

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO - PUC-SP

Programa de Pós-Graduação em Direito

Vladia Maria de Moura Soares

**ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA: a decisão do Supremo Tribunal Federal
e a separação de poderes**

Doutorado em Direito

São Paulo - SP

2015

Vladia Maria de Moura Soares

**ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA: a decisão do Supremo Tribunal Federal
e a separação de poderes**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dr^a. Maria Garcia

São Paulo - SP
2015

FICHA CATALOGRÁFICA

FOLHA DE ASSINATURAS

DEDICATÓRIA

Dedico esta tese, primeiramente, a todos os bebês que vêm ao mundo como anencéfalos, mas que, mesmo com essa anomalia, precisam viver, não importa quanto tempo, se muito ou se pouco, mas precisam nascer, e às suas mães que, corajosas, levam a gravidez a termo e amam incondicionalmente. Dedico, também, aos meus alunos - os de ontem, os de hoje e os que ainda serão – vocês fazem a minha vida de docente ser sempre muito especial.

AGRADECIMENTOS

No decorrer de uma caminhada, seja qual ela for, temos parceiros. Essa caminhada se chama vida. Quando, em 1992, eu me decidi pelo curso de Direito, nem imaginava o que vinha pela frente, não imaginava a paixão pela academia, por estudar, escrever e pesquisar, mas isso veio à tona e, assim, comecei. Nessa caminhada, tive parceiros inestimáveis e inesgotáveis que estavam sempre ao meu lado. Por isso, agradeço.

Cursar um doutorado à distância não foi fácil. Foram 4 anos até chegar aqui, um ano e meio de viagens semanais à São Paulo, mais de 100.000 km percorridos, mais de 100 livros lidos e pesquisados, alguns congressos, algumas publicações. Então o que dizer? Uma simples palavra traduz o que sinto neste momento: gratidão.

A Deus que, em Sua infinita bondade me auxiliou, permitiu que esse sonho se concretizasse na minha vida, protegeu-me, amparou e me abençoou durante toda a minha caminhada. Sou grata a Ti, meu Pai Celestial, e sem Ti não teria dado nenhum passo.

À minha família. Foram dias sem a convivência de vocês. Algumas vezes me fiz ausente quando vocês mais precisavam da minha presença, mas, mesmo assim, estavam lá me incentivando para que eu nunca desistisse. Pai e Mãe, obrigada pelos momentos de incentivo e de amor incondicional. Ana Luiza e Guilherme, perdoem-me pelos momentos de ausência. Ao meu marido, José Henrique, que, cada vez que eu desanimava, dava-me injeções de ânimo e de amor: nessa etapa final, se você não estivesse presente, eu não teria conseguido. Amo vocês!

À minha querida orientadora, Professora Doutora Maria Garcia que, desde o Mestrado, se propôs a me ouvir incansavelmente, orientando e seguindo meus passos. Quando parti para o Doutorado, ela estava ao meu lado, orientando o projeto, incentivando-me a fazer a prova e, assim, cheguei até aqui. Não tenho palavras para agradecer todo apoio e carinho recebido da Senhora. Sinto-me honrada por ter sido sua orientanda desde o mestrado. E aqui, singelamente, deixo o meu agradecimento e, também, o meu amor incondicional pela Senhora.

À UNIC – Universidade de Cuiabá –, na pessoa de seu Diretor, Professor Antonio Alberto Schommer, que de forma muito carinhosa e prestativa me ajudou e compreendeu todas as minhas viagens e ausências. Obrigada Professor!

À PUC – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – que, desde 2004, é a minha segunda casa. São 11 anos de estudos e de acolhimento, além, é claro, das aulas de altíssima qualidade e que tanto colaboraram para a minha formação; aos meus colegas de mestrado e de doutorado, que também me acolheram tão carinhosamente durante esse período. Eu lhes serei sempre muito grata.

Aos amigos, incentivadores incansáveis, Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza; Dra. Sonia Cristina Oliveira; Eliane Cott e César Augusto. O meu carinho por vocês é imenso!

*Quanto mais amor temos, tanto mais
fácil fazemos a nossa passagem pelo
mundo.*

Immanuel Kant (1724-1804)

RESUMO

Este trabalho apresenta uma reflexão sobre a legalização da interrupção da gravidez nos casos de fetos anencéfalos. Assunto muito discutido e que teve, em abril de 2012, seu desfecho, com votação pela legalidade da interrupção da gravidez nos casos de fetos com má formação do tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo. Apresenta, também, de forma geral, o conceito de anencefalia, os casos em que a legislação brasileira admite a interrupção da gravidez sem que esta prática seja um ato criminoso e, ainda, explica de maneira breve a intervenção do STF, o questionamento sobre se o órgão Estatal é o adequado para legislar sobre o assunto. Embora a discussão já estivesse presente, foi com a propositura da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº. 54, por parte da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), perante o Supremo Tribunal Federal, que o assunto ganhou notoriedade nacional e foi recentemente julgado pelo Supremo Tribunal Federal - STF.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Separação de Poderes. STF: ADPF.

ABSTRACT

This study will have as its main theme the confrontation between the Principle of Human Dignity and Life person, especially when it comes to the case of anencephalic babies. Premature baby's death and the feelings arising from the act of carrying a pregnancy to term without being sure how long it will survive. The technological resources of modern medicine allow early diagnosis, this would have the right to mother therapeutic anticipation of childbirth why are wounded in their dignity to carry a baby with little survival time? The concept of human dignity is central category in the discussion of the right to life and the right to human dignity. We will review the decision of the Supreme Court in holding that the mother does have the power of decision to take or not the pregnancy to term. Can the Supreme Court rule a dilemma like that? Not only would fit the Legislature this rule? The methodology used was the bibliographical research, seeking theoretical basis for authors with knowledge and studies on this topic. The result was a better understanding and knowledge gained from research and can transcribe all material collected and transmit more information to other legal professionals.

Keywords: Abortion. Anencephaly. Principe of separation of Powers. . STF: ADFP.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA	15
1.1 O que é vida.....	15
1.1.1 Das teorias existentes acerca do início da vida	16
1.1.1.1 Teoria biológica ou concepcionista	16
1.1.1.2 Teoria da nidificação.....	18
1.1.1.3 Teoria neurológica	20
1.1.1.4 Teoria ecológica ou natalista	21
1.1.1.5 Teoria metabólica.....	22
1.1.2 Teoria recepcionada pelo Brasil	23
1.2 O direito à vida	24
1.3 Tratados internacionais que versam sobre direito à vida.....	29
1.3.1 Declaração Universal dos Direitos Humanos	33
2 ANENCEFALIA.....	35
2.1 Conceito e história da anencefalia no Brasil	35
2.2 O feto anencéfalo e a chance de sobrevivência	43
2.2.1 A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana.....	46
2.2.2 O aborto de fetos anencéfalos	48
2.3 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a lamentação pela legalização do aborto de fetos anencéfalos	53
2.4 Direito da mãe vs. direito do anencéfalo.....	57
3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	60
3.1 Dos direitos fundamentais	60
3.2 Conceitos jurídicos acerca da dignidade da pessoa.....	69
3.3 O princípio da dignidade da humana	71
4 O ABORTO: A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO PENAL	77
4.1 Conceito e história do aborto no Brasil	77

4.2 Modalidades de aborto	85
4.2.1 A clandestinidade do aborto no Brasil.....	104
4.2.2 O aborto constatado como crime contra a vida humana	106
5 TODO O PODER : Separação dos Poderes e a Decisão do STF	109
5.1 Separação dos Poderes	109
5.2 Judicialização e Ativismo Judicial	111
5.2.1 Difere a Judicialização e o Ativismo Judicial	114
5.3 A Decisão do STF na ADPF N° 54	115
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	129
BIBLIOGRAFIA	136

INTRODUÇÃO

Objetiva-se, no presente estudo, analisar a problemática existente acerca da interrupção da gravidez de fetos portadores de anencefalia (má-formação fetal incompatível com a vida extrauterina).

Pretende-se desenvolver aprofundada pesquisa, capaz de levantar dados empíricos, estatísticas, quadros comparativos, jurisprudência e doutrina, a fim de fomentar o debate e fornecer elementos para a discussão do tema, indubitavelmente, atual e controverso.

O assunto, de fato, envolve princípios basilares do Direito, apresentando incomensurável relevância social e interesse coletivo, e englobando o Direito à vida e à saúde, à dignidade da pessoa humana, direitos da personalidade, princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade que são alguns dos pontos a serem levantados a fim de se atingir o objetivo final.

Busca-se ampla compreensão da questão, especificamente, sob o aspecto jurídico, com aportes médicos, bioéticos e filosóficos.

Atribui-se destaque também ao Direito Comparado, examinando-se as decisões proferidas em matéria de aborto, pelos Tribunais e Cortes Constitucionais de diversos países.

Aproveitando-se a questão posta perante o Supremo Tribunal Federal, em 2004 e 2005, serão analisados os argumentos que gravitam em torno do assunto, levando-se em conta o momento constitucional brasileiro.

Ao longo do estudo, serão pontuados os tratados internacionais sobre direitos sexuais e reprodutivos dos quais o Brasil é signatário, que representam instrumentos indispensáveis para a elucidação do problema à luz da teoria da Tripartição dos Poderes e da Teoria dos Direitos Humanos Fundamentais.

A problemática encontra-se na condição da anencefalia em si e no confronto entre os direitos da mãe e do anencéfalo, perante os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e o direito à vida.

A gestação dos fetos anencefálicos, que enfatiza valores jurídicos morais, religiosos e ideológicos, surge sendo enfrentada pelo Poder Judiciário Brasileiro há, pelo menos, quinze anos, de acordo com a primeira sentença judicial de que se tem conhecimento, em meados de 1989.

Contudo, o questionamento embolsou amplas proporções somente em 2004, quando os Tribunais Superiores tiveram de enfrentar, pela primeira vez, a solicitação de tutela jurisdicional para interrupção da gestação de feto portador de anencefalia.

Desde a concepção até o período que se constata ser o feto clinicamente anencéfalo, este é digno de tutela penal, pela suposição da existência de vida.

Contudo, muitas indagações e questionamentos foram surgindo sobre a licitude do aborto na gestação de fetos anencefálicos, até mesmo, porque a Constituição Federal, em seu rol de garantias fundamentais, consigna expressamente o direito à vida.

Com efeito, essa proteção não abrange tão somente a vida extrauterina, engloba, também, a intrauterina, pois se ao contrário fosse, a lei não seria coerente, uma vez que, a partir da concepção, já existe vida, tal entendimento se extrai do *caput* do artigo 2º do Código Civil que assim dispõe: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, p. 2; grifo nosso).

Ciente dessas abordagens vem a decisão, proferida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal - STF, Marco Aurélio de Mello, concedendo liminar autorizando o aborto em casos de fetos portadores de anencefalia.

Os nascituros portadores da anencefalia nascem sem a maior parte do cérebro ou sem ele. É por este motivo que a criança geralmente nasce com graves defeitos fisiológicos e sem consciência, sobrevivendo no máximo algumas horas, contudo, existem casos de períodos de vida maiores.

Ademais, este estudo tem como objetivo analisar o confronto entre os direitos da mãe e do bebê anencéfalo perante o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

Visa, ainda, averiguar a interrupção da gestação dos fetos anencefálicos, sob a ótica jurídica, uma vez que o aborto é uma prática milenar, cuja aceitação ou reprovação social difere de país para país.

Pretende examinar, sob a ótica dos princípios constitucionais, se seria possível, no âmbito da Constituição Federal, a interrupção da gestação do feto por uma questão de proteção dada à mãe, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Seria a anencefalia motivo suficiente para por fim à vida e legitimar o aborto seletivo pelo fato de a vida estar fadada à terminalidade próxima?

Basta analisar que, no Brasil, embora haja vedação expressa, pela Carta Magna de 1988, pelo Código Penal e pela simetria que guarda a legislação pátria para com as

regras internacionais de prevalência da vida e de controle de natalidade, foi discutida, perante o Supremo Tribunal Federal, a interrupção da gravidez de feto anencéfalos, na qual uma gestante pretendia a interrupção de uma gravidez por essa motivação.

Frente ao caso, o Poder Judiciário concedeu uma liminar pelo Ministro Marco Aurélio de Melo, autorizando tal prática. Posteriormente, tal liminar foi revogada pelo Plenário da Corte, a qual nunca julgou o mérito da causa, apenas se posicionou diante de uma questão preliminar, na qual destacou que, ao tratar da interrupção, sendo o feto anencéfalo, não estaria se configurando como aborto, já que não havia possibilidade de vida extrauterina.

Sobre o tema, o Ministro Joaquim Barbosa posicionou-se da seguinte maneira: “O que eu tenho a lamentar é que uma violência dessa natureza tenha sido cometida por força de uma decisão judicial”, completando, ainda, que “o Tribunal, por força de procedimentos postergatórios típicos da prática jurisdicional brasileira, perdeu a grande oportunidade de examinar uma questão de profundo impacto na sociedade brasileira” (BARBOSA, 2004, p. 34).

O Ministro Celso de Mello lamentou o fato, dizendo que o

Poder Judiciário não deu amparo à jovem gestante, para que ela pudesse superar a fase de sofrimento, causada pelo conhecimento de levar em seu ventre um feto do qual ela saberia que nunca iria se tornar uma criança (MELLO, 2012, p.112).

Por defesa à vida, do prisma constitucional, temos o entendimento de que o Estado, acertadamente, põe a salvo os direitos do nascituro, sendo proibida a prática abortiva. O aborto, assunto de longas discussões sociais e morais, do ponto de vista conceitual jurídico, é a interrupção da gravidez, tendo por consequência a morte do feto.

A lei brasileira prevê duas hipóteses de aborto: a primeira está descrita no art. 128, I, do Código Penal e diz respeito à possibilidade de não haver outro meio de salvar a vida da genitora; e a segunda hipótese é insculpida no inciso seguinte do mesmo artigo e se refere ao caso de a gravidez ter sido consequência de estupro e que haja o consentimento da gestante ou, se esta for incapaz, de seu representante legal. Observe-se que em um caso a lei preocupa-se estritamente com o direito à vida da gestante, enquanto no outro caso atem-se, especificamente, ao aspecto de ordem moral.

Atualmente, mulheres grávidas de fetos anencefálicos podem recorrer à operação, bastando para tanto apresentar laudo médico que comprove a ausência de cérebro do feto. A justificativa se funda no fato de que a gestante de um feto anencefálico convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo.

Alguns autores não consideram a cirurgia um aborto, pois não há chance de vida após o nascimento, considera-se, assim, um direito da gestante submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade.

No entanto, a possibilidade de sobrevida longa tem ocorrido contrariando as afirmativas a esse respeito.

No fundo, porém, trata-se da inviabilidade do direito à vida, qual seja, o tempo dessa vida, não cabendo ao direito dispor, estabelecer critérios de tempo e/ou outros que desfiguram por qualquer modo, aquele direito fundamental do ser humano.

1 O DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA

Desde a concepção, o começo da vida – comprovado pela genética, medicina e biologia –, pode se observar o magnífico desenvolvimento da vida humana, podendo-se perceber que o feto é um ser humano com todos os seus caracteres, devendo ser-lhe reconhecido o primordial direito à vida, inviolável e respeitado por todos.

1.1 O que é vida

A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, consagra no *caput* do artigo 5º, a vida como direito fundamental: “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 (...)” (BRASIL, 1988, p.8).

