de uma abertura muito grande no tocante a descriminalização do aborto no Brasil, pois a decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos pode trazer a licitude de outras formas de aborto, tais como a eugênica. Essa decisão segundo o Ministro Lewandowski foi um retrocesso em nossa legislação.

Tal decisão se mostra defasada e inconstitucional, pois fere princípios gerais e muito importantes de nossa legislação constitucional e infraconstitucional. Pois quando tolhermos o direito a vida de outrem, não haverá nenhum outro direito para se defender, ou para usufruir.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa sobre “Aborto de feto Anencéfalo: a inconstitucionalidade da legalização”, resultou das polêmicas discussões geradas pela divulgação da ADPF nº 54 – Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal - STF e pela Confederação Nacional dos trabalhadores da Saúde, ferindo o artigo 4º do Pacto de São José – tratado internacional sobre direitos fundamentais que declara que a vida começa na concepção e o artigo 5º da lei Suprema que considera inviolável o direito a vida.

A ADPF nº 54 reacendeu um dos assuntos mais controversos no Brasil: o direito de abortar. Por oito votos a dois, os ministros do Supremo Tribunal Federal, em abril de 2012, se mostraram favoráveis ao direito da gestante a esta prática.

Uma pesquisa realizada em 2010 pelo Vox Populi demonstra como o tema da descriminalização do aborto é controverso na sociedade brasileira. A pesquisa aponta que 82% dos entrevistados são contra a descriminalização do aborto, em qualquer circunstância. O tema divide opiniões e envolvem conceitos religiosos, morais e científicos e todos os contrários apóiam a tese da defesa incondicional a vida.

A pesquisa discorre sobre os vários questionamentos que permeiam os conflitos de Direitos Fundamentais no tocante a legalização ou não do aborto de fetos portadores de anencefalia.

O aborto de feto anencéfalo abrange o direito a vida e o direito a dignidade humana, envolvendo todas as pessoas que vivenciam tal situação, o que remete a discussões não só jurídicas, mas políticas e sociais. Existe portanto, um conflito de interesses entre o direito à vida, asseverado ao feto e o direito da dignidade da pessoa humana, asseverado à gestante.

Neste contexto surge a ADPF 54, que possibilita ao menos formalmente, o aborto do feto anencéfalo, não ser considerado crime, em contrapartida, prefigura caso de atipicidade da conduta pela ausência de lesividade ao bem jurídico tutelado pelo tipo penal do aborto

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silmara J. Chinelato e. **O nascituro no Código Civil e no direito constituindo do Brasil**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v.25, n.97, jan/mar.1988, p.182.

BIBLIA, Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução: Centro Bíblico Católico. 34 ed. Revisada, São Paulo, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, volume 1. Saraiva, 2003.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da Republica Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL, Lei nº 10.406, de janeiro de 2002. **Novo Código Civil Brasileiro**. Legislação Federal, sitio eletrônico internet – planalto.gov.br – acesso em: 25/02/2013

BRASIL, **Código Penal**. Colaboração de Antonio L. de Toledo Pinto, Mércia V. dos Santos Windt e Livia Céspedes. 31 ed. São Paulo, Saraiva 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Conversando Sobre Família, Sucessões e o Novo Código Civil**. Livraria do Advogado. 2004

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4ª Ed. revista e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: www.cremesp.org.br. Acesso em 10/03/2013.

Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 10/02/2013.

Disponível em www.uniblog.com.br/calvariano/anencefalia. Acesso em 03/03/2013.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, vol. V, 5ª ed. Comentários ao Código Penal - arts 121 a 13

KANT, Immanuel. **Crítica da Faculdade do Juízo**. Trad. Valério Rohden e Antônio Marques. 2. Ed - Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

GARCIA, Maria. **Limites da ciência: a ética da responsabilidade**. 2. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO, Rogerio, **Curso de Direito Penal parte especial**, Rio de Janeiro, 12ª edição, Editora Impetus, 2010.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: Aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2ª Ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.645-646.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 56.

SADLER, T. W. Langman. **EMBRIOLOGIA MÉDICA**. 7 ed. Rio de Janeiro, Guanabara Koogan, 1997.

VERDI, Roberta. **Aborto de Feto Anencéfalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana**. Disponível em: www.tex.pro.br/aborto-feto-anencéfalo. Acesso em 05/03/2013.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, Rio de Janeiro, Renovar, 2002.

ANEXO

ADPF 54/DF

VOTO DO MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI

I – BREVE RELATÓRIO

Cuida-se de ação de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, com o fim de lograr “interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.”

A CNTS sustenta, em suma, que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que leva à proibição da antecipação do parto, por motivos terapêuticos, no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais abrigados nos arts. 1º, IV (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípios da legalidade e autonomia da vontade humana), 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República.

Alega, ainda, que a anencefalia corresponde a uma má-formação fetal, incompatível com a vida extra-uterina, que caracterizaria uma gravidez de risco, constituindo a antecipação do parto a única indicação terapêutica “para o tratamento eficaz da paciente (a gestante) já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”.

O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar requerido pela autora, tendo o Plenário desta Suprema Corte cassado a sua decisão monocrática, por considerá-la satisfativa, em razão da irreversibilidade dos procedimentos médico deles decorrentes.

O parecer do Procurador-Geral da República à época, Claudio Fonteles, foi pela improcedência da ação.

II – DA LEGISLAÇÃO PENAL VIGENTE

Transcrevo abaixo, para melhor compreensão da matéria, os dispositivos do Código Penal cuja interpretação conforme a Constituição a autora requer.

Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena – detenção, de um a três anos. (...) Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena – reclusão de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. (...) Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Como se vê, o objeto jurídico dos citados preceitos da legislação penal vigente, quer dizer, os bens ou valores que o legislador pretendeu preservar são de duas ordens: de um lado, a vida do nascituro; de outro, em especial no abortamento provocado por terceiro, a vida e a incolumidade física e psíquica da gestante.

O art. 124 do Código Penal abriga duas figuras típicas: na primeira parte do dispositivo, o aborto cometido pela própria gestante, também denominado de autoaborto; na outra, a morte do feto provocada com o consentimento desta, ou seja, permitindo que outra pessoa pratique o aborto.

Na segunda figura, em que há o consentimento da gestante, o crime é duplo. A gestante é enquadrada no art. 124, ao passo que aquele que executa os atos materiais do aborto incide nas penas do art. 126, as quais são mais graves do que as do dispositivo anterior.

O legislador infraconstitucional, todavia, isentou de pena, em caráter excepcional, o aborto, desde que praticado por médico, em duas únicas hipóteses, taxativamente definidas: no chamado “aborto necessário” e no denominado “aborto sentimental”, caracterizados, respectivamente, nos incs. I e II do art. 128 do Codex repressivo.

O primeiro, também conhecido como “terapêutico”, materializa-se quando “não há outro meio de salvar a vida da gestante”. Já o segundo, evidencia-se quando a gravidez resultar de estupro praticado com violência, real ou presumida.

Celso Delmanto e outros renomados criminalistas, estudando o aborto necessário ou terapêutico, embora tecendo críticas ao instituto, reconhecem que ele “não legitima o chamado aborto eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo que a criança nasça com deformidade ou enfermidade incurável”.³ Em outras palavras, o legislador, de modo explícito e deliberado, não afastou a punibilidade da interrupção da gravidez nessas situações. Quer dizer, considerou penalmente imputável o abortamento induzido de um feto mal formado.

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais idem, *ibidem*, grifos meus. distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto de fetos anencéfalos, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.

III – DA INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO

Data da Antiguidade Clássica a discussão epistemológica sobre a possibilidade do conhecimento da realidade circundante, isto é, do mundo fenomenológico. Xenófanes, por exemplo, prenunciando o ceticismo que caracterizaria o Iluminismo Grego, cujo clímax se deu em Atenas, no século V a. C.,

deixou-nos, a propósito, a seguinte observação: “A verdade certa, homem nenhum conheceu, nem conhecerá”. Em que pesem, contudo, as múltiplas divergências gnosiológicas, todas as correntes filosóficas que se debruçaram sobre o tema concluíram que conhecer o real implica interpretá-lo de alguma maneira.

A compreensão dos textos escritos, de um modo geral, incluída a dos livros sagrados e diplomas normativos, também exige um esforço hermenêutico daqueles que pretendem desvendar o seu exato sentido.

No caso dos textos legais, raramente a mens legis se revela de imediato. Com efeito, na maior parte das vezes, o preciso significado de um preceito jurídico só pode ser alcançado mediante um esforço exegético que exige a combinação de vários métodos hermenêuticos: o gramatical, o sistemático, o histórico, o teleológico, dentre outros

Não bastasse isso, as normas legais ordinárias - tendo em conta o postulado da supremacia da Constituição, da qual nos fala Hans Kelsen - devem ser ainda confrontadas com os princípios e regras nela abrigados, pois dela é aquelas retiram sua validade, tal como o gigante mítico Antão hauria da mãe Gaia a prodigiosa força que exhibia. Por essa razão é que, mediante o controle de constitucionalidade, concentrado ou difuso - este último realizado sempre em face de um caso concreto – torna-se possível extirpar do ordenamento jurídico uma lei ou ato normativo que esteja em desconformidade com o Texto Magno.

Dado, porém, o princípio básico da conservação das normas – que deriva da presunção de constitucionalidade destas – é possível ou, melhor, desejável, desde que respeitados seus fins, conferir-lhes uma interpretação conforme a Lei Maior, sem declará-las inconstitucionais. Essa é precisamente a lição de Konrad Hesse, para o qual “uma lei não deve ser considerada nula quando ela pode ser interpretada em consonância com a Constituição”.

Isso porque, como explica Uadi Lammêgo Bulos, esse método de interpretação funda-se na “lógica do razoável”, cogitada por Chaim Perelman, de acordo com a qual se deve presumir a obediência do legislador aos ditames constitucionais, sem, contudo, deixar-se de lado, ao interpretar a lei, as questões

políticas, econômicas e sociais correspondentes ao contexto fático sobre as quais as normas da Constituição incidem.

Com efeito, segundo assenta Paulo Bonavides, é de presumir-se, “da parte do legislador, como uma constante ou regra, a vontade de respeitar a Constituição, a disposição de não infringi-la”. Daí porque “o método é relevante para o controle da constitucionalidade das leis e seu emprego dentro de razoáveis limites representa, em face dos demais instrumento interpretativos, uma das mais seguras alternativas de que pode dispor o aparelho judicial para evitar a declaração de nulidade das leis”.

Em resumo, a interpretação conforme a Constituição configura método preferível à pura e simples declaração de inconstitucionalidade, quando mais não seja em homenagem à vontade soberana do legislador.

IV – DOS LIMITES DA INTERPRETAÇÃO CONFORME

Cumprir registrar, por oportuno, que a tarefa dos exegetas, não raro, esbarra em limites objetivos, em obstáculos insuperáveis, representados pela univocidade das palavras, os quais impedem que, em linguagem popular, “se dê o dito pelo não dito” ou vice versa.

Nessa linha de raciocínio, a tão criticada - e de há muito superada - Escola da Exegese, que pontificou na França no século XIX, na esteira da edição do Código Civil Napoleônico, legou-nos uma assertiva de difícil, senão impossível, contestação: *In claris cessat interpretatio*. Ou seja, quando a lei é clara não há espaço para a interpretação.

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.

É que, como explica Luís Roberto Barroso, o postulado da independência e harmonia entre os Poderes, “ao lado do princípio da presunção de constitucionalidade dos atos do Poder Público, um e outro atuam como mecanismos

de autolimitação Poder Judiciário (judicial self-restraint)". 12 E enfatiza: "Deveras, foi ao Poder Legislativo, que tem o batismo da representação popular e não o Judiciário, que a Constituição conferiu a função de criar o direito positivo e reger as relações sociais".

Na sequência, o citado constitucionalista, apoiado na lição de Gomes Canotilho, repisa que essa técnica hermenêutica "só é legítima quando existe um espaço de decisão", não se admitindo jamais uma exegese contra legem.

Nessa mesma direção, o já mencionado Paulo Bonavides, forte no magistério da Corte Constitucional alemã, adverte "que o juiz, em presença de uma lei cujo texto e sentido seja claro e inequívoco, não deve nunca dar-lhe sentido oposto, mediante o emprego do método de interpretação conforme a Constituição". Logo depois acrescenta: "Não deve por consequência esse método servir para alterar conteúdos normativos, pois 'isso é tarefa do legislador e não do tribunal constitucional' (Das ist Sache des Gesetzgebers, nich des BVerfG)".

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte. Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e, em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção

legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem.

Não se ignora que o tema do aborto é extremamente controvertido, tanto aqui como alhures, tendo despertado as mais vivas discussões no mundo civilizado. Em alguns países, esse palpitante assunto é submetido a consultas populares; em outros, quando há espaço para tanto,

é objeto de pronunciamentos judiciais, não raro sujeitos a intensas controvérsias.

Interessantemente, tanto os que são favoráveis à interrupção extemporânea da gravidez, quanto os que são contrários a ela invocam, em abono das respectivas posições, de modo enfático, o princípio da dignidade humana.

Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo, até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o texto da legislação penal que, como visto, não admite, dada a clareza de seu enunciado, a ampliação das hipóteses do chamado aborto terapêutico pela via da exegese.

A temática, com efeito, reveste-se de extrema complexidade, não só do ponto de vista jurídico, como também ético e até mesmo científico. É que, além de envolver o princípio fundamental da

proteção à vida, consagrado em nossa Constituição (art. 5º, caput), e em diversos tratados internacionais subscritos pelo Brasil, a começar da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 4,1), uma decisão favorável ao aborto de fetos anencéfalos teria, em tese, o condão de tornar lícita a interrupção da gestação de qualquer embrião que ostente pouca ou nenhuma expectativa de vida extra-uterina. Convém lembrar que a Organização Mundial de Saúde, na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde, Décima Revisão (CID – 10), em especial em seu Capítulo XVII, intitulado Malformações Congênitas, Deformidades e Anomalias Cromossômicas, arrola dezenas de centena patologias

fetais em que as chances de sobrevivência dos seres gestados após uma gravidez tempestiva ou temporã são nulas ou muito pequenas. 16

Nessa linha, o Doutor Rodolfo Acatuassú Nunes, Professor Adjunto do Departamento de Cirurgia Geral da Faculdade de Medicina da Universidade Estadual do Rio de Janeiro, na Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentou o seguinte:

“A anencefalia é ainda, nos dias de hoje, uma doença congênita letal, mas certamente não é a única; existem outras: acardia, agenedia renal, hipoplasia pulmonar, atrofia muscular espinhal, holoprosencefalia, ostogênese imperfeita letal, trissomia do cromossomo 13 e 15, trissomia do cromossomo 18. São todas afecções congênicas letais, listadas como afecções que exigirão de seus pais bastante compreensão devido à inexorabilidade da morte. Por que foi escolhida a anencefalia para provocar-se a antecipação da morte, ainda no ventre materno, não se esperando o nascimento natural? Em primeiro lugar, a anencefalia é um termo que induz ao erro. Há uma grande desinformação, que faz prevalecer e difundir a ideia de que a anencefalia significa ausência do encéfalo. Na realidade, anencefalia corresponde à ausência de uma parte do encéfalo. O nome mais correto para anencefalia seria ‘meroencefalia’, já que ‘mero’ significa ‘parte’.”

É fácil concluir, pois, que uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos portadores de anencefalia, ao arrepio da legislação penal vigente, além de discutível do ponto de vista ético, jurídico e científico, diante dos distintos aspectos que essa patologia pode apresentar na vida real, abriria as portas para a interrupção da gestação de inúmeros outros embriões que sofrem ou venham a sofrer outras doenças, genéticas ou adquiridas, as quais, de algum modo, levem ao encurtamento de sua vida intra ou extra-uterina.

Insista-se: sem lei devidamente aprovada pelo Parlamento, que regule o tema com minúcias, precedida de amplo debate público, retrocederíamos aos tempos dos antigos romanos, em que se lançavam para a morte, do alto da Rocha Tarpéia, ao arbítrio de alguns, as crianças consideradas fracas ou debilitadas.

Não se olvide, de resto, que existem vários diplomas infraconstitucionais em vigor no País que resguardam a vida intra-uterina, com destaque para o Código Civil, o qual, em seu art. 2º, estabelece que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Ou seja, mesmo que se liberasse genericamente o aborto

de fetos anencéfalos, por meio de uma decisão prolatada nesta ADPF, ainda assim remanesceriam hígidos outros textos normativos que defendem os nascituros, os quais, por coerência, também teriam de ser havidos como inconstitucionais, quiçá mediante a técnica do arrastamento, ou, então, merecer uma interpretação conforme a Constituição, de modo a evitar lacunas no ordenamento jurídico no tocante à proteção legal de fetos que possam vir a ter sua existência abreviada em virtude de portarem alguma patologia.

Importa trazer a lume, ainda, a Portaria nº 487, de 2 de março de 2007, do Ministério da Saúde, que reflete a preocupação das autoridades médicas com o sofrimento dos fetos anencéfalos, os quais, não obstante sejam dotados de um sistema nervoso central incompleto, sentem dor e reagem a estímulos externos.

O citado diploma normativo, fazendo alusão ao consenso obtido no Seminário para a Discussão sobre Anencefalia e Doação de Órgãos, realizado pela Secretaria de Atenção à Saúde, do Ministério da Saúde, em 24 de maio de 2006, integrado pelo Coordenador-Geral do Sistema Nacional de Transplantes, representantes da Academia Brasileira de Neurologia, da Sociedade Brasileira de Pediatria, do Conselho Federal de Medicina, da Ordem dos Advogados do Brasil, da Procuradoria Regional da República, da Associação Brasileira de Transplantes de órgãos, da Consultoria Jurídica do Ministério da Saúde, e considerando, em seu preâmbulo, que “o respeito à dignidade humana prevista no inciso III do art. 3º da Constituição Federal implica que toda a pessoa humana, indistintamente, deve ser tratada como um fim em si mesma”, assenta, em seu art. 1º que a “retirada de órgãos e/ou tecidos de neonato anencéfalo para fins de transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de parada cardíaca irreversível”, sob pena de enquadramento dos transgressores dessa determinação nas cominações previstas nos arts. 14, 16 e 17 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

V – DOS PROJETOS DE LEI EM TRAMITAÇÃO NO CONGRESSO

Cumprido destacar, ademais - até para demonstrar que o Congresso Nacional não está alheio à problemática -, que se encontram sob o crivo dos parlamentares pelo menos dois projetos de lei objetivando normatizar o assunto.

Ambos revelam a complexidade do tema, sobretudo a dificuldade envolvida no regramento de seus distintos aspectos técnicos, jurídicos e científicos, os quais, por isso mesmo, são insuscetíveis de disciplina judicial.

Um deles, o PL nº 4403/2004, de autoria da Deputada Jandira Feghali, que acrescenta um inciso ao art. 128 do Código Penal para, segundo a ementa, “isentar de pena a prática de ‘aborto terapêutico’ em caso de anomalia do feto, incluindo o feto anencéfalo, que implique a impossibilidade de vida extrauterina”, acha-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

O outro, a saber, o PL nº 50, de iniciativa do Senador Mozarildo Cavalcanti, também inclui um inciso no citado dispositivo do Codex Repressivo, com a seguinte redação:

“Art. 128. (...) III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

A propositura do Senador Mozarildo recebeu parecer da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa da Câmara Alta, subscrito pela Senadora Marinor Brito, que contém, dentre outras, as ponderações abaixo resumidas.

A mencionada Senadora, após tecer considerações sobre a relevância do assunto, revela que tramitavam originalmente dois projetos de lei na Câmara Alta com o objetivo de afastar a punibilidade da interrupção voluntária da gravidez nos casos de anencefalia fetal: um do Senador Duciomar Costa, de nº 183, e outro do Senador Mozarildo, de nº 227, ambos datados de 2004. O primeiro foi retirado pelo próprio autor, um mês depois de sua apresentação. O segundo permaneceu inerte por cerca de meia década, sem jamais ter sido apreciado por uma única comissão, até que foi arquivado no final da última Legislatura.

A Senadora Marinor destaca, ainda, que o Senador Mozarildo, convicto da importância do tema, reapresentou o mesmo projeto de lei, em 2011, o qual recebeu o nº 50, como já observado. Submetido à crítica de seus pares, foi objeto de reparos por parte do Senador Edison Lobão, que, em seu relatório, assentou o seguinte:

“(...) a referida propositura não detalha os requisitos de validade do diagnóstico e do consentimento da gestante. Entendemos, por força do mais elevado comando de

segurança jurídica: a) que o diagnóstico deve ser subscrito por dois outros médicos (que não participem, portanto, do procedimento cirúrgico de interrupção da gravidez); b) que as técnicas de diagnóstico da anencefalia sejam reguladas pelo Conselho Federal de Medicina, de modo a uniformizar os procedimentos de investigação da referida anomalia; c) que a manifestação do consentimento da gestante ou de seu representante legal deve ser feita por escrito, para evitar, assim, qualquer tipo de dúvida ou questionamento” (grifos no original).

Em razão da opinião supra, a Senadora Marinor manifestou-se pela aprovação do PL nº 50/2011, ofertando, todavia, uma emenda substitutiva com o seguinte teor:

“Art. 128. (...) III – se o feto apresenta anencefalia, diagnosticada por dois médicos que não integrem a equipe responsável pela realização do aborto, e o procedimento é precedido de consentimento por escrito da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Parágrafo único. Na hipótese do inciso III, o diagnóstico de anencefalia atenderá aos critérios técnicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina”.

Cumprе sublinhar que essa propositura, a qual busca estabelecer requisitos mínimos para que o aborto voluntário de fetos anencéfalos seja isento de punição – tarefa, seja-me permitido insistir, totalmente estranha à competência de uma Corte Constitucional -, continua sob a soberana apreciação das duas Casas que compõem o Congresso Nacional.

VI – DA PARTE DISPOSITIVA

Por todo o exposto, e considerando, especialmente, que a autora, ao requerer ao Supremo Tribunal Federal que interprete extensivamente duas hipóteses restritivas de direito, em verdade pretende que a Corte elabore uma norma abstrata autorizadora do aborto dito terapêutico nos casos de suposta anencefalia fetal, em outras palavras, que usurpe a competência privativa do Congresso Nacional para criar, na espécie, outra causa de exclusão de punibilidade ou, o que é ainda pior, mais uma causa de exclusão de ilicitude, **julgo improcedente o pedido.**

