UVA
Universidade
Veiga de Almeida

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO : A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

Lívia Maria Torres Coutinho

Cabo Frio

2010

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Lívia Maria Torres Coutinho

Aborto de Feto Anencéfalo: A Inconstitucionalidade da Legalização

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

Orientadora: Profª Ms. Roberta Lemos

Cabo Frio

2010

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

LÍVIA MARIA TORRES COUTINHO

ABORTO DE FETO ANENCÉFALO : A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Veiga de Almeida.

Cabo Frio

2010

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Orientadora: Profª Ms. Roberta Lemos. Grau: _____.

Professora da Universidade Veiga de Almeida.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia primeiramente a Deus que sempre está comigo em todos momentos da minha vida, e aos meus pais, pela compreensão e todo carinho. Minha avó Cecília, pelo carinho e dedicação durante esses cinco anos do curso e minha querida professora e orientadora M.sª Roberta Lemos pela ajuda e atenção que me deu durante toda essa monografia.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente a Deus, por me permitir chegar até aqui, fazendo cumprir com todas as promessas, que ele mesmo fez um dia para minha vida, ainda quando eu me encontrava no ventre da minha mãe.

Ao meu pai Job, pela força que ele me deu durante esses cinco anos do meu curso, sempre me ajudando, dando conselhos e me orientando a prosseguir nessa linda jornada acadêmica que eu estou concluindo com a entrega dessa monografia.

À minha mãe Vera, pelo carinho, compreensão, paciência, e também pela força que ela me deu nesses cincos anos de faculdade e durante a essa monografia.

À minha avó Cecília, que tanto me ajudou com carinho, força e com muito amor.

As minhas amigas da faculdade, Ana Laura, Ana Caroline, Érika Ramos, Érika Mayumi, Chirlem, Melina e Muniky, pela amizade e força que me deram durante esse trabalho.

Aos meus queridos professores por estarem sempre presentes, Ms. Rodrigo Torres, grande amigo sempre me dando forças e palavras de ânimo, quando eu mais precisei; Ms. Carlos Annechino, um ótimo professor e amigo sempre sorridente; Dr. Paulo Marconi, um grande amigo; Msª Andrea Martelotta, uma grande amiga e excelente professora, com a qual aprendi, nessa longa jornada do direito, que devemos sempre estudar a lei, a doutrina e a jurisprudência, uma visão trifocal do direito; Msª Sílvia Mota, que motivou a escolher o tema dessa monografia, Isabella Macedo, que ensinou a gostar de direito penal, Fabianne Manhães, Heron Abdon, Luiz Carlos Secca, Renata Granha, Renata Barboza, Benizete Ramos, e, em especial, a minha orientadora, Professora Msª Roberta Lemos, que além de orientadora, foi também uma amiga sempre me dando conselhos, orientações para que eu me saísse bem nesse trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

A minha querida orientadora, Professora Msª Roberta Lemos que, sabiamente, me conduziu neste trabalho.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

“A maior conquista de um homem é superar seus próprios obstáculos.’’

(William Douglas)

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 12
1. **A VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL**..... 14
1.1 DIREITO À VIDA 14
1.1.1 **Quando começa a vida?** 15
1.2 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO APLICÁVEIS À PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA 17
1.3 TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INICIO DA VIDA.....18
1.3.1 **Teoria Concepcionalista**.....18
1.3.2 **Teoria Natalista**.....18
1.4 A TUTELA JURÍDICA DA VIDA HUMANA..... 19
1.4.1 **A Carta Magna e a Dignidade da Pessoa Humana** 20
1.4.2 **Direito à vida é atemporal** 21

2. **ANENCEFALIA** 24
2.1 O QUE É ANENCEFALIA ?..... 24
2.1.1 **Como ocorre a anencefalia?** 25
2.1.2 **Feto com anencefalia não tem cérebro, portanto há chance de sobrevida?**..... 26
2.2 ABORTO..... 27
2.1.2 **Conceito** 27
2.1.3 **Modalidades** 28
2.1.4 **Anencefalia como reflexão** 30

3 **O ALVARÁ JUDICIAL**..... 33
3.1 ADPF Nº 54..... 33
3.1.1 **Pensamento dos Juristas** 34
3.1.2 **Pacto São José da Costa Rica** 37

3.2 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO 38

4 **ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS A INTERRUPÇÃO DA GESTAÇÃO EM CASOS DE ANENCEFALIA**

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁRIOS..... 41

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS.....43

CONCLUSÃO 46

BIBLIOGRAFIA 47

ANEXOS I 50

ANEXOS I I.....51

RESUMO

O objetivo da presente monografia é analisar, de forma crítica, a questão do aborto de feto anencéfalo. Por um lado, sabe-se que o ordenamento jurídico brasileiro considera o aborto um crime contra a vida, direito fundamental por excelência e, portanto, é necessário que haja profunda apreciação do Poder Judiciário em relação à anencefalia para evitar a violação de direitos e garantias constitucionais. Por outro lado, não se pode desconsiderar o grave sofrimento a que se submetem as mulheres que carregam no ventre um feto que sabem ser incapaz de sobreviver por muito tempo, em flagrante violação à dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil. À espera do julgamento da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54 pelo Supremo Tribunal Federal, que determinará a forma como os juízes e tribunais do país devem decidir em relação à questão controversa, o presente trabalho defende o direito mais importante consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro, por ser a razão de ser de todos os outros: o direito à vida.

PALAVRAS CHAVES: DIREITO À VIDA, PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, ABORTO E ANENCEFALIA.

INTRODUÇÃO

A presente monografia se propõe a discutir a inviolabilidade do direito à vida e possível legalidade do aborto em caso de anencefalia.

O direito à vida é um direito fundamental que adquiriu ainda mais importância em decorrência da polêmica gerada pelo movimento abortista.

A anencefalia é uma má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisféricos cerebrais havendo apenas a calota craniana, conhecida vulgarmente como “ausência de cérebro”.

A questão do aborto de feto anencéfalo ganhou espaço nos tribunais recentemente, após tornar possível diagnosticar a anomalia durante a gravidez. Com essa possibilidade, surgiu uma grande discussão na sociedade pressionando o Poder Judiciário a posicionar-se diante ao problema.

O choque entre os direitos fundamentais e princípios jurídicos, concentra-se na controvérsia existente entre o feto ter ou não expectativas de vida, já que o direito à vida trata-se de um direito constitucionalmente previsto, possuindo por tanto status de supremacia, inviolabilidade e irrevogabilidade. Significa dizer que o direito à vida deverá se sobrepor a todos os demais direitos, pois esta foi a vontade do legislador constituinte originário quando da criação da Carta Magna.

Além da Constituição Federal, a inviolabilidade do direito à vida também encontra-se previsto no Pacto de São José da Costa Rica, firmado pelo Brasil, o qual integra a ordem jurídica vigente. O tratado internacional esse firmado pelo Brasil cessou no direito positivo brasileiro, a discussão que separou natalistas e concepcionalistas, pois a vida não começa no nascimento, mas sim no momento exato da fecundação. Com tudo, ao nascituro garantem-se direitos, e não meras expectativas de direito.

Assim, percebe-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, não se admite a interrupção de vida, a não ser nos casos previstos na legislação infraconstitucional e penal quais sejam, pena de morte em caso de guerra declarada. (art. 5º, XLVII, “a”) aborto necessário (art.128, I, CP) e aborto decorrente de estupro (art.128, II, CP) conhecido na doutrina como aborto sentimental. Uma vez que o homem não é dono da vida, não é a ele que cabe abreviar a vida de outrem. No entanto, grande parte das pessoas são a favor ao aborto em casos de anencefalia, por acreditarem que o sofrimento da mãe, ao gerar um feto anormal é

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

maior do que tirar a vida dele, com base nos princípios da liberdade e da autonomia da pessoa humana.

Por interferir o aborto na ordem da natureza, este causa um grande impacto social o que desafia e pressiona os juristas a determinarem até aonde a ciência da vida poderá agir sem que haja ofensa à dignidade da pessoa humana. Com os avanços da medicina e da bioética deverão somente melhorar a qualidade de vida da humanidade e não descuidarem da dignidade e do valor inferior do ser humano, uma vez que além de ter vida, o feto é digno tanto quanto um ser de vida extra-uterina.

Desta forma pergunta-se com relação à interrupção da gestação do feto anencéfalo, estaria ou não sendo ferida a dignidade da pessoa humana, ou seja, do feto anencéfalo?

O que seria mais doloroso para a mãe, abortar ou ver seu filho nascer sem o cérebro e logo depois morrer? E a dignidade do feto anencéfalo estaria sendo ferida, com a interrupção da vida, já que este está condenado à morte, ao nascer? Diante desses fatos o que os juristas, podem fazer para lidar com esse assunto no caso concreto? Como deve o Poder Judiciário se posicionar diante de um caso concreto?

Essa monografia visa, portanto, assegurar o direito à vida ao feto portador de anencefalia, sendo este um direito garantido constitucionalmente.

O tema em questão é muito delicado, pois envolve a vida de um ser indefeso que, mesmo não tendo nenhuma chance de sobreviver, após o parto, tem o direito à vida mesmo que seja por um breve tempo.

Para alcançar nosso objetivo maior, pretendemos esclarecer:

a) Apresentar a opinião dos juristas a respeito da legalização do aborto de anecéfalo;
b) Identificar casos concretos a partir de jurisprudências.
c) Analisar argumentos doutrinários e jurisprudências tanto favoráveis como desfavoráveis ao aborto de feto anencéfalo.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

1 A VIDA COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

1.1 DIREITO À VIDA

O primeiro direito do homem consiste no direito à vida, condicionador de todos os demais.[1] O direito à vida é mais antigo que a própria teoria dos direitos fundamentais, constituindo "fonte primária dos outros bens jurídicos."[2] Este direito deve ser analisado especialmente por se tratar da vida humana como objeto de tutela constitucional.

O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; assim, não faria sentido declarar qualquer outro, se antes não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.[3]

O direito à vida, por ser essencial ao ser humano, condiciona os demais direitos da personalidade. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, caput, assegura 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." A norma constitucional, por tanto, assegura a inviolabilidade do direito à vida, ou seja, a integralidade existencial, consequentemente, a vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da formação da pessoa.[4]

O direito à vida deverá ser respeitado ante a prescrição constitucional de sua inviolabilidade, sob pena de destruir ou suprimir a própria Constituição Federal, acarretando a ruptura do sistema jurídico. Seria inadmissível qualquer pressão no sentido de uma emenda constitucional relativa à supressão da vida humana, como por exemplo, a referente à legalização do aborto, pois o artigo 5º é cláusula pétrea.[5]

Cláusulas pétreas são limitações materiais ao poder de reforma da constituição de um estado. Em outras palavras, são disposições que proíbem a alteração, por meio de emenda, tendentes a abolir as normas constitucionais relativas às matérias por elas definidas.[6]

---

[1] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte:Del Rey.1999.p.201.
[2] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo.* São Paulo: Revista dos Tribunais,1991, p. 56.
[3] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Martins Inocência; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*,:2009. São Paulo: *Saraiva*,p.393-394.
[4] DINIZ, Maria Helena.*O Estado atual do Biodireito*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 20.
[5] *Ibidem*, p.22.
[6] SILVA, *op. cit.*, p57.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

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.[7]

Como acentua Alexandre de Moraes[8], o direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos. A Constituição Federal, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive a uterina. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo III prescreve que "Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal".

Assim, o direito à vida é protegido por normas jurídicas em qualquer ramo do direito, inclusive no direito das gentes. A vida está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja, até mesmo contra seu próprio titular, por ser irrenunciável e inviolável.[9]

O direito à vida é imprescindível ao gozo dos direitos e, por conseguinte, a ciência jurídica ampara sua proteção integral. O Estado brasileiro não assegura somente a vida digna, mas todo e qualquer tipo de vida humana. Mesmo que imperfeita ou suscetível de limitações, a vida humana estará tutelada pela Constituição Federal da República de 1988, sem distinções.[10]

1.1.1 **Quando começa a vida ?**

Conforme entendimento da Biologia, a vida tem início com o espermatozóide fecundando o óvulo, resultando assim na formação do zigoto (ovo), conhecido como gravidez.[11] No cotidiano das pessoas leigas e dos profissionais que atuam nas áreas da Bioética e o Direito, algumas perguntas não querem calar: Em que momento a vida se inicia?

A partir de quando merece tutela jurídica? A que ramo da ciência incumbe estabelecer este marco? À Biologia, à Filosofia, à Medicina ou ao Direito?

A vida se opõe à noção de morte, constituindo-se uma sequência de fenômenos ainda sem definição pelos estudiosos do assunto. A respeito do início da vida, existem diversas teorias, que podemos resumir da seguinte forma:

---

[7] DINIZ,*op.cit*.,p.22
[8] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2000, p.61.
[9] MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado.*Vol. 7. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.14/15.
[10] PENTEADO, Jaques de Camargo. A vida dos direitos humanos. Bioética médica e Jurídica. Porto Alegre: Fabris 1999.p.251.
[11] LINO, Maria Helena; GUERRA Rodrigo; DIAFÉRIA, Adriana; BRAZ, Marlene. Início da vida Humana: uma abordagem ética e jurídica da utilização de células tronco embrionárias. Disponível em http//www.ghente.org/temas/reprodução/jurídica 2.htm Acesso em: 18/06/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

1. A vida se inicia com a fecundação, por já ser ter, neste momento, toda a informação genética necessária à formação da pessoa humana.
2. O início da vida ocorre com a nidação, quando o óvulo se fixa no útero, por volta do 14º dia após a concepção;
3. Com o surgimento da atividade cerebral, o que acontece em torno da oitava semana de gestação, é que começa a vida;
4. A identificação sexual, que sucede por volta da 12ª semana de gestação, quando ocorre a definição do sexo biológico, é o marco inicial da vida.
5. O aparecimento da crista neural, ou seja, do sistema nervoso, o que se verifica em torno da 22 ªsemana de gestação, é o momento em que a vida tem início.
6. O nascimento com vida delimita o início do ser autônomo.

Como se observa, não há um consenso, visto que cada um funda seu entendimento em valores culturais e religiosos próprios. Não podemos, todavia, furtarmos ao debate, tendo em vista as importantes consequências jurídicas.[12] Vale anotar, a propósito, que caso se considere que a vida tem início com a fecundação, a pílula do dia seguinte terá natureza abortiva, o contrário sucederá se entendermos que o marco inicial da vida é a nidação.[13] Para esta corrente, o embrião pertence à espécie humana, mas falta-lhe organização, o que ocorrerá após o 14º dia de gestação.

Consoante Maria Helena Diniz, deve a vida ser tutelada desde "a concepção, momento específico, comprovado cientificamente, da fecundação da pessoa, e juridicamente, desde o momento da fecundação natural ou artificial do óvulo pelo espermatozóide''[14]

Abordar o presente tema sob o enfoque da Bioética e do Direito significa que nossa reflexão deve ultrapassar o campo jurídico – legal positivo. Neste caso, solucionar conflitos com base apenas no Direito é tarefa menos difícil, embora a referência jurídica seja imprescindível para a Bioética, sobretudo no tocante aos direitos fundamentais.[15]

Contudo, os juristas, como quaisquer estudiosos ou pesquisadores, não estão imunes à influência dos valores pessoais, morais e culturais na formulação de um conceito. De toda

---

[12] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006 p.14.
[13] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006 p.14.
[14] DINIZ, Maria Helena Apud, Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006 p.14
O Estado Atual do Biodireito, São Paulo, Saraiva, 2001,p.22.
[15] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006 p.14.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

forma, ao se tentar estabelecer este marco de forma definitiva, é preciso ter presentes os princípios fundamentais consagrados na Constituição Federal, em especial o da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.[16]

De fato, a vida humana começa com a concepção, pois desde este instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria; desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e independe mente do que a lei estabeleça, é um ser humano.[17]

1.2 TEORIAS JURÍDICAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA

1.2.1 **Teoria Concepcionalista**

É a teoria adotada pelo nosso ordenamento jurídico em seu artigo 2º do Código Civil, que prescreve "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro."

Para a teoria concepcionalista, o início da vida se baseia no fato da vida humana ter sua origem na fecundação do óvulo pelo espermatozóide, momento este chamado de concepção.

Conclui-se que, nesta teoria, "o embrião humano é um indivíduo em desenvolvimento, que merece o respeito e dignidade que é dado a todo homem, a partir do momento da concepção." [18]

1.2.2 **Teoria Natalista**

Segundo essa teoria, a personalidade da pessoa tem início a partir do nascimento com vida. Para os natalistas, o nascituro não é considerado pessoa, e apenas tem, desde sua concepção, uma expectativa de direitos, pois tudo depende do seu nascimento com vida.

Com tudo, conclui-se que "o nascituro, de acordo com esta teoria, não tem personalidade jurídica nem capacidade de direitos, sendo protegido apenas os direitos que terá

---

[16] VIEIRA, Tereza Rodrigues. Quando começa a vida? Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006 p.14.
[17] DINIZ, *op.cit.*, p.26.
[18] BARBOSA, Heloisa Helena . Teoria do inicio da vida. Disponível em: www.intertermas.unitoledo.br Acesso em: 11/11/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

possivelmente ao nascer com vida, os quais encontra-se taxativamente enumerados pelo Código Civil.''[19]

1.3 PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO DIREITO APLICÁVEIS À PROTEÇÃO DA VIDA HUMANA

Os princípios como fonte informadora do sistema jurídico, servem para a solução de inúmeras discussões principalmente quando não se consegue encontrar na lei a solução para determinado conflito.

Neste sentido defende Rodrigo Cesar Rebello Pinho:

> Os princípios fundamentais são as regras informadoras de todo um sistema de normas, as diretrizes básicas do ordenamento constitucional brasileiro. São normas que contêm os mais importantes valores que informam a elaboração da Constituição da República Federativa do Brasil. Eles são dotados de normatividade, ou seja, possuem efetivos vinculantes e constituem regras jurídicas efetivas.[20]

Os princípios devem proteger a vida humana, a liberdade de escolha, a preservação da espécie, a dignidade da pessoa humana, relacionada "tanto com liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência." [21] Assim, o mais importante deles é a inviolabilidade do direito à vida, pois a vida é o maior bem que existe e o mais precioso de todos, através dessa garantia, o ser humano pode lutar pelos seus outros direitos.

Para Rodrigo Pinho, uma das características principais, a qual conceitua que "os direitos fundamentais são decorrentes de uma ordem histórica, surgem das condições existentes no seio de uma determinada sociedade." [22]

Considera também importante a característica da universalidade apresentando que "todos os seres humanos têm direitos fundamentais e devem ser devidamente respeitados, não há como excluir uma parcela da população do absoluto respeito de ser humano," [23] sendo assim, os direitos fundamentais aplicam-se a todos os indivíduos, independentemente de sua nacionalidade, sexo, raça, credo ou convicção político-filosófica. Por último, cita a irrenunciabilidade explicando que os direitos fundamentais não são renunciáveis, não se pode

---

[19] BARBOSA, Heloisa Helena . Teoria do inicio da vida. Disponível em: www.intertermas.unitoledo.br Acesso em: 11/11/2010.
[20] PINHO,Rodrigo César Rebello. Teoria geral da constituição e direitos fundamentais. São Paulo :Saraiva,2003.p.66.
[17] *Ibidem, p.66*
[22] REBELLO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*(pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Rio de Janeiro: Revista Forense, 2003, p.110.
[23] *Ibidem, p. 66.*

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

exigir de ninguém que renuncie à vida (não se pode pedir a um doente terminal que aceite a eutanásia, por exemplo) ou à liberdade (não se pode pedir a alguém que vá para a prisão no lugar de outro).

A lesão de princípios constitucionais é considerada gravíssima, conforme demonstra de Celso Antônio Bandeira de Mello.[24]

> Violar um princípio é mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa, não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas, a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra seus valores fundamentais, contumácia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustêm e alui-se toda a estrutura nele esforçada.

De nada adiantaria a Constituição Federal assegurar outros direitos fundamentais, como igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana a uma condição de supremacia.

1.3.1 **A tutela jurídica da vida humana**

Por ser a vida, um bem de maior valor, é tutelado juridicamente, pela Constituição Federal e toda legislação infraconstitucional vigente no Brasil. O direito à vida considerado irrevogável por cláusula pétrea, pois é dele que decorre os demais outros direitos.

Neste caso, é de extrema importância que haja um aprofundamento no estudo de todos as normas que protegem o direito à vida.

Não se pode esquecer de um grande componente de todos os princípios, o componente filosófico, o qual varia conforme o tempo, o espaço, e outros fatores do pensador. Pode-se entender melhor esse componente com o pensamento naturalista de Miguel Reale:

> " A escola do direito natural ou jusnaturalista distingue-se da concepção aristolético-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 do indivíduo que vai resultar a lei[25].

---

[24] MELO, Celso Antonio Bandeira. apud. MARCÍLIO, Maria Luiza, RAMOS, Ernesto Lopes. (coords*). Ética: Na virada do milênio-busca do sentido da vida.*São Paulo. LTR 1999, p.140.
[25] REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva,1994, p.645-646.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

As teorias se aprimoram e consequentemente de acordo com o entendimento acima, a humanidade deve acompanhar a evolução social, passando assim a pensar de forma diferente.

Segundo Sergio Semião, "a norma jurídica é resultante da realidade que a sociedade vive. "[26] A Constituição tutela o direito à vida sem estabelecer período certo desta proteção. Assim, entende-se que, enquanto há vida, isto é, em qualquer momento da concepção até a morte natural, a Constituição assegura o direito à ela. Segundo Pinho, "estes termos por opção do poder constituinte originário devem ser fixados o direito pela legislação infraconstitucional, obedecidos os preceitos da constituição."[27]

Neste sentido, a lei precisa se adequar a sua mudança, que por muitas vezes, se torna lenta conforme as necessidades sociais. Portanto, é de suma importância o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a constituição garante a vida e através desse direito encontramos garantias que o ser humano necessita para viver com dignidade.

1.3.2 **A Carta Magna e a Dignidade da Pessoa Humana**

Tem o Estado o dever de proteger o direito à vida, a qual está acima de qualquer outro direito, sendo o valor reconhecido a ela está na dignidade da pessoa humana, estabelecido no art. 1º, inciso III, e art. 5º inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Vale a pena destacar a terminologia empregada por Miguel Reale: "O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade." [28]

A dignidade da pessoa humana completa o conteúdo mínimo dos direitos humanos fundamentais. Como afirma Magalhães Filho, "a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação ao valor da pessoa humana."[29] Neste mesmo sentido José Silva, "a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o contudo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida." [30] Para Alexandre de Moraes, "a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta

---

[26] SEMIÃO, Sergio Aldalla,. *Os direitos do nascituro*: *aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p.161.
[27] PINHO, *op. cit.*, p.78.
[28] REALE JUNIOR, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva,1996.p.644.
[29] MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, p.248.
[30] SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros, 2000, p.109.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida, trazendo a concepção ao respeito pelas pessoas constituintes de uma sociedade."[31]

No pensamento filosófico e político da Antiguidade Clássica, verifica que a dignidade (dignitas) da pessoa humana dizia, em regra, com posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade, daí poder falar-se em uma qualificação e modulação da dignidade, no sentido dignas, no sentido de se admitir a existência de pessoas mais dignas ou menos dignas. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos são dotados da mesma dignidade, noção esta que se encontra, por sua vez, intimamente ligada à noção da liberdade pessoal de cada indivíduo (o homem como ser livre e responsável por seus atos e seu destino), bem como à idéia de que todos os seres humanos, que diz com sua natureza, são iguais em dignidade.[32]

Segundo Kant, "a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana." no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. "Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer preço como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade."[33] Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de tal disposição de espírito e põe-na infinitivamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser oposta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem qualquer modo ferir a sua santidade.

É justamente no pensamento de Kant que a doutrina jurídica mais expressiva nacional e alienígena, ainda hoje parece estar identificando as bases de uma fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana. [34]

Dessa forma, a dignidade humana é o núcleo de direitos invioláveis, uma limitação aos poderes estatais, aos grupos sociais, e a todos os indivíduos de forma geral, uma vez que só é permitida a restrição de direitos fundamental e social se ela for observada, pois é elemento essencial e primordial do direito. Assim entendem-se, que, para que as pessoas vivam com dignidade em uma sociedade justa, é necessário respeitar todas as normas projetivas do

---

[31] MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003, p.218.
[32] SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamenstais na Constituição Federal* de1988.Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p 38.
[33] KANT, Immanuel apud ibidem, p. 38.
[34] *Ibidem*,p.35.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

homem, bem como todos os princípios fundamentais, mas principalmente ter respeito com o ser humano e aos seus valores.[35]

1.4 DIREITO À VIDA É ATEMPORAL

O direito à vida é atemporal, vale dizer que não se tem como avaliar o tempo de duração da existência humana, a vida é uma atividade vital, é tudo que vive é antônimo de morte. O feto no estado intra-uterino é ser humano é não coisa, o bebê anencéfalo, por certo nascerá, podendo viver segundos, minutos, horas e até mesmos meses, isto é inquestionável. Portanto o direito à vida é posto como primeiro, no espaço dos direitos fundamentais.[36]

A vida sem dúvida alguma se inicia na concepção. Alice Ferreira afirma que:

> Desde 1839, com Schleiden e Schwan, ao formularem a teoria celular, foram responsáveis por grandes avanços da embriologia. Conforme tal conceito, o corpo é composto por células, o que leva à compensação de que o embrião se forma a partir de uma única célula, o zigoto, que por muitas divisões celulares forma os tecidos e órgãos de todo ser vivo, em particular o humano. [37]

Com relação as informações científicas, está definido que, desde a concepção, existe vida individualizada, diferenciada pelo simples fato de ser uma fase da vida distinta da outra, como no caso da criança ter sua vida diferente da vida de um idoso e possuir as mesmas garantias de direito à vida. Isto é, a diversidade de fases vitais não equivale à desigualdade de direitos fundamentais, todos que vivem possuem direito à vida, garantidos em cláusula pétrea pela, Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

Falar dos direitos do nascituro é reconhecer suas qualidades de pessoa, porque juridicamente, "todo titular de direito é pessoa, e pessoa em linguagem jurídica é exatamente o sujeito titular de qualquer direito."[38] Sendo assim, o aborto considerado crime contra a pessoa é prova suficiente de que o nascituro tem personalidade civil e é pessoa.

Insta salientar que, se a vida é um bem inalienável, o que existe é a inviolabilidade do direito à vida e não direito sobre ela. Nesse sentido se a "mãe não tem direito sobre sua

---

[35] 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_anencefalo. Acesso em: 15/04/2010.
[36] Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 10/11/2010.
[37] FERREIRA, Alice T. A origem do ser humano e o aborto: Biodireito-medicina. Disponível em: www.biodireito-medicina. Acesso em: 23/04/2010.
[38] MONTORO, André. Franco, FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953, p.10.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

própria vida, para ela dispor, não há fundamento em reconhecer-lhe o direito de dispor da vida do filho por nascer”[39] pois, ninguém tem o direito de tirar a vida de outrem.

Mesmo em casos de má formação do feto, o direito deve manter-se rígido com suas garantias constitucionais de direito à vida, pois a Constituição em momento algum dá restrições para inviolabilidade deste princípio. Todo os entendimentos sobre o início da vida servem para comprovar que o feto é ser vivo, pessoa de direito, com os mesmos direitos sobre a vida e não há motivo algum para que se proceda de maneira diferente.

O direito à vida é atemporal, pois a Constituição garante o direito à vida até seu último momento, é inconstitucional antecipar a morte de qualquer ser humano, principalmente quando esse não pode se defender, como o caso do nascituro. A vida é algo tão precioso, que não cabe a nenhum ser humano julgar ou estipular um tempo definido que valha a pena a viver.[40]

A ninguém é permitido decidir acabar com a vida de outrem, mesmo sabendo que não lhe resta mais tempo, ou sabendo que lhe restam apenas alguns minutos, pois por ser tão valiosa a vida, não se pode presumir o quanto são grandes os últimos instantes dela. A mesma justificativa serve para os casos de má formação do feto, pois mesmo já constatada que ocorrerá a morte logo após do nascimento, o momento em que está sendo gerado no ventre da mãe e os instantes após o nascimento são de vida, e por isso o bebê tem direito a ela nem que seja por dias, horas ou até mesmo minutos.[41]

---

[39] SEMIÃO, *op. cit.*, p. 36.
[40] 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_anencefalo. Acesso em: 15/04/2010.
[41] 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_anencefalo. Acesso em: 15/04/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

2 ANENCEFALIA

2.1 O QUE É ANENCEFALIA ?

Anencefalia, etimologicamente significa "sem encéfalo", sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central contidos na calota craniana e que começa a se desenvolver bem no início da vida intra uterina.[42]

A anencefalia é definida na literatura médica como má formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisféricos cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico.[43]Conhecida vulgarmente como "ausência de cérebro'' a anomalia importa na existência de todas as funções superiores do sistema nervoso central- responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade.[44]

A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida. O diagnóstico é preciso e não existe tratamento disponível. Esta é a forma mais grave dos chamados defeitos de fechamento do tubo neural (DTN) que incluem também as mielomeningoceles[45] e as encefaloceles.[46] Sua origem é multifatorial, portanto, coexistem fatores genéticos e ambientais, em proporções variadas.[47]

A anencefalia trata-se de uma anomalia diagnosticável, porém, não possui nenhuma explicação plausível para justificar sua origem, sabendo-se, apenas, que o feto não apresenta abóbada craniana e os hemisféricos cerebrais ou não existem, ou se apresentam como pequenas formações aderidas à base do crânio.[48]

O exame pré-natal mais comumente utilizado para detectar anomalias resultante de má formação fetal é a ecografia.[49] A partir do segundo trimestre de gestação, o procedimento é

---

[42] Anencefalia. Disponível em: www.anencephalie-infor.org/p/perguntas Acesso em : 12/11/2010.
[43] CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional.* Salvador: Jus Podivm, 2007, p.159.
[44] *Ibidem.*, p. 159.
[45] Ma formação complexa do tubo neural; falha na função dos elementos posteriores da coluna vertebral 3-5 semanas da vida intra uterina. Defeitos de fechamento do tudo neural mieolomeningoceles. Disponível em: www.ciape.org/mat didático. Acesso em: 17/11/2010.
[46] CUNHA, Humberto Persivo. Dicionário de medicina legal, Raíz: Recife, 1985,p.144. *encefaloceles é caracterizada por defeito na formação óssea da calota craniana, por onde podem hernior meninge e até mesmo partes do cérebro.*
[47] CASTILO, Eduardo. O que é anencefalia? Disponível em www.ghente.org/entrevista/oqueé anencefalia.com. Acesso em 23/04/ 2010.
[48] FAZOLLI, Fabrício. Anencefalia e Aborto. Disponível em: ww.buscalegis.ufsc.br./arquivos/anencefalia.com Acesso em: 23/ 04/2010.
[49] CAMARGO,op.cit.,p.159.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

realizado através de uma sonda extrema que permite um estudo morfológico preciso, inclusive a visualização, da caixa craniana do feto.[50]

2.1.1 **Como ocorre a anencefalia ?**

O tubo neural dá origem ao cérebro e dá medula, a parte anterior do tubo aumenta de tamanho para formar o cérebro, a parte final evolui para a medida espinhal, cada um desses elementos se desenvolve independentemente, de acordo com a programação genética é formado por uma dobra do tecido embrionário cerca de 25 dias após a concepção.[51]

O defeito ocorre em uma de cada mil gestações e letal em 100% dos casos, mas o tempo de sobrevivência é imprevisível. Por volta da quarta semana de gravidez ocorre o fechamento do tubo neural, quando há um defeito muito grave no desenvolvimento, pode haver um aborto natural. A anencefalia é diagnosticada entre o 3º e 4º mês de gravidez.[52]

A anencefalia pode ser causada por uma mutação genética, em que o gene não se comporta de forma correta. Mas há ainda outros fatores, como falta de ácido fólico (uma vitamina do complexo B) no organismo. [53]

Quando o tubo neural se desenvolve normalmente, os feixes nervosos ficam protegidos dentro da coluna vertebral e dos ossos do crânio, quando a parte superior do tubo neural não se fecha, ocorre a anencefalia. O feto cresce sem a calota craniana acima do nível dos olhos e sem o cérebro nessa fase, o embrião é menor que uma semente de maça.[54]

Nesse sentido, os bebês com este problema nascem sem maior porção do cérebro, porém com o tronco cerebral funcionando, este é constituído principalmente pelo bulbo, que é um alongamento da medula espinhal. "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)".[55]

As definições dos conceitos são apresentadas pelos autores de maneira muito semelhante, porém alguns usam formas diferenciadas que facilitam o entendimento do leitor leigo, outros usam formas técnicas bem especificas que, muitas vezes, dificulta o entendimento para as pessoas não qualificadas na área. O que se deve salientar, de forma abrangente, é o fato do feto anencéfalo não ser totalmente desprovido de cérebro como muitas

---

[50] *Ibidem* , p.159.
[51] Disponível em www.uniblog.com.br/calvariano/anencefalia. Acesso em 03/09/ 2010.
[52] Disponível em www.uniblog.com.br/calvariano/anencefalia. Acesso em 03/09/ 2010.
[53] DINIZ, *op. cit.*, p.53.
[54] *Ibidem*, p. 53.
[55] LANGAMAN, Jan. *Embriologia médica*. São Paulo: Atheneu, 1977, p.292.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

pessoas acreditam. O bebê possui uma parte muito importante funcionando, que é a do tronco cerebral, este tronco, é constituído pelo bulbo, parte alongada da medula espinhal. Por isso, o feto respira, possui batimentos cardíacos, e alguns atos de reflexos (deglutição, vômito, a tosse e o piscar dos olhos).[56] Cabe nesse momento, retornar ao primeiro capítulo desse trabalho, e recordar o conceito de vida de muitos autores doutrinadores (viver é respirar, ter algum movimento, é não estar morto).

2.1.2 **Feto com anencefalia não tem cérebro: há chance de sobrevida?**

Segundo o médico Dr. Pedro Pablo Chacel, representante do Conselho Federal de Medicina, em entrevista feita pela revista jurídica Consulex.

O que significa um feto com anencefalia ? Ele tem chance de sobrevida? Para ele o feto com anencefalia não tem cérebro, portanto ele não tem atividade intelectual, tem o que chama de tronco cerebral que vai controlar as ações de vida vegetativa, caso independente do organismo da mãe.

Mas, ao nascer ele não tem nenhuma capacidade de sobrevivência, a grande maioria morre em poucos minutos, existem casos que ele pode chegar a sete dias, mas, não há condição de sobrevida. É licito constranger a mãe conservar em seu ventre um embrião que se sabe, de antemão, de acordo com a pericia médica, não nascer vivo ou se nascer, terá poucos momentos de vida, pois lhe falta a parte essencial, como no caso narrado acima?

De acordo com o médico Dr. Pedro Chacel, isto é uma coisa de foro íntimo, para algumas mulheres, aquele embrião é na sua concepção uma pessoa. Relata o mesmo, que teve uma paciente que gerou um feto anencéfalo, uma pessoa extremante católica, essa criança nasceu, foi batizada e ela se refere a esta criança como um filho que morreu de morte natural e não de um bebe anencéfalo. Na verdade, ela não discrimina esta pessoa pelo fato dela não ter cérebro, para outras mulheres não seria bem assim.

O que é um aborto ? É produto de uma concepção inviável?

Essa inviabilidade está relacionada ao tempo de gestação, aqui não é um problema temporal, mas da concepção inviável, ou seja, não vai sobreviver. Existe o risco intrínseco da gestação que é muito pequeno e perfeitamente aceitável para uma mulher que vai ter um filho sadio. Mas é aceitável para uma mulher que isso tem um assunto de foro íntimo muito

[56] *Ibidem*, p.292.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

importante, mas tem também um aspecto legal que precisa ser melhor definido, e quem vai fazer isso é a justiça.

Porque nós só temos o direito a interromper a gestação em duas hipóteses, no caso de estupro ou no caso iminente de risco de morte materna. No caso de criança anencéfalo a mãe não corre risco de morrer. Então, só existem duas hipóteses, estupro e risco de morte da mãe.[57] A mulher que está gerando um feto anencéfalo corre os mesmos riscos de uma gravidez de um bebê saudável, por isso a gravidez pode ser levada a diante normalmente.[58]

Mas, mesmo assim muitas mulheres são aconselhadas a optarem pelo aborto a partir do momento em que a gestante apresentar qualquer problema derivado da gestação, e que esse poderá lhe ocasionar a morte, o médico terá a permissão legal para praticar o aborto necessário, pois não se tem opção nesse caso.

Vale ressaltar que, nesses casos é que o aborto não é o melhor caminho a ser tomado, a interrupção além de causar um grande risco para a gestante, ela traz conseqüências psíquicas gravíssimas, que muitas vezes são irreversíveis. Sendo assim, a saúde da mulher é mais agredida quando ocorre o aborto do que ao gerar um feto anencéfalo.

2.2 ABORTO

2.2.1 **Conceito**

O termo “aborto”, originário do latim abortus, (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.[59] É preciso lembrar que a expulsão do produto do aborto poderá tardar ou até mesmo deixar de existir se, por exemplo, ocorrer sua mumificação, com formação de litopédio[60].

Segundo Mirabete é a “interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), do embrião (se três semanas a três meses), ou feto(após três meses), não implicando necessariamente na sua expulsão.”[61]

---

[57] VIEIRA,Tereza Rodrigues. Feto com anencefalia não tem cérebro portanto não há condição de sobrevida. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004, p.33.
[58] VIEIRA,Tereza Rodrigues. Feto com anencefalia não tem cérebro portanto não há condição de sobrevida. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004, p.33.
[59] DINIZ, *op. cti*., p.*29.*
[60] Feto calcificado, retido na cavidade abdominal. Dicionário Médico. Disponível em: http://www.dicionáriomédico.com/litop%C3%A9dio.html . Acesso em: 17/11/2010.
[61] MIRABETE, Julio Fabrini. Manual de direito penal. São Paulo: Atlas, 2001, p.93.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

O aborto consiste na destruição da vida antes do início do parto, é o período que compreende desde a concepção até o início do parto, que é o fim da vida intra-uterina.[62] Assim, pode se dizer que o aborto ocorre quando, por algum motivo, a vida intra-uterina é interrompida, e que a causa desta interrupção não seja o nascimento da criança.

No Brasil, aborto representa crime contra a vida, pois a vida humana inicia-se na concepção com garantia de direito a ela em cláusula pétrea. Caso ela seja interrompida o Estado tem o dever de intervir e punir o responsável pelo ato criminoso. O aborto sempre viola o princípio fundamental do direito à vida; no entanto, nem sempre é considerado crime, pois existem alguns casos de excludentes de ilicitude.

O artigo 128 do Código Penal Brasileiro, elencas as causas de excludente de ilicitude quais sejam: não se pune aborto praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante; ou aborto no caso de gravidez resultante de estupro. Essas são as duas hipótese de aborto permitido pela legislação penal, denominado de aborto necessário.

2.2.2 **Modalidades**

Segundo Cezar Roberto Bittencourt, "o aborto necessário também é conhecido por terapêutico, e constitui autêntico estado de necessidade, justificando-se quando não houve outro meio de salvar a vida da gestante." [63] Nesse sentido Julio Fabbrini Mirabete, adverte que o legislador deixou expressamente consignado "a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser último meio de salvar a gestante." [64]

Fernando Capez cita que há dois bens jurídicos, a vida do feto e a vida da genitora,"postos em perigo, de modo que a preservação de uma (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto)".[65] A legislação optou nesse caso pelo bem maior, a vida da gestante, pelo fato que a do feto depende da vida da mãe, pois o sacrifício seria maior a perda das duas vidas.

Paulo José da Costa Junior explica que os casos mais frequentes de aborto necessário são "o estado epilético, graves vômitos incoercíveis, leucemia, cardiopatia, anemia pemiciosa, polinefite, hemorragia copiosas, e outros."[66]

---

[62] FAZOLLI, Fabrício. Anencefalia e Aborto. Disponível em: ww.buscalegis.ufsc.br./arquivos/anencefalia.com Acesso em: 23/ 04/2010.
[63] BINTNCOURT, Cézar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, p.169.
[64] MIRABETE, *op.cit.*, p.98.
[65] CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.* São Paulo:Saraiva, 2004, p.108.
[66] COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal : curso completo*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.268.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Para Maria Helena Diniz o aborto é suscetível de várias classificações. Assim sendo, quanto ao seu objeto, poderá ser: a) ovular, se praticado até a 8ª semana de gestação; b) embrionário, se operando até a 15ª semana de vida intra-uterina, ou seja, até o 3º mês da gravidez, e c) fetal, se ocorrer após a 15ª semana de gestação.[67]

Em relação à causa que provocar, o aborto classificar-se à em: a) espontâneo, se houver interrupção natural e não intencional da gravidez causada por doenças surgidas no curso da gestação, por péssimas ou precárias condições de saúde da gestante preexistente à fecundação (sífilis, anemia profunda, cardiopatia, diabetes, nefrite crônica etc.) ou por defeitos estruturais do ovo, embrião ou feto; b) acidental, ocasional ou circunstancial, se existir qualquer propósito dirigido à interrupção do ciclo gravídico, provocada por um agente externo, como emoção violenta, susto, traumatismo (queda), sem que haja qualquer ato culposo , ou seja, negligência , imprudência ou imperícia; c) provocado, se tiver interrupção deliberada da gestação pela própria gestante ou por terceiro, com ou sem consentimento, mediante o concurso de causas extrínsecas ou de agentes externos, de ordem física, química ou mecânica, para atender a motivos terapêuticos, eugênicos , econômicos, morais, sociais, psicológicos etc., podendo ser, portanto, criminoso ou " legal".[68]

"O aborto provocado é uma prática criminosa em sua natureza e deve ser repudiado como contrário não só à consciência médica, ao espírito e à finalidade da medicina, como também ao comando contido no art. 5º da Constituição Federal de 1988"[69].

Quanto ao elemento subjetivo de sua prática, ter-se- à aborto: a) sofrido, se ocorrer sem consenso da gestante, que não passará de vítima; b) consentimento, se provocado com a anuência da gestante, implicando agravante da pena se ela for menor de 14 anos, portadora de alguma doença deficiência mental ou, ainda, se o consentimento tiver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Além disso, se lhe advier morte, a pena duplicar-se-á e, se ocorrer lesão corporal grave, será aumentada 1/3; e c) procurado, se a gestante for agente principal.[70]

Quanto à finalidade pretendida com o aborto, este será: a) terapêutico, se abranger duas modalidades: o aborto necessário permitido por lei e praticado por médico, com ou sem consenso da gestante, desde que haja outra alternativa para salvar sua vida, que ocorre perigo, independentemente de autorização judicial ou policial. Há quem ache que, nessa hipótese, o médico, antes de proceder à intervenção cirúrgica, deverá obter autorização do magistrado,

---

[67] DINIZ, *op. cit.*, p. 30.
[68] *Ibidem.*, p.32.
[69] *Ibidem.*, p.30.
[70] *Ibidem.*,p.31.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

enquanto outros, com razão, asseveram que seria bom senso apenas uma confirmação de colegas de reconhecida idoneidade do sério risco de vida que ocorre a gestante; e o aborto para evitar enfermidade grave, ou seja, para impedir grave e iminente perigo para saúde da gestante. [71]

Cabe ressaltar que, somente o aborto necessário é permitido legalmente, subsistindo o delito penal e aplicação da pena cabível quando se interromper o ciclo gravídico com o escopo de preservar a saúde da gestante. b) sentimental, admitido por lei, por ter sido a gravidez resultante de estupro, desde que sua interrupção seja provocada por médico, com prévia anuência da gestante ou, se incapaz, de seu representante legal, independentemente de autorização judicial, uma vez comprovada a violência ou delito sexual. c) econômico, quando a gestante ou o casal não tem recursos financeiros suficientes para prover adequadamente o sustento e a educação desse filho, que, ainda, viria a agravar a situação econômica familiar, lesando os demais filhos, que poderiam ficar na penúria; d) estético, se a gestante interromper a gravidez pó não querer ficar com o corpo disforme; e) honoris causa, se, criminosamente, praticado por gestante para ocultar sua gravidez da sociedade, visando preservar a honra, evitar escândalo e manter sua reputação social. É comum em gestante solteira ou adúltera, que teve relações sexuais com outro homem na ausência do marido etc., pode ser efetuado pela própria gestante ou por outra pessoa com seu consenso.[72]

Por fim, outra modalidade de aborto, conhecido como aborto eugenésico, eugênico ou piedoso que não é reconhecido pela legislação brasileira, isto é, se ele for praticado será punido normalmente, pois constitui crime. Para Julio Fabbrini Mirabete, esse aborto "é o executado ante a suspeita que o filho virá ao mundo com anomalias graves. [73]

Fernando Capez, conceitua o aborto piedoso como "aquele realizado para impedir que a criança nasça com deformidades ou enfermidade incurável."[74] Existem pessoas que são a favor desse tipo de aborto e lutam para sua descriminalização, alguns conseguem alvarás judiciais em casos de anencefalia (ausência parcial de cérebro), agenesia renal (ausência de rins), e outros problemas graves de má formação.

A descriminalização do aborto de feto anencéfalo gera muita polêmica, por essas polêmicas terem se tornado significativas no meio social e jurídico a próxima seção é toda dedicada para a anencefalia como reflexão.

---

[71] *Ibidem*.,p.31.
[72] *Ibidem*., p. 31.
[73] MIRABETE, *op.cit.*, p.100.
[74] CAPEZ, *op.cit.*, p.126.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

2.2.3 **Anencefalia como reflexão**

O feto é juridicamente uma vida, que está sob proteção do direito. Invoca-se o direito da mulher sobre o seu corpo como argumento para a descriminalização do aborto, entendendo o filho como propriedade da mãe, sem identidade própria e é ela quem decide se deve viver ou morrer.

Não há dúvida quanto ao direito de escolha da mulher de ser ou não ser mãe. Esse direito ela o exerce, com todos os recursos que os avanços da ciência têm proporcionado antes da concepção, quando passa a existir, também, o direito de outro ser, que é o do nascituro, o direito à vida, que se sobrepõe.[75] No processo de desenvolvimento embrionário podem ocorrer, no entanto, má-formação de maior ou de menor gravidade. Uma delas por sinal, a mais severa de todas é a anencefalia.[76]

A anencefalia é uma má formação congênita, responsável pelo desespero de muitas mulheres no mundo todo. Quando é diagnosticado esse problema, as gestantes muitas vezes não sabem se posicionar diante ele, algumas perdem a razão, outras se dedicam à gestação demonstrando um ato de amor.[77]

É com muita lucidez que Cezar Bittencourt que "modernamente, não se distingue mais entre vida biológica e a vida autônoma ou extra-uterina. É indiferente a capacidade de vida autônoma, sendo suficiente a presença de vida biológica."[78] Sendo assim, como consequência, o abortamento de feto anencéfalo enquadra-se como crime contra vida. Não se entende porque existem essas controvérsias, "o feto possui batimentos cardíacos, circulação sanguínea, e isto, já caracterizou vida biológica."[79]

---

[75] ROCHA, Alessandra Rosa. O aborto. Disponível em : www.useregionalijau.com.br Acesso em: 20/09/2010.

[76] Anencefalia consiste em má- formação congênita caracterizada pela ausência total ou parcial do encéfalo e da calota craniana, proveniente de defeito de fechamento do tubo neural durante a formação embrionária, entre os dias 23 e 28 da gestação ocorre com maior freqüência em fetos femininos, pois, parece estar ligado ao cromossomo x. NETO, Jorge Andalaf. Anencefalia : Posição da Febrasgo. Federação Brasileira das Associações de Ginecologias e Obstetrícia. Disponível em: www.bioeticaefecrista.me.br/testos/anecefalia_febrasgo. Acesso em: 09/11/2010.

[77] 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_anencefalo. Acesso em: 15/04/2010.

[77] Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 10/11/2010.

[78] BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.123.

[79] FAZOLLI, Fabrício. Anencefalia e Aborto. Disponível em: ww.buscalegis.ufsc.br./arquivos/anencefalia.com Acesso em: 23/ 04/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

O anencéfalo até que deixe de respirar é um ser vivo, e por isso ninguém pode decidir por sua morte, ele tem direito à vida como qualquer outro ser, e consequentemente tem direito a ter uma morte natural.[80]

No mundo, apenas 21 crianças conseguiram vencer os sintomas da doença que leva à morte poucos minutos após o parto.[81] A menina Manuela Teixeira "morreu depois de completar três anos de nascida, no dia 14 de setembro de 2003"[82] Como se observa, um feto, ainda que " anencéfalo", não perde a dignidade nem o direito de nascer.

Todas as pessoas morrerão um dia, embora não saibamos nem o dia, e nem a hora, mas a única certeza é que um dia morremos e já que um dia morremos porque privar um ser vivo de viver?

---

[80] 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_anencefalo. Acesso em: 15/04/2010.
[80] Disponível em: www.stf.jus.br Acesso em: 10/11/2010.
[81] TAHAN, Lilian. A criança que desafiou a medicina .– Correio Brasiliense (28/02/2003). Disponível em: www.vivercomalma.com.br acesso em: 07/09/2010.
[82]TAHAN, Lilian. A criança que desafiou a medicina .– Correio Brasiliense (28/02/2003). Disponível em: www.vivercomalma.com.br acesso em: 07/09/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

3 O ALVARÁ JUDICIAL

3.1 ADPF Nº54

O Ministro Marco Aurélio de Melo, em sede de medida cautelar, nos autos da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental, nº54-8 do Distrito Federal, que autorizou o aborto de feto anencefálo[83] Essa decisão causou múltiplas opiniões em todas as classes sociais e profissionais, inclusive no âmbito, onde alguns representantes apresentaram indignação, enquanto outros se posicionaram favoravelmente.

A contestação do fato de que a liminar, quando autoriza tal aborto, supõe que uma criança normal tem mais direito a vida do que uma portadora de anomalia, por ser esta um peso morto para a sociedade.[84] Nesse sentido, se a medicina possui a missão de curar, aliviar a dor, adiar a morte, confrontar o paciente, permitir uma morte mais digna, salvar vidas humanas, não poderia pertencer ao mundo de extermínio do aborto eugênico.[85]

A liminar é inconstitucional, pois viola o direito à vida incisivamente. Não é "lícito a ninguém, muito menos à sociedade ou Estado, julgar o valor essencial de uma vida humana por suas deficiências."[86] Nesse sentido o direito à vida é inviolável, ninguém poderá dizer quais as deficiências exigidas para que um embrião não possa continuar a viver. "O capricho de acabar com o sofrimento da mãe, antecipando a morte do feto não pode prevalecer diante da preciosidade da vida humana, que é única."[87]

A Resolução n.1.752/2004, do Conselho Federal de Medicina, afirma que o anencéfalo não tem como escapar de um fatal parada cardiorrespiratória ainda durante as primeiras horas, após o parto. Uma menina paulista anencéfalica, com nove meses, nascida em novembro de 2006, recebe, a partir de setembro de 2007, pensão do governo por ser portadora de deficiência. A incidência de anencefalia é de um caso em cada mil bebês. Segundo o neurocirurgião pediátrico Hélio Rubens Machado, da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo (USP) de Ribeirão Preto, há casos registrados de crianças nessas condições que vivem até a adolescência.[88]

---

[83] MENEZES, Glauco Cidrak do Vale. Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Disponível em: www.jus.2uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 20/03/2010.
[84] DINIZ, *op. cit.*, p.47.
[85] *Ibidem*. p.47.
[86] ALVES, João Evangelista dos Santos; BRANDÃO, Demival da Silva; COSTA, Carlos Rodrigues; BRAGANÇA,Waldemir de. *Aborto-direito à vida*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p.136.
[87] DINIZ, *op.cit.*, p.48.
[88] Jornal o Estado de São Paulo : Disponível em: www.estado.com.br/noticias/geral/bebe-sem-cerebro-recebera-pensao -inss Acesso em: 22/08/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

3.1.1 **Opinião dos Juristas**

O Ministro Marco Aurélio de Melo deferiu medida liminar em julho de 2004, autorizando a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia. Baseando – se nos princípios Constitucionais da liberdade, da preservação da autonomia da vontade e da Dignidade da Pessoa Humana.

O Ministro salientou:

> 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. [89]

A jurisprudência de nossos tribunais tem sido conflitante, muitos juízes têm deferido autorizações para interrupção de fetos malformados, os chamados fetos anencéfalos, com base em princípios constitucionais. Pode-se registrar um grande número de alvarás concedidos pelos tribunais, para os casos de autorização ao aborto por má – formação fetal.

Em 09 de março de 2001, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exarou autorização judicial para interrupção terapêutica da gravidez de feto com má formação, fundada no perigo de vida da mãe.

Negado Habeas Corpus impetrado para autorizar aborto por anencefalia do feto, o pedido foi indeferido pelo Magistrado Luis Felipe Fernandes, da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a maioria dos votos, negou autorização para prática de interrupção da gestação de cinco meses, diagnóstico de ausência de calota craniana e dos hemisférios cerebrais (anencefalia).[90]

"Relatou o Desembargador Ivan Leomar Bruxel que, em 14 de junho de 2003, foi realizada uma ecografia obstétrica que concluiu pela "gestação compatível com aproximadamente 15 semanas de evolução de acordo com exame prévio", e com seguinte observação: Na revisão da anatomia fetal não se observa presença de calota craniana e dos hemisférios cerebrais (anencefalia)".

Outros exames posteriores também confirmaram os diagnóstico. Médicos do Hospital de Clínicas colocaram-se à disposição para realizar a interrupção terapêutica da gestação, de acordo com a vontade expressa pelos pais, caso decisão judicial favorável.

Para o Relator, a utilização da ação tipo Habeas Corpus revela "uma total inversão de propósito- em lugar de ser buscada a proteção da liberdade, pretende-se aqui autorização

---

[89] Disponível em: www.stf.jus.br./liminares. Acesso em: 20/ 09/.2007.
[90] Disponível em: www.tjrgs.com. Acesso em: 20 /04 /2008 .

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

judicial para livrar alguém de um alegado sofrimento psicológico, ou para afastar dito risco à integridade física da gestante". Em respeito a julgado do Supremo Tribunal de Justiça, enfrentou o mérito do Habeas.

"Os direitos do nascituro, até aqui olimpicamente ignorados, estão a merecer considerações," afirmou o Desembargador Bruxel. "Ao nascituro não foi dado o direito de defesa, salvo a intervenção do Ministério Público (...), "observou. O magistrado citou vários estudos a respeito do aborto em fetos anencéfalos. Para a professora Wanda Franz, "o aborto é, antes de tudo, um procedimento físico, o qual produz um choque no sistema nervoso da mulher."

Brilhante voto do Relator Des. Ivan Leomar Bruxel :

> "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".[91]

Em março de 2004, uma mulher grávida de um feto portador de anencefalia ingressou em primeira instância, por intermédio da Defensoria Pública, com ação visando autorização judicial para abortar, depois de haver sido constatado, através de exames médicos, que o feto padecia de má formação congênita (anencefalia), incompatível com a vida.[92]

O juízo inferior indeferira o petitório em virtude de ausência de previsão legal, contudo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, num rasgo de elevada sensibilidade e clarividência, prontamente, dera autorização para a realização da interrupção da gestação, encontrando no Direito posto a saída legal para esse infortúnio.[93]

Não obstante, o padre Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente da Associação Pró-vida, de Anápolis, interpusera perante o colendo Superior Tribunal de Justiça, o habeas corpus, para desconstituir o decisum do Tribunal a quo, a relatora do processo, Ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar objetivando sustar a decisão autorizadora da "antecipação terapêutica do parto.", até a apreciação do mérito.[94]

---

[91] Disponível em: www.tjrgs.com. Acesso em: 20/04 /2008 .
[92] CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto feto com má formação congênita .Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº 174, 15 de abril de 2004 .p.24.
[93] CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto feto com má formação congênita .Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº 174, 15 de abril de 2004 .p.24.
[94] CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto feto com má- formação congênita .Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº 174, 15 de abril de 2004 .p.24.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Esta alta Corte de Justiça, por decisão unânime da Quinta Turma, concedeu, em caráter definitivo, a ordem em favor do nascituro, para evitar o aborto não previsto nas hipóteses legais. Sua Excelência, para impedir o aborto, manifestou que a Constituição e a legislação penal asseguram a vida como bem maior a ser tutelado e o Código Penal não permite o aborto neste caso específico.[95]

Recentemente, em 15 de junho de 2010, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais negou o pedido feito pelo casal para abortar bebê com anencefalia. A Justiça de Minas Gerais rejeitou o pedido do casal que solicitou autorização judicial para interromper uma gravidez na qual o bebê sofre de anencefalia em virtude de má - formação, segundo informou a corte os autores da ação podem recorrer da sentença. O Ministério Público deu parecer favorável ao casal com base em laudos médicos realizados pelo centro de apoio operacional das Promotorias de Justiça de Defesa da Saúde. De acordo com os exames, não há possibilidade de o bebê sobreviver após o parto.[96]

O juiz auxiliar Marco Antônio Feital Leite, da 1ª Vara Cível de Belo Horizonte, responsável pela decisão, analisou os laudos médicos juntados ao processo, que atestaram a inviabilidade de sobrevida do feto anencefálico pós-parto. Argumentou que "disso não advém comprovadamente perigo iminente de morte da mãe, ou seja, que o aborto é o único meio de salvar a vida da gestante", conforme previsto em lei no artigo 128, inciso I, do Código Penal.[97]

O juiz ressaltou que, o direito à vida é garantido constitucionalmente, não havendo permissivo legal para a interrupção de gestação no caso de má formação do feto. O magistrado alegou que, compete ao médico avaliar a necessidade do aborto necessário para a preservação da vida da gestante. [98]

3.1.2 **Pacto São José da Costa Rica o direito à vida e a questão do aborto**

O Pacto de São José da Costa Rica entrou para o ordenamento jurídico brasileiro através do Decreto 678/1992 e tem status de norma supra legal, conforme RE 466.343-1, (São Paulo), julgado pelo Supremo Tribunal Federal sobre o Pacto São José da Costa Rica.

---

[95] CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto feto com má- formação congênita .Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº 174, 15 de abril de 2004 .p.24.
[96] Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em: 09/11/2010.
[97] Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em: 09/11/2010.
[98] Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em: 09/11/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

O voto do Ministro Gilmar Mendes, caráter de "supra legalidade" ou então, com muito maior razão, se lhes atribuir, como pretendem alguns autores, hierarquia constitucional.

Logo entendeu-se que o valor do Pacto de São José é supra legal, por não passar pela aprovação da maioria qualificada dos dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros do artigo 5º §3º da Constituição Federal do Brasil de 1988, essa foi a tese defendida pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE 466.343-1-São Paulo[99], concluindo desse modo que fica extinta a prisão civil do depositário infiel, sendo permitida somente a prisão civil decorrente da inadimplência da obrigação alimentar. Diante de tal decisão, é notória a importância da Convenção Americana de Direitos Humanos e de tratados internacionais em geral no nosso ordenamento jurídico. É necessário notar também que os tratados e convenções internacionais posteriores à Emenda Constitucional nº 45/2004, deverão passar por aprovação qualificada e, se aprovada, assume o valor de norma constitucional. No caso do Pacto de São José, como ainda não havia a emenda, não possui valor constitucional, e sim valor supra legal, portanto totalmente efetivo se vier para ampliar direitos e garantias à população.

Além de criar garantias fundamentais, individuais e coletivas obrigando todos os países membros que ainda não possuíam tais garantias em suas constituições que as garantisse, o Pacto São da Costa Rica, ainda criou um órgão para fiscalizar e julgar a violação contra os direitos do homem.

O artigo 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos (ou Pacto de São José da (Costa Rica) determina que o direito à vida deve ser protegido pela legislação em geral, desde a concepção: "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."[100]

O Pacto de São José da Costa Rica afirma que a vida deve ser protegida desde a concepção. E mesmo que não o dissesse expressamente isso seria óbvio, pois a lei deve expressar a verdade das coisas, e se valer da ciência para formular seus preceitos. Ademais, reconhecendo que a vida começa na concepção, o Código Civil Brasileiro, em harmonia com a Constituição Federal e com o Pacto de São José da Costa Rica, afirma em seu artigo 2º que: "A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Ora, se a lei põe a salvo desde a

---

[99] MAZZUOLI, Valério de Oliveria. A Tese da supralegalidade dos Direitos Humanos. Disponível em : www.jusbrasil.com.br/noticias/a-tese-da-supralegalidade-dos-tratados-de-direitos-humanos-Valerio-de-Oliveira-Muzzuoli Acesso em : 14/11/2010.

[100] MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2009, *Direito Humanos Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica* .art. 4º p.958.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

concepção os direitos do nascituro, parece óbvio que ela põe a salvo o mais importante desses direitos, que é o direito à vida.[101]

A ausência de referência a tal norma pode significar pouco conhecimento, por parte dos magistrados, destes instrumentos internacionais de direitos humanos ou pouco apego às fundamentações jurídicas pautadas na doutrina dos Direitos Humanos.[102]

Sobre a questão do aborto de feto anencéfalo, entende-se que a sua legalização, feriria preceitos constitucionais, contra o tratado internacional mais importante a que o Brasil se obrigou, o Pacto de São José, e estaria em desacordo com todo o ordenamento jurídico brasileiro. Em consonância com tudo que foi exposto, conclui-se que a vida se inicia na concepção, portanto o embrião já possui vida e esta deve ser zelada desde o seu início e não podendo ser interrompida forçadamente por um aborto, que é crime.

3.2 ABORTO DE FETO ANENCÉFALO E A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGALIZAÇÃO

Já devidamente conceituada anencefalia, ficou à vista de pronunciamentos de natureza científica, quanto às partes do sistema nervoso de que o anencéfalo é portador, do funcionamento dos órgãos e dos sistemas vitais de circulação e respiração, e principalmente que é ser vivo, pois a vida inicia-se na concepção.

Não há fundamento para que se legalize tal aborto, pois o feto anencéfalo é ser humano vivente, pois é portador da vida e da dignidade de ser humano, possui a proteção da Constituição, das leis civis e penais. A má formação encefálica não lhe altera a natureza de ser humano nem as garantias constitucionais que tem por direito.[103]

A anencefalia na maioria das vezes, é confundia 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.[104]

---

[101] CLEMENTE, Alekandro. O direito à vida e a questão do aborto. Disponível em: www.portaldafamilia.org.br/artigos. Acesso em: 16/06/2010.
[102]CLEMENTE, Alekandro. O direito à vida e a questão do aborto. Disponível em: www.portaldafamilia.org.br/artigos. Acesso em: 16/06/2010.
[103] VERDI, Roberta. Aborto de Feto Anencefalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: www.tex.pro.br/aborto-feto-anencefalo. Acesso em:10 /04/2010.
[104] VERDI, Roberta. Aborto de Feto Anencefalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: www.tex.pro.br/aborto-feto-anencefalo. Acesso em:10 /04/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Os argumentos para legalização do aborto nos casos de fetos anencéfalos parte de um conceito de aparente bem-estar. "A dignidade da gestante não é violada, pois quando mantém o feto em seu ventre até nascimento, com a grandeza da humanidade e mantendo sua gravidez até o final é digna de mais respeito e admiração, que corresponde a ter sua dignidade muito mais elevada, pois gerando seu filho, demonstra que sabe amar."[105]

A Constituição tutela o direito à vida sem estabelecer o momento que inicia esta proteção, nem o momento que ela acaba. A legislação infraconstitucional é que fixa esses termos, porém sempre obedecendo os preceitos da Constituição, cuja natureza jurídica é ser a decisão política suprema. Todo o aparelho estatal, toda a ordem jurídica, decorre da Constituição. [106]

Na legislação penal, matar um ser humano durante o parto ou após ele é crime de homicídio, assim, previsto pelo art.121 Código Penal. Provocar "interrupção da gravidez, com a consequente destruição do produto da concepção",[107]é considerado aborto previsto no art. 124 ao 128 do Código Penal.

A legislação infraconstitucional brasileira, tanto a cível como a penal, buscam proteger o homem acima de qualquer coisa, o bem juridicamente tutelado é a vida, por isso o direito à ela é inviolável. São bem claras as disposições sobre proteção da vida como direito desde a concepção ainda tem a incorporação do art.4º, I, do Pacto de São José, que diante do que estipula o art.60 parágrafo 4º, inciso IV, da Constituição Federal, torna proibida a simples tramitação de projetos de legislação abortista no Poder Legislativo Brasileiro.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite vigência, em território brasileiro, de acordos e tratados internacionais que contrariem a nossa legislação constitucional e infraconstitucional, por não estarem de acordo com regimes e princípios adotados na Constituição. No caso da proteção da vida desde a concepção, vem propiciar sustentação ao disposto no art.4º, I, do Pacto São José, porque sua previsão de proteção da vida desde a concepção está inteiramente de acordo com o art. 5º caput, da Constituição Federal, e o art.2º do Código Civil Brasileiro protege expressamente todos os direitos do nascituro desde a concepção, inclusos os não patrimoniais.

Diante deste conjunto de regras constitucionais e infraconstitucionais, não há constitucionalidade na tramitação de qualquer projeto de lei ou mesmo de emenda à

---

[105] VERDI, Roberta. Aborto de Feto Anencefalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em: www.tex.pro.br/aborto-feto-anencefalo. Acesso em:10 /04/2010.
[106] SLAIBI FILHO, Nagib. Hermenêutica constitucional. Disponível em: www.cajur.cjb.net/textos/hermeneutica constitucional. Acesso em: 21/04/ 2010.
[107] CAPEZ, op. cit., p.108.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Constituição que implique restrição ou alteração da abrangência da proteção do direito à vida que vigora no Brasil, e começa na concepção, senão estaria ferindo uma cláusula pétrea prevista no art. 60 § 4º inciso IV, da Constituição Federal: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: Os direitos e garantias individuais” garantias estas presentes no art. 5º da Constituição Federal. “A inviolabilidade do direito à vida”.

Faz-se necessário, todavia, que as pessoas tomem conhecimento da norma para que tenham noção do momento em que começa a vida, e se conscientizar de que o direito a ela é inviolável independentemente do tempo que se vive.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

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

Como o tema comporta posições diferentes faz-se necessário analisar os argumentos dos dois lados, lembrando que isso não significa que a questão esteja segregada em apenas dois pontos. Considerando que se vive, atualmente em uma sociedade pluralista, existem opiniões diversas à respeito da questão da interrupção da gestação, tanto o é que podem existir segmentos menores em cada grupo. Portanto, serão analisados de uma forma geral os principais argumentos das duas posições, não desejando esse trabalho dizer que apenas esses argumentos são os existentes na atual realidade.

4.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

Dentre os argumentos favoráveis à interrupção da gestação em casos de anencefalia podem ser citados os utilizados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54-8(ADPF), ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, na qual se discute a legitimidade ou não da interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos.[108] O pedido veiculado é a interpretação conforme a Constituição das normas do Código Penal referentes a aborto, para que seja declarada sua incidência às hipóteses de antecipação terapêutica de parto em casos de gravidez de feto anencefálico; seguem argumentos.

A interrupção da gestação em casos de anencefalia não seria considerada crime de aborto, porque o Código Penal ao tipificar este crime tem o intuito de punir a frustração de uma expectativa de vida, a expectativa potencial de surgimento de uma pessoa. O feto possui a energia potencial para um dia constituir uma realidade jurídica distinta da de seus pais, caso seja cumprido o tempo natural de desenvolvimento fetal e se o parto ocorrer com sucesso.[109]

Nesse contexto, o bem jurídico-penal protegido no crime de aborto não é a energia do feto, resultado da junção dos gametas. O Código Penal, não protege a identidade nova, nem a “santificação” da fecundação. Portanto, o Código Penal, condena a conduta que frustra o surgimento de uma pessoa. Isso significa que apenas o feto com capacidade de ser pessoa pode ser também sujeito passivo do crime de aborto.

---

[108]CAMARGO, Marcelo Novelino. *Leituras complementares de constitucional.* Salvador: Jus Podivm, 2007, p.158.

[109] BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida.. Disponível em:www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em: 13/06/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Fetos anencefálicos apresentam defeitos insanáveis que não são corrigidos com o tempo de gestação e nem com a utilização de remédios ou meios cirúrgicos. Estes apresentam uma condição patológica que não permite a aquisição do status de pessoa, não podendo, com o nascimento, ser investidos com os atributos da personalidade.[110]

Segundo a corrente que é favorável à interrupção da gestação em caso de feto com anencefalia, o argumento que eles se baseiam é a dignidade da pessoa humana. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, que não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana.[111]

A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica. A Constituição Federal, como se sabe, veda toda forma de tortura (art.5º,III) e a legislação infra-constitucional define a tortura como situação de intenso sofrimento físico ou mental. [112]

Segundo o posicionamento da Drª Maria Berenice Dias, "como a plenitude do sistema estatal não convive com vazios, para a concreção do direto, 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." [113]

Ora, o Código Penal foi editado na metade do século anterior, quando a ciência ainda engatinhava. Hoje, é perfeitamente possível saber-se que a criança, se nascida, não terá qualquer chance de sobrevida, por anomalia congênita. O Código Penal, se interpretado, de acordo com essa realidade, não estará absolutamente impedindo este ato excepcional, porque a morte psíquica é, sem dúvidas, pior que a morte física.[114]

A Constituição, realmente, exige a preservação e a tutela da vida, todavia, acrescenta, com "dignidade". Exigir que a mãe carregue em seu ventre um feto, sem qualquer chance de sobrevida é um sofrimento dramático ferindo assim a dignidade da mãe.[115]

---

[110] BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida.. Disponível em:www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em: 13/06/2010.
[111] CAMARGO, op.cit., p.169.
[112] *Ibidem*, p169.
[113] DIAS, Berenice Maria. Aborto feto com má formação congênita. Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004. p. 25.
[114] DIAS, Berenice Maria. Aborto feto com má formação congênita. Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004. p. 25.
[115] DIAS, Berenice Maria. Aborto feto com má formação congênita. Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004. p. 25.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Esse argumentos acima expostos são defendidos pela maioria das pessoas, que defendem a interrupção da gravidez no caso de se detectar na 16ª semana da gestação que o feto não possui a calota craniana ou seja ele não terá nenhuma chance de sobreviver após o parto. Ressalta-se que, para essas pessoas ferem a dignidade da mãe, trazendo uma dor muito grande a continuidade da gravidez sabendo que seu filho, logo após o parto, morrerá.

A interrupção da gravidez de fetos anencéfalos ainda não é regulamentada por lei no Brasil e, muitas vezes, é permitida por decisões judiciais. Entre 1989 e 2008, foram concedidos mais de 5 mil alvarás judiciais para interrupção de gestação em casos de anencefalia.[116]

Para os representantes da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), do Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (Anis) e do Conselho Federal de Medicina (CFM), é um direito da mulher decidir se mantém a gravidez ou se a interrompe.[117] Afirma Nelson Hungria[118], sobre o aborto regulamentado pelo Código Penal :

> "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."

No entanto, não se tem reconhecido, como igual proteção da sanidade psicológica da mulher a interrupção da gestação de um feto anencéfalo, ainda que evidente o sofrimento causado a gestante.[119]

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

O fundamento dessa corrente considera a não permissão de qualquer tipo de aborto independentemente de o feto ser portador de alguma patologia. Então os argumentos utilizados para descaracterizar a interrupção da gestação de feto anencefálico são os mesmos usados para impedir qualquer outro tipo de interrupção da gravidez.

Segundo o padre Luiz Antônio Bento, da Comissão de Bioética da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil "a criança, mesmo com anencefalia, não perde a sua dignidade, é um ser humano, é como se fosse um paciente que precisa de cuidados".[120]

---

[116] Aborto de feto anencéfalo é motivo de divergência em audiência : Disponível em: www.febrascgo.org.br Acesso em: 16/09 /2010.
[117] Aborto de feto anencéfalo é motivo de divergência em audiência : Disponível em: www.febrascgo.org.br Acesso em: 16/09 /2010.
[118] HUNGRIA, Nelson. C*omentário ao Código Penal* . Rio de Janeiro: Forense, 1979.p.15.
[119] *Ibidem*, p. 16.
[120] GOLDINHO, Adriano. A anencelafia e a interrupção da gravidez. Disponível em: adrianogodinho.blogspost.com/2009/03 anencefalia-e-interrupção da-gradivez .Acesso em: 13/09 /2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Maria Helena Diniz defende que "o anencéfalo deve ter sua gestação completa, em nome do primado da vida." (indução seria uma espécie de antecipação da morte certa.) [121]

Mesmo sem chance de sobrevivência, o feto anencéfalo é uma vida inviolável. O feto dentro da barriga da mãe já tem garantias de seus direitos, a interrupção da gravidez é uma violação desses direitos. [122] De acordo com o Código Penal, não é previsível, não há uma cláusula autorizadora para o aborto de fetos anencéfalos. A legislação penal, assim como a legislação constitucional, preservam a vida em qualquer situação em que ela se encontre.

Portanto, para todos aqueles que defendem a proibição do aborto de fetos anencéfalos a sua posição se baseia no direito à vida, qual todo ser humano é constitucionalmente protegido.

Nessa premissa o entendimento é que, entre um feto uma criança e um adulto, há uma relação de continuidade. É a premissa mais popular contrária à prática do aborto em geral. Um feto teria todas as potencialidades para se desenvolver e se transformar em um indivíduo adulto, se fosse permitido a este o pleno desenvolvimento biológico no ventre materno. Portanto, o entendimento é o de que o feto já seria um indivíduo e qualquer dano a ele deveria se considerado um atentado à um indivíduo adulto.[123]

Essa premissa incorpora o princípio da reciprocidade, pois sugere que um indivíduo não deve tolerar danos à vida do feto, pois este é potencialmente um dano contra a sua própria vida.

Outros argumentos são defendidos por essa corrente dentre eles podem ser citados: Além deste argumentos, outros são defendidos. Um deles repousa sobre a distinção de morte encefálica e anencéfalo. Não poderiam ser equiparados esses dois, porque a base de justificação da morte encefálica não é a mais correta para ser utilizada no anencéfalo.

A morte encefálica pressupõe a total disfunção do encéfalo, ou seja, que nenhum de seus componentes, o cérebro, tronco cerebral e cerebelo, possuam as suas atividades normais. Faltam ao feto anencefálico o cérebro e o cerebelo, mas o tronco cerebral persiste em desenvolvimentos distintos, variando de caso a caso.[124]

---

[121] DINIZ, *op. cti., p.24.*
[122] A gestação do feto anencéfalo. Disponível em: www.estadao.com.br/especiais/gestação-do-feto-aanencéfalo. Acesso em: 12/09/ 2010.
[123]BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida. Disponível em: www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em : 13/06/2010.
[124] BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida. Disponível em: www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em : 13/06/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Além disso, os meios utilizados para se detectar uma morte encefálica, como alguns tipos de exames dispostos na resolução nº. 1480/70, não podem ser utilizados no anencéfalo. Então equiparar um ao outro não seria o correto, pois a distinção é nítida.

Essa equiparação de morte encefálica com anencefalia era uma forma de justificar a doação de órgãos de fetos anencefálicos, o que seria um crime contra a vida e uma aberração da natureza humana. Morte encefálica não é a mesma coisa que morte cerebral e, portanto o feto anencefálico não está na sua abrangência. Morte cerebral é a não funcionalidade do cérebro, sendo este apenas uma das partes do encéfalo. O que falta no anencefálico é o cérebro com seus hemisférios e o cerebelo, mas o tronco cerebral é presente.[125]

[125] BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida. Disponível em: www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em : 13/06/2010.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

CONCLUSÃO

Percebe-se nesta pesquisa que a interrupção da gravidez, mais especificamente quando se tratar de feto portador da anencefalia, retornou ao cenário nacional de discussões com a divulgação na mídia de uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF nº54/8 DF), ajuizada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, ficando em vigor por quatro meses. Decisão essa considerada inconstitucional, por ferir o art. 5º da Lei Suprema, que considera inviolável o direito à vida, além disso, viola o art. 4º do Pacto São José, tratado internacional sobre direitos fundamentais a que o Brasil aderiu, e que declara que a vida começa na concepção.

No decorrer dessa pesquisa, buscou-se apresentar que existe posicionamento tentando criar uma nova excludente de ilicitude para quando se deparar com uma gravidez de feto anencefálico. A pretensão se trata de legalizar o aborto seletivo que é caracterizado pela interrupção de gestação de feto com má formação congênita que o torna incompatível com a vida extra-uterina, mas no decorrer da demanda, pode-se perceber que o suscitado aborto não deixa de ser tipificado como crime.

O feto anencefálico é possuidor do direito à vida, pois todo produto gerado no ventre de uma mulher é um ser humano, não é a viabilidade ou potencialidade de vida que o tornam um feto mais ou menos digno da proteção do Estado e da aquisição de direitos.

Diante do conflito de interesses entre o direito à vida, assegurado ao anencéfalo, e os direitos da gestante, devem prevalecer o primeiro, uma vez que, o direito à vida, previsto no art. 5º da Constituição Federal do Brasil, antecede todos os outros, não podendo ser minimizado por um direito subjetivo da mãe que deseja abortar.

No que tange ao aborto de feto anencéfalo, ou seja, à antecipação do parto perante o Código Penal Brasileiro, o mesmo é inconstitucional, não havendo previsão legal para realizá-lo. Sendo assim, o aborto de feto anencéfalo não deve ser legalizado por ferir o direito à vida, direito este previsto na Constituição Federal do Brasil, em seu art. 5º, sendo considerado pela maioria da doutrina como um bem maior, não podendo dela dispor, por ser irrenunciável e inviolável.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

BIBLIOGRAFIA

Anencefalia. Disponível em: www.anencephalie-infor.org/p/perguntas Acesso em: 12/11/2010.

ALVES, João Evangelista dos Santos; BRANDÃO, Demival da Silva; COSTA, Carlos Rodrigues; BRAGANÇA, Waldemir de. *Aborto direito à vida.* São Paulo: Revista dos Tribunais 1994.

A gestação do feto anencéfalo. Disponível em: www.estadao.com.br/especiais/gestação-do-feto-aanencéfalo. Acesso em: 12/09/ 2010.

Aborto de feto anencéfalo é motivo de divergência em audiência: Disponível em: www.febrascgo.org.br Acesso em: 16/09 /2010.

BARBOSA, Heloisa Helena. Teoria do inicio da vida. Disponível em: www.intertermas.unitoledo.br Acesso em: 11/11/2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto, *Código Penal comentado*, Saraiva: São Paulo, 2002.

_____ *Tratado de Direito Penal*, Saraiva: São Paulo, 2007.

BOAS, Clarrisa Behrmann Vilas. Anencefalia: Direito à vida. Disponível em: www.facs.br/revista jurídica/fevereiro/2008 Acesso em: 13/06/2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional Didático*. Belo Horizonte:Del Rey.1999.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal.* São Paulo: Saraiva, 2004.

CASTILO, Eduardo. O que é anencefalia? Disponível em www.ghente.org/entrevista/oqueé anencefalia.com. Acesso em 23/04/ 2010.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. *Direito penal : curso completo*. São Paulo: Saraiva, 2000.

CUNHA, Humberto Persivo. Dicionário de medicina legal, Raíz: Recife, 1985.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. Aborto feto com má- formação congênita .Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº 174, 15 de abril de 2004 .

CLEMENTE, Alekandro. O direito à vida e a questão do aborto. Disponível em: www.portaldafamilia.org.br/artigos. Acesso em: 16/06/2010.

DIAS, Berenice Maria. Aborto feto com má formação congênita. Anencefalia. Consulex, Revista Jurídica, nº174, 15 de abril de 2004.

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

_____ Aborto feto com má-formação congênita. Anencefalia. Revista Jurídica, Consulex, nº174, 15 de abril de 2004.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Disponível em www.tjmg.jus.br Acesso em: 09/11/2010.

Disponível em: www.stf.jus.br./liminares. Acesso em: 20/ 09/.2007.

Disponível em: www.tjrgs.com. Acesso em: 20 /04 /2008 .

Disponível em www.uniblog.com.br/calvariano/anencefalia. Acesso em 03/09/ 2010.

FAZOLLI, Fabrício. Anencefalia e aborto. Acadêmico de Direito da Universidade Estadual de Maringá – UEM. Disponível em < http://www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/Anencefalia> acesso em 23 de abril de 2010.

FERREIRA, Alice T. A origem do ser humano e o aborto: Biodireito-medicina. Disponível em: www.biodireito-medicina. Acesso em: 23/04/2010.

GOLDINHO, Adriano. A anencelafia e a interrupção da gravidez. Disponível em: adrianogodinho.blogspost.com/2009/03 anencefalia-e-interrupção da-gradivez .Acesso em: 13/09 /2010.

HUNGRIA, Nelson. C*omentário ao Código Penal* . Rio de Janeiro: Forense, 1979.

Jornal o Estado de São Paulo : Disponível em: www.estado.com.br/noticias/geral/bebe-sem-cerebro-recebera-pensao -inss Acesso em: 22/08/2010.

LANGAMAN, Jan. *Embriologia médica*. São Paulo: Atheneu, 1977.

LINO, Maria Helena; GUERRA Rodrigo; DIAFÉRIA, Adriana; BRAZ, Marlene. Início da vida Humana: uma abordagem ética e jurídica da utilização de células tronco embrionárias. Disponível em http//www.ghente.org/temas/reprodução/jurídica 2.htm Acesso em: 18/06/2010.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

MARCÍLIO, Maria Luiza, Ramos Ernesto Lopes (coord.*). Ética: Na virada do milênio busca do sentido da vida*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Coletânea de direito internacional*. São Paulo: RT, 2009, *Direito Humanos Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de San Jose da Costa Rica* .art. 4º.

_____ A Tese da supralegalidade dos Direitos Humanos. Disponível em:www.jusbrasil.com.br/noticias/a-tese-da-supralegalidade-dos-tratados-de-direitos-humanos-Valerio-de-Oliveira-Muzzuoli Acesso em : 14/11/2010.

MENEZES, Glauco Cidrak do Vale. Aborto eugênico: alguns aspectos jurídicos. Disponível em: www.jus.2uol.com.br/doutrina/texto. Acesso em: 20/03/.2010.

MENDES, Gilmar Ferreira, COELHO Martins Inocência e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet *curso de direito constitucional.* São Paulo: Saraiva, 2009.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003.

MELO, Celso Antonio Bandeira. apud. MARCÍLIO, Maria Luiza, RAMOS, Ernesto Lopes. (coords*). Ética: Na virada do milênio-busca do sentido da vida.*São Paulo. LTR 1999.

MIRABETE, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal. São Paulo: Altas, 2001.

MONTORO, André. Franco, FARIA, Anacleto de Oliveira. *Condição Jurídica do nascituro no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1953.

NETO, Jorge Andalaf. Anencefalia: Posição da Febrasgo. Federação Brasileira das Associações de Ginecologias e Obstetrícia. Disponível em:www.bioeticaefecrista.me.br/testos/anecefalia_febrasgo. Acesso em: 09/11/2010.

PENTEADO, Jaques de Camargo. A vida dos direitos humanos. Bioética médica e Jurídica. Porto Alegre: Fabris 1999.

REBELLO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro*(pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). Rio de Janeiro: Revista Forense, p.110.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Alessandra Rosa. O aborto. Disponível em : www.useregionalijau.com.br Acesso em: 20/09/2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamenstais na Constituição Federal* de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEMIÃO, Sergio Aldalla,. *Os direitos do nascituro*: *aspectos cíveis, criminais e do biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

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

_____ *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo. Malheiros, 2000.

SLAIBI, FILHO Nagib. Hermenêutica constitucional. Disponível em:www.cajur.cjb.net/textos/hermeneutica constitucional. Acesso em: 21/04/ 2010.

TAHAN, Lilian. A criança que desafiou a medicina .– Correio Brasiliense (28/02/2003). Disponível em: www.vivercomalma.com.br acesso em: 07/09/2010.

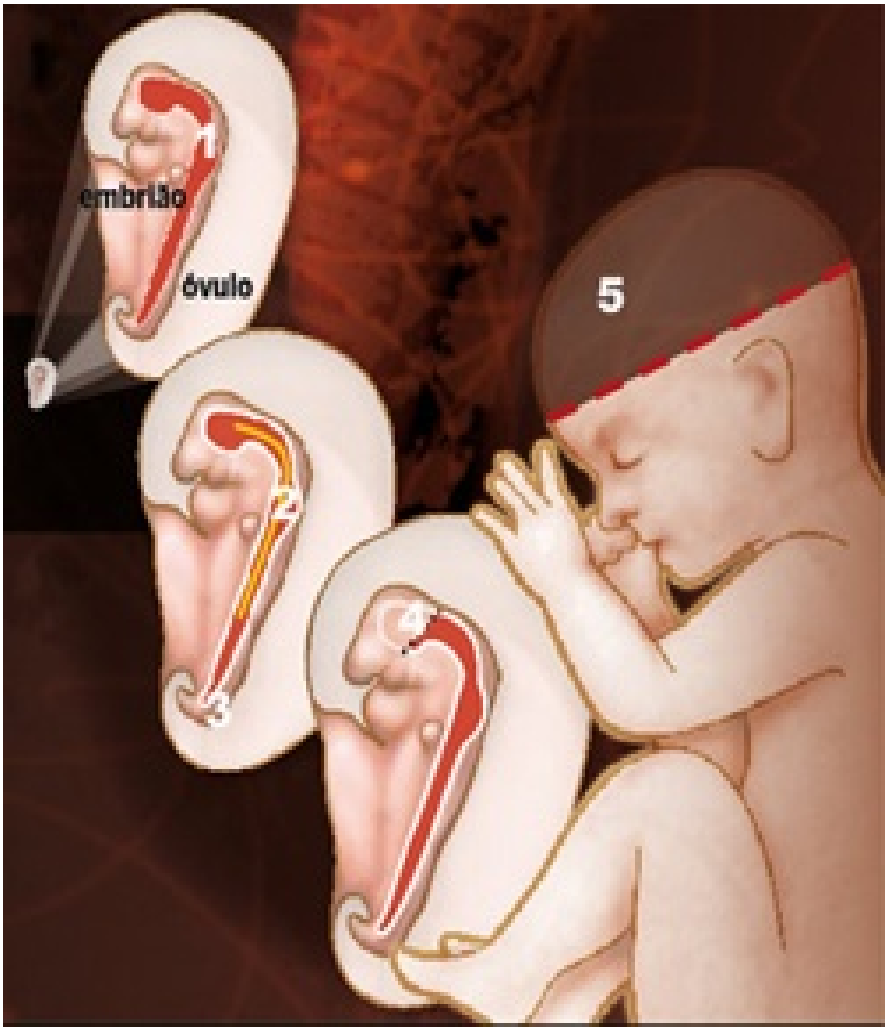
VERDI, Roberta. Aborto de Feto Anencefalo: A Inconstitucionalidade da Legalização e o Resgate da Dignidade da Pessoa Humana. Disponível em : www.tex.pro.br/aborto-feto-anencefalo. Acesso em 15/04//2010.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Quando começa a vida?, Revista Jurídica, Consulex, nº225, 31 de maio de 2006.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

ANEXO I

FIGURA ILUSTRATIVA DO FETO ANENCÉFALO



Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

ANEXO I I

ADPF 54-8

ÍNTEGRA DA LIMINAR DO MINISTRO MARCO AURÉLIO
MED. CAUT. EM ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8 DISTRITO FEDERAL
RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
ARGUENTE(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE -
CNTS
ADVOGADO(A/S) : LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)
DECISÃO-LIMINAR

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99.
LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo a qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevida de, no máximo, algumas horas após o parto. A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.
Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no Habeas

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

Corpus nº 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como amicus curiae, por aplicação analógica do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99.
Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.
A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.
O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.
No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO - IMPROPRIEDADE.

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como amicus curiae, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade. Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual. Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.
Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida argüição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no Habeas Corpus nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A via-crúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

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.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a autorização. Ajuizado habeas corpus, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO. NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO.
DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.
2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia in malam partem. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos. O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal a quo, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o habeas impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos.
Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.
Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entrementes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina. Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006

contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria argüição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.
Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é ínsito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.
Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas.
Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=1055.32006