Tendo em vista tal denominação, surge a necessidade da conceituação da palavra vida e da análise a respeito de quando ocorre o seu início. Segundo a definição do Dicionário Aurélio:

Vida é o conjunto de propriedades e qualidades graças as quais animais e plantas, ao contrario dos organismos mortos ou da matéria bruta se mantém em continua atividade, manifestada em funções orgânicas bem definidas como tais, como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio e a reprodução da espécie e outras; existência (...) (FERREIRA, 1995, p.687).

De outro norte, a resposta acerca do seu início pende de um conflito entre entendimentos de filósofos e cientistas que ainda não chegaram a um consenso quanto à definição do momento exato em que a vida humana tem início.

Para Falcão:

[...] notaremos a imensa dificuldade de tal conceituação, já que a mesma pode ser abordada sobre diversos pontos de vista, como o religioso, o biológico, o moral, o filosófico, o jurídico, e ainda, deve ser observada em relação a determinados períodos históricos o que será exposto no deslinde (FALCÃO, 2007, p.70).

Assim, afirma Andrade:

Provavelmente, a dificuldade em se estabelecer um consenso sobre essas questões seja consequência do cunho subjetivo das teorias científicas sobre a vida, cuja visão estaria arraigada em áreas específicas da ciência, não obstante, o direito tenta buscar uma teoria mais aceitável para subsidiar suas decisões a respeito de normatizações de grande repercussão na sociedade (ANDRADE, 2008, p. 87).

Nessa análise, temos cinco principais correntes que definem em que momento se inicia a vida humana: a teoria biológica ou concepcionista; a nidação; a neurológica; a ecológica ou natalista e a metabólica.

1.1.1 Das teorias acerca do início da vida

1.1.1.1 Teoria biológica ou concepcionista

A teoria concepcionista baseia o início da vida na fecundação do óvulo pelo espermatozoide, momento este chamado de concepção. Salienta-se que essa teoria, além de ser defendida pela Igreja Católica Romana, é adotada por doutrinadores do nosso ordenamento jurídico, que embasam seu posicionamento no artigo 2º do Código Civil, que dispõe em seu bojo: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASÍLIA, 2014, p. 155). Conclui-se que nesta teoria o embrião humano é um ser que merece o respeito e a dignidade dada ao homem, a partir do momento da concepção.

Doutrinadores defendem que essa é a teoria que melhor se encaixa no Código Civil, uma vez que atribui direito mais amplo ao nascituro, conforme denominado por Maria Helena Diniz:

A fetologia e as modernas técnicas de medicina comprovam que a vida inicia-se no ato da concepção, ou seja, da fecundação do ovulo pelo espermatozoide, dentro ou fora do útero. A partir daí tudo é transformação morfológico temporal, que passará pelo nascimento e alcançará a morte, sem que haja qualquer alteração do código genético, que é singular, tornando a vida humana irrepetível e, com isso, cada ser humano único (DINIZ, 2011, p.50).

Nesse sentido, analisando do ponto de vista biológico, é certo que a vida inicia-se com a fecundação do óvulo, pois o embrião ou feto representa um ser

individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe.

No âmbito jurídico, os direitos da personalidade, como o direito à vida, o direito à integridade física e à saúde, aos olhos da teoria concepcionista, independem do nascimento com vida, mas devem ser resguardados desde o início da vida intrauterina, haja vista ser aí o momento de início da vida humana.

Nesse mesmo sentido, defende Berti:

Os defensores da teoria concepcionista, por outro lado, entendem que, a despeito do estabelecido na primeira parte do art. 2º do CCB, a personalidade da pessoa natural inicia-se na concepção, pois, além da segunda parte do dispositivo mencionado prever claramente ser o nascituro titular de direitos subjetivos (e não de meras expectativas de direito), há outros dispositivos que preveem a titularidade de direitos subjetivos pelo nascituro, como os artigos 542, 1.779, 1.798 e 1.799, I, do mesmo Código Civil. Assim, a interpretação sistemática das normas do ordenamento jurídico brasileiro, diretamente referentes aos direitos do nascituro, permite concluir que este é titular de direitos subjetivos; é, portanto, pessoa. Evidentemente, como não se pode admitir a interpretação isolada de um dispositivo legal, sendo sempre necessária a utilização do método sistemático, combinado com os outros métodos existentes, mostra-se coerente a posição concepcionista (BERTI, 2001 apud GONTIJO, 2001, p. 70).

O mesmo entendimento é compartilhado por Alexandre de Moraes

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe o enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando um ovo ou zigoto. Assim a vida viável, portanto, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez. Conforme adverte o biólogo Botella Luziá, o embrião ou feto representa um ser individualizado, com uma carga genética própria, que não se confunde nem com a do pai nem com a da mãe, sendo inexato afirmar que a vida do embrião ou do feto está englobada pela vida da mãe. A Constituição, é importante ressaltar, protege a vida de forma geral, inclusive uterina (MORAES, 2000, p. 61).

Ainda, segundo Silma Mendes Berti:

Segundo os defensores da teoria natalista, o mencionado dispositivo do atual CCB, assim como fazia o art. 4º do Código Civil de 1916,

estabelece que o início da personalidade se define pelo nascimento com vida. Embora possa parecer, em uma análise superficial, que essa posição seja em razão da redação da primeira parte do dispositivo legal em questão, é preciso observar que a segunda parte prevê claramente que o nascituro é titular de direitos. Ora, personalidade é a aptidão para a titularidade de direitos, sendo absolutamente inadmissível considerar o nascituro como ente atípico. Impõe-se a conclusão de que, do ponto de vista técnico-jurídico, o nascituro tem personalidade, é pessoa. Na tentativa de afastar tal conclusão e de apoiarem sua tese, alguns natalistas afirmam que, apesar da segunda parte do art. 2º do CCB utilizar a expressão ‘direitos’ do nascituro, não se trata, na realidade, de reconhecimento de direitos, mas de meras expectativas de direito, protegidas pelo ordenamento jurídico para possibilitar ao nascituro chegar ao nascimento, e então, segundo o entendimento desses teóricos, poder adquirir personalidade, tornando-se titular de direitos (BERTI, 2001 apud GONTIJO, 2012, p. 2).

Diante de nosso ordenamento jurídico, e levando em consideração a defesa dessa teoria, é possível concluir que o nascituro tem personalidade, desde a sua concepção, sendo apenas afastados os direitos patrimoniais.

No mais, conforme disposto no artigo 1.798 do Código Civil, cabe ainda ao nascituro, a capacidade especial de suceder, uma vez que este permite, como pessoas legitimadas, aqueles que na data da abertura da sucessão eram já nascidos ou concebidos (HADRIANUS, 2010, p. 03) ¹.

Para os doutrinadores concepcionistas, a Lei de Alimentos n. 11.804, confirma o direito à vida e à dignidade da pessoa humana antes do nascimento, reiterando o entendimento de que desde a concepção já há direitos à personalidade e a necessidade de proteção.

1.1.1.2 Teoria da nidificação

Segundo essa teoria, a vida inicia-se a partir da fixação do embrião na parede uterina, desse momento em diante, inicia-se a formação da placenta e os demais

¹“Todavia, seria possível arguir que o restante do ordenamento jurídico nos levaria a concluir que o nascituro tem personalidade. Os concepcionistas citam a título de exemplo, o artigo 1.718 do Código Civil que ‘legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão’. Acontece que aqui se trata de mera capacidade especial para suceder. O nascituro é sujeito de direito patrimonial de receber herança, que não é um direito de personalidade, vistos que estes englobam apenas os direitos essenciais à proteção da dignidade humana, e não direitos meramente patrimoniais, que, diga-se de passagem, é exatamente o tipo de direito que os entes despersonalizados podem titularizar” (Ibidem).

elementos que alimentarão e protegerão o embrião; então, somente a partir desse momento, o embrião poderá ser considerado individualmente como pessoa humana, detentor da necessidade de observância da dignidade da pessoa humana e do direito à vida.

A teoria da nidação defende, também, que o embrião, nos casos de fertilização *in vitro*, passaria a adquirir vida com sua implantação no útero da mulher. Antes disso, apenas haveria um aglomerado de células que constituiria, posteriormente, os alicerces do embrião. Portanto, somente com a implantação as células poderiam ser consideradas capazes de gerar um indivíduo distinto.

Essa teoria desvincula a utilização da “pílula do dia seguinte” do aborto. A “pílula do dia seguinte” somente surte efeitos se ingerida em até 72 (setenta e duas) horas, e o processo supracitado de fixação do embrião na parede uterina não se dá no decorrer desse lapso temporal, o que resulta no entendimento de que a referida medicação não atinge um ser dotado de vida, e sim uma junção celular que, se passada pelo processo de nidação, tornar-se-á um ser vivo.

Tal entendimento é exposto no artigo “*Descriminalização do aborto no Brasil e o direito à vida previsto na Constituição Federal*” (2014), de autoria de Elayne Cristina da Silva Moura, que afirma:

A segunda teoria é conhecida como a teoria da nidação, a vida começa a ter início a partir do momento em que o embrião fixa na parede uterina a partir desse momento o embrião poderá ser considerado individualmente como pessoa humana, é a partir dessa teoria que a utilização da pílula do dia seguinte até 72 horas após a relação sexual não é considerada como aborto e até os 14 ou 15 dias após a fecundação poderá o embrião dar origem a dois ou mais embriões. Diante dessa teoria a vida se inicia com o pré-embrião, de acordo com o item 4.2 do anexo da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária) nº 33 de 17 de fevereiro de 2006, que aprova o regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Foi baseada nesta teoria sobre a utilização de embriões para fins de pesquisa com células tronco-embrionárias, que o STF entendeu que não violam o direito à vida – esse foi o argumento utilizado pela maioria dos Ministros. Segundo a visão da Ministra Ellen Gracie não há desrespeito com a vida humana, o pré-embrião que encontra excedente não é considerado como nascituro porque nascituro significa a possibilidade de vir a nascer, que não é o caso de embriões inviáveis ou que estão destinados ao descarte (MOURA, 2014, p. 01).

Ainda acerca do assunto, a autora completa:

Essa teoria é defendida por grande número de ginecologistas, como Joaquim Toledo Lorentz, que utilizam o argumento de que o embrião fecundado em laboratório morre se não for implantado no útero de uma mulher, não possuindo, portanto, relevância jurídica. No entender dessa teoria, como o início da vida ocorre com a implantação e nidação do ovo no útero materno, não há nenhuma vida humana em um embrião fertilizado em laboratório e, portanto não precisa de proteção como pessoa humana (MOURA, 2014, p. 04).

1.1.1.3 Teoria neurológica

Afirma que a vida se inicia com o começo da atividade cerebral, ou seja, quando se iniciam as atividades neurológicas. Tal teoria tem como base o princípio de que a situação definida morte deve ser levada em consideração na análise do início da vida; dessa forma, a morte ocorre quando cessam as atividades neurológicas e a vida se inicia quando começam as atividades neurológicas.

Contudo, existem divergências sobre o início da atividade cerebral, pois alguns cientistas dizem que esses sinais cerebrais já existem na oitava semana, outros afirmam que é na vigésima semana.

Essa divergência é citada por Rafael de Lucena Falcão, em seu artigo intitulado *“Direito à Vida: a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico”* (2012), no qual se afirma que:

Nesta concepção neurológica, parte-se do pressuposto que a morte é declarada com o fim das ondas cerebrais. Destarte o princípio da vida seria o momento em que o embrião passa a ter os primeiros sinais de células nervosas com atividade. A teoria neurológica apresenta, ainda, uma divisão em duas correntes no que tange a indicação temporária para o início vital. A primeira corrente neurológica, que se mostra majoritária, afirma ser a partir da oitava semana de gestação o marco inicial da vida, quando há a presença de três neurônios que equivalem a um tronco cerebral rudimentar em que se registra certa atividade elétrica. Já a segunda corrente defende que a vida se origina apenas na vigésima semana de gravidez, momento em que o tálamo se encontra pronto pra realizar suas funções. Apesar de haver essa divergência quanto ao marco inicial, ambas as concepções neurológicas concordam que o lapso temporal primitivo da vida surgiria no momento em que os procedimentos neurais comessem a ser realizados, concretizando deste modo a visão neurológica, ou seja, as

duas correntes formam em conjunto a ideia da teoria neurológica (FALCÃO, 2012, p. 35).

Na mesma linha, defende Priscila Boim de Souza:

Alguns cientistas dizem haver sinais cerebrais na 8ª semana, o feto, já teria as feições faciais mais ou menos definidas, e um circuito básico de 3 neurônios. A segunda hipótese aponta para a 20ª semana, quando a mulher consegue sentir os primeiros movimentos do feto, é nessa fase que o tálamo, a central de distribuição de sinais sensoriais dentro do cérebro, está pronto. Verifica-se, no entanto, que se trata de uma teoria em potencial, já que possui fundamentação científica, mas falta provas de que ali já existe vida, e não seria a formação do sistema nervoso mais uma etapa do desenvolvimento embrionário (SOUZA, 2008, p. 05).

Essa teoria não é a mais utilizada em nosso ordenamento jurídico, por apresentar divergência de difícil análise, o que torna quase inviável chegar a um consenso acerca da resposta.

1.1.1.4 Teoria ecológica ou natalista

Essa teoria defende que o nascituro possui apenas expectativa de direitos, os quais se tornam efetivos quando ocorre o nascimento com vida. Ou seja, na teoria natalista, o nascituro não é considerado como pessoa.

Esse entendimento que não retira do nascituro os direitos de proteção, contudo, afirma que há direitos que somente se efetivarão após o nascimento com vida, sendo que, para esta teoria, o nascituro apenas possui expectativa de direitos. A teoria natalista defende que, caso o nascituro, durante toda a fase intrauterina, tivesse personalidade, não haveria necessidade de o Código distinguir os direitos, ou melhor, a expectativa de direitos que se consolidam com o nascimento com vida.

Conclui-se, assim, que o nascituro não tem personalidade jurídica nem capacidade de direitos, sendo protegidos pela lei apenas os direitos que terá possivelmente ao nascer com vida, os quais são taxativamente enumerados pelo Código Civil (SOUZA, 2013, p.123).

Sobre a teoria, afirma Lilian Lopes Andrade:

Ao contrário da visão neurológica, a visão ecológica afirma que a vida tem início com o nascimento, ou seja, para essa teoria a capacidade de

sobreviver fora do útero é que faz do feto um ser independente e que determina o início da vida. Médicos consideram que um bebê prematuro só se mantém vivo se tiver pulmões prontos, entre a 20ª e a 24ª semana de gestação. Esse foi o critério adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos na decisão que autorizou o direito do aborto (ANDRADE, 2014, p. 3).

Para Sergio Semião:

A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro (art. 2º). No útero, a criança não é pessoa, se não nasce viva, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direito, nem pode ter sido sujeito de direito (nunca foi pessoa). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para saber se algum direito, pretensão, ação ou exceção, lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (SEMIÃO, 2000, p. 42).

César Fiúsa ensina o seguinte:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São na verdade, direitos objetivos, regras impostas pelo legislador para proteger um ser que tem potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardado eventuais direitos que virá a adquirir quando nascer (CHAVES, 2000, p. 26).

1.1.1.5 Teoria metabólica

Para essa teoria, não há como marco inicial o começo da vida. Trata-se esta, de um processo contínuo que tem início meio e fim, não sendo possível analisar seu início. O espermatozoide e o óvulo já são considerados dotados de vida, e se unem formando uma vida única.

Para Lilian Lopes Andrade:

[...] a visão metabólica afirma que a discussão sobre o começo da vida humana é irrelevante, uma vez que não existe um momento único no qual a vida tem início. Para essa corrente, espermatozoides e óvulos são tão vivos quanto qualquer pessoa. Além disso, o desenvolvimento de uma criança é um processo contínuo e não deve ter um marco inicial (ANDRADE, 2014, p. 3).

No mesmo sentido afirma Elayne Cristina da Silva Moura:

[...] teoria metabólica, que afirma a discussão sobre o início da vida não como um momento único, óvulo e espermatozoide é considerado um ser vivo e o desenvolvimento fetal é apenas um processo contínuo (MOURA, 2012, p. 4).

Para Priscila Boim Souza:

Para esta doutrina, no início de seu desenvolvimento o ser humano passa por uma série de fases: pré embrião, embrião e feto. Sendo que, em cada fase o novo ente em formação apresenta características diversas. Ao contrário da teoria concepcionista, para esta teoria não haveria vida humana desde a concepção e, portanto não teria o caráter humano, o ser formado com a união dos gametas, logo no início é comparável a um mero aglomerado celular (SOUZA, 2008, p. 8).

1.1.2 Teoria recepcionada pelo Brasil

Em que pesam os posicionamentos acerca das outras teorias, temos que a teoria que apresenta maior coerência é a ecológica ou natalista. Essa corrente é considerada a majoritária, bem como, segundo doutrinadores que abraçam essa teoria, o Código Civil e a Constituição Federal recepcionam seu posicionamento.

De certa forma, analisando o artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002, p. 20), vislumbramos a clareza da necessidade do nascimento, para que sejam efetivados os direitos à personalidade.

Certamente, existem leis instituídas unicamente com o escopo de proteção aos nascituros, com a finalidade de garantir proteção e um desenvolvimento digno.

A esse respeito não podemos olvidar o ensinamento de José Afonso da Silva:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental Vida, no texto constitucional (artigo 5 caput), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante auto atividade funcional, peculiar à matéria orgânica, mas na sua acepção biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é algo de difícil compreensão, porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder a própria identidade. É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então,

de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 1999, p. 200).

1.2 O direito à vida

O direito a vida é tratado pela Constituição Federal como direito fundamental, o que traz maior proteção para sua efetivação.

É certo que não haveria a necessidade de positivizar essa proteção à vida, uma vez que é imprescindível proteger o maior bem do ser humano; contudo, houve a positivação para a confirmação desse direito.

Pois bem, surge como direito fundamental a proteção à inviolabilidade do direito a vida, quando o artigo 5º da Constituição Federal expressa:

Art. 5º todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito a vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, e a propriedade, (...) (BRASIL, 1988, p. 7).

Para José Afonso da Silva, o bem defendido no *caput* do citado artigo não é somente a vida biológica, mas também a vida em seu desenvolvimento social, conforme asseverou no texto extraído de uma de suas obras:

Não intentaremos dar uma definição disto que se chama vida, porque é aqui que se corre o grave risco de ingressar no campo da metafísica suprarreal, que não nos levará a nada. Mas alguma palavra há de ser dita sobre esse ser que é objeto de direito fundamental. Vida, no texto constitucional (art. 5º, *caput*), não será considerada apenas no seu sentido biológico de incessante autoatividade funcional, peculiar a matéria orgânica, mas na sua acepção, biográfica mais compreensiva. Sua riqueza significativa é de difícil apreensão porque é algo dinâmico, que se transforma incessantemente sem perder sua própria identidade. É mais um processo (processo vital) que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 2012, p. 197).

Na visão de Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal proclama, portanto, o direito a vida, cabendo ao estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo o primeiro relacionado ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida quanto à subsistência (MORAES, 2012, p. 34).

Pedro Lenza afirma que a proteção à vida abrange não somente o direito de não ser morto de forma artificial, mas também a necessidade da vida digna, amparada por mecanismos que lhes garantam a efetivação do princípio fundamental, que preza a dignidade da pessoa humana, e aduz:

O direito à vida, previsto de forma genérica no art. 5º, caput, abrange tanto o direito a não ser morto, privado da vida, portanto, o direito de continuar vivo, como também o direito de ter uma vida digna (LENZA, 2013 p. 1040).

Nas palavras de Maria Helena Diniz:

[...] A vida humana é um bem anterior ao direito, que a ordem jurídica deve respeitar. O direito ao respeito da vida não é um direito a vida. Esta não é uma concessão jurídica estatal, nem tampouco um direito de uma pessoa sobre si mesma. Logo, não há como admitir a licitude de um ato que ceife a vida humana, mesmo sob o consenso de seu titular, porque este não vive somente para si, uma vez que deve cumprir sua missão na sociedade e atingir seu aperfeiçoamento pessoal. Savigny não admite, com razão, a existência de um direito sobre si próprio; isso seria legitimar o suicídio. A vida não é o domínio da vontade livre. A vida exige que o próprio titular do direito a respeite. O direito ao respeito da vida é ‘excludendi alios’, ou seja, direito de exigir um comportamento negativo dos outros (DINIZ, 2011, p. 52).

Para Alexandre de Moraes, ainda:

O direito humano fundamental à vida deve ser entendido como direito a um nível de vida adequado com a condição humana, ou seja, direito a alimentação, vestuário, assistência médico odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais. O estado deverá garantir esse direito a um nível de vida adequado com a condição humana respeitando os princípios fundamentais da cidadania, dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; e, ainda os objetivos fundamentais da república federativa do Brasil de construção de uma sociedade livre, justa e solidaria, garantindo o desenvolvimento nacional e erradicando-se a pobreza e a

marginalização, reduzindo, portanto, as desigualdades sociais e regionais (MORAES, 2011, p. 187).

A vida constitui fonte primária de todos os outros direitos, por isso a necessidade de a Constituição Federal fazer menção à sua inviolabilidade, pois este direito serviu como alicerce para a criação de todos os outros. Assim, Claudia Loureiro observa:

O primeiro de todos os direitos naturais do homem é o direito à vida, ao qual se vinculam o direito de nascer e, ao longo de toda existência, o de viver com dignidade. A vida constitui fonte primária de todos os outros bens jurídicos, por isso, a Constituição brasileira erigiu a vida como fonte primária dos direitos fundamentais e, no seu contexto, insere-se o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência (LOUREIRO, 2009, p. 84).

E continua:

A vida física constitui o valor fundamental, exatamente porque sobre a vida física fundam-se e desenvolvem-se os demais valores da pessoa humana. Assim, o direito sobre o próprio corpo é um direito de vulto na defesa da personalidade humana, pois é o instrumento pelo qual a pessoa realiza sua missão no mundo fático. Se a vida é o fundamento da realização da pessoa humana, sua avaliação por parte de terceiros, como digna de ser vivida ou como indigna de ser vivida, deve ser considerada uma infração da própria dignidade humana (Ibidem).

Assim também defende José Afonso da Silva, aduzindo que a vida é fonte primária do direito, sendo que de nada valem os outros direitos sem a existência da vida. O autor menciona, ainda, que a garantia fundamental da inviolabilidade do direito à vida traz consigo alguns princípios constitucionais, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, o da integridade física e o da integridade moral:

[...] a vida humana, que é o objeto do direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e um tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a constituição assegurar outros direitos fundamentais, como da igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana (que já tratamos), o direito à privacidade (de que cuidaremos no capítulo seguinte), o direito a

integridade físico corporal, o direito a integridade moral e, especialmente, o direito a existência (SILVA, 2012, p.198).

Com relação à integridade física corporal, aduz o citado autor:

Agredir o corpo humano é um modo de agredir a vida, pois esta se realiza naquele. A integridade físico-corporal constitui, por isso, um bem vital e revela um direito fundamental do indivíduo. Dai porque as lesões corporais são punidas pela legislação penal. Qualquer pessoa que as provoque fica sujeita às penas da lei (Ibidem, p. 199).

No mesmo entendimento, Pedro Lenza surge afirmando que a restrição à aplicação de pena de morte no Brasil deriva da garantia da inviolabilidade do direito à vida:

[...] em decorrência do seu primeiro desdobramento (direito de não ser privado da vida de modo artificial), encontramos a proibição da **pena de morte**, salvo em casos de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX. Assim, mesmo por emenda constitucional é vedada a instituição de pena de morte no Brasil, sob pena de se ferir a clausura pétrea do art. 60, § 4º, IV, lembrando, ainda, a doutrina moderna que impede, ainda, a evolução reacionária ou o retrocesso social, e nesse sentido, não admitiria a previsão da pena de morte, nem mesmo diante da manifestação do poder constituinte originário (LENZA, 2013, p. 1040, grifo do autor).

Acompanhando o entendimento supracitado, aduz José Afonso da Silva:

Ao direito a vida contrapõe-se a pena de morte. Uma Constituição que assegure o direito a vida incidirá em irremediável incoerência se admitir a pena de morte. É da tradição do direito constitucional brasileiro veda-la, admitida só no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 84, XIX (art. 5º, XLVII, a) porque, aí, a Constituição tem que a sobrevivência da nacionalidade é um valor mais importante do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria em momento cruciante (SILVA, 2012, p. 201).

No tocante à integridade moral, aduz:

A vida humana não é apenas um conjunto de elementos materiais. Integram-na, outrossim, valores imateriais, como os morais. A constituição empresta muita importância a moral como valor ético social da pessoa e da família, que se impõe ao respeito dos meios de comunicação social (art. 221, IV). Ela, mais que as outras, realçou o

valor da moral individual, tornando-a mesmo um bem indenizável (art. 5º, V e X) amoral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o respeito a integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental. Por isso é que o direito penal tutela a honra contra a calúnia, a difamação e a injúria (Ibidem, p. 202).

Temos proibições de violação à vida não só na Constituição Federal, o Código Penal também tutela esse direito, quando traz em seu bojo, artigos que comportam punições para aqueles que atingem de forma prejudicial esse direito.

Seja quando ceifada a vida, seja quando esta é afetada negativamente através de agressões, o Código Penal estipula sanções no intuito de preservar o bem maior do indivíduo e intimidar ações que possam causar mal a esse bem tutelado.

A exemplo disso, temos o artigo 121 do Código Penal, tipificando o homicídio e suas modalidades, que visa punir aqueles que prejudicam de alguma forma o direito, o bem maior do indivíduo.

Esse artigo visa inibir diversas condutas dentre as necessárias para a manutenção do bem tutelado. Afinal, a punição determinada para cada conduta tipificada tem a finalidade de evitar que outro indivíduo haja prejudicando a vida.

Outros artigos do referido diploma legal Penal tratam de condutas danosas à vida, como exemplo o art. 122 (BRASIL, 2014, p. 298), que dispõe sobre o delito de induzimento, instigação ou auxílio do suicídio; o art. 123 (Ibidem, p.303) que traz punições para o delito do infanticídio; e, ainda, do art. 124 ao 128 (BRASIL, 2014, p. 305-313) que punem o abortamento.

Mas o dispositivo não só tipifica as condutas que extinguem a vida, também aquelas que de certa forma tornam-na indigna ou de difícil manutenção, ou ainda, que atingem de forma negativa o corpo que a comporta.

Contudo, existem casos em que a violação do direito à vida não será punida penalmente, a previsão está no bojo do dispositivo penal. A não punição refere-se aos casos em que há as chamadas excludentes de ilicitude, sendo elas a legítima defesa, o estado de necessidade e o exercício regular de um direito, pois nesses casos a ilicitude é excluída.

O conceito de legítima defesa está estampado no art. 25 do Código Penal, e resume-se à ação proporcional para evitar ou repelir mal injusto causado por outrem (Ibidem, p. 89).

Neste sentido, Bittencourt esclarece que:

O que justifica a ação é a necessidade que impõe o sacrifício de um bem em situação de conflito ou colisão, diante da qual o ordenamento jurídico permite o sacrifício do bem de menor valor (BITTENCOURT, 2011, p. 364).

E, a respeito do exercício regular de um direito, afirma:

[...] o exercício de um direito, desde que regular, não pode ser, ao mesmo tempo, proibido pela ordem jurídica. Regular será o exercício que se contiver nos limites objetivos e subjetivos, formais e materiais impostos pelos próprios fins do direito. Fora desses limites, haverá abuso de direito e estará, portanto, excluída essa causa de justificação (Ibidem, p. 382).

Outro caso em que não haverá punição penal é quando se tratar de aborto legal tipificado no artigo 128 e inciso I e II do Código Penal.

Um dispositivo legal que também tutela a proteção à vida humana, reforçando a inviolabilidade disposto na Constituição Federal, é o Código Civil, que impõe responsabilidade civil àqueles que violam direitos de outrem (BRASIL, 2002, p.155), protege o direito à existência (p.140) e ainda resguarda o direito do nascituro (p. 141).

Diante de todo o exposto, temos que o direito à vida é primordial e imutável, sendo resguardado por vários diplomas legais.

1.3 Tratados internacionais que versam sobre o direito à vida

Inicialmente, é necessário conceituar direitos humanos. A esse respeito, Flavia Piovesan cita Lois Henklin:

Direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Esses direitos são concebidos de forma a incluir aquelas 'reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo', reivindicações estas reconhecidas como 'de direito' e não apenas por amor, graça ou caridade (HENKLIN, 2006 apud PIOVESAN, 2012, p. 59).

Na definição histórica social dos direitos humanos, Milton Ângelo diz que: “Direitos à satisfação daquelas necessidades reais fundamentais, para sobrevivência da espécie humana, como entidade biológica, espiritual e cultural” (DORNELLES, 1989, p. 16).

Os tratados internacionais são instrumentos de acordo de vontades obrigatórios e vinculantes, hoje, constituem a maior fonte de obrigação do direito internacional.

Buscando um melhor entendimento sobre o tema, eis que se faz necessário tecer algumas considerações acerca dos Tratados Internacionais.

São tratados realizados entre os chamados sujeitos de direito internacional, que conjuntamente formalizam um texto escrito que produzirá efeitos jurídicos internos e internacionais.

Esses sujeitos são os Estados Nacionais e as Organizações Internacionais que, nas palavras de Accioly, são: “O Sujeito do Direito Internacional é toda entidade jurídica que goza de direitos e deveres internacionais e que possua capacidade de exercê-los” (ACCIOLY, 1982, p. 23-25).

Contribuindo com o tema, surge Henklin:

O termo tratado é geralmente usado para se referir aos acordos obrigatórios celebrados entre sujeitos de direito internacional, que são regulados pelo direito internacional. Além do termo tratado, diversas outras denominações são usadas para se referir aos acordos internacionais. as mais comuns são convenção, pacto, protocolo, carta, convenio, como também tratado ou acordo internacional. Alguns termos são usados para denotar solenidade (por exemplo, pacto ou carta) ou a natureza suplementar do acordo (protocolo) (HENKLIN, 2008 apud PIOVESAN, 2012, p. 100).

Nas palavras de Francisco Rezek:

[...] tratado é todo acordo formal concluído entre pessoas jurídicas de direito internacional publico, e destinado a produzir efeitos jurídicos. Na afirmação clássica de Georges Scelle, o Tratado internacional é em si mesmo um simples ‘instrumento’; identificamo-lo por seu processo de produção e pela forma final, não pelo conteúdo (RESEK, 2011, p.38).

Podemos citar Florisbal de Souza Del’omo que define:

Entendemos Tratado como o encontro de posições de dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, através de acordo, no qual práticas costumeiras preexistentes se tornam formalmente fontes de direito entre eles. Desaconselha-se, outrossim, o tratado não – escrito pelas naturais dificuldades que geraria sua interpretação ou busca de efetivação entre as partes, diante da imprecisão do conteúdo (DEL’OLMO, 2008, p. 39-40).

O Direito Internacional Público busca nos tratados, nos costumes e nos princípios gerais do direito, entre outras fontes, instrumentos para serem usados e consultados a fim de resolver conflitos, divergências, elucidar e resolver questões diplomáticas com base nestas fontes para conviverem pacificamente.

O principal acordo firmado acerca dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que é considerada sua carta basilar.

Os tratados de direitos humanos possuem em nosso ordenamento jurídico uma natureza especial, não se equiparando à norma ordinária, nem tampouco à emenda constitucional. Para Flavia Piovesan:

Ao efetuar a incorporação, a carta atribui aos direitos internacionais uma natureza especial, e diferenciada, qual seja, a natureza de norma constitucional. Os direitos enunciados nos tratados de direitos humanos de que o Brasil é parte integram, portanto, o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados. Essa conclusão advém ainda de interpretação sistemática e teológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão constitucional (PIOVESAN, 2012, p. 108).

E continua:

No sentido de resolver a polemica doutrinaria e jurisprudência concernente a hierarquia dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, a emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o §3º no art. 5º, dispondo: “ os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que foram aprovados, em cada casa do congresso nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalente as emendas a constituição (Ibidem, p. 127).

Leandro Caletti destaca que:

Antes da entrada em vigência da emenda à Constituição nº 45/2004, previa a Constituição a possibilidade de uma gama limitada de disposições internacionais serem incorporadas sem tamanha

formalidade. Reporta-se àqueles tratados internacionais relativos a direitos humanos dos quais o Brasil era parte. O fundamento legal era a interpretação conjugada do parágrafo 2º do artigo 5º com o princípio orientador da prevalência dos direitos humanos, inscrito no artigo 4º, inciso II, ambos do texto constitucional de 1988. Se o modelo de incorporação ordinário consagrava, assim, clara opção pela teoria dualista, mediante a qual o Estado recusa a vigência imediata do direito internacional na ordem interna (para que o conteúdo de um tratado internacional vigore na ordem interna, é mister, além de sua aprovação pelo Poder Legislativo, a sua reprodução ou transformação por uma fonte doméstica – ‘teoria da transformação’, que nada mais é do que transformar o direito externo em interno, reproduzindo-o em uma lei nacional), a incorporação automática contemplava duas circunstâncias muito importantes: a primeira referia-se à desnecessidade de referendo pelo Congresso Nacional quanto à ratificação de tratados de direitos humanos; a segunda dizia respeito à possibilidade de invocação, no âmbito interno, das disposições desses tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil era parte sem que fosse necessária a expedição, pelo chefe do Poder Executivo, de um decreto de execução voltado para a vigência interna do pacto. Vale dizer, firmado o tratado de direitos humanos, o Estado reconhecia a plena vigência do direito internacional na ordem interna, mediante uma cláusula geral de recepção automática plena (parágrafo 2º, do artigo 5º) (CALETTI, 2005, p. 34).

Anselmo Henrique Cordeiro Lopes refere-se:

As alterações introduzidas em nosso sistema constitucional coincidem com o momento em que o país busca apoio internacional para ingressar no Conselho de Segurança da ONU como membro permanente, bem como procura fortalecer relações econômicas com outros estados, assim como pleiteia a formação de fundos financeiros globais para o apoio de demandas dos países pertencentes ao Terceiro Mundo (como o fundo contra a fome, p. ex.) etc.. Eis a explicação da relevância atual dos direitos humanos. Como percebemos, no âmbito semântico que envolve a expressão, estão os direitos humanos para o Direito Internacional assim como os direitos fundamentais estão para o Direito Constitucional interno. Estando o estado moderno mais dependente do exterior, o direito interno passa também a depender do direito global. Os direitos humanitários, antes esquecidos pelos juristas de cá, passam a ganhar prestígio especial. A EC nº 45/2004, em dois momentos, mostra esse espírito que descrevemos: no preceito que comentamos neste estudo (art. 5º, parágrafo 3º, acrescentado à CF), e no parágrafo 4º adicionado ao mesmo artigo, em que prevê a adesão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional. Nota-se, pelo que expomos, que a inovação no Texto Constitucional não é um mero adorno, senão o marco duma verdadeira transformação axiológica. O Direito Internacional deixa de ser "perfumaria jurídica". Não que vá subjugar nossas fontes legiferantes internas, mas deverá ser aplicado harmoniosamente com estas. Definitivamente, os chamados direitos do homem e da humanidade não podem mais ser olvidados por quem tenha a pretensão de compreender corretamente nosso direito positivo. A modificação introduzida pela EC nº 45/2004 não é meramente

técnica, pois conota uma opção valorativa do Constituinte. É um espelho da revalorização do homem e da humanidade no centro das preocupações jurídicas; é, quiçá, um testemunho do início da Era da Solidariedade, como achamos que pode ser batizado o século XXI. Em que pese a esperança depositada nas palavras acima averbadas, não somos ingênuos o bastante para imaginar que a reforma da EC nº 45/2004 seja a panaceia de todos os males jurídicos e sociais. Pouco ou nada vale o direito sem a garantia. Atualmente, em nosso país, a omissão tem sido um dos meios mais perversos para afastar ilicitamente os efeitos de normas constitucionais. Até o átimo em que se resolva atribuir força normativa positiva ao Poder Judiciário para resolver tais afrontas à Lei Maior, por meio de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão ou de mandados de injunção, não se terá um sistema efetivo de proteção dos direitos humanos (LOPES, 2005, p. 56).

Pois bem, desse modo, os tratados de direitos humanos têm força supralegal em nosso ordenamento jurídico, não sendo superior à Constituição, equiparando-se à Emenda Constitucional, apenas quando supridas as exigências do artigo 5º, § 3º (BRASIL, 1988, p. 7).

E na proteção à inviolabilidade do direito à vida temos os principais tratados.

1.3.1 Declaração Universal de Direitos Humanos

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi adotada em 10 de dezembro de 1948 por 48 países, e impõe um cunho de consensos sobre valores a serem seguidos pelos Estados signatários.

Tem como objetivo, delinear valores universais fundados na dignidade da pessoa humana, conforme afirma Piovesan:

[...] a declaração universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito a dignidade da pessoa humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a declaração universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos a pertinência a determinada raça (a raça ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos e valor intrínseco a condição humana é concepção que, posteriormente, viria a ser incorporada por todos os tratados de direitos humanos, que passaram a integrar o chamado direito internacional dos direitos humanos. Além da universalidade dos direitos humanos, a declaração de 1948 ainda introduz a indivisibilidade desses direitos, ao

ineditamente conjugar o catálogo e direitos civis e políticos com o dos direitos econômicos, sociais e culturais (PIOVESAN, 2012, p. 204).

Em seu artigo 3º, que diz: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal” (Declaração Universal dos Direitos do Homem, 1948, p. 02) reforça a defesa ao direito à vida, induzindo à percepção da ampla importância desse direito, garantido como fundamental.

2 ANENCEFALIA

2.1 Conceito e história da anencefalia no Brasil

A palavra anencefalia significa “sem encéfalo”, sendo o encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central contido na caixa craniana. Não é uma definição inteiramente acurada, pois o que falta é o cérebro com seus hemisférios e o cerebelo, calota craniana, meninges, mas o tronco cerebral é, geralmente, preservado, apesar de sobraarem apenas alguns resíduos do que poderia se chamar de tronco encefálico. Junto com a medula espinhal, a criança controla muitas das funções inconscientes do corpo, como o batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários.

Para que se possa analisar essa temática do ponto de vista bioético, que é o estudo dos problemas suscitados pelas pesquisas biológicas e a sua efetiva aplicação por aqueles que a pesquisam e do ponto de vista jurídico, ou seja, por meio do que diz a lei, é importante definir o que significa a expressão feto anencefálico. Luís Roberto Barroso conceitua anencefalia da seguinte forma:

A anencefalia é definida na literatura médica como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico (BARROSO, 2008, p. 103).

Ainda sobre o conceito de anencefalia, temos:

Anencefalia é um defeito congênito (do latim ‘congenitus’, gerado com). Começa a se desenvolver bem no início da vida intrauterina. A palavra anencefalia significa ‘sem cérebro’, sendo encéfalo o conjunto de órgãos do sistema nervoso central contido na caixa craniana. Não é uma definição do sistema inteiramente acurada, pois o que falta é o cérebro com seus hemisférios e o cerebelo: uma criança com anencefalia nasce sem o couro cabeludo, calota craniana, meninges, mas, contudo, o tronco cerebral é geralmente preservado (GONÇALVES, 2000, p. 559).

A anencefalia é definida na literatura médica como a má formação fetal 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,

de modo que o feto não apresenta os hemisféricos cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico (CAMARGO, 2007, p.159).

A anencefalia pertence à família de defeitos da soldadura do tubo neural (DSTN). Essa má formação congênita é um defeito de formação do sistema nervoso fetal e ocorre entre o 23º e o 28º dia de gestação. As células da placa neural constituem o sistema nervoso do embrião. Em um desenvolvimento normal, elas dobram sobre si mesmas a fim de criarem o chamado tubo neural, que se torna a coluna vertebral e, dentro dela, a medula espinhal. Depois de muitas transformações, o pólo superior do tubo neural finalmente torna-se cérebro.

No caso da anencefalia, na maioria das vezes, é recoberto por uma membrana espessa de estroma angiomatoso, mas jamais por osso ou pele normal. A anencefalia é uma má formação incompatível com a vida em tempos atuais, porém, ainda não temos o tempo preciso dessa vida, que pode durar minutos ou até anos.

A anencefalia é também conhecida como sendo uma anomalia fetal devido ao feto não nascer com todos os aspectos de um bebê normal, pois o chamado tronco encefálico fica à mostra, não há tecido epitelial ou cabelos em cima de sua cabeça, apenas a massa cerebral à mostra. Para Maria Helena Diniz,

Pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vinda a falecer horas, dias ou semanas depois (DINIZ, 2011, p. 203).

A origem da anencefalia ainda é desconhecida. Muitos atribuem a fatores genéticos devidos à má combinação dos mesmos, como, por exemplo, quando pessoas de uma mesma família se casam (parentes, primos consanguíneos), mas não há nada provado nesse sentido, trata-se de especulações.

Não existe tratamento para esta anomalia e, na maioria dos casos, segundo alguns médicos, atinge mais meninas do que meninos. Pode ser desencadeada por uma combinação de fatores genéticos e ambientais. Sabe-se, contudo, que a ingestão de ácido fólico antes da concepção pode prevenir em mais de 50% a ocorrência do defeito da soldadura do tubo neural. Alguns medicamentos, como a pílula anticoncepcional, o

ácido valproico (anticonvulsionante), drogas antimetabólicas e outras, reduzem os níveis de absorção de ácido fólico, daí a sua ingestão aumentar o risco de dar à luz uma criança com anencefalia.

Um especialista experiente, usando um exame de ultrassom de alta resolução pode detectar a anencefalia logo pela 10ª semana. Em circunstâncias não ideais, contudo, a anencefalia não pode ser detectada ou excluída por um exame de ultrassom até a 16ª semana de gravidez. Se um médico qualificado faz um diagnóstico de exame de ultrassom após a 16ª semana, a probabilidade de erro é mínima. Um teste positivo de exame de soro materno sugere que há um maior risco de que o bebê tenha trissomia 21 ou 18, ou um distúrbio do tubo neural. A maioria das mulheres com teste positivo dão à luz bebês saudáveis. Devem-se fazer testes adicionais para determinar se o bebê está sofrendo de uma dessas moléstias (Ibidem, p. 32).

Os níveis de Alfa Feto Proteína podem ser medidos por exame do soro materno (exame de sangue). Se os níveis são altos, há o risco que a criança possa sofrer de um Defeito de Soldadura do Tubo Neural - DSTN. Testes posteriores devem ser feitos, como o exame de ultrassom ou amniocentese (punção do útero para retirada de amostra de líquido amniótico) para determinar se há realmente um problema. Os exames devem ser feitos entre a 15ª e a 20ª semana, sendo a melhor época a 16ª semana (Ibidem, p.10).

O feto, através da urina, libera no líquido amniótico uma proteína chamada Alfafetoproteína - AFP. O tecido exposto de uma criança sofrendo de um Defeito de Soldadura do Tubo Neural (DSTN) libera maiores quantidades de alfafetoproteína no líquido amniótico, então, entra na corrente sanguínea da mãe através da placenta e pode, assim, ser medida (Ibidem, p. 11).

O corpo de uma criança anencéfala é inteiramente inafetado. Entretanto, falta a calota craniana a partir das sobrancelhas. Um tecido neural de cor vívida, vermelho escuro, coberto apenas por uma fina membrana pode ser visto através de uma abertura na cabeça. O tamanho dessa abertura varia consideravelmente de uma criança para outra.

Os globos oculares podem se projetar por causa de uma má formação das órbitas, motivo pelo qual as crianças anencéfalas são às vezes descritas pejorativamente como parecendo rãs.

Os médicos podem, eventualmente, dizer que uma criança anencéfala não pode ver nem ouvir, ou sentir dor, e que ela é comparável a um vegetal. Contudo, isso não condiz com a experiência de muitas famílias que têm ou tiveram um filho anencéfalo.

O cérebro é afetado em graus variados – de acordo com a criança, o tecido cerebral pode alcançar diferentes estágios de desenvolvimento. Algumas crianças são capazes de engolir, comer, chorar, ouvir, sentir vibrações de sons altos, reagir a toques e mesmo à luz. E, acima de tudo, elas respondem a estímulos.

A ciência do enxerto de órgãos em bebês recém-nascidos é incipiente, seus resultados de meio termo não são bem conhecidos, ao passo que os resultados de longo termo são totalmente desconhecidos. Os órgãos de uma criança anencéfala somente podem ser removidos se a criança estiver seguramente morta (Ibidem, p.16).

Entretanto, os critérios que definem a morte cerebral, normalmente, não podem ser aplicados para crianças abaixo de sete dias de nascidas. Antes de a morte cerebral ser confirmada, os órgãos de tais crianças podem se tornar inaptos para a doação.

Crianças anencéfalas não têm a parte posterior do cérebro, mas têm a parte anterior, que, em geral, funciona normalmente no nascimento. A parte anterior do cérebro morre lentamente e outros órgãos podem morrer no período intermediário de tempo.

Observou-se que a morte cerebral clínica quase sempre ocorre depois que o coração começou a falhar (Ibidem, p. 4). Consequentemente, as crianças anencéfalas se tornam doadoras de órgãos só em casos raros.

Em alguns países, as válvulas cardíacas podem ser removidas para uso em um transplante posterior. Os problemas mencionados acima são menos relevantes, porque as válvulas podem ser removidas até 8 horas depois da morte da criança e congeladas até que um receptor seja encontrado.

Na maioria dos casos, é uma anomalia isolada e é muito improvável que possa ocorrer novamente na mesma família. Estatisticamente, a taxa de recorrência para uma mulher que já teve um filho anencéfalo é 4% (Ibidem, p. 3).

O Código Civil Brasileiro, em seu artigo 6º, refere que “a existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva” (BRASIL, 2002, p. 144).

A lei, portanto, define o momento em que a pessoa deixa de existir, mas não diz de que forma essa morte deve ocorrer. Como já visto, outra referência ao direito à vida pode ser verificada nos quadros da Constituição Federal:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (BRASIL, 1988, p. 7).

Os portadores dessa anomalia têm seu período de vida indeterminado, alguns podem sobreviver até alguns dias após o parto, ou somente minutos, como podem nascer mortas. Esse período de vida é o motivo de existirem tantas discussões a respeito desse assunto, visto que, para alguns, o fato de a criança não possuir o tronco encefálico, o tubo neural já é suficiente para considerá-la como morta, tendo em vista que não há como haver atividade cerebral, mas para outros esse argumento não é suficiente.

Como já dissemos, a anencefalia pode ser visualizada por meio de ultrassom a partir da décima segunda semana de gestação, pois é nesse período que já se destaca o segmento cefálico fetal. No caso de ser concebida essa anomalia, os exames serão repetidos nas semanas seguintes para a confirmação da anencefalia. É nesse momento que se inicia uma difícil luta de conceitos: mãe e pai começam a se ver na difícil situação de não saber o que fazer e, quando optam pelo aborto, vem outra luta, a judicial, e o sofrimento se prolonga.

Existem diversos casos de anomalias fetais incompatíveis com a vida descobertas pela medicina moderna, dentre estes a anencefalia é a que mais se evidencia. De acordo com a Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, “a estimativa é de 1 caso a cada 1.600 nascidos vivos”, sendo que, “a cada ano, o número de registros de nascimentos com vida no Brasil tem oscilado entre 2,7 e 3,0 milhões/ano” (TONI, 2006, p. 50).

As mães diabéticas têm seis vezes maior probabilidade de gerarem filhos com este problema. Da mesma forma, há maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada (Ibidem).

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.

Segundo o Comitê de Bioética do Governo Italiano,

[...] na realidade, define-se com este termo uma má formação rara do tubo neural acontecida entre o 16º e o 26º dia de gestação, na qual se verifica ‘ausência completa ou parcial da calota craniana e dos tecidos

que a ela se sobrepõem e grau variado de má-formação e destruição dos esboços do cérebro exposto' (PRÓ-VIDA, 2001, p. 34).

No mesmo sentido, expõem Sônia Garcia e Casemiro Fernandez:

[...] nessa má-formação, ocorre falha no fechamento do neuróporo anterior durante a quarta semana desenvolvimento. A porção cefálica do tronco neural permanece aberta e, em vez de cérebro, forma-se uma massa de tecido degenerado exposta à superfície, consequentemente a abobada craniana esta ausente. Essa má-formação pode ter continuidade com a medula espinhal, que se apresenta aberta na região cervical ou em maior extensão - os olhos apresentam-se saltados e o pescoço ausente (GARCIA; FERNANDEZ, 2001, p. 394).

Segundo Pessini:

[...] esta malformação fetal consiste na ausência ou grave atrofia do cérebro, órgão que integra normalmente o ser humano em devir, anomalia que impede o desenvolvimento vital e normal do conceito. Muitas vezes o anencéfalo morre antes do parto ou logo depois (PESSINI, 2007, p. 328).

Sobre o anencéfalo recém-nascido, assim se pronuncia Eugene F. Diamond:

O anencéfalo não é de fato ausente de cérebro, uma vez que a função do tronco cerebral está presente durante o curto período de sobrevivência. Muito pouco se conhece sobre a função neurológica no recém-nascido anencéfalo. Um recente estudo em profundidade indica que eles estão funcionalmente mais próximos dos recém nascidos normais do que de adultos em estado vegetativo crônico (DIAMOND, 2010, p. 35).

De acordo com Carolina Alves de Souza Lima, as ciências médicas reconhecem que o anencéfalo é um ser humano vivo (LIMA, 2008, p. 18). Se ele é um ser humano, durante o período gestacional ele é nascituro e, por isso, titular de direitos, dentre eles o direito à vida.

A Constituição tutela os direitos do nascituro, independentemente de ele apresentar qualquer tipo de deficiência, assim como estabelece várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência (Ibidem). Todavia, a gestação de

anencéfalo demanda reflexão especial, em face dos direitos que podem entrar em conflito. Diante dessa realidade, duas situações podem ocorrer:

Na primeira, a mulher, consciente da malformação fetal letal, deseja prosseguir com a gestação. Ela receberá todo o atendimento médico necessário para o seu bem-estar físico e psíquico, assim como o concepto anencéfalo terá todo o cuidado médico necessário, em decorrência de sua condição especial. A segunda situação, por seu turno, dá-se quando a mulher, consciente da gestação de anencéfalo, deseja interrompê-la. Nesse caso, o ordenamento jurídico defronta-se com um verdadeiro conflito de direitos fundamentais (LIMA, 2008, p.19).

O motivo mais evidente dos debates em torno da anencefalia diz respeito, inicialmente, à capacidade potencial que os casais teriam de decidir sobre o futuro da gestação, tão logo recebam o diagnóstico. Entretanto, esta possibilidade não está contida no Código Penal Brasileiro. Discute-se, entre os profissionais de saúde, se a interrupção é ou não um ato benéfico para a gestante. Por outro lado, a mesma questão se apresenta no Judiciário, onde a indagação ocorre no sentido de que, admitindo-se realizar a antecipação do parto ou o abortamento, deva-se, para tanto, criar as possibilidades legais (TONI, 2006, p. 50).

Segundo o Novo Dicionário da Língua Portuguesa, de Aurélio Buarque de Holanda, o verbete anencefalia é registrado como:

Anomalia de desenvolvimento, que consiste em ausência de abóbada craniana, estando os hemisférios cerebrais ausentes, ou representados por massas pequenas que repousam na base. Monstruosidade consistente na falta de cérebro (HOLANDA, 2001, p. 89).

Mas, de acordo Windham & Edmonds,

[...] anencefalia é um defeito no desenvolvimento embrionário do sistema nervoso central, também conhecido como aprosencefalia com crânio aberto; trata-se de uma deformidade no fechamento do tubo neural, mais precisamente da porção anterior do sulco neural, não existindo o encéfalo. A par disso, quando este defeito ocorre por completo há um desabamento, ou até mesmo, ausência da calota craniana; e, sendo assim, não há qualquer possibilidade de sobrevivência. Denomina-se anencefalia também os casos em que os hemisférios cerebrais se apresentam com pequenas formações aderidas à base do

crânio, ou seja, existe parte do encéfalo (WINDHAM; EDMONDS, 1982, p. 333).

O que torna um anencéfalo um ser sem perspectiva de vida é justamente a ausência dos hemisférios cerebrais, o que acarreta a ausência completa das funções básicas dos seres humanos.

O anencéfalo foi considerado natimorto cerebral conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina n. 1.752, de 8 de setembro de 2004, o que gerou, e ainda gera, muitas opiniões antagônicas, visto que o feto, ao nascer, respira, possui batimentos cardíacos, suga, chora (por possuir o tronco cerebral), mas não tem consciência nem vida de relação, tampouco percepção. Fato é que, em poucas horas, ou dias, sofrerá, inexoravelmente, parada cardiorrespiratória e morrerá (KARAGULIAN, 2007, p. 38).

Segundo Heleno Cláudio Fragoso:

Crianças com esse distúrbio nascem cegas, surdas e com poucos reflexos. Não possuem, em regra, couro cabeludo, calota craniana, meninges, cérebro com seus hemisférios e cerebelo, embora normalmente tenham preservado o tronco cerebral. O tronco cerebral, presente no anencéfalo, juntamente com a medula espinhal, controla muitas das funções inconscientes do corpo, tais como o batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários (FRAGOSO, 1958, p. 48).

Algumas crianças são capazes de engolir, comer, chorar, ouvir, sentir vibrações (sons altos), reagir a toques e mesmo à luz mais, seja qual for a sua decisão, deverá ser respeitada sempre.

Uma vez que a gestante decida pela continuação da gestação, todo apoio médico e psicológico deverá ser garantido, assim como devem ser respeitadas as mulheres que optam pela interrupção e são autorizadas pelo Judiciário, as quais também deverão receber os mesmos cuidados médicos.

As principais consequências do não fechamento do tubo neural para o feto são as seguintes: ausência dos hemisférios cerebrais, do cerebelo, da glândula hipófise, prosencéfalo não fundido, desenvolvimento da calvária incompleto, bem como acarreta malformação em outros órgãos, tais como medula espinhal, nervo óptico, vértebras cervicais, esqueleto, rins, pulmão, coração, glândulas suprarrenais, alterações no desenvolvimento auricular e nas características faciais, dentre outros.

A anencefalia pode ser classificada em holocrania ou holocefalia, e em merocrania ou meroanencefalia. Na primeira, não há qualquer tipo de tecido nervoso cerebral no feto; na segunda, há apenas resquícios do tecido cerebral. Em ambos os casos, não há possibilidade nem de cura nem de sobrevivência do feto após o nascimento (KARAGULIAN, 2007, p. 39)².

Como já observado, não há cura para esta anomalia, tratando-se de uma malformação incompatível com a vida extrauterina, sendo o seu diagnóstico preciso e não existindo risco de erros. Importa esclarecer que, em virtude do avanço da medicina fetal, encontram-se disponíveis exames de alta precisão, os quais podem identificar durante o período gestacional as malformações fetais, disponibilizando à gestante conhecer a saúde do feto que carrega em seu ventre. Para Mirabete:

[...] há no Brasil uma tendência à descriminalização do aborto anencefálico, a inviolabilidade de vida extrauterina do feto e os danos psicológicos da gestante justificam tal posição, apoiando-se, alguns, na existência de aborto terapêutico, e outros no reconhecimento de excludente de culpabilidade de inexigibilidade de conduta diversa (MIRABETE, 2007, p. 340).

O direito, sendo a ciência que regula as relações interpessoais, não pode ficar sem conhecimento dos avanços da medicina, e sim, deve criar instrumentos que possam ser aplicados à realidade, de tal modo que a medicina possa, a todo o tempo, ser aplicada para proporcionar o bem-estar dos seres humanos.

2.2 O feto anencéfalo e a chance de sobrevivência

Como vimos, a anencefalia é uma patologia letal, pois bebês com essa anomalia possuem curta expectativa de vida, não havendo precisão exata para estabelecer quanto tempo de vida o feto anencéfalo terá fora do útero.

²Além disso, 50% dos casos de anencefalia terminam em óbito fetal (aborto espontâneo), sendo que, no Brasil, 99% morrem em até 48 horas, destes, 63% morrem até 3 horas após o parto. A gestação de anencéfalos, portanto, apresenta muitas complicações, tais como: polidrâmnio (que por sua vez causa: dificuldade respiratória, hipotensão no decúbito dorsal, rompimento do útero, embolia de líquido amniótico, desprendimento normoplacentário); vasculopatia periférica de estase; hipertensão arterial; atonia uterina pós-parto; distocia grave (os fetos anencéfalos, geralmente, são grandes e a ausência de pescoço e o tamanho diminuto da cabeça fazem com que o tronco tenda a penetrar no canal do parto, causando dificuldade na saída do ombro do feto); gravidez dura mais de 40 semanas e cerca de cinquenta por cento (50%) desses fetos têm morte intra-uterina; a gestação é por isso de alto risco.

Geralmente essa anomalia pode ser diagnosticada, com certa precisão, cerca de 12 semanas de gestação, através de um exame de ultrassonografia, momento em que é possível a visualização do segmento cefálico fetal.

A respeito das causas que possam provocar uma gravidez com feto anencéfalo, Breno Green Koff anota em seu artigo jurídico que:

[...] O risco de incidência aumenta de 5% a cada gravidez subsequente. As mães diabéticas, inclusive, têm 6 vezes mais probabilidade de gerar filhos com este problema. Há, da mesma forma, maior acometimento de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada (KOFF, 2014 p. 10).

Paula Laboissière, repórter da *Agência Brasil*, frisa em sua matéria acerca do tema, que

A frequência de casos de anencéfalos no país, de acordo com o obstetra, é de um caso para cada 700 nascidos vivos. Isso significa que em torno de 400 bebês são diagnosticados com a doença todos os anos. O Brasil, atualmente, ocupa a quarta colocação no *ranking* global de casos. Gollop explicou que a deficiência de ácido fólico na dieta das gestantes é responsável por cerca de 50% das ocorrências e que fatores genéticos e ambientais também influenciam nos números (LABOISSIERE, 2012, p. 32).

No que diz respeito à chance de sobrevivência de feto com anencefalia, o professor Thomaz Gollop, citado na reportagem acima, é taxativo ao ressaltar que “Todas elas são inviáveis, no anencéfalo pode ter uma sobrevivência de horas ou de um tempo eventualmente mais prolongado, mas todos 100% deles vão a óbito” (GOLLOP, 2009 p. 14).

Nessa linha de raciocínio, Ângela Chagas, observa que 50% das mortes por anencefalia são provocadas na fase intrauterina; dos que nascem com vida, 99% morrem logo após o parto, e o restante sobrevive alguns dias ou poucos meses (CHAGAS, 2008, p. 34). A respeito da porcentagem de fetos que sobrevivem, a autora entrevistou o professor de bioética da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), que informou o seguinte:

Os que sobrevivem, conseguem fazer o movimento involuntário de engolir, respirar e manter os batimentos cardíacos, já que essas funções são controladas pelo tronco cerebral, a região que não é

atingida pela anomalia. Alguns não precisam do auxílio de aparelhos e chegam até a serem levados para casa, mas vivem em estado vegetativo, sem a parte da consciência, que é de responsabilidade do cérebro (GOLDIM, 2001 apud CHAGAS, 2008, p. 34).

Nesse sentido, muitas crianças com anencefalia morrem intra-útero ou durante o parto. A expectativa de vida para aquelas que sobrevivem é de apenas poucas horas ou dias, ou raramente poucos meses

Dessa forma, podemos concluir que a ciência é extremamente segura no que tange aos fetos anencéfalos e afirmam que a sua chance de sobrevivência é praticamente nula.

Ao pesquisarmos casos em que o feto com anencefalia sobreviveu por um período de tempo, encontramos um caso que ocorreu aqui no Brasil, muito noticiado pela mídia, trata-se da menina Marcela de Jesus Ferreira, sobre o caso, Cleber Masson diz:

[...] poder-se-ia argumentar em que algumas hipóteses - raríssimas, embora existentes, a criança nasceu com vida e permaneceu com vida por vários dias quiçá meses. Foi o que aconteceu com a menina Marcela de Jesus Ferreira, nascida com anencefalia em Patrocínio Paulista, estado de São Paulo e que faleceu depois de 1 (um) ano, 8 (oito) meses e 12 (doze) dias (MASSON, 2015, p. 89).

No entanto, a respeito desse caso, Luiz Flávio Gomes assevera que:

No caso Marcela (que sobreviveu por um ano e oito meses) chegou-se à conclusão de que não se tratava de uma verdadeira anencefalia, (nesse sentido: Heverton Petterson, Thomaz Gollop, Jorge Andalaft Neto etc. - Folha de S. Paulo de 29.08.08, p. C5; O Estado de S. Paulo de 26.08.08, p. A18). Logo, o caso Marcela não pode ser invocado como um 'milagre divino' que falaria 'por si só' contra o aborto anencefálico. A merocrania (caso Marcela) não se confunde com a anencefalia (GOMES, 2012 p. 87).

Ainda sobre este caso, vejamos o que diz o médico Thomaz Gollop:

Marcela teve o que chamamos de merocrania, que é uma variante dessa má formação em que se tem um pouco de cérebro, mais do que o anencéfalo coberto por uma membrana, e em função dessa membrana o risco de infecção é menor, e esses fetos, esses recém-nascidos acabam sobrevivendo um tempo um pouco maior, mas vão a óbito também, isso é uma situação tão rara que corresponde a 15 (quinze) casos descritos na literatura médica mundial, mas não muda

nada é um detalhe de diagnóstico, não muda nada na perspectiva de sobrevivência, pode ser um pouco mais longa, mas todos eles vão a óbito também (GOLLOP, 2009, p. 1).

A partir das informações expostas, consideramos ainda mais um parecer de Cleber Masson:

Não serve como parâmetro para o direito Penal. Com efeito, trata-se de exceção, e o ordenamento Jurídico deve amparar na normalidade, e nunca na excepcionalidade. Daí ser composto por “normas”, isto é, regras criadas com o propósito de disciplinarem situações normais na vida humana. E o normal é o não nascimento de anencéfalos, ou, na melhor das hipóteses, a sobrevivência por poucos minutos (MASSON, 2015, p. 85).

Como observamos, no caso da menina Marcela de Jesus, apesar de esta ter sobrevivido durante 1 ano, 8 meses e 12 dias, o seu organismo não conseguiu suportar a ausência de cérebro por mais tempo, isso porque, conforme o tempo passa, o organismo humano vai se desenvolvendo, o que exige cada vez mais as atividades do sistema nervoso central, funções essas que não eram possíveis no caso de Marcela de Jesus.

Diante desse quadro, a medicina é convicta ao afirmar que um feto com anencefalia, ainda que nasça com vida, esta será por curto período de tempo. Resta-nos o desejo de que esse diagnóstico possa mudar em um futuro próximo, quando a tecnologia científica puder solucionar os diversos problemas e anomalias no campo da saúde.

2.2.1 A anencefalia e o princípio da dignidade da pessoa humana

Como dissemos anteriormente, a dignidade da pessoa humana é um dos principais princípios que resulta do direito à vida. Aliás, vale ressaltar que esse direito não só é garantido expressamente em nossa Carta Magna, em seu artigo 5º, *caput*, mas também é considerado pela doutrina pátria como sendo uma cláusula pétrea, diante da impossibilidade desse direito ser abolido em emenda à Constituição, conforme determina o art. 60, §4º, inciso IV, da CF/88 (LENZA, 2008, p. 468).

Nesse tocante, Rizzato Nunes, ao lecionar sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, anota que “no atual sistema jurídico, a doutrina tem mostrado que o mais importante princípio de direito fundamental constitucionalmente garantido é o da dignidade da pessoa humana (NUNES, 2013, p. 1)”.

Conforme o que foi mencionado acima, realmente, devemos tratar tal princípio com afinco e grande relevância, ele está presente na nossa legislação com grande destaque. Comprovamos, pelo artigo 1º da CF/88, vejamos:

TÍTULO I – DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

[...]

III – a dignidade da pessoa humana;

[...] (BRASIL, 1988, p. 01).

É nesse sentido o entendimento de Volgane Oliveira Carvalho, ao asseverar em seu trabalho científico que:

O princípio da dignidade da pessoa humana é uma espécie de abre-alas da Constituição de 1988, seja porque é apresentado em seus primeiros momentos, logo no artigo 1º, seja porque, em decorrência de sua abrangência, acaba por abarcar direta e indiretamente inúmeros outros princípios constitucionais e representa com clareza o espírito defendido pela constituinte pós-ditadura (CARVALHO, 2014, p. 32).

No que tange ao princípio mencionado e à anencefalia, a grande discussão na sociedade e no âmbito jurídico é que tal princípio é afetado ao não se permitir à mulher que gera um feto com anencefalia interromper a gravidez, haja vista que isso ocasionará na mulher grandes consequências, não só físicas, mas também psicológica e social, pois afetaria a sua visão acerca da vida em sociedade; a qual, em alguns casos é extremamente injusta, uma vez que o Estado impõe obediência a normas que, com o tempo, vão se tornando inadequadas diante da evolução humana.

Vejamos o posicionamento de Cleber Masson no que diz respeito ao assunto em questão:

Essa modalidade de aborto encontra seu fundamento de validade no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal: dignidade da pessoa humana. De fato, a mulher não pode ser obrigada à retirada do anencéfalo, mas, se assim o desejar, não pode ser impedida pelo legislador ordinário (MASSON, 2015, p. 86).

E, ainda, acentua:

[...] não seria digno exigir da gestante a postergação de um sofrimento: no lugar das roupas da criança, a aquisição do vestuário para o velório; em vez do berço, a compra de um caixão; imaginando a cerimônia de batismo, substituí-la pela missa de sétimo dia (Ibidem, p. 87).

Vejamos o que diz Cezar Roberto Bitencourt a respeito do assunto:

Apenas se preferir, a gestante poderá aguardar o curso natural do ciclo biológico, mas, em contrapartida, não será ‘condenada’ a abrigar dentro de si um tormento que a aniquila, brutaliza, desumaniza e destrói emocional e psicologicamente, visto que, ao contrário de outras gestantes que se preparam para dar à luz a vida, regozijando-se com a beleza da repetição milenar da natureza, afoga-se na tristeza, no desgosto e na desilusão de ser condenada a além da perda irreparável, continuar abrigando em seu ventre um ser inanimado, disforme e sem vida, aguardando o dia para, ao invés de brindar o nascimento do filho, como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajudá-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida (BITENCOURT, 2008, p. 175).

Por essa razão, entendemos que o princípio da dignidade da pessoa humana é aplicável aos casos de gestantes com feto com anencefalia, isso porque, ao constatar essa anomalia na gravidez, o período de gestação, que geralmente é marcado como sendo o momento de felicidade e expectativas, torna-se um momento de sofrimento e frustração, pois a gestante não mais se prepara para o nascimento de seu bebê, mas sim para a sua morte, que poderá ocorrer antes ou depois do parto.

2.2.2 O aborto de fetos anencéfalos

Como já estudado, vimos que a problemática do aborto em si é de uma delicadeza extrema, tanto na esfera jurídica, quanto no âmbito social. Um assunto que causa grandes discussões e polêmicas.

Assim, o aborto de fetos anencéfalos não poderia ser diferente, pois nos leva à seguinte indagação: O aborto de fetos anencéfalos pode ser considerado um aborto? Em resposta, para a ciência, a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos não poderia ser

considerada um aborto, também sendo esse o entendimento de alguns doutrinadores jurídicos.

Nesse sentido, uma reportagem da *Agência Brasil* traz uma entrevista com o médico e professor de ginecologia da Faculdade de Medicina de Jundiaí, Thomaz Gollop, que defende que “a interrupção da gestação de um feto com anencefalia não deveria ser considerada um aborto, já que não há perspectiva de sobrevivência do bebê” (GOLLOP, 2009, p.23). O termo correto, segundo ele, é “antecipação do parto”.

A este respeito, preleciona Cleber Masson:

Os magistrados autorizam, por meio de alvará judicial, a interrupção da gravidez. A conduta realizada pelo médico é atípica, pois o anencéfalo não possui vida humana que legitima a intervenção do direito penal. O raciocínio é o seguinte: o art 3º, *caput*, da lei 9.434/1997 admite a retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano para fins de transplante ou tratamento somente após a morte encefálica. Em outras palavras, o ser humano morre quando cessam suas atividades cerebrais. E, no tocante ao anencéfalo, é razoável concluir que, se nunca teve atividade cerebral, nunca viveu. Não se trata, portanto, de aborto, mas sim de antecipação de parto em razão da anencefalia ou de antecipação de parto de feto inviável (MASSON, 2015, p. 85).

Na mesma linha segue Cezar Roberto Bitencourt, *in verbis*:

O bem jurídico protegido é a vida do ser humano em formação. O produto da concepção - feto ou embrião -, embora ainda não seja pessoa, tem vida própria e recebe tratamento autônomo da ordem jurídica. Quando o aborto é provocado por terceiro, o tipo penal protege também a incolumidade da gestante (integridade física e psicológica). No entanto, antecipação consentida do parto na hipótese de comprovada gravidez de feto anencéfalo não afeta nenhum desses bens jurídicos que a ordem constitucional protege. Na hipótese de gestação de feto anencéfalo não a vida viável em formação, em outros termos, falta o suporte fático-jurídico, qual seja, a potencial vida humana a ser protegida, esvaziando-se o conteúdo material que fundamentaria a existência da norma protetiva (BITENCOURT, 2008, p. 176).

Cabe ressaltar que, conforme visto até aqui, nos trabalhos de Pedro Lenza, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 3.510, firmou entendimento de que a vida, no âmbito jurídico, começa com a existência do cérebro: “Logo, para a lei, o fim

da vida estaria previsto com a morte cerebral e, novamente, sem cérebro, não haveria vida (...)” (LENZA, 2008, p. 750).

Nessa linha de pensamento, Lenza, ainda anota que:

Assim, sem considerar o aspecto moral, ético ou religioso, tecnicamente, em relação ao aborto do feto anencefálico, desde que se comprove, tecnicamente, por laudos médicos, com 100% de certeza, que o feto não tem cérebro e não ha perspectiva de sobrevivência, nessa linha de desenvolvimento, o STF, para seguir a lógica do julgamento anterior, teria que autorizar a possibilidade de interrupção da gravidez pela gestante (Ibidem).

Em relação ao julgamento, realizado pelo Supremo Tribunal Federal, que legalizou o aborto de fetos anencéfalos no Brasil, Tiago Chagas, mostra-se inconformado, uma vez que,

O termo ‘aborto’ quase não foi usado durante o julgamento. A expressão foi substituída por ‘antecipação terapêutica do parto’, gerando diversas críticas pelos adeptos da causa ‘pró-vida’, que é contra o aborto (CHAGAS, 2011, p. 1).

Sabe-se que antes da legalização do aborto de fetos anencéfalos, que se deu em 2012, pelo Supremo Tribunal Federal, tal modalidade de aborto se encontrava elencada entre as modalidades de aborto eugênico ou eugenésico, o qual era proibido por lei, considerado crime, sendo que, para se efetuar o aborto nos casos de feto anencéfalo, deveria ser apresentada a autorização judicial.

Segundo Cleber Masson,

O direito Brasileiro não contempla regra permissiva do aborto nas hipóteses em que exames médicos pré-natais indicam que a criança nascerá com graves deformidades físicas ou psíquicas. Não autoriza, pois, o aborto eugênico ou eugenésico (MASSON, 2015, p. 84).

Porém, alguns magistrados já se posicionavam antes da legalização do aborto, concedendo o alvará, e faziam os argumentos necessários para essa concessão. Vejamos um julgado que trata do assunto:

Processo: 100790734317970011 MG 1.0079.07.343179-7/001(1)

Relator (a): CLÁUDIA MAIA

Julgamento: 31/05/2007

Publicação: 10/08/2007

Ementa

APELAÇÃO CÍVEL. ALVARÁ JUDICIAL. ANTECIPAÇÃO TERAPÊUTICA DO PARTO. FETO ANENCEFÁLICO. EXAMES MÉDICOS COMPROBATÓRIOS. VIABILIDADE DO PLEITO.

Não se pode lançar mão dos avanços médicos, mormente, em casos de anencefalia cabalmente comprovada, cujo grau de certeza é absoluto acerca da impossibilidade de continuidade de vida extrauterina do feto anencefálico por tempo razoável. Para haver a mais límpida e verdadeira promoção da justiça, é de fundamental importância realizar a adaptação do ordenamento jurídico às técnicas medicinais advindas com a evolução do tempo. Vale dizer, o direito não é algo estático, inerte, mas sim uma ciência evolutiva, a qual deve se adequar à realidade. Seja pela inexigibilidade de conduta diversa, causa supra legal de exclusão da culpabilidade, seja pela própria interpretação da lei penal, a interrupção terapêutica do parto revela-se possível à luz do vetusto Código Penal de 1940. Considerando a previsão expressa neste diploma legal para a preservação de outros bens jurídicos em detrimento do direito à vida, não se pode compreender por qual razão se deve inviabilizar a interrupção do parto no caso do feto anencefálico, se, da mesma maneira, há risco para a vida da gestante, com patente violação da sua integridade física e psíquica, e, ainda, inexiste possibilidade de vida extrauterina. Dentre os consectários naturais do princípio da dignidade da pessoa humana deflui o respeito à integridade física e psíquica das pessoas. Evidente que configura clara afronta a tal princípio submeter a gestante a sofrimento grave e desnecessário de levar em seu ventre um filho, que não poderá sobreviver. Não bastasse a gravíssima repercussão de ordem psicológica, a gestação de feto anencefálico, conforme atestam estudos científicos, gera também danos à integridade física, colocando em risco a própria vida da gestante. Ademais, com o advento da Lei 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, adotou-se o critério de morte encefálica como definidor da morte. Nessa linha, no caso de anencefalia, dada a ausência de parte vital do cérebro e de qualquer atividade encefálica, é impossível se cogitar em vida, na medida em que o seu contraponto, a morte, está configurado (MINAS GERAIS, 2007).

Por outro lado há quem seja inteiramente contra tal modalidade de aborto; uma das doutrinadoras jurídicas que se firma nesse sentido é Maria Helena Diniz, ao prelecionar que:

Em caso de malformação fetal ou de patologias incompatíveis com a vida extrauterina, como a anencefalia, por exemplo, ou com uma boa qualidade de vida os pais teriam o direito de optar pela interrupção da

gestação? A criança normal teria mais direitos à vida do que o subnormal ou anormal, por ser esta um peso morto para a sociedade, em virtude de não ter capacidade laborativa, exigir maior atenção ou o dispêndio de grandes fortunas para tratamento? Se os médicos têm a nobre missão de curar, aliviar a dor, adiar a morte, confortar o paciente, permitir uma morte mais digna, salvar vidas humanas, como a medicina poderia pertencer ao mundo do extermínio de deficientes físicos ou mentais, impossibilitando seu nascimento, com o consenso da gestante ou do casal? (DINIZ, 2011, p. 70).

E finaliza:

Tudo isso, no nosso entender, não passa de eugenismo, que lembra a ‘política eugenista’ de Hitler, a qual pretendia a legalização do aborto eugênico para evitar nascimento de crianças defeituosas, com a *intentio* de obter a melhoria da raça ariana ou “higiene racial”. Há quem ache que a malformação grave e incurável deve ser eliminada a qualquer preço, porque a sociedade tem o direito de ser constituída por pessoas sadias e capazes (Ibidem).

Há julgados que, assim como Maria Helena Diniz, também entendem que não deve se ater à prática do aborto de fetos anencéfalos. Vejamos:

Processo: Apelação Cível 1.0024.10.231638-7/0012316387-25.2010.8.13.0024 (1)

Relator (a): Des.(a) Otávio Portes

Órgão Julgador / Câmara

Câmaras Cíveis Isoladas / 16ª CÂMARA CÍVEL

Súmula: NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO

Comarca de Origem: Belo Horizonte

Data de Julgamento: 10/11/2010

Data da publicação da súmula: 28/01/2011

Ementa

ALVARÁ JUDICIAL - AUTORIZAÇÃO PARA ABORTO - **ANENCÉFALO** - ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. Para o acolhimento da antecipação de tutela pretendida, necessário o preenchimento dos requisitos constantes do artigo 273 do mesmo diploma legal, quais sejam, a verossimilhança do direito alegado e a possibilidade de ocorrência de danos irreparáveis ou de difícil reparação. No caso em análise, muito embora sejam patentes os danos irreparáveis e de difícil reparação que serão impostos à apelante com sua gestação e futuro nascimento de seu filho, não se verifica a presença da verossimilhança do direito alegado, eis que pretende a criação por via transversa de terceira hipótese de aborto, ainda não prevista pelo artigo 128 do Código Penal, ferindo o direito à vida da criança e os direitos do nascituro estabelecidos pelo atual Código Civil (MINAS GERAIS, 2011).

Como visto, o assunto é muito criterioso, por essa razão Cleber Masson ressalta:

[...] a questão é polêmica por envolver diversas concepções: filosóficas, morais, ideológicas e, notadamente, religiosas. Nosso objetivo, contudo, é analisá-la sob o enfoque estritamente jurídico-penal. E, nesse campo, não há crime de aborto por ausência de vida humana. O produto da concepção apresenta batimentos cardíacos que derivam exclusivamente da sua ligação com o corpo da mulher grávida (MASSON, 2015, p. 85).

Diante do exposto, entendemos que, uma vez diagnosticada a ocorrência de anencefalia no feto, cabe à gestante decidir se dará continuidade à gravidez ou não, pois, do contrário, estaríamos ofendendo a dignidade da pessoa humana, o direito da liberdade sobre o próprio corpo e todas as demais garantias fundamentais protegidas em nossa Carta Magna, o que, pode-se dizer, significaria um verdadeiro retrocesso ao Estado Democrático de Direito defendido com a vigência da nova Constituição Federal de 1988.

Aliás, tendo em vista que como se sabe, para a lei – segundo entendimento do SFT – a vida se inicia com a atividade cerebral, portanto, se não há cérebro, não há que se falar em crime contra a vida em caso de realização do aborto de anencefálico.

Dessa forma, cabe à gestante e ao seu cônjuge, decidir acerca da continuidade da gravidez quando constatado a anomalia, pois a lei a ampara em sua decisão, não podendo sua decisão ser cerceada por motivos filosóficos, morais, ideológicos e religiosos defendidos por terceiros.

2.3 A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e a lamentação pela legalização do aborto de fetos anencéfalos

Como vimos, a anencefalia é uma anomalia irreversível, com isso, a expectativa de sobrevivência do feto anencefalo é quase zero ou de curto período de tempo. Por essa razão, surge a discussão acerca da realização do aborto para por fim ao sofrimento da gestante. Alguns são favoráveis a essa possibilidade com base nos laudos médicos que atestam com convicção a morte do feto anencefalo antes ou após do parto, reforçando seus argumentos ao afirmarem que a continuidade dessa gravidez poderá trazer sérios

problemas físicos, mentais e psicológicos à gestante por se tratar de uma gravidez de risco.

Contudo, há os que são veementemente contra a realização do aborto, utilizando como justificativas questões de ordens filosóficas, morais, ideológicas ou religiosas. Aliás, a Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), assim como a Igreja Católica são exemplos de opositores ao aborto de feto com anencefalia.

Ao se manifestar a respeito da legalização do aborto de anencéfalo, a CNBB é categórica ao afirmar que:

Legalizar o aborto de fetos com anencefalia, erroneamente diagnosticados como mortos cerebrais são descartar um ser humano frágil e indefeso. A ética que proíbe a eliminação de um ser humano inocente, não aceita exceções. Os fetos anencefálicos, como todos os seres inocentes e frágeis, não podem ser descartados e nem ter seus direitos fundamentais vilipendiados! (ASSIS, 2014, p. 1).

A afirmação acima está em uma nota oficial da CNBB, após a legalização do aborto de fetos anencéfalos. Percebemos que a Igreja lamentou profundamente tal ato praticado pelo Supremo Tribunal Federal e, novamente, a questão é objeto de discussões, desta vez, no âmbito religioso.

Dom Odilo Pedro Scherer, Bispo Auxiliar de São Paulo e Secretário Geral da CNBB, ao ser indagado sobre o fato de que o feto com anencefalia não tem chance de sobrevivência e, se tem, é extremamente remota, daí a viabilidade de sua eliminação, para evitar maiores sofrimentos para a gestante que carrega em seu ventre um filho, de fato, sem cérebro, afirma:

Pensar assim seria introduzir um princípio perigoso. A vida deve ser respeitada sempre, não importando quantos anos, dias, ou minutos alguém possa viver. Contrariamente, poderemos chegar também a concordar com a supressão da vida dos doentes terminais, dos idosos, dos que têm doenças incuráveis (SCHERER, 2008, p. 29).

E continua adiante destacando que:

[...] a mulher que gera um filho com anencefalia pode passar por um drama grave e por muitos sofrimentos, sabendo que o feto pode morrer ainda no seu seio, ou então, morrerá logo depois de nascer.

Temos que ter muita compreensão para com essa mãe e a sociedade dispõe de muitos meios para ajudá-la. Mesmo o risco para a saúde da mãe pode ser controlado pela medicina. Mas o sofrimento da mãe não é justificativa suficiente para tirar a vida do filho dela. Além disso, fazer o aborto, nesses casos, pode marcar a mãe com um segundo drama, que ela vai carregar para o resto da vida. Abortar um filho não é solução, mas é um problema a mais para a mãe. Melhor, neste caso, é deixar que a natureza siga o seu curso natural (Ibidem, p. 30).

Diante disso, o bispo de Camaçari (BA) e presidente da Comissão Episcopal para Vida e Família da CNBB, Dom João Carlos Petrini, faz uma ressalva que, para a Igreja, é de grande relevância, a respeito dos profissionais que se negarem a realizar o procedimento após essa legalização, Diz ele: “Precisamos questionar se os profissionais de saúde que se recusarem a fazer o aborto serão respeitados em sua liberdade de consciência. O STF não pensou nas demandas que essa decisão pode acarretar” (PETRINI, 2014, p. 1).

Aliás, Dom Odilo Pedro Scherer é implacável quando assevera que:

A vida humana não está apenas num órgão, como o cérebro, por mais importante que ele seja. A vida está no conjunto das funções do organismo. No caso desses fetos, tanto é verdade que são seres vivos, que eles podem se desenvolver no seio da mãe e chegar até à maturidade, para nascerem. Se não fossem seres vivos, não se desenvolveriam. E são seres vivos humanos (SCHERER, 2008, p. 1).

Em contrapartida, o teórico do Direito, Luiz Flavio Gomes, é categórico ao fazer a seguinte afirmação:

Não se pode confundir Direito com religião. Direito é Direito, religião é religião (como bem sublinhou o Iluminismo). Ciência é ciência, crença é crença. Razão é razão, tradição é tradição. Delito é delito, pecado é pecado (Beccaria). A religião não pode contaminar o Direito (GOMES, 2012, p. 1).

E afirma, ainda, diante da menção de alguns magistrados negarem o alvará para conceder a interrupção da gestação, alegando motivos religiosos:

Em pleno terceiro milênio, porém, não nos parece correto conceber que um juiz (que é ‘juiz de direito’) possa ditar sentenças ‘segundo a

dogmática cristã', 'de acordo com suas convicções religiosas' [...] (Ibidem).

Nesse contexto, convém destacar que não nos parece acertado uma decisão judicial que em seu bojo contém dogmas ou valores pessoais, uma vez que, ao ser investido na jurisdição, o juiz deverá julgar de forma imparcial, preservando a defesa das garantias constitucionais e os dispositivos de leis infraconstitucionais aplicáveis ao caso concreto, sem os motivar com suas crenças, dogmas e valores pessoais.

É nesse sentido o entendimento firmado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *in verbis*:

2003.059.05355 – HABEAS CORPUS DES. MARLY MACEDONIO FRANCA - Julgamento: 16/12/2003 - QUINTA CAMARA CRIMINAL HABEAS CORPUS ABORTO AUTORIZACAO JUDICIAL DOENCA CONGENITA INDEFERIMENTO ORDEM CONCEDIDA

"Habeas Corpus". Aborto. Feto anencefálico. Autorização judicial indeferida. Cabimento do "writ". Decisão judicial imparcial. Princípios da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade e da lesividade. "Habeas Corpus" que merece conhecimento em razão da necessária celeridade e também pelo risco à locomoção da paciente advindo de eventual prática do ato sem autorização. A decisão judicial a ser proferida no presente não pode se fundar em valores éticos, religiosos, morais e afetivos - todos eminentemente pessoais, nem pode pretender retratar a decisão certa, porque impossível ao ser humano, pois a vida é assunto divino. Todavia, a decisão deve observar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da razoabilidade, buscando uma solução justa, o que significa permitir a gestante ter assegurado o direito de escolher entre interromper a gravidez ou levá-la a termo, para ver nascer e morrer o filho, que comprovadamente não tem como sobreviver, por padecer de anencefalia. Ademais, à luz do princípio da lesividade do bem jurídico tutelado, é possível admitir-se atipicidade do aborto, 'in casu', pela inexistência de vida do feto anencefálico, mormente à luz do disposto no artigo 3, da Lei n. 9434/97, que dispõe ser possível o transplante apenas após a constatação de morte encefálica. Concessão da ordem.

Ementário: 28/2004 - N. 04 - 22/09/2004 REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol. 63, pag. 335 (RIO DE JANEIRO, 2004, p. 335).

Dessa forma, podemos asseverar que a prestação jurisdicional e os ideais difundidos pela religião realmente não caminham juntos em nenhuma hipótese, isso porque a Igreja Católica é extremamente contra a legalização do aborto, não só de forma

geral, mas também em casos de feto com anencefalia, e expõe suas convicções e seus motivos alicerçados unicamente em torno dos preceitos religiosos, desprezando os contextos físicos, mentais e psíquicos que giram em torno do assunto. Enquanto, na ciência e no mundo jurídico o entendimento é o oposto e, conseqüentemente, as atitudes também o são, uma vez que tenta contextualizar o tema em suas diversas dimensões para se chegar a uma solução justa e equânime.

2.4 Direito da mãe vs. direito do anencéfalo

Os direitos humanos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas da vontade de todos, ou seja, as liberdades não são criadas e não se manifestam senão, em sua maior parte, quando o povo as quer. Daí, a ideia de Francis Paul Bénoit, citado por Guerra: “[...] as liberdades não nascem senão de uma vontade, elas não duram senão enquanto subsiste a vontade de mantê-las” (BÉNOIT, 1985 apud GUERRA, 2006, p. 381).

A discussão sobre a dignidade da pessoa tem ocupado, ao longo do tempo e, especialmente, no presente, um lugar destacado nas reflexões dos filósofos, políticos e juristas. Este conceito e seu significado estão ligados ao que se convencionou rotular de Estado Democrático de Direito.

Direito à vida

Os direitos fundamentais são fruto de um processo gradativo da evolução humana. À medida que a sociedade foi organizando-se houve uma necessidade premente de uma normatização das condutas. Sobretudo, fez-se necessário a criação de uma série de direitos que garantisse aos homens suas necessidades básicas e, assim, surgiram os direitos fundamentais. O direito mais importante de que pode gozar qualquer pessoa, em qualquer país do mundo que seja, é o direito à vida, pois é a partir de seu efetivo exercício que emergirão todos os outros direitos possíveis e imaginários, bem como, a faculdade de o indivíduo poder exercê-los. De nada adiantaria a Lei Maior tutelar os outros direitos fundamentais, se não erigisse a vida humana nesse rol de proteção (LIMA, 2008 p. 35).

A Constituição Federal tutela a vida como direito fundamental no *caput* do seu art. 5º, ao estabelecer 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, (...)” (BRASIL, 1988, p. 21).

Diante do exposto, José Carlos Sousa Silva afirma:

A norma constitucional trata, portanto, do direito à vida como o fundamental, como pré requisito para o exercício dos demais direitos. É assim, uma norma importantíssima no sistema jurídico brasileiro, base e fundamento para as demais normas que tratam dessa matéria. É norma que serve de fundamento na aplicação das demais outras que tutelam a vida humana (SILVA, 2006, p. 42).

No mesmo sentido Ricardo Cunha Chimenti cita que:

O direito à vida é considerado o direito fundamental mais importante, condição para o exercício dos demais direitos. [...] O direito à vida abrange o direito de não ser morto (direito de não ser privado da vida de maneira artificial; direito de continuar vivo), o direito a condições mínimas de sobrevivência e o direito a tratamento digno por parte do Estado (CHIMENTI, 2006, p. 34).

Como se vê, o direito à vida é um dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna, contudo, como afirma Alexandre de Moraes, não representa apenas mais um direito fundamental, como “é o mais fundamental de todos os direitos, já que constitui um pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos” (MORAES, 2008, p. 63).

A Constituição Federal também o proclama, cabendo ao Estado assegurá-lo em sua dupla acepção, sendo a primeira relacionada ao direito de continuar vivo e a segunda de se ter vida digna quanto à subsistência (BRASIL, 1988, p. 23).

De acordo com Bárbara Dornelas Belchior Costa Andrade, adquire-se este direito desde o momento da concepção, de modo que ele se torna vinculado ao nascimento com vida. Ele está garantido até a morte do ser humano. É importante ressaltar que a aquisição deste direito independe da forma de concepção, nascimento, estado físico ou psíquico. Em outras palavras, “[...] basta que se trate de forma humana, concebida ou nascida natural ou artificialmente (*in vitro* ou por inseminação artificial)” (ANDRADE, 2010, p. 39).

A importância do direito à vida reflete-se na ênfase com que as Constituições, como a brasileira, conferem a ele. É visto como um imperativo essencial da convivência em sociedade e está inserido na esfera dos direitos constitucionais fundamentais. O direito ampara a vida humana desde a concepção. Com a formação do óvulo fecundado,

depois do embrião e do feto, começam a tutela, a proteção e as sanções da norma penal, pois daí em diante se reconhece no novo ser uma expectativa de personalidade, a qual não pode ser ignorada.

A destruição de uma vida intrauterina até os instantes que precedem o parto constitui crime de aborto. Hoje, em quase todas as legislações do mundo, o aborto não amparado legalmente é punido como crime praticado contra uma vida humana em formação e que tem o direito de prosseguir e nascer.

O objeto do crime de aborto não é a mulher, mas a vida que se encontra no útero materno, ainda que se resguardem também a vida e a saúde da gestante, punindo-se os atentados à sua integridade. Por isso, é alvo de sanção mesmo a mulher que pratica em si própria o aborto, pois o que se visa com isso é unicamente a garantia da existência dessa nova vida (FRANÇA, 2011, p. 261).

José Afonso da Silva, a propósito, sintetiza o que acredita ser a vida humana, ou seja, este bem que “[...] constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos” (SILVA, 2012, p. 182).

O teórico ainda prossegue: “de nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a intimidade, a liberdade, o bem-estar, se não erigisse a vida humana num desses direitos” (Ibidem).

Diante dos posicionamentos doutrinários é necessário observar que a proteção à vida é de extrema importância para que haja a proteção e a garantia dos demais direitos. Assim, já resta comprovado que, sem vida, não há direitos a serem pleiteados, mas quando há um conflito de direitos e princípios inicia-se uma discussão que perdura até os dias atuais.

3 DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

3.1 Dos direitos fundamentais

Acerca da definição de direitos fundamentais refere Jane Pereira:

Do ponto de vista formal, direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional qualifica expressamente como tais. Já do ponto de vista material, são direitos fundamentais aqueles direitos que ostentam maior importância, ou seja, os direitos que devem ser reconhecidos por qualquer Constituição legítima. Em outros termos, a fundamentalidade em sentido material está ligada à essencialidade do direito para implementação da dignidade humana. Essa noção é relevante, pois, no plano constitucional, presta-se como critério para identificar direitos fundamentais fora do catálogo (PEREIRA, 2006, p.98).

Ingo Sarlet oferece a seguinte definição:

Direitos fundamentais se aplicam para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão direitos humanos guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (SARLET, 2006, p. 29-30).

Extraí-se da afirmativa que Sarlet vê os Direitos Humanos como direitos esparsos, podendo ser encontrados em diversos documentos, separadamente, e seus efeitos irradiam sobre todos os seres humanos, independente de vinculação ou não com o Estado.

Já os Direitos Fundamentais se encontram positivados na esfera constitucional de determinado Estado. Assim, Sarlet entende diversamente os direitos aqui declinados, e acrescenta que a efetividade de cada um é diferente:

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito

internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a ideia de que os primeiros que – ao menos em regra – atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos. (...) Importa, por ora, deixar aqui devidamente consignado e esclarecido o sentido que atribuímos às expressões ‘direitos humanos’ (ou direitos humanos fundamentais) e ‘direitos fundamentais’, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas, sim, de dimensões íntimas e cada vez mais inter- relacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positivação, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas (SARLET, 2006, p. 35-6).

Segundo Canotilho, direitos fundamentais são:

Os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (CANOTILHO, 2008, p. 259).

A origem dos direitos fundamentais ocorreu por meio da análise de costumes e tradições de várias culturas, conforme explica Alexandre de Moraes:

[...] os direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de varias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, ate a conjugação dos pensamentos filosóficos jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural (MORAES, 2011, p. 1).

E, no que se refere à origem dos direitos fundamentais, assim afirma Manoel Gonçalves Filho:

São esses direitos reconhecidos pela ordem jurídica. Esta é a concepção tradicional, historicamente vinculada ao jusnaturalismo. Mais. Não é necessário sequer estejam incluídos na declaração formalizada, para que devam ser respeitados. Com efeito, a enumeração desses direitos não nega outros, é sempre exemplificativa, jamais taxativa. Este é o sentido da clausura segundo a qual a especificação constitucional de direitos e garantias não exclui outros resultantes do regime e dos princípios adotados. Há nisso o

reconhecimento dos direitos implícitos (FERREIRA FILHO, 2011, p. 22).

O autor continua sua análise expondo que o surgimento veio para regular a convivência em sociedade de determinadas colônias, que precisavam equilibrar o exercício de direitos, utilizando sua restrição da utilização do exercício de um indivíduo para que outro pudesse exercer os seus. Vejamos:

O pacto social, para estabelecer a vida em sociedade de seres humanos naturalmente livres e dotado de direitos, há de definir os limites que os pactuantes consentem em aceitar para esse direitos. A vida em sociedade exige o sacrifício que é a limitação do exercício dos direitos naturais. Não podem todos ao mesmo tempo exercer os seus direitos naturais sem que daí advenha a balburdia, o conflito (Ibidem, p. 24).”

Nessa seara, Dimoulis Dimitri e Leonardo Martins definem os direitos fundamentais como:

[...] direitos público-subjetivos de pessoas (físicas ou jurídicas), contidos em dispositivos constitucionais e, portanto, que encerram caráter normativo supremo dentro do Estado, tendo como finalidade limitar o exercício do poder estatal em face da liberdade individual (DIMITRI; MARTINS, 2007, p. 54).

Ingo Wolfgang Sarlet delimita esses direitos fundamentais como:

[...] o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2009, p. 31).

Nessa perspectiva, temos que os direitos humanos podem se distinguir dos direitos fundamentais por essa concreção positiva, visto que o primeiro abrange uma definição mais ampla, ao passo que os direitos fundamentais são direitos reconhecidos ou outorgados pelo direito constitucional de cada Estado.

A definição de direitos fundamentais de Alexandre de Moraes assim se concretiza:

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais (MORAES, 2006, p. 21).

Portanto, os direitos fundamentais podem ser definidos como valores ético-políticos intimamente ligados à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivados no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito (MARMELESTEIN, 2009, p. 20).

Como se sabe, a doutrina, dentre vários critérios, apresenta-nos a classificação de direitos fundamentais em gerações de direitos, também conhecida pela expressão dimensões dos direitos fundamentais, qualificados em direitos de primeira, segunda e terceira gerações (LENZA, 2008, p. 588).

Os direitos fundamentais de primeira geração são aqueles direitos e garantias individuais e políticos clássicos, liberdades públicas, instituídos pela Carta constitucional, conforme o ensinamento de Celso de Mello:

Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (MELLO, 2005 apud MORAES, 2006, p. 26).

Os direitos fundamentais de segunda geração são os surgidos no início do século XX, marcado pela Primeira Grande Guerra e pela fixação dos direitos sociais, culturais e econômicos, correspondendo aos direitos de igualdade.

O começo do nosso século viu a inclusão de uma nova categoria de direitos nas declarações e, ainda mais recentemente, nos princípios garantidores da liberdade das nações e das normas da convivência internacional. Entre os direitos chamados sociais, incluem-se aqueles relacionados com o trabalho, o seguro social, a subsistência, o amparo à doença, à velhice etc. (CAVALCANTE, 2006 apud MORAES, 2006, p. 26).

Os direitos de terceira geração – chamados direitos de solidariedade ou fraternidade –, são marcados pela profunda alteração das relações econômicas sociais e surgimento de novos problemas e preocupações mundiais (LENZA, 2008, p. 588).

Essas questões surgiram englobando direitos transindividuais, tais como o direito a um meio ambiente equilibrado, à qualidade de vida, ao progresso, à paz, à autodeterminação dos povos, dentre outros direitos difusos (MORAES, 2006, p. 27).

Podemos sintetizar essas três gerações do seguinte modo:

[...] a primeira geração seria a dos direitos de liberdade, a segunda, dos direitos de igualdade, a terceira, assim, complementar o lema da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade (FERREIRA FILHO, 2011 apud MORAES, 2006, p. 27)

Com relação à eficácia dos direitos fundamentais, determina o artigo 5º, §1º da Constituição Federal: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (BRASIL, 1988, p. 10).

Isso significa que são normas autoaplicáveis, devendo o Estado agir no sentido de dar a máxima efetividade a desses direitos, conforme ensina Ingo W. Sarlet:

Em nosso direito constitucional, o postulado da aplicabilidade imediata das normas de direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CF) pode ser compreendido como um mandado de otimização de sua eficácia, pelo menos no sentido de impor aos poderes públicos a aplicação imediata dos direitos fundamentais, outorgando-lhes, nos termos desta aplicabilidade, a maior eficácia possível (SARLET, 2009, p. 366).

Essa proteção originária da relação entre o Estado, e os indivíduos se denomina pela doutrina como eficácia vertical dos direitos fundamentais, ou seja, é a vinculação do poder público aos direitos fundamentais (Ibidem).

Dessa forma, os detentores do poder estatal formalmente considerado, os órgãos dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, encontram-se obrigados pelos direitos fundamentais (Ibidem).

Como já amplamente mencionado, os direitos fundamentais surgiram inicialmente como forma de contenção e limitação dos poderes do Estado. Ocorre que a evolução e a complexidade das relações sociais indicam que a própria sociedade por vezes detém o poder e pode violar as liberdades e garantias fundamentais.

Surge, então, a perspectiva de que a vinculação aos direitos fundamentais não só deveria surtir efeito nas relações entre o Estado e os particulares, mas também nas relações dos particulares entre si.

Este estudo foi denominado pela doutrina de eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia externa, ou ainda privada, dos direitos fundamentais (LENZA, 2008, p. 593).

[...] ao contrário do Estado Liberal, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual os direitos fundamentais alcançavam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício de poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que as liberdades encontram-se particularmente ameaçadas (SARLET, 2009, p. 377).

Expõe Virgílio Afonso da Silva:

Da mesma forma que essas forças sociais podem prejudicar o sistema político, em razão de sua alta concentração de poder, o mesmo ocorre no âmbito jurídico. Essas corporações, ainda que privadas, alcançam uma posição de dominação, sobretudo por meio da concentração financeira, que lhes confere um tal poder de decisão mas suas relações com os indivíduos, que qualquer relação jurídica entre ambos, a despeito de se fundar aparentemente na autonomia da vontade, é, na verdade, uma relação de dominação, que ameaça, tanto quanto a atividade estatal, os direitos fundamentais dos particulares (SILVA, 2008, p. 52-53).

Esse tema foi pouco explorado pelo direito brasileiro, encontrando um maior desenvolvimento no âmbito da doutrina e jurisprudência alemãs e, recentemente, na doutrina europeia em geral, constituindo uma das questões mais controversas da dogmática dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 375).

Nas palavras de Ingo W. Sarlet:

Se até mesmo no direito lusitano, no qual a Constituição vigente expressamente consagra uma vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais (art. 18/1), não se registra um consenso quanto ao alcance e à forma desta vinculação, o que não dizer do direito constitucional pátrio, no qual inexiste cláusula similar? (Ibidem, p. 376).

E, conforme complementa o autor, mesmo no direito português, não se revela a amplitude e intensidade em que é ajustado o postulado constitucional da vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais, ou seja, o *modus vinculandi*, surgindo, assim, questionamentos como se a vinculação das entidades privadas assume as mesmas feições da vinculação dos poderes públicos.

Sob outro aspecto, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, lembra Ingo W. Sarlet:

[...] o problema poder-se-á considerar parcialmente resolvido no caso dos direitos fundamentais que, em virtude de sua formação, se dirigem (ao menos também) diretamente aos particulares, tais como à indenização por dano moral ou material no caso de abuso do direito de livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV e U, da CF), o direito à inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI, da CF) e o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5, XII, da CF). Tal ocorre também com diversos dos direitos sociais, de modo especial no que diz com os direitos dos trabalhadores que têm por destinatário os empregadores, em regra, particulares. Em todas as hipóteses referidas não há na verdade, questionar uma vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 377).

Alguns direitos fundamentais não criam dúvidas quanto à sua aplicação horizontal. Podemos ainda observar, como explanado por Pedro Lenza, na prática dos conflitos de direitos fundamentais entre particulares, deparar-se-á com a colisão, de uma forma geral, com o princípio da autonomia das vontades e da livre iniciativa (CF, art. 1º, IV, e art. 170, *caput*), de um lado, e o da dignidade da pessoa humana e máxima

efetividade dos direitos fundamentais (CF, art. 1º, III, e art. 5º, § 1º), de outro lado (LENZA, 2008, p. 595).

A eficácia horizontal nas relações entre particulares é o reconhecimento de que os direitos fundamentais também vinculam os particulares, reconhecendo-se desse modo a sua dimensão objetiva e deixando de considerá-los meros direitos subjetivos perante o Estado (SARLET, 2009, p. 378).

Sobre esse tema, refere-se Daniel Sarmento:

[...] a dimensão objetiva expande os direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas, permitindo que estes transcendam o domínio das relações entre cidadão e Estado, às quais estavam confinados pela teoria liberal clássica. Reconhece-se então que tais direitos limitam a autonomia dos atores privados protegem a pessoa humana da opressão exercida pelos poderes sociais não estatais, difusamente presentes na sociedade contemporânea (SARMENTO, 2006, p. 107).

Afirma ainda o autor que a extensão dos direitos fundamentais às relações privadas se torna indispensável frente à desigualdade social, na qual a opressão pode provir não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa (Ibidem, p. 185).

Mesmo nos casos em que pareça não haver divergência da vinculação de particulares aos direitos fundamentais, é possível questionar qual a forma desta vinculação, se indireta, também chamada doutrinariamente de mediata, ou se direta, conhecida como imediata.

O ponto de partida do modelo de efeitos indiretos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares é o reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado (SILVA, 2008, p. 75).

Os adeptos da teoria da eficácia indireta entendem que a aplicação direta dos direitos fundamentais compromete a autonomia privada e que somente poderiam ser aplicados após um processo de transmutação, caracterizado pela interpretação, aplicação e integração das cláusulas gerais e dos conceitos indeterminados do direito privado à luz

dos direitos fundamentais, configurando-se, nesse sentido, uma recepção dos direitos fundamentais pelo direito privado (SARLET, 2009, p. 379).

Pedro Lenza define a aplicação da eficácia indireta como:

Eficácia indireta ou mediata – os direitos fundamentais são aplicados de maneira reflexa, tanto em uma dimensão proibitiva e voltada para o legislador, que não poderá editar lei que viole direitos fundamentais, como, ainda, positiva, voltada para que o legislador implemente os direitos fundamentais, ponderando quais devam aplicar-se às relações privadas (LENZA, 2008, p. 593).

Dessa forma, temos que a vinculação indireta dos direitos fundamentais é feita pelo legislador que, ao formular as leis, observa os limites e as diretrizes impostas pelos direitos fundamentais.

Assim, os conflitos são resolvidos pelos mecanismos das normas infraconstitucionais.

A teoria da eficácia direta, por sua vez, sustenta que os direitos fundamentais devem ser prontamente aplicáveis e está respaldada no fato de essas garantias basilares serem expressão máxima dos valores adotados pelo Estado, válidas para toda a ordem jurídica, não sendo possível aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto, à margem da ordem constitucional (SARLET, 2009, p. 378).

Quando se fala em aplicabilidade direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, quer-se dizer que, da mesma forma como são aplicados nas relações entre o Estado e os cidadãos, não é necessária nenhuma ação intermediária para que sejam também aplicáveis nas relações interprivados (SILVA, 2008, p. 86).

Para Virgílio Afonso da Silva, a principal diferença entre a aplicabilidade direta e a indireta, consiste na desnecessidade de mediação legislativa para que os direitos fundamentais produzam efeitos nas relações entre particulares, pois, mesmo sem o material normativo do direito privado, esses conferem direitos subjetivos aos particulares nas suas relações entre si. Não devendo estas garantias constitucionais depender de artimanhas interpretativas para que causem efeito nas relações interprivadas (Ibidem, p.39).

Ingo Wolfgang Sarlet também menciona o que a doutrina alemã denominou de eficácia irradiante dos direitos fundamentais a qual versa que, nas relações particulares, é possível sustentar, em qualquer hipótese, ao menos uma eficácia mediata (indireta) dos direitos fundamentais, significando, em última análise, que as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais (SARLET, 2009, p. 382).

Se a tese da assim designada eficácia mediata (indireta) segue dominante na doutrina e jurisprudência alemãs, inclinamo-nos hoje, pelo menos à luz do direito constitucional positivo brasileiro, em prol de uma necessária vinculação direta (imediata) *prima facie* também dos particulares aos direitos fundamentais, sem deixar de reconhecer, todavia, fundamentais às relações jurídicas entre particulares não é uniforme, reclamando soluções diferenciadas (Ibidem, p. 382-3).

Sarlet sustenta, ainda, que apesar da divergência existente na doutrina entre a vinculação direta e a indireta, ressalