

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA (FACER)

CURSO DE DIREITO

GILSIRENE SOARES DE SOUZA

**O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: CRIME OU LIBERDADE DE
ESCOLHA?**

RUBIATABA - GO

2015

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA (FACER)
CURSO DE DIREITO

GILSIRENE SOARES DE SOUZA

**O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: CRIME OU
LIBERDADE DE ESCOLHA?**

Monografia apresentada ao curso de Direito da Faculdade de Ciência e Educação de Rubiataba, Unidade Rubiataba, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Marcelo Marques.

De acordo e recomendo para a banca:

Professor Orientador

RUBIATABA/GO

2015

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

CURSO DE DIREITO

Monografia intitulada “*O ABORTO DE FETO ANENCEFALO: CRIME OU LIBERDADE DE ESCOLHA?*”, de autoria de Gilsirene Soares de Souza, _____ pela banca examinadora constituída pelos seguintes professores:

Prof^o. Ms. Marcelo Marques de Almeida Filho (Orientador)

Prof^a. Dr. Valtecino Eufrásio

Prof^o. Edilson Rodrigues

Rubiatoba, _____ de agosto de 2015.

DEDICATÓRIA

Primeiramente, dedico este trabalho monográfico a Deus, pois nunca me deixou caminhar só. Em seguida, de forma especial dedico ao meu querido pai João Gonçalves de Souza, que mesmo que o seu físico não esteja mais entre nós o teu espírito se faz presente no meu caminhar.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por me proporcionar oportunidades de vivenciar momentos únicos, dentre eles, o curso de Direito. Agradeço a minha família, ao meu pai "*in memoriam*" e minha amada mãe, que sempre se empenharam na minha educação me moldando com muita sabedoria, não se esquecendo de meus irmãos pelo ombro amigo, companheirismo e pela força que e deram todos esses anos e em especial quero agradecer a minha irmã Luciene Soares, por me influenciar e apadrinhar minha vida acadêmica, incentivando a seguir seus passos de sucesso. Agradeço também ao meu irmão Gilson Soares, que por tantas vezes me apoiou e não mediu esforços para que eu possa estar concluindo o curso de Direito. Agradeço também ao meu noivo, Murillo Paiva, pelo apoio em meio às lutas, pela dedicação e pelo ombro amigo que sempre me ofereceu ao longo da caminhada. E também agradeço ao meu orientador, o professor Ms. Marcelo Marques Filho que ao me aceitar como orientanda abriu um leque de ideias e me conduziu ao caminho da pesquisa científica. Agradeço ao professor Martin Pino Estrada, pelo momento que se fez presente e aos demais professores que colaboraram com este trabalho monográfico.

“A sabedoria oferece proteção, como o faz o dinheiro,
mas a vantagem do conhecimento é esta: a sabedoria
preserva a vida de quem a possui”.

(Eclesiastes 7:12)

SÚMARIO

1. INTRODUÇÃO	11
1.1 DIREITO A VIDA E A ANENCÉFALIA	13
1.1.2 A vida como preceito fundamental.....	13
1.1.3 Teoria sobre o início da vida	15
1.2 Os Princípios fundamentais do direito e a proteção da vida humana.....	17
1.2.1 Anencefalia.....	20
1.2.2 Como ocorre a Anencefalia	21
1.2.3. Há chances de vida extrauterina?	22
1.3 O Aborto.....	23
1.3.1 Conceito.....	24
2. A ADPF Nº 54	28
2.1. Alvará Judicial para Liberação do Procedimento Médico.....	28
2.2. Análise da votação da ADPF Nº 54.....	29
2.3 A inconstitucionalidade da legalização do aborto do feto anencéfalo.....	31
3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO	33
3.1 Argumentos favoráveis à antecipação terapêutica.....	33
3.2 Argumentos desfavoráveis à antecipação terapêutica	35
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	40
REFERÊNCIAS	42
ANEXOS	46

RESUMO

No presente trabalho, busca-se analisar a incompatibilidade da Constituição Federativa com a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126, 128, incisos I e II, do Código Penal. E a Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental de Nº 54 que traz à gestante a liberdade escolha sobre prosseguir ou não com uma gravidez de feto anencefálico, lembrando que a anencefalia extingue a possibilidade de vida do feto, após certo período de tempo não determinado com exatidão pela ciência, pela ausência total ou parcial do encéfalo deixando o cérebro exposto pela falta da calota craniana, desta forma o feto não apresenta capacidade cognitiva, todavia discutimos em vários pontos que o aborto do feto anencéfalo poderá ser crime, como também uma liberdade de escolha da gestante por decidir assim que levará adiante uma gravidez de um natimorto.

Palavras-chaves: ADPF nº 54, anencefalia, capacidade cognitiva, inconstitucionalidade, laicidade.

ABSTRACT

In the present work seeks to analyze the incompatibility of the Federal Constitution with the interpretation that the termination of anencephalic fetus pregnancy is conduct typified in Articles 124, 126, 128, sections I and II of the Criminal Code. And the accusation of breach of fundamental precept No. 54 that brings the pregnant the freedom choice to continue or not with an anencephalic fetus pregnancy, noting that anencephaly extinguishes the possibility of life of the fetus by the total or partial absence of the brain leaving the brain exposed the lack of the skull , so the fetus does not have the cognitive capacity this form discussed at various points that abortion of anencephalic fetus can be a crime , but also a freedom of choice for pregnant women decide so is carrying a pregnancy of a stillbirth.

Key-works: unconstitutional works, secularism, brain, anencephaly, cognitive ability, ADPF No. 54.

LISTA DE ABREVIATURAS E SÍMBOLOS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ADI's/ADIns – Ação Direta de Constitucionalidade

CP – Código Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

FEBRASGO – Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia

OEA – Organização dos Estados Americanos

STF – Supremo Tribunal Federal

SUS – Sistema Único de Saúde

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho monográfico busca analisar a ADPF N° 54, as garantias fundamentais da gestante, do direito a vida do anencéfalo e o impacto causado na sociedade acerca de tal tema. Diante do tema proposto "Aborto do feto anencéfalo: crime ou liberdade de escolha?", apresentou-se a seguinte problemática: demonstrar academicamente a importância da ADPF n° 54, e discutir quais as consequências poderão ser ocasionadas à gestante de um feto anencéfalo.

Como problemática este trabalho pretende explicar o motivo de se manter a gestação do feto anencéfalo, visto que a legislação brasileira permite tal forma de aborto a partir da ADPF n° 54, sendo que isso se caracteriza como atentado aos direitos fundamentais da mãe.

Neste sentido, este trabalho tem como objetivo analisar as questões relacionadas ao direito à vida a partir da liberdade da escolha da gestante, conceituar e apresentar uma breve noção do que se trata a anencefalia e, ainda, trazer relatos de famílias que viveram situações semelhantes. Igualmente, visa investigar e explanar sobre dúvidas quanto à capacidade de vida do feto em confronto com a Constituição Federal e o Código Civil.

A escolha do tema se justifica pelo fato da ADPF N° 54 garantir a liberação do aborto do feto anencéfalo, tendo em vista que a garantia constitucional se confronta com as restrições do Código Penal. Desta forma, a análise do fato vai além da liberação, pois no Brasil a legislação não permite a interrupção do aborto de forma não espontânea, bem como considera o aborto uma infração penal, punindo a gestante que o provoca, o médico ou a terceira pessoa que participa do ato. A lei traz de forma expressa que a única forma que exclui a ilicitude do ato é a gravidez decorrente de estupro ou quando a vida da gestante corre perigo.

Para o desenvolvimento da pesquisa, foram utilizadas compilação bibliográfica e, ainda, a utilização de jurisprudências, abordando então leitura de doutrinas, artigos jurídicos, materiais retirados da internet, revistas, leis e códigos.

O método utilizado foi o de revisão bibliográfica, pelo qual consistem em reunir obras literárias, documentos escritos por vários autores, dentre outros. Desta feita, o método é aplicado "com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos" (GIL, 2002, p.44). Trata-se, portanto, de uma pesquisa qualitativa.

Nessa toada, o presente trabalho está organizado em três capítulos. No primeiro capítulo, infere-se a noção e conceituação do fato abordado, a vida como preceito fundamental, as teorias pelas quais se acredita que venha ser o surgimento da vida humana. Ainda, explana-se acerca dos direitos e garantias insertos na Constituição Federal. Por derradeiro, analisa-se de forma

clara e objetiva o que se trata a anencefalia, como essa anomalia se desenvolve e coloca em risco a vida da gestante, e as chances de o feto sobreviver, as quais são ilimitadas. Tratamos ainda neste capítulo sobre o aborto, seu conceito, suas formas e modalidades.

No segundo capítulo, se discute o teor da ADPF nº 54, sua fundamentação e função, ligeiramente com intuito de informar como era feito a liberação do aborto em caso de anencefalia de forma legal. Contudo, conduzimos este capítulo ao pensamento dos juristas na votação da ADPF nº 54, suscitando quais os argumentos, votos e, por fim, o que faz o aborto de anencéfalo ser inconstitucional.

No terceiro capítulo, foram apresentados os argumentos favoráveis e os desfavoráveis à interrupção da gestação de feto anencéfalo.

O tema desta pesquisa monográfica tem a função de sanar dúvidas corriqueiras acerca da anencefalia na comunidade jurídica, posto que muitos ainda desconheçam a inconstitucionalidade do aborto, bem como seus reflexos na sociedade, sendo relevante para o conhecimento acadêmico por se tratar de um assunto de grande repercussão e muito discutido dentre os acadêmicos do curso de direito.

1.1 DIREITO A VIDA E A ANENCÉFALIA

Neste capítulo, tem-se como escopo verificar o direito à vida, e lembrar que dele provêm todos os demais direitos, haja vista a vida ser um bem supremo, natural, não oneroso e de grande valia.

1.1.2 A vida como preceito fundamental

Para garantir que os homens vivam em paz na sociedade foi criada então a Constituição da República Federativa do Brasil, esta constituição reza todas as leis e atos de forma precisa e declara no *caput* do art. 1º as Garantias fundamentais que garante que “todo poder emana do povo.” Nesta senda, o povo exerce seus direitos por meio de representantes. Para que as leis sejam criadas e passam a valer, foi criado então o poder legislativo e deles emanam todos os outros poderes (CRFB, 1988).

No *caput* do artigo 5º declara todos os direitos e deveres individuais e coletivos, à vida é o bem mais protegido do ser humano, este direito é indispensável, pois é dever do Estado zelar pela vida do cidadão. Já o Código Civil argumenta que os direitos do nascituro estão assegurados desde a concepção. Desta maneira, podemos notar que o Código Civil nos traz uma visão ampla quando cita o nascimento com vida, mas nos coloca em dúvida quando traz a noção da concepção.

Nessa esteira, calha transcrever o texto do artigo 2º do Código Civil (BRASIL, PLANALTO, 2015) vejamos: A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

Segundo o dicionário de língua portuguesa (FERREIRA, p. 214) o conceito de concepção é a fecundação; ação de gerar ou de ser gerado, através da junção de um espermatozoide com um óvulo.

O direito que nasce com o ser humano desde a concepção é o direito à vida, e dele provêm todos os demais direitos. É também um direito natural. O direito à vida é mais antigo do que a própria teoria dos direitos fundamentais, constitui "fonte primária de outros bens jurídicos.". Deste modo, este direito é imprescritível, pois, não se perde no decurso do prazo, não é oneroso e nem alienável, pois não há valor que o pague.

A Constituição Federal não veio esclarecendo profundamente o início da vida humana ou, então, acerca do momento preciso em que ela começa. A vida que já é própria forma concreta e única da pessoa, porque entram em consonância as teorias (teoria "natalista", em contraposição às teorias "concepcionista" ou da "personalidade condicional"). E quando se fala em "direitos da pessoa humana" e até dos direitos e garantias do indivíduo, como a própria Constituição trata de direitos e garantias do indivíduo, faz *jus* aos direitos fundamentais, quais sejam, o direito à saúde, à liberdade, a segurança, à igualdade, e o mais importante o direito à vida e ao planejamento familiar.

Não bastasse, o Pacto de São José da Costa Rica, em seu artigo 4º da Organização dos Estados Americanos (OEA) salienta que a vida do ser humano deve ser preservada desde o zigoto. Há argumentos de que a Constituição Federal garante apenas a vida da pessoa nascida, não do nascituro e, ainda, que sequer poderia cogitar-se chamar de "ser humano" o feto antes do nascimento. Dessa maneira, retira-se do homem a garantia constitucional do direito à vida até um minuto antes do nascimento e vem assegurar a inviolabilidade desse direito a partir do instante do nascimento.

O primeiro direito do ser humano consiste no direito a vida, acompanhado de todos os demais direitos. É também um direito a própria teoria dos direitos fundamentais, constitui "fonte primária de outros bens jurídicos" (CARVALHO, 1999, p. 201).

O direito à vida é um direito inviolável e, além disso, é primordial, posto ser essencial ao ser humano. A par disso, a Constituição Federal de 1988, no *caput* do artigo 5º, declara 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" (CRFB, 1988).

Nesse compasso, o artigo 5º vem tratar dos direitos e deveres individuais e coletivos, os quais são objeto dos incisos I ao LXXVIII e parágrafos. Estes são de suma importância, pois considerados como os princípios fundamentais, hodiernamente denominados Direitos Humanos.

Com efeito, o direito à vida deve ser respeitado antes mesmo da Constituição. Parte de um princípio bíblico, ético, pelo qual se deve conviver em sociedade de forma coesa, prevenindo desgastes emocionais e contendas. Do mesmo modo, deve-se respeitar a individualidade do ser humano em qualquer situação, pois, a convivência de forma pacífica pode evitar conflitos na esfera civil e penal. Desta senda, o Estado não assegura apenas a vida

de forma digna, mas qualquer tipo de vida humana, estando ela de forma limitada ou com imperfeições.

Segundo Imanuel Kant (2006), nenhuma pessoa é passível de valoração, pois, sendo detentora de racionalidade, gera a possibilidade de autoafirmação, ou seja, a liberdade em seu amplo sentido.

Nessa seara, dessa ligação do homem é que surge a dignidade e a liberdade, que nada mais são do que valores constitucionais de todo o ordenamento jurídico. Os direitos fundamentais evoluíram com grande intensidade nos últimos tempos no sentido de proteger o indivíduo em sua dignidade, mas, se faz necessário ampliar o conceito desses valores e, por fim, promover a independência da sociedade, mais um passo da relação do indivíduo em convívio com seus pares.

1.1. 3 Teoria sobre o início da vida

Como já explanado alhures, nos termos de nossa legislação vigente, surge um impasse de que embora não tenha personalidade, a existência humana começa do nascimento com vida. A vista disso, o nascituro pode titularizar direitos, como, por exemplo, a busca de "alimentos gravídicos" prescritos no Código Civil. Em razão das controvérsias acerca da natureza jurídica do nascituro, três teorias forjaram-se, basicamente.

A primeira corrente defende que a vida começa a partir do momento em que o óvulo fecunda o espermatozoide, ou seja, a fecundação assegura ao nascituro a personalidade desde a concepção, possuindo, assim, direito à vida antes mesmo de nascer. Esta tese é defendida pela Igreja Católica, e tem o maior número de seguidores, além de ser classificada como teoria concepcionista. Insta vincar os ensinamentos de Scarparo (1991, p. 41), pois aduz que

A vida começa na concepção, quando o óvulo é fertilizado formando um ser humano pleno e não é um ser humano em potencial". Por mais de uma vez, o papa Bento 16 reafirmou a posição da Igreja contra o aborto e a manipulação de embriões. Segundo o papa, o ato de "negar o dom da vida, de suprimir ou manipular a vida que nasce é contrário ao amor humano.

A segunda corrente acredita e defende a ideia de que a vida acontece no ato da nidação, permitindo que o óvulo fecundado se fixe na parede do útero materno, ocorrendo a partir do 4º dia de fecundação, e é classificada como a teoria da nidação. De acordo com Scarparo (1991, p. 42) "Seria viável falar de vida humana enquanto o blastócito ainda não conseguiu a nidação, o que se daria somente no sétimo dia, quando passa a ser alimentado pela mãe".

A terceira corrente coloca que o início da vida passa por várias etapas. Primeiro a fase do pré-embrião, depois, embrião e, em seguida, o feto. Segundo esta teoria, desde a concepção não há no embrião características de vida. Conforme Jussara Meirelles (2000, p. 114), de acordo com a teoria gradualista ou desenvolvimentista, “entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa”.

A quarta teoria prega que a vida humana só tem início após o parto com feto com vida, a chamada teoria natalista, afirma que o nascituro possui mera expectativa de direito, fazendo jus à personalidade somente após o nascimento com vida (art.2º, 1ª parte do CC/02) para o autor Pereira (2001, p. 79) acredita-se que o embrião não sendo considerada pessoa, apresenta apenas mera expectativa de direito, ou seja:

O nascituro não é ainda pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Nasce-se e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se frustração, o direito não chega a constituir-se, e não há falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele seja sujeito de direito.

Em vista disso, ao se referir que o nascituro só tem personalidade jurídica do nascimento com vida, não quer dizer que ele não possua direitos intrauterinos. Nesse trilho, salienta essa teoria que se o nascituro tivesse personalidade intrauterina não haveria necessidade de a lei distinguir as expectativas de direito. Ancorado nos dizeres de Semião (1998, p. 153), tem-se que

Antes do parto, o feto não é pessoa, é uma porção da sua mãe, uma parte das vísceras desta, como se afirmar nas fontes romanas. Antes do nascimento o nascituro não tem vida própria e independente, pois é alimentado pelo sangue materno. Até operar-se o nascimento, o nascituro está ligado ao corpo materno, em razão mesmo da sua existência, inteiramente dependente, alimentando através da placenta cuja vida só tem existência intrauterinamente.

De acordo com essa teoria, o nascituro não tem capacidade de direito e nem personalidade jurídica, apenas os direitos que lhe são conferidos ao nascer com vida, todos garantidos pelo Código civil.

O nascituro ainda é aquele que vai nascer após a nidação (fecundação do ovulo na parede do útero), que por sua vez é o fruto da fertilização de um óvulo liberado pela mulher que vai ao encontro ao espermatozoide masculino, fecundando e gerando assim uma vida. “Desde a

concepção no ventre materno começa a existência visível das pessoas, e antes de seu nascimento elas podem adquirir alguns direitos, como se já estivesse nascidas” (CHAVES, 1972, p. 39).

Nesse vértice, discutimos aqui o início da vida humana, o qual perpassa por várias controvérsias médicas e jurídicas a fim de explicar um fenômeno único, a vida de um ser humano. Por derradeiro, em seguida coloca-se se em questão o problema de pesquisa deste trabalho, se o aborto do feto anencéfalo pode ser considerado crime ou uma liberdade de escolha da mãe.

1.2 Os Princípios fundamentais do direito e a proteção da vida humana

Diante das considerações acima expendidas. A Constituição tutela a vida humana em sua forma ampla. Desta forma, o ordenamento jurídico não só protege os direitos do nascituro, independentemente se ele vier a apresentar qualquer tipo de deficiência, como também estabelece várias leis de proteção especial aos portadores de deficiência. A proteção especial aos portadores de deficiência fundamenta-se, também, no princípio da igualdade, que está previsto em vários dispositivos da Constituição.

Ao analisar o art. 3º da Lei Maior, percebe-se entre os objetivos da República Federativa do Brasil, a estabilidade e o desenvolvimento do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, o *caput* do art. 5º preceitua que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se a todos os seres humanos o direito à vida e o direito à igualdade. Na mesma linha, o Estatuto da Criança e do Adolescente, quando se trata dos direitos fundamentais, preza, em seu art. 7º, que a criança e ao adolescente têm direito à proteção à vida e à saúde, perante a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso da criança no seio da sociedade, em condições dignas para sua existência.

Ainda, deve se ressaltar que a proteção do direito à vida e à saúde da criança e, no art. 8º, *caput*, do ECA, vê-se que é assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal, totalmente gratuito.

Quanto ao feto anencéfalo, as ciências médicas já comprovaram que há vida humana. E se há vida, ele é titular de direitos por força da teoria concepcionista. Conforme já explicitado, por isso, o conceito anencéfalo, assim como todos os conceitos, portadores ou não de alguma malformação congênita, são titulares dos direitos do nascituro (LIMA, 2007, p.106).

Ainda para o autor, embora a gestação do anencéfalo demande reflexão especial, em decorrência dos direitos que podem entrar em conflito, o aborto do feto anencéfalo seria liberdade de escolha ou crime.

Segundo Lima (2007, p.108), a Organização Mundial da Saúde (OMS) conceitua saúde como completo bem-estar físico, psíquico e social. De acordo com essa organização, a saúde é concebida de forma geral e sua constatação depende da análise de muitos aspectos do bem-estar da vida humana, não se limitando à ausência de doença.

Nesse caminhar, a garantia do direito à saúde envolve tanto a proteção do direito em si, pelo ordenamento jurídico, quanto à prestação de serviços pelo Estado para que seja resguardado esse direito. Então, é de responsabilidade do Estado fazer valer os direitos de todos.

No que concerne ao direito de realizar o aborto do feto anencéfalo, o direito à saúde não pode materializar-se sem a prevenção de políticas públicas que permitam a realização desse direito nos hospitais públicos e privados, com todo o atendimento médico e psicológico necessário ao restabelecimento da mulher (LIMA, 2007, p. 108).

Para a autora, compreender o aborto do anencéfalo, quando há consentimento da gestante, como conduta criminosa, configura lesão ao direito à saúde da mulher, uma vez que a gravidez, nessas circunstâncias, põe em risco a sua saúde e a vida. *In casu*, a saúde física fica debilitada correndo riscos, uma vez que a mãe passa por um momento único que é a gestação. Além de tudo isso, a convivência social da mulher pode ser totalmente abalada em uma gestação de um anencéfalo.

Ademais, as expectativas sociais e familiares diante da gestação e da maternidade são sempre de muita alegria e satisfação, afinal a família está à espera de uma criança, para muitos lares a luz que faltava, porém, as anencefalias como sabem, não garante a vida, sendo então uma alegria morta.

Quanto à liberdade de escolha, de autonomia reprodutiva da mulher, a mesma autora entende que se devem trazer os fundamentos do direito de escolha, nos casos de anencefalia, com base no princípio da dignidade da pessoa humana, garantir a mulher liberdade de tomar decisões mesmo que a vida que está sendo gerada pertença a ela.

A dignidade da pessoa humana é qualidade única, insolúvel e indissociável de todo e qualquer ser humano, porque pertence à condição humana, da vida humana. É irrenunciável e inalienável, não a há como o indivíduo abrir mão de seus direitos e inalienável, pois não há preço que pague por essa dignidade e, assim, não se concebe sua retirada ou concessão, porquanto se trata de um atributo de todos os seres humanos. Constitui elemento que o qualifica

como tal e dele não pode ser separado. Não é algo concebido à pessoa humana, porque já lhe pertence de forma inata (LIMA, 2007, p. 126).

Já para Moraes (2009, s.p.), a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida. Ainda, entende o autor, que em relação ao aborto, além das hipóteses em que a Lei Penal permite a impossibilidade de o feto nascer com vida, como em casos de Acrania (ausência de cérebro) ou, ainda, comprovada a total característica de vida extrauterina, por perícia médica rigorosa, nada justificaria ser penalizada, uma vez que o direito penal não estaria a serviço da finalidade constitucional de proteção a vida, mas sim estaria ferindo direitos fundamentais da mulher, igualmente protegidos: liberdade e dignidade humanas.

O respeito à dignidade humana é um dos pilares que sustenta a legitimidade da substância da norma jurídica. Em um Estado Democrático de Direito, a observância e tutela da dignidade humana são metas permanentes, pois se entende que o princípio da dignidade da pessoa humana é um valor supremo, que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida (SILVA, 2001, p. 53).

Gonçalves e Lapa (2007) trazem que os direitos fundamentais não são absolutos e, em caso de conflito, devem ser sopesados, pensado para melhor resolver um conflito. Assim, é contestável a existência de um “direito absoluto”.

Por isso, se por um lado, o aborto livre não tem compatibilidade com o Estado Democrático de Direito brasileiro, por outro, os valores éticos e humanitários incorporados pela Constituição de 1988 não legitimam submeter à mulher uma gestação indesejada de anencéfalo, por configurar ofensa ao direito à saúde, à liberdade de autonomia reprodutiva e à dignidade humana (LIMA, 2009, p. 130).

Salienta ainda o PE. David Francisquini (2001), ninguém pode atentar contra o direito do anencéfalo de nascer, viver o tempo que lhe for dado por Deus, receber um nome próprio, ser batizado, morrer em paz e ter sepultura digna.

Para o autor, mesmo que a criança venha a falecer, e a maioria vive umas poucas horas. Mas, sobretudo, o que se deve ter em conta são os misteriosos desígnios do Criador, que deu tão pouco tempo de vida a essa criatura. De acordo com o autor, não compete ao homem limitar a vida humana.

Gonçalves e Lapa (2007), refletindo as decisões de nossos Pretórios, afirmam que a obrigação de gerar um feto inviável e o cerceamento de escolha da gestante afetaria a dignidade

da mulher, tendo em vista o sofrimento a ela imposto, como já explanamos a dor da gestação de um anencéfalo supera as dores de um feto comum como garante a medicina.

A pessoa humana desde o momento que se inicia a vida, até o fim desta, é revestida de uma dignidade inalienável, única. Nada pode impedir que essa dignidade aconteça, surja e nasça. As próprias instituições existem em função da promoção dessa dignidade (KARAGULIAN, 2008, p.61).

Finaliza a autora, entendendo que a dignidade da mãe, neste caso, viria em primeiro lugar, uma vez que se constatou que o feto não terá possibilidade de viver após o parto.

Desta forma, a pesquisa teve resultado satisfatório, claro e inerente a liberdade de escolha da gestante, uma vez que a gravidez não apresenta sinal de vida extrauterina. Alguns autores seguem uma linha de pensamento divergente, de um lado da Constituição e, do outro, o Código Penal. Por derradeiro, a pesquisa suscitou que em primeiro lugar deve-se garantir a vida da mãe, partindo do princípio da dignidade da pessoa humana.

1.2.1 Anencefalia

A anencefalia é uma doença que afeta os fetos no início da formação. Esta anomalia pode ser diagnosticada nos primeiros meses de gestação e sua origem ainda não possui nenhuma justificativa concreta.

Como resultado da pesquisa, a anencefalia consiste na má formação incompatível com a vida, trata de uma anomalia diagnosticável nos primeiros meses de gravidez, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, uma vez que essa malformação consiste na ausência parcial do cérebro juntamente com a calota craniana e o início do tubo neural, os quais começam a se desenvolver bem no início da vida intrauterina.

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida. Não existe tratamento disponível, a forma mais grave das malformações fetal, defeito do fechamento do tubo neural (DNT). De acordo com a medicina legal inclui também a Mielomeningocele, mais conhecida como Spina Bífida, é uma malformação congênita da coluna vertebral da criança, dificultando a função primordial de proteção da medula espinhal, que é o "tronco" de ligação entre o cérebro e os nervos periféricos do corpo humano. Quando a medula espinhal nasce exposta, como na mielomeningocele, muitos dos nervos podem estar traumatizados ou sem função, sendo que o funcionamento dos órgãos inervados pelos mesmos (bexiga, intestinos e músculos) pode estar afetado.

Desta maneira, podemos afirmar que a anencefalia é uma doença que atinge 1 em cada 1 milhão de bebês no mundo. A palavra anencefalia significa “sem cérebro”, na forma vulgar dita, mas o termo não está totalmente correto, já que o bebê atingido não possui partes do cérebro, mas o tronco cerebral está presente. Assim, quando um bebê anencéfalo sobrevive após o parto, as estatísticas mostram que terá apenas algumas horas ou dias de vida.

Entenda-se também desta forma que muitos neonatos encefálicos são capazes de manter a respiração, mantendo o tronco encefálico funcionando. Alguns possuem mesmo parte do cérebro presente. A maior parte dos anencéfalos nasce em parada cardiorrespiratória (natimortos, portanto).

1.2.2. Como ocorre a Anencefalia

Com efeito, a origem da anencefalia se dá no tubo neural, que, por sua vez, dá origem ao cérebro e à medula óssea, a parte anterior do tubo aumenta seu tamanho para formar o cérebro humano, a parte inferior cresce para a medula espinhal, cada elemento se desenvolve de forma autônoma. De acordo com a evolução genética, é formado por uma parte de tecido embrionário, e pesquisas apontam que leva o tempo de aproximadamente 25 dias após a concepção.

Nesse ínterim, o defeito ou malformação ocorre em uma de cada mil gestações, letal em 100% dos casos já assistidos, mas, se tratando de tempo de sobrevivência, infelizmente não há estimativa de vida. Ato contínuo, o tubo neural se fecha com aproximadamente quarenta semanas de gestação, não podendo ser descartado a possibilidade de aborto natural, uma vez que o organismo humano começa a sofrer fatores de risco para a gestante, sendo que o diagnóstico pode ser detectado entre o 3º e 4º mês de gravidez.

Ademais, a mutação genética pode ser um fator fortemente causador da anencefalia, proveniente do gene que não tem o desenvolvimento correto. Todavia, há outros fatores inerentes a isso, a falta de ácido fólico também pode ser um dos fatores, uma deficiência de vitamina do complexo B no organismo humano (DINIZ, 2004, p.53).

Com amparo na medicina legal, em uma gravidez saudável o processo se distingue, tendo em vista que o tubo neural se desenvolve normalmente e os nervos ficam protegidos dentro da coluna vertebral e dos ossos do crânio. Entretanto, quando essa parte do tubo neural não se fecha totalmente, ocorre a anencefalia, o embrião neste momento pode ser comparado com uma semente de maçã pelo seu tamanho (DINIZ, 2004, p. 53).

Desta forma, a pesquisa demonstra que os bebês com este problema nascem sem maior porção do cérebro, de forma exposta e com tronco cerebral funcionando, constituído pelo bulbo que por sua vez desempenha o papel de alongar a medula espinhal, que por sua vez se conecta a coluna cervical.

Como conceitua LANGAMAN, "O bulbo controla importantes funções do nosso organismo, entre elas: a respiração, o ritmo dos batimentos cardíacos e alguns atos reflexos como deglutição, vômito, a tosse e o piscar dos olhos" (LANGAMAN, 1977, p. 02).

Os autores se assemelham bastante em opiniões apresentadas, porém existem alguns autores que apresentam o caso de uma forma mais simples facilitando o entendimento do leitor leigo. Por fim, têm-se autores que são mais técnicos, e dificultam o entendimento de pessoas que não atuam na área da medicina em si.

De forma ampla, devemos salientar que a anencefalia não se define no feto ser totalmente sem cérebro como a maioria das pessoas acreditam, mas de forma ampla não podemos deixar de estar cientes que mesmo estando parcialmente sem cérebro, este feto possui outros mecanismos importantes a organismo humano em funcionamento como o tronco cerebral, que como já disse que constituído pelo bulbo, por isso o feto respira, possui batimentos cardíacos e reflexos inerentes ao corpo humano.

Neste interim o primeiro capítulo deste trabalho fala sobre o conceito de vida de muitos autores e baseando no Código Civil Brasileiro que nos traz claramente como se caracteriza vida no direito Civil.

1.2.3. Há chances de vida extrauterina?

Segundo Lima (2007, p. 76), o anencefálico necessita de ampla parte do sistema nervoso central, pois, é dele que depende a preservação do tronco encefálico, ou parte dele, além de manter as funções vitais, como o sistema respiratório e cardíaco. Salienta-se, também, a capacidade de reagir a estímulos, manutenção da temperatura corporal e de realizar os movimentos de sugação e de deglutição. Contudo, as reações são meramente reflexivas, típicas do estado vegetativo.

Nesta apazão, percebe-se que a malformação o incapacita para as funções relacionadas à consciência e a capacidade de percepção, de cognição, de comunicação, de afetividade e de emotividade. Ou seja, verifica-se que anencefálico não oferece nenhum grau de consciência e, por isso, jamais poderá compartilhar da experiência humana. Portanto, para a ciência médica, mesmo exibindo toda precariedade, se trata de um ser humano.

Em entrevista dada à revista *Consulex*, o médico Pedro Pablo Chacel esclarece alguns pontos importantes para que venha a esclarecer esta pergunta. A entrevista teve início com a raiz da questão: o que significa a anencefalia? Há chances de sobrevivência? Para ele o feto que porta este tipo de anomalia não tem cérebro, portanto não há atividade cerebral, intelectual, apenas controles de ações de vida que é feito pelo tronco cerebral, controla uma vida vegetativa fora do organismo da mãe (CHACEL, 2004, p.33).

De acordo com o médico Pedro Pablo (2004), ao nascer, o bebê não tem nenhuma capacidade de sobrevivência, lembrando que a maioria dos bebês morre em poucos minutos após o parto. Ainda, estudos revelam que há casos em que o bebê pode chegar a viver até sete dias, mas não há condições de sobrevivência, a vida que se tem em poucos minutos é de forma vegetativa, um organismo totalmente dependente de condições mínimas de vida.

Para algumas mães este embrião é uma pessoa, é uma questão pessoal de se postar diante da situação. Segundo Pedro Pablo (2004, s.p.) ele já teve uma paciente que gerou um feto anencéfalo, uma mãe extremamente ligada à religião e ao catolicismo. *In casu*, essa mãe optou para que essa criança viesse ao mundo, e a criança nasceu, foi batizada de acordo com os mandamentos da igreja, ela se refere como se esta criança tivesse morrido de morte natural e não decorrente de uma anencefalia.

Seguindo a entrevista, foi perguntado a ele: É produto de uma concepção inviável?

Para ele, a inviabilidade está ligada no tempo de gestação do feto, que não é um problema temporal, mas de concepção inviável, o feto não irá sobreviver. Existem riscos sérios na gestação, o que é muito pequeno em relação a uma mulher que quer ter uma gestação sadia (VIEIRA, 2004, p.33).

Enquanto para algumas mães é um sofrimento levar adiante uma gestação que vai resultar em morte, para outras é importante permitir o curso natural até a morte. Seria, assim, como uma sociedade esperar por uma gravidez e levar adiante mesmo sabendo que a qualquer hora não estará em seus braços a concessão divina que é um filho. Ser agraciada com o dom de ser mãe e, ainda, levar adiante a vida que lhe foi dada, até que chegue o momento em que não estará a sua escolha manter essa vida.

1.3 O Aborto

O termo “aborto” vem do latim *abortus*, que significa morrer, padecer (FERREIRA, p.15). Este termo vem sendo usado para designar a expulsão do feto de forma consentida ou não, tendo ou não a expulsão do feto destruído, antes do tempo normal da gravidez. Desta senda,

são notórios os vários conceitos de aborto por parte dos doutrinadores, alguns de forma específica e simplória outros de forma técnica de difícil entendimento aos leigos.

O direito ampara a vida humana desde a concepção. No início da formação do ovo, depois embrião e, logo após, o feto, desde então se inicia a proteção, tutela e sanções penais. A partir desde feito, começa também uma expectativa de vida a qual não poderia ser ignorada pela lei, tanto que surgiu no Código Penal o aborto como crime doloso contra a vida.

Segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS), o aborto é a expulsão ou extração de um embrião ou feto pesando menos de 500g (aproximadamente 20-22 semanas de gestação), independentemente ou não da presença de sinais vitais. A destruição de uma vida intrauterina até os instantes que precedem o parto constitui crime de aborto.

1.3.1 Conceito

Num sentido etimológico, aborto significa privação do nascimento. Advém de *ab*, que significa privação, e *ortus*, nascimento. De acordo com E. Magalhães Noronha, aborto é a interrupção da gravidez, com a destruição do produto da concepção (ovo, embrião ou feto). A interrupção da gestação há de ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica apenas o aborto na forma dolosa (LIMA apud NORONHA, 2007, p. 53).

O código Penal Brasileiro traz no seu art. 124 a 128 as formas qualificadas do aborto. De acordo com art. 124 CP, o aborto é a interrupção da gravidez com conseqüente morte do feto. Dentre esses artigos podemos notar suas classificações que pode ser: a) Aborto natural- que consiste na interrupção espontânea da gravidez (imputável); b) Aborto de forma acidental- tem como conseqüência o traumatismo (imputável); c) Aborto Criminoso- previsto no art. 124 a 127; d) Aborto Legal ou permitido previsto no art. 128, o qual se trata das várias formas quando se faz necessário a prática do aborto, não havendo solução médica cabível para que a criança nasça com vida. Diante disto, notamos o conceito amplo de vários doutrinadores e do próprio Código Penal, que regula as penas pelos crimes cometidos no Brasil, abrangendo, assim, a prática do aborto.

Como modalidade do aborto tira se por base no escólio de Capez (2004, p. 108), há dois bens jurídicos, a vida do feto e a vida da genitora, "postos em perigo de forma que a preservação de uma vida (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto)". A legislação brasileira optou pela vida da gestante, uma vez por ser a genitora, e serão capazes de dar vida várias vezes mais, tendo em vista que o feto depende da vida da mãe para viver.

Já Maria Helena Diniz (2004, p. 149) acredita que o aborto esta suscetível a várias classificações. Quanto ao objeto, pode ser:

- a) ovular, se praticado até a 8ª semana de gestação;
- b) embrionário, operando até a 15º semana de vida intrauterina, ou seja, até o 3º mês de gravidez e,
- e) fetal, ocorrendo até a 15º semana de gestação.

A finalidade com a prática do aborto é a morte do feto, mas dentre essa conduta há várias modalidades. Diante disso, notadamente traz suas modalidades que poderá ser: Aborto terapêutico, aborto sentimental, aborto eugênico, aborto social e aborto por motivos de honra.

O aborto terapêutico é praticado pelo médico para salvar a vida da gestante, amparado pelo Código Penal, uma vez que há necessidade de salvar a vida da genitora. A solução jurídica encontrada para sanar o conflito de duas vertentes e o sacrifício do menor. O médico alega o estado de necessidade e desta forma pratica o aborto terapêutico deve observar as diversas normas:

- I – Quando a mãe apresenta perigo vital; II – quando este perigo esteja ligado diretamente à gravidez; III – quando a interrupção da gravidez faça cessar o perigo de morte da mãe; IV- quando este procedimento seja único meio capaz de salvar a vida da gestante e V- sempre que possível com a confirmação, ou concordância de outros dois colaterais (FRANÇA, 2001, p. 246).

Com o avanço diário da medicina, fica cada vez mais rara a interrupção da gravidez de forma terapêutica, uma vez que a solução é encontrada para tratar o feto ainda na barriga da mãe facilita o processo da gravidez saudável.

Já o aborto sentimental, também chamado de piedoso ou moral, tem indicação em caso de estupro. Essa situação defende o princípio do estado de necessidade contra consequências oriundas advindas de um estupro causando grave dano a pessoa (FRANÇA, 2001, p. 246). A vergonha e a confusão mental de uma gravidez não planejada, adquirida de forma violenta, gera um desconforto espiritual e mental, podendo dar início a uma rejeição da criança que se espera, tendo em vista o fruto de uma conjunção carnal com individuo estranho, sem nenhuma estima por parte da mulher. Nesse rumo, pelo que se entende, deixa de existir a imputabilidade para o aborto sentimental.

No que tange ao aborto eugênico, este visa à interrupção da gravidez de fetos defeituosos, que advém de uma malformação cognitiva do ventre da mãe. É um tipo de aborto

preventivo executado em casos em que há suspeita de que a criança possa nascer com defeitos físicos, mentais ou anomalias, implicando em uma técnica artificial de seleção do ser humano.

Ninguém jamais pode negar o desejo de que todas as crianças nasçam saudáveis e perfeitas. Ninguém pode também menosprezar a aflição e as dificuldades dos pais de crianças malformadas. No entanto, isso, por mais pungente que seja, não autoriza ninguém, muito menos os que não vivem esse sofrimento, a retirar desses seres o direito à vida. Como se sabe, o ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela "plenitude de vida e independência socioeconômica", nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino da criatura humana.

Ainda o fato de liberação do aborto terapêutico passa por um lapso no tempo, e a legislação teme a prática do aborto por mães que não aceitam a deficiência do filho, como se a sociedade tivesse um grande filtro no qual as crianças teriam que nascer perfeitas e, as que não são não teriam chance de vida.

Mesmo no caso de deficiência, há especificações como a anencefalia que sobrepõe à eugenia, uma vez que a anencefalia caracteriza a má formação do feto sem expectativa de vida extrauterina. Nesse caso, a ADPF 54 assegura o direito da gestante de escolher em ter a criança e passar por todos os processos da gravidez, mesmo sabendo que haverá complicações e que terá sua vida em risco ou então, pôr fim à vida intrauterina, se resguardando da difícil e dolorosa tarefa de segurar uma criança no colo por alguns minutos apenas, passando, logo após, a dor da morte de perder um filho.

Igualmente, tem-se o aborto social e a interrupção de uma gravidez por motivos econômicos ou sociais. Esta modalidade não está justificada, pois é dever do Estado cuidar e zelar do menor promovendo sua integridade e saúde, lazer e educação como propõe o art.2º do Estatuto da Criança e Adolescente – ECA. Desta forma, nota-se que o Estado não pode ameaçar a existência de alguém por motivos dessa natureza.

Assim sendo, promover a morte de um indivíduo indefeso ainda no útero da mãe por motivos de falta de recursos suficientes para sua manutenção é de fato muito triste, é um sinal de desvalorização da vida humana, uma insensibilidade tamanha que fere os preceitos fundamentais da legislação brasileira, ora justa e inerente ao ser humano, visto que no Brasil não há controle de natalidade e, dessa maneira, não há nenhuma justificativa interromper uma vida por insuficiência de recursos.

Segundo França (2001, p.248) em seu livro Medicina Legal, ele explica que o aborto é um fenômeno coletivo porque se origina em um fato social. "é um fato político e não pode ser resolvido apenas com inclusão de um ou outro dispositivo no Código Penal". Desta feita, pode-se salientar que este problema chega a ser um problema social pelo qual a medida a ser tomada e a conscientização da população, quanto vale uma vida? Não estamos abordando um assunto de mera conveniência, mas de um sério problema social de conscientização social (FRANÇA, 2001, p.248).

2. A ADPF Nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi criada para suprir possíveis falhas das Ações Direitas de Inconstitucionalidade pelas quais as siglas correspondem "ADI's". Deste modo, a ADPF de Nº 54 foi apresentada para dar condições de valia de um preceito fundamental.

2.1. Alvará Judicial para Liberação do Procedimento Médico

No Brasil, há um tempo a prática do aborto de anencéfalo não era permitida. O CP de 1940 previa apenas o abortamento em casos de estupro ou quando a vida da gestante está em risco. Desta forma, quando se diagnosticava um feto anencéfalo a gestante era orientada a pedir junto à justiça um alvará judicial dando livre poder ao médico para praticar o procedimento sem sofrer nenhuma sanção. Até que, então, a decisão do STF modificou algumas premissas neste caso.

No entanto, estudos revelam que desde o final da década de 1980 juízes brasileiros começaram a conceder alvarás que autorizam o aborto para os casos de anencefalia. De acordo com Fernando Figueiredo Mello, o primeiro alvará foi expedido em 1989, em Rondônia. Até hoje, cerca de 10 mil foram concedidos em todo o Brasil.

A liminar judicial foi suspensa, pois a partir de análises foi detectada inconstitucional, ferindo diversos princípios. Não é “lícito a ninguém, muito menos à sociedade ou Estado, julgar o valor essencial de uma vida humana por suas deficiências” (ALVES, 1994, p. 136). Deste modo, o direito à vida é imprescritível, não há formas de dizer quais as formas se limitam a vida de um embrião.

O então ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, em face de medida cautelar que, como sabemos, é o procedimento judicial que visa prevenir, defender ou até assegurar a eficácia de um direito, nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº54-8 do Distrito Federal, autorizou o aborto de feto anencéfalo.

Ocorre que essa decisão causou alvoroço e dividiu opiniões em todas as classes sociais, profissionais e religiosa, inclusive no âmbito jurídico, pelo qual alguns representantes mostraram sua indignação, enquanto outros se posicionaram favoravelmente aludindo vários aspectos.

Observa - se que a questão do aborto em toda sua conjuntura é complexa, e em muitos casos levam a supor que a criança portadora de qualquer anomalia, se torne um dessa criança.

A liminar é inconstitucional, pois viola o direito à vida incisivamente e os preceitos fundamentais elencados na Constituição Federal. “Não é permitido a ninguém, muito menos à sociedade ou Estado, julgar, medir o valor essencial de uma vida humana por suas deficiências” (ALVES, 1994, p. 136).

2.2. Análise da votação da ADPF N° 54

A questão proposta na ADPF n° 54 é de tamanha relevância que foi também uma das mais importantes a ser votada pelo tribunal, pois explica-se a grande argumentação tanto da sociedade como do Judiciário. Foi plausível o número de manifestantes que reivindicaram contra o aborto, religiosos e populares fizeram-se presentes para manifestar seus argumentos contra e a favor do aborto de anencéfalos.

E depois de tramitar por "07 anos, nove meses, 26 dias, oito horas, 22 minutos e 52 segundos chega ao fim à ação da anencefalia, a Suprema Corte, declarou então que a inconstitucionalidade da interpretação da lei segundo a qual a interrupção da gravidez é conduta tipificada pelos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do CP" (ADPF n° 54), o placar se mostrou favorável contando 8 votos a favor e 2 votos contra a prática, ficaram vencidos os ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

Neste compasso, analisar-se-á alguns dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal acerca do tema proposto.

O Ministro Luiz Fux agregou a justificativa de que o bem a ser preservado no momento é a saúde da mulher, tanto física como mental, que por inúmeras vezes ficam com suas estruturas abaladas a espera de um feto que não possui capacidade de sobreviver fora do seu organismo. Descreveu o fato como um "estado de necessidade justificante" (ADPF n° 54), salienta ainda que consequentemente o art. 128 do CP deveria então receber modificações quanto a sua tipificação.

A Ministra Carmen Lúcia elucidou o direito à liberdade e à vida da mulher, considerando de fato a possibilidade jurídica da gestante de feto anencéfalo ter livre escolha de qual caminho seguir, podendo, assim, conduzir a gravidez de forma natural até os últimos momentos permitidos pela natureza. Ou então somente se negar a passar pela dor de saber que logo após o nascimento, poderá a mãe se desprender de seu filho por incapacidade física do bebê, a Ministra defende também a dignidade da vida e a saúde, tendo em vista que a mãe sofrerá danos quase irreversíveis quanto à capacidade física e moral. (ADPF N° 54).

Neste diapasão, foi ouvida a Ministra Rosa Weber, a qual levantou uma discussão bastante interessante sobre o fato. Segundo ela, enquanto os favoráveis a liberação do aborto anencéfalo levantavam diagnósticos constando impossibilidade de vida após o nascimento e o risco de morte seria quase a totalidade fatal, não poderiam deixar de recordar os casos de anencefalia em que os bebês sobreviveram por um período de tempo fora do útero materno. Ainda segundo a Ministra, haviam relatos de "anencéfalos com sobrevivida por meses e até mesmo mais de ano" (ADPF nº 54). Desta forma, a discussão se levanta nos seguintes argumentos:

- A) tipicidade da antecipação terapêutica do parto como crime de aborto;
- B) vontade do legislador no que toca a retirada da anencefalia do rol das excludentes de ilicitude;
- C) ponderação de valores entre liberdade, dignidade e saúde da mulher e a vida do feto anencéfalo e
- D) violação de direito fundamental reprodutivo da mulher, ante a criminalização da interrupção da gravidez e feto se viabilidade de vida extrauterina (ADPF Nº 54/DF, re. Min Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012).

Deste modo, assegurou que a medicina descrevendo o fato, não caberia ao ordenamento jurídico tomar tais decisões de protegê-lo ou não, tanto que ha falta de considerações jurídicas para que se faça esclarecidas os conteúdos que dão sentido a expressão vida, mesmo que venha o feto não comportar parte do cérebro há dentro dele outros órgãos que desempenham papeis favoráveis à vida humana, relata a Ministra.

Logo após, foi a vez do Ministro Ayres Brito levantar a discussão acerca do fato, pois, para ele, a gestação de feto anencéfalo seria uma reprodução de uma gravidez, pela certeza antecipada de sentimento de frustração quanto à finalidade. Entendeu também que havia três correntes de interpretação quanto ao dispositivo penal são eles:

Na primeira delas, a antecipação terapêutica do feto anencéfalo seria crime. Na segunda corrente inexistiria crime de aborto, e a anencefalia seria como uma mera colocação, Na terceira corrente o Ministro salienta que a antecipação de feto anencéfalo seria fato típico, mas não configuraria fato típico (ADPF Nº54/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 11 e 12.4.2012.)

Ocorre que a anomalia sofrida pela gestante causaria um abalo psíquico e moral e, desta forma, seriam bem jurídicos a tutelar, além da capacidade de vida do feto. Conclui-se então dizendo que o fato seria considerado incomum, pois a gestante levaria a gravidez adiante até os últimos minutos, e seria como um sacrifício.

O ministro Celso de Melo salientou que não se trata de um debate entre Estado e religião, de modo que o Brasil é um País laico, não cabendo então discussão acerca disso. Deste modo, ressalta ainda que as autoridades responsáveis deveriam evitar ligações religiosas com tema proposto em votação. Levantou a hipótese de morte cerebral entrelaçada ao Código Civil, discorreu também sobre a abrangência dos direitos das mulheres como titular dos direitos humanos. E adentrando ao assunto do aborto anencéfalo, defendeu que a conduta seria atípica, pelo fato que, se nascessem os fetos não possuiriam capacidade cerebral, desta forma conclui que "não haveria vida a ser tutelada pela norma penal" (ADPF nº 54).

Por fim, o voto do ministro Ricardo Lewandowski, o qual asseverou em seu voto ser contra a prática do aborto do feto anencéfalo, e justificou que a tal pratica viola preceitos fundamentais, delineados na Constituição Federal nos artigos 1º, IV que diz respeito ao princípio da dignidade humana, e no artigo 5º, II, princípios da legalidade e autonomia da vontade humana, e também no artigo 6º, *caput*, e 196, direito à saúde (ADPF nº 54).

No fim da votação, prevaleceu no julgamento o voto do ministro Marco Aurélio, o relator da Arguição do Preceito Fundamental nº 54, o qual defendeu que a interrupção da gestação quando o feto é anencéfalo não é aborto, e sim um procedimento médico, por ser absolutamente inviável fora do útero, o feto não é titular do direito à vida juridicamente. E com base na Lei nº 9.434 de 1997, definiu que o feto com anencefalia já é juridicamente sem vida. São conflitos de direitos fundamentais garantidos pela legislação entre a liberdade da mulher e o feto. (ADPF Nº 54).

A Constituição Federativa do Brasil determina que a Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental deverá ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em forma de lei, deste modo, a norma constitucional terá eficácia limitada, ficando assim dependente da edição da lei, estabelecendo as formas pela qual será apreciada a ADPF pela constituição (Alexandre de Moraes, 2001, p.616).

Deste modo, a legalização do aborto de feto anencefalo precisou passar pelo STF para ser provada sua inconstitucionalidade, tendo em vista que o ato fere a constituição e os princípios fundamentais por ela apregoados.

2.3 A inconstitucionalidade da legalização do aborto do feto anencéfalo

A inconstitucionalidade segundo Aurélio Ferreira (1999), é o conflito de inadequação de lei, de ato normativo ou jurídico as normas da constituição que por sua vez é o conjunto de leis de um país.

De outro modo Ari Ferreira (2014, p. 219) afirma que a inconstitucionalidade é a anormalidade de debate entre atos do poder público com a constituição rígida, indo a desencontro com seus comandos, verificando se há compatibilidade formal e material, mesmo que a comparação se verificar se os atos do poder público afastam o que apregoa a constituição, se o ato tiver ido além ou ficar fora da proposta da constituição é considerado assim inconstitucional.

Neste apazão, destaca se a inconstitucionalidade da legalização do aborto do feto anencéfalo, tendo em vista que o aborto para certos efeitos ainda se considera crime previsto no código penal. As condições impostas ao anencéfalo vão além de qualquer premissa apontada pela lei, de fato o código civil o considera um natimorto, por mais que ele viva algumas horas após o parto não há atividade cerebral cessando assim a personalidade civil.

A ADPF N° 54 mostra-se inconstitucional, pois ferem os princípios fundamentais prepostos pela Constituição Federal tais como: o direito à vida, à cidadania, a dignidade da pessoa humana, entre outros, gerando um conflito de poderes.

No direito, a cessação da atividade cerebral significa que este ser humano não tem mais vida, ainda que os demais órgãos estejam em pleno funcionamento, desta forma, uma criança com anencefalia juridicamente já nasce morta, sendo assim não há indícios suficientes para obrigar a mãe a levar até o fim a gravidez, sendo que o feto anencéfalo não goza de proteção jurídica.

Neste ponto, deve se considerar que o feto concebido nessas condições só se mantém vivo por estar dentro do útero da mãe utilizando seu organismo como mecanismo de sobrevivência. Assim, na maioria dos casos ele deixa de viver logo após o nascimento, momento em que ele faz uso exclusivamente de seus órgãos e não mais possui a proteção materna.

Essa gestação sem expectativa de sobrevivência do nascituro gera grandes traumas á mãe, que durante esse período espera.

3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS À INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO DE FETO ANENCÉFALO

Neste capítulo, torna-se imperioso fazer um paralelo entre argumentos favoráveis e desfavoráveis sobre a gestação de feto anencéfalo, a fim de esclarecer dúvidas e responder o problema da pesquisa, tendo como questionamento se o aborto de feto anencéfalo pode ser crime ou não, como se discute ao longo deste trabalho, não significando que a questão esteja focada em apenas dois pontos.

Outrossim, é notório que se vive em meio a uma sociedade pluralista, existem diversas opiniões a respeito do assunto em tela. Portanto, serão analisados de uma forma geral.

3.1 Argumentos favoráveis à antecipação terapêutica

Não se pode confundir Direito com religião. Direito é Direito, religião é religião como destacou o Iluminismo. Ciência é ciência, razão é razão, crença é crença tradição é tradição. Delito é delito, pecado é pecado (Luiz Flávio Gomes *apud* Beccaria). A religião não pode interferir diretamente e nem indiretamente no Direito. As crenças não podem superiorizar à ciência. Não se pode misturar ciência e religião, opiniões crença, fanatismo ou ditos populares.

O bem jurídico protegido pela Constituição para valer a todos os seres humanos, por excelência, é a vida. Desta forma, somente a partir dela, ou ao menos, de sua expectativa, no caso do nascituro, é que os indivíduos passam a ser titular de direitos. Como já vimos, se a gestante preferir, poderá ela aguardar o curso normal da gravidez, e por este fato não será ela condenada a criar em si um dor permanente que destrói o emocional e o psicológico.

Como traz Bitencourt no caso da gravidez proveniente da anencefalia não há vida extrauterina e nem vida em formação, pois “falta o suporte fático- jurídico, que é a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando - se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva” (BITENCOURT, 2010)

No caso em tela, como resposta do problema de pesquisa, salienta-se saber que a mulher é livre nos termos jurídicos e, amparada pela Constituição Federal, tem igualdade em deveres e obrigações. Assim, pode ela decidir o que é melhor para si, ser dona seu próprio corpo e de suas vontades, como no caso da anencefalia, traçando um paralelo entre instinto materno e sofrimento, a ausência do feto após o parto e nesse tocante se deve a responsabilidade de pensar na vida da mulher que corre risco desde o momento da concepção da criança que está gerando.

Com espeque nos ensinamentos de Bitencourt (2010, p.140), tem-se também que a interrupção da gestação de feto anencefálico é atípica, não se adéquam ao normal, a normalidade da natureza de fato. O autor defende a tese que a morte cerebral significa morte, até nos termos da vida civil, isto abrange a ausência de vida humana.

Ademais, os que sustentam a tese do direito à vida como argumento contrário à procedência da ADPF 54 devem se atentar para o fato de que a vida está em jogo, tanto como a qualidade da vida de todas as pessoas envolvidas com o feto anencefálico e pela emoção, comoção e apego a um feto sem perspectiva de vida.

Nessa vereda, as opiniões se divide e os argumentos que defendem o direito à vida não possuem argumentos suficientes para impedir a antecipação terapêutica neste caso, tendo em vista que o ordenamento jurídico, mesmo se tratando de fetos perfeitamente formados, autoriza tal prática, como no caso de estupro, previsto pelo código penal.

Os direitos da mulher se diferem da preservação da vida do feto anencefálico. O direito à saúde, à dignidade, à liberdade, à autonomia e à privacidade estão ligados e garantidos a vida da mulher, a Organização Mundial de Saúde, no ato da fundação, firmada no dia 22 de julho de 1946. Dá a definição de saúde como: “o estado de complemento bem-estar físico, mental e não simplesmente como a ausência de enfermidade”.

De fato, sabe-se que toda gravidez apresenta riscos sob o ângulo da saúde física, mental e psicológica da mulher, mas há advertência em relação à gestação anencefálica, pois ela apresenta riscos eminentes, e o SUS (Sistema Único de Saúde) disponibiliza gratuitamente a gestante o exame para detecção do problema nas primeiras semanas de gestação e são 100% seguras. Segundo o Dr. Thomaz Rafael Gollop, existe dois diagnósticos em Medicina fetal que são absolutamente indiscutíveis: óbito fetal e anencefalia. Descarta, ainda, que não há dúvidas para um médico estabelecer tal diagnóstico (ADPF N° 54)

Luís Roberto Barroso defende a corrente de que não haveria nem mesmo aborto, porque o feto anencefálico é desprovido de cérebro e a Lei n.º 9.434/1997 nos traz o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral. E, desta forma, fica inviável o transplante de órgãos e tecidos do anencefálico para outros fins, tendo em vista que os órgãos dos anencefálicos não possuem o mesmo tamanho dos órgãos de um feto em desenvolvimento normal, tanto que Dr. Salmo Raskin salienta que 80% dos anencefálicos nascem com retardo de crescimento intrauterino, de modo que não poderá ser aproveitado para o transplante. (ADPF N° 54)

Nesse ponto, chega a ser desumano a doação dos órgãos do feto anencefálico, tendo em vista a dor da mãe pela separação do filho que nasce morto, ou que não tem expectativa de vida, trata-se de uma mulher que carrega em si um caixão no útero e sentimentos dolorosos e transtornáveis de ter um filho para fazer doação de órgãos. Mas cabe apenas a ela a decisão de doar ou não para salvar outras vidas com pedaço de si, e não ao estado impor tal feito.

Relatos de uma mulher que descobriu a anencefalia do seu filho Kauã dos Reis no início da gravidez, e que decidiu assim não levar adianta a gestação, tendo em vista o risco à saúde e vários problemas que poderia esta mãe ficar exposta, desta forma a maneira menos dolorosa que encontrou foi a prática do aborto, evitando a dolorosa esperança de esperar um filho e não poder pega nos braços por muito tempo (SARDINHA, Jusbrasil, s.p.).

Logo no início da gravidez, quando foi descoberta a anencefalia, ela decidiu, depois de várias pesquisas e conversas longas com o médico, que a saída então seria o aborto.

Sim, eu decidi interromper a gravidez. Eu tinha decidido isso da primeira vez que eu ouvi falar sobre anencefalia, eu tinha decidido isso anos antes de sonhar em engravidar, quando soube do que se tratava, do quanto seria difícil levar uma gravidez até o final sabendo que não haveria chorinho de bebê, que não o levaria para casa, que haveria apenas um vazio. Sabia que eu não seria forte o suficiente para levar isso adiante. Sentia inveja e orgulho de quem conseguia, mas EU, não conseguiria. (SARDINHA, 2015, s. p.)

Este é apenas um dos relatos de várias mulheres pelo mundo, explicitando a degradação do corpo, da mente, do emocional, bem como a transição que aflige a gestante neste período mostra a realidade e a convicção que traz a certeza de um aborto, a esperança de ter um filho vem de encontro à vontade de ser mãe, a doença rouba um sonho.

3.2 Argumentos desfavoráveis à antecipação terapêutica

Para entender melhor, pode-se definir o momento no qual se inicia a vida por três teorias que preponderam no direito moderno: natalista, concepcionista e eclética, como já foram trabalhadas no capítulo anterior.

Contudo, fica evidente no artigo 2º do Código Civil a teoria eclética é a teoria que o ordenamento jurídico adere, uma vez que este dispositivo define a personalidade "a partir do nascimento com vida, teoria natalista, mas em sua parte final deste artigo relata que a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro o que enfatiza a teoria eclética". Desta forma,

é notadamente a contradição de argumentos, uma vez que o anencefálico pode sim viver horas após o parto.

Destaco que toda via não há como presumir quanto tempo um feto viverá, tendo em vista o caso que aconteceu em uma cidade de São Paulo, Vitoria de Cristo, uma menina, nasceu aos 13 dias do mês de fevereiro de 2010, foi diagnosticada com anencefalia e sobreviveu muito além dos cálculos médicos. (Grupo vida, Acrania e anencefalia).

Com 12º semana de gestação, Vitoria de Cristo foi diagnosticada com Acrania,

A Acrania é a não formação total ou parcial dos ossos do crânio, ocorrida no feto no início da gestação. Está associada frequentemente com anencefalia. Com a ausência destes ossos e da pele que recobre a região, o cérebro do bebê fica desprotegido em contato com o líquido amniótico dentro do útero da mãe, e a condição resulta em anencefalia ao longo da gestação (Grupo vida, Acrania e anencefalia)

A definição oficial da FEBRASGO, Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, para a anencefalia, divulgada em agosto de 2012 em uma Cartilha sobre prevenção de DATN (Defeitos Abertos do Tubo Neural), destinada aos médicos. (2012, p. 12)

A anencefalia (Acrania) é um defeito caracterizado pela ausência da calota craniana e da pele que a recobre, de tal modo que o tubo neural da porção craniana é exposto e há degeneração secundária do encéfalo. Esse grave defeito é incompatível com a vida extrauterina, fazendo com que a maioria dos óbitos ocorra no útero ou poucas horas após o parto. Entretanto, às vezes, o recém-nascido pode sobreviver por alguns dias ou semanas.

Desta forma, é notória a afirmação da Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia, para a anencefalia, e a afirmativa é clara e objetiva, sendo que “às vezes o recém-nascido pode viver por alguns dias ou semanas”. Isso não descarta a possibilidade de vida, como estamos relatando, há vida, intra e extrauterina e se há vida, caracteriza se o crime de aborto (ADPF nº54).

E no caso de Vitoria de Cristo não foi diferente, pois seus pais foram contra a interrupção da gravidez e o diagnóstico de anencefalia veio aos quatro meses de vida, no momento em que se submetia a um exame de ressonância magnética pelo qual o laudo médico se deu a “Anencefalia Incompleta”.

Vitoria viveu dois anos e meio após vir ao mundo, neste tempo fez fisioterapia, se alimentava normalmente, respondia estímulos e engatinhava, manifestava até sorrisos.

No relato dos pais é notório que enquanto viveu, Vitoria foi muito amada e cuidada pelos pais e viveram, apesar de suas limitações verificadas diante de uma criança “normal”, a vida que viveu por este tempo foi uma prova de que, por mais que seja por pouco tempo e limitada esta criança, esta é um ser humano, tem garantias constitucionais, princípios que lhe asseguram a vida.

Ademais, os direitos fundamentais não existiriam se não houvesse vida, e esta garantia é necessária para a existência de todos os demais direitos fundamentais fundamentados na Carta Magna. O nascituro viverá ainda que seja por segundos, por isso o direito a vida não se mede pelo tempo de vida, basta existir para que configure direitos e deveres.

Em uma entrevista feita com a coordenadora da Unidade de Terapia Intensiva (UTI) Neonatal do Hospital São Francisco, Cinthia Macedo Specian:

A anencefalia é uma das principais malformações neurais detectadas em fetos em todo o mundo. O problema acontece por volta do 14º dia de gestação, quando os ossos da calota craniana se formam. Quando isso não ocorre, a massa encefálica fica exposta ao líquido amniótico e se deteriora. (Agencia Brasil, Empresa Brasil de Comunicação).

Segundo Cinthia, o feto anencéfalo, ao contrário do que considera o Conselho Federal de Medicina (CFM), não deve ser considerado um natimorto cerebral. “Ele tem um comprometimento severo de um órgão muito importante, mas não posso classificá-lo como um indivíduo que está em morte encefálica. Estudos mostram que todos eles têm respiração espontânea, mais de 50% conseguem mamar, sugar e deglutir o leite. Pacientes com morte encefálica não deglutem nem a saliva e não têm movimento ocular”, explicou.

A médica destacou ainda que, em casos de anencefalia, a comunicação com o cérebro, apesar de “rudimentar e insuficiente” para manter a vida por um longo período, existe. Com um tempo de vida impossível de ser medidos, fetos com todos os tipos de malformação, segundo ela, podem ser comparados a crianças que já nascem com graves problemas de coração e demais órgãos do corpo humano. “É um ser ativo que tem necessidades específicas e independentes da mãe”, acrescentou.

É notória a vasta opinião dos juristas e dos profissionais da saúde acerca da anencefalia, pois, para muitos, o aborto deve ser extinto tendo em vista a vida do indivíduo, do ser humano, que por mais que tenham deficiências físicas não podem ser impedidos de viver, de desfrutar das horas de vidas, uma vez que não há como presumir acerca de tempo em que irá sobreviver. A criança não pode perder o direito à vida porque nasceu doente.

E seguindo esta linha de raciocínio, pode-se notar o motivo de tantas mães opinarem por seguir com a gravidez até que os dias de vida de seu filho se findem na terra, muitas por

acreditar que a vida continua sendo o bem mais precioso do ser humano e tendo a noção que não estamos falando de qualquer ser, estamos tratando de um ser humano com uma doença que não tem perspectiva de vida e, mesmo assim, movidas por este extinto materno desenvolvem esta gravidez e levam a criança à luz do mundo mesmo desafiando a medicina, acreditando na natureza divina do milagre.

Com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se a tutela da vida do nascituro, da qual podemos fazer um paralelo em relação à Constituição Federal, tendo em vista que o STF é o guardião do máximo da Carta Magna e salienta guardar os princípios constitucionais elencados.

Tal princípio encontra-se no rol dos direitos fundamentais tutelados pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 1º, III da CF/88, in verbis:

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 (CRFB, 1988).

No conceito de Paulo Luiz Netto Lobo (2000, p. 251), a dignidade da pessoa humana “é aquilo que é essencialmente comum a todas as pessoas, impondo-se um dever de respeito e intocabilidade, inclusive em face do Poder Público”. De forma clara e objetiva o autor nos traz sem distinção de raça, cor ou sexo e nem idade, a dignidade e concedida desde o ventre materno e dela se faz jus até a morte. Para Ingo Wolfgang Scarlet:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SCARLET, 2001, p.60).

Nesta linha de raciocínio, o autor nos traz a ideia de que o direito à vida, por sua vez, é o mais importante dentre aqueles assegurados pelo ordenamento jurídico brasileiro, garantidos pela Carta Magna, porque, direta ou indiretamente, é o precursor de todos os outros direitos garantidos, por isso deve ser tutelado.

O Código Penal traz algumas situações em que o direito à vida pode ser relativizado, são eles: estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal e exercício regular de direito. Essas situações são excludentes de ilicitude, ou seja, é uma causa excepcional

que retira o caráter antijurídico de uma conduta tipificada como criminosa (BRASIL, CÓDIGO PENAL, 2015).

Torna-se importante salientar a existência de casos em que o aborto está autorizado: se não houver outro meio de salvar a vida da gestante e quando a gestação for decorrente de estupro previsto no Código Penal Brasileiro no art. 128, I e II: 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.

Após vários estudos chega-se à conclusão de que Código Penal condena a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa e, ao analisar o art. 128, inciso I, o aborto é praticado em casos de não haver meios de salvar a vida da gestante.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho monográfico foi analisado o aborto de feto anencéfalo na conduta de crime ou de liberdade de escolha da gestante, partindo da análise da Constituição Federal em contrapartida com a ADPF N° 54, abordando aspectos positivos e negativos.

Pode-se considerar, a partir o que foi abordado neste trabalho monográfico, e propondo a possível solução ao problema levantado no que se refere à dignidade da mulher sobre a anencefalia, busca sanar a dúvida de o porquê e manter a gestação do feto anencéfalo visto que a legislação brasileira permite tal forma de aborto a partir da ADPF N° 54, sendo que isto se caracteriza como atentado aos direitos fundamentais da mãe.

Contudo a Constituição Federal, no art. 5º propriamente dito traz a vida como preceito fundamental, deste modo, não é específico quando e onde uma vida se inicia e o que é vida, por outro lado o Código Civil no art. 2º esclarece que a vida se inicia desde a concepção e a partir deste momento a lei põe a salvo todos seus direitos e a personalidade civil que segundo código civil começa do nascimento com vida. Desta forma, o feto anencéfalo é considerado um ser humano e tem seus direitos resguardados pela lei, mesmo que o diagnóstico médico constate a anencefalia e a probabilidade de vida seja ausente, se este feto vier ao mundo com vida ele terá personalidade civil.

Para responder o problema de pesquisa, foram levantadas três hipóteses, na primeira hipótese discute se existe uma questão moral, religiosa e social, que envolve também questões políticas e econômicas atribuídas á questão do aborto no Brasil. Contudo, isto desconsidera os direitos civis individuais e não se pautam em aspectos de tomada de decisão científica e racionais. Na segunda hipótese, nota se que esta é uma questão de saúde. Neste ínterim salienta se também se o SUS (sistema único de saúde) deve custear o procedimento médico do aborto anencéfalo, tem implicações políticas e sociais, mas, sobretudo problemas econômicos. E na terceira hipótese, discute se este tema tem implicações sociais profundas e deve ser discutida a luz do Direito, observando as implicações para os Direitos Humanos.

Neste compasso, todas as hipóteses tiveram resultado positivo, pois todas elas respondem o problema de pesquisa. Neste ínterim, não cabe ao Estado decidir pela vida de outrem, e sim a gestante deste feto por questões moral, psicológica, religiosa, e física

desconsiderando os direitos civis individuais, pois não se trata de uma eugenia e sim de um procedimento médico propondo assegurar os direitos da gestante.

Desta forma, o capítulo primeiro trata se dá vida e da anencefalia tais como teorias e princípios com intuito de sanar dúvidas acerca do aborto. Nesta dimensão a pesquisa buscou demonstrar como a Constituição Federal reconhece a vida e a protege, garantindo direitos políticos e cívicos. No quesito aborto buscou se analisar seu conceito, sua tipicidade, modalidades e as condutas que configuram crime perante ao Código Penal.

O segundo capítulo, buscou analisar a ADPF N° 54, as garantias fundamentais bem como sua função e precisão e como era usado o alvará para liberação do aborto de feto anencéfalo antes da decisão do Supremo Tribunal Federal, por que somente a partir deste alvará o médico poderia se submeter ao procedimento médico sem demais responsabilidades penais. E no tocante discutimos o porquê da inconstitucionalidade da legalização do aborto, quais princípios ferem.

No terceiro capítulo, discute se os argumentos favoráveis e desfavoráveis a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, como argumentos favoráveis em foco principal o risco de morte da gestante e suas condições para levar a gravidez até os últimos instantes: as condições físicas, psicológicas e religiosa. E neste interim, os argumentos desfavoráveis foram a preservação da vida, a valoração do feto, os direitos do nascituro bem como sua perspectiva de vida.

Neste compasso consta nos anexos as imagens ilustrativas que tem como finalidade demonstrar em diferentes situações o desenvolvimento do feto anencéfalo, tanto quando o início da doença e sua diferenciação de outro feto saudável.

REFERÊNCIAS

_____, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão**. 1ª ed. São Paulo: Juruá, 2007;

_____, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 1º vol. 20. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003. p. 477;

<<http://www.acraniaeanencefalia.com.br/p/o-que-e-acrania-e-anencefalia.html>>. Acesso em: 02/07/15

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratando de Direito Penal**, 2: Parte Especial: **Dos crimes contra a pessoa**. Ed. 10. São Paulo: Saraiva 2010.

BRASIL, **CÓDIGO PENAL**, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em: 24/05/2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54**. Disponível em:

<www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF54.pdf>. Acesso em: 25/04/2015.

TRATADO INTERNACIONAL, PGE, **Convenção Americana de Direitos Humanos**, 1969 Pacto de San José da costa Rica. Disponível em:

<<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>.

Acesso em: 25/04/2015.

CAPEZ Fernando, **Curso de Direito Penal**, São Paulo: Saraiva 2004, p. 108.

CARVALHO, K.G. **Direito Constitucional Didático**. Belo Horizonte: Del Rey. 1999.p.201

CARVALHO, Raul Pequeno Sá. **O direito à vida e o dilema do aborto de feto anencéfalo**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13993>. Acesso em: 21/07/2015.

CHACEL, Pedro Pablo. **FETO com anencefalia não tem cérebro, portanto não há condição de sobrevivida**. **Consulex**, São Paulo, ano 8, n. 174, p. 33, 15 abr. 2004.

CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil: parte geral**. São Paulo: Jose Bushastsky: Edusp, 1972 v.3, p.39.

DIÁRIO DO SUDESTE DA BAHIA. **Justiça autoriza interromper gravidez de feto anencéfalo**. Disponível em: <<http://www.dsvc.com.br/2014/destaques/justica-autoriza-interromper-gravidez-de-feto-anencefalo/>>. Acesso 03/07/2015.

DINIZ, Débora. RIBEIRO, Diaulas Costa. **Aborto por anomalia fetal**. Brasília: Letras Livres, 2004. p. 149.

FASTER CENTRO DE REFERÊNCIA. **Mielomeningocele (Spina Bífida)** <<http://www.crfaster.com.br/mielo.htm>>. Acesso em: 01 de maio de 2015.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DAS ASSOCIAÇÕES DE GINECOLOGIA E OBSTETRÍCIA. **Recomendação sobre a Suplementação Peri concepcional de Ácido Fólico na Prevenção de Defeitos de Fechamento do Tubo Neural (ANENCEFALIA E OUTROS DEFEITOS ABERTOS DO TUBO NEURAL)**. Disponível em: <http://estaticog1.globo.com/2012/08/29/GUIADECONDUTA_Medicos.pdf>. Acesso em: 01/07/2015.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 214.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Aborto eugênico - considerações ético-legais**. Disponível em: <www.portalmedico.org.br/Regional/crmpb/artigos/Abt_eug.htm>. Acesso em 01/05/2015. Acesso em: 08/07/2015.

FRANÇA, Genival Veloso, **medicina legal**, Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 2001, p. 246 e 248.

FRANCISQUINI – PE. David. – Catecismo contra o Aborto. **Porque devo defender a vida humana** – 2ª ed. – São Paulo - 2001;

GONÇALVES E LAPA, Tamara Amoroso e Thais de Souza – **Aborto e Religião nos Tribunais Brasileiros** – 1ª ed. – São Paulo – Revista dos Tribunais – 2007;

JAQUIER, Monika. **anencephaly.info** . Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/index.php>>. Acesso em: 29/05/2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2006. Coleção A Obra-Prima de Cada Autor, 2006.

KARAGULIAN, Patrícia Partamian – **Aborto e Legalidade, malformação congênita** – 1ª ed. – São Paulo – Yendis – 2008;

LABOISSIÉRE, Paula. **Especialistas defendem direito à vida de fetos com anencefalia**. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/agenciabrasil/noticia/2012-04-10/especialistas-defendem-direito-vida-de-fetos-com-anencefalia>>. Acesso em: 02/07/2015.

LIMA, Carolina Alves de Souza Lima – **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão** – 1ª ed. – São Paulo – Juruá - 2007.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e Anencefalia: Direitos Fundamentais em Colisão**. 1ª ed. São Paulo: Juruá, 2007;

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio Jurídico da Afetividade na Filiação**. In PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **A Família na Travessia do Milênio** – Belo Horizonte: IBDFAM: OAB – MG: Del Rey, 2000. p. 251.

MEIRELLES, Jussara Leal de. **A vida humana embrionária e sua proteção jurídica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Pag.114

MELLO, Fernando Figueiredo. **O PROCESSO DE DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO DE ANENCÉFALO NO BRASIL**. Publicado em 12/04/2012. Disponível em: <<http://drauziovarella.com.br/mulher-2/o-processo-de-descriminalizacao-do-aborto-de-anencefalo-no-brasil/>>. Acesso em 10/07/2015.

MIGALHAS. **Marco Aurélio Mello: Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencéfalo**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045-Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto>>. Acesso em: 10/07/2015.

MORAES, Alexandre de. – **Direito Constitucional** – 24ª ed. – São Paulo – Atlas – 2003;

NARLOCH, L.; MUTO, E. **O Primeiro Instante**. São Paulo: Revista Super Interessante. Ed. 219, p. 57-64, novembro de 2005. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/ciencia/vida-o-primeiro-instante>>. Acesso em: 05/06/2015.

OTTANI, Tatiane Costa. **GRUPO VIDA ACRANIA E ANENCEFALIA**. Disponível em:

PATRIARCHA, Giselle Christine Malzac. **Interrupção da gestação do feto anencéfalo: aborto ou antecipação terapêutica do parto?** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10174>. Acesso em 10/07/2015.

PEDROSO, Rodrigo. **Anencefalia em questão**. Disponível em: <<http://www.uniblog.com.br/calvariano/158719/%3C!--%MembrosLink%--%3E>>. Acesso em: 01/05/2015.

PEREIRA Caio Mário da Silva. **Direito Civil- Alguns aspectos de sua evolução**.

QUEIROZ, Ari Ferreira. **Direito constitucional**, 16.ed. Leme: J. H. Mizuno,2014. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.79.

SARDINHA, Camila Arantes. **Relato de uma Interrupção de Gravidez de Feto Anencefálico**. Disponível em:

<<http://camilasardinha.jusbrasil.com.br/artigos/181995432/relato-de-uma-interruptao-de-gravidez-de-feto-anencefalico>>. Acesso em: 05/07/2015.

SCARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 60.

SCARPARO, Mônica Sartori. **Fertilização Assistida: questão aberta, aspectos científicos e legais**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991. Pag.42

SCHMITZ, Joana. **Nossa amada Vitória de Cristo**. Disponível em: <<http://amadavitoriadecristo.blogspot.com.br/>>. Acesso em: 02/07/2015.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1998. Pag.153

SILVA, José Afonso – **Curso de Direito Constitucional Positivo** – 18ª ed. – São Paulo – 2001;

SOUZA, Marina Vieira; FÁVIRI, Paulo. **Quando o cérebro não se desenvolve**. Universidade de São Paulo, São Paulo. 14 de junho de 2012. Disponível em: <<http://www5.usp.br/12144/quando-o-cerebro-nao-se-desenvolve/>>. Acesso em: 03/07/2015.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **ADPF N° 54 e interrupção de gravidez de feto anencéfalo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo661.htm#ADPF>>. Acesso em: 21/07/2015.

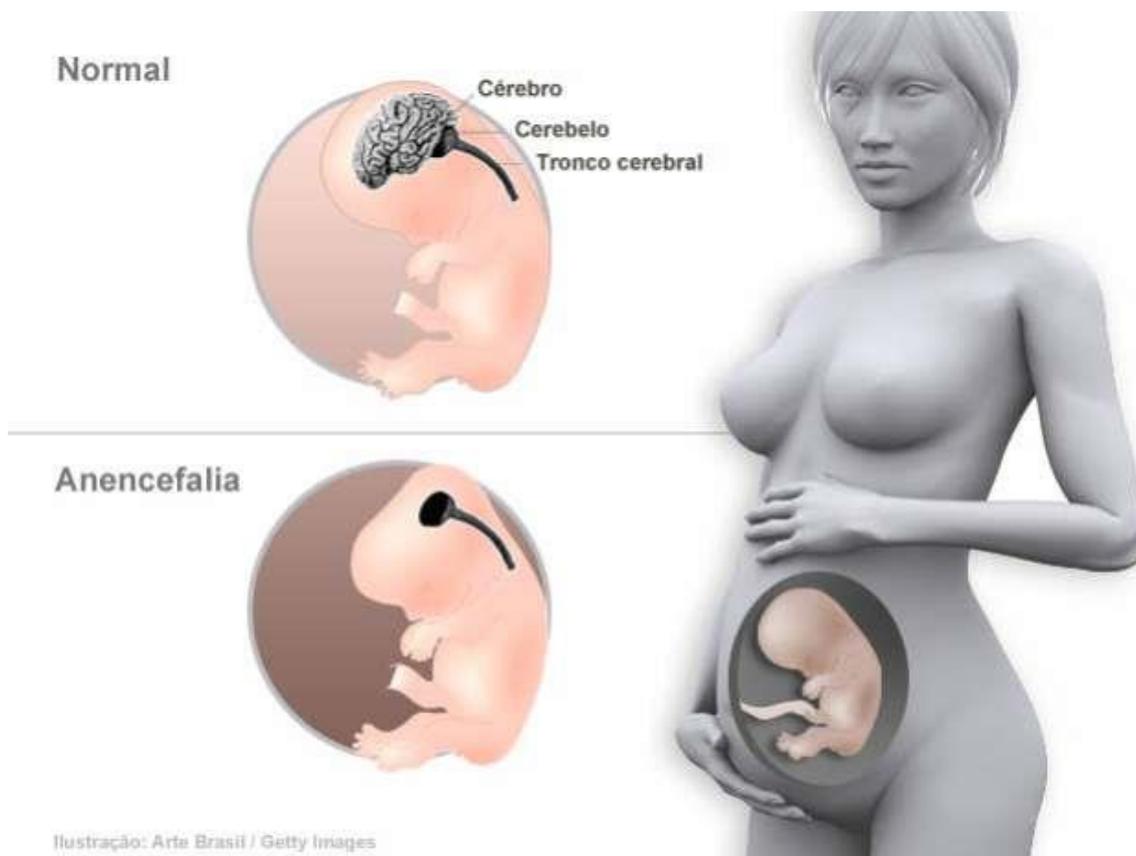
BRASIL, Supremo Tribunal Federal, **Ministro Cezar Peluso julga improcedente a ADPF 54**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/>>. Acesso em 01 de julho de 2015.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. **Feto com anencefalia não tem cérebro, portanto não há condições de sobrevivência**. Revista Consulex, nº174, 15 de abril de 2004, p.33.

ANEXOS

ANEXO I

Imagem 1 - Figura Ilustrativa do Feto Anencéfalo

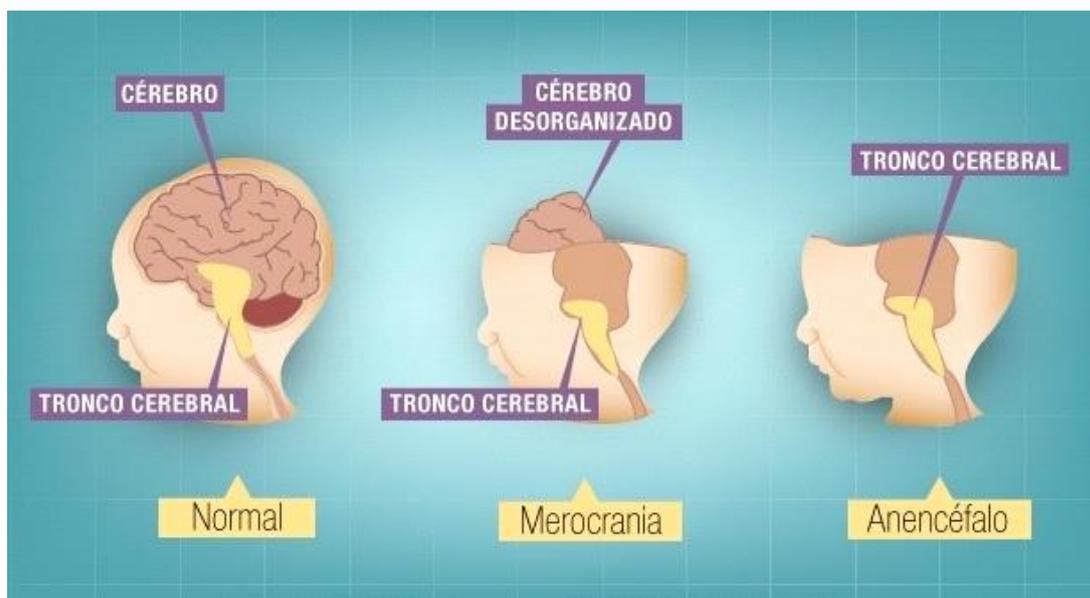


Fonte: Getty Images / Terra

Nesta foto podemos notar a presença da anencefalia no feto ainda na barriga da mãe, um feto saudável desenvolve dentro do útero com os demais órgãos do cérebro, cerebelo e tronco cerebral, já no caso da anencefalia se desenvolve apenas o tronco cerebral.

ANEXO II

Imagem 2 - Figura ilustrativa da diferenciação da anencefalia da Merocrania em comparação com feto normal.



Fonte: Maurício Savarese/UOL.

Nesta foto se faz a distinção dos dois tipos de doença, na primeira imagem é uma cabeça totalmente formada, já segunda imagem caracteriza a malformação de forma desorganizada pelo qual o cérebro fica em exposição sem a presença da calota craniana, essa fase é chamada de Merocrania, já a terceira imagem nos traz mais uma vez o que é de fato a anencefalia, é notável a falta da massa craniana, em observação este feto conta com apenas o tronco cerebral, impossibilitando assim a vida e seus movimentos cognitivos como já vimos.

ANEXO III

Imagem 3 –Figura ilustrativa do feto anencefalo em formação.



Fonte: Justiça e Saúde Floripa.

Nesta foto trazemos a imagem de um feto em formação, este é um feto anencefalo com ausência total do cérebro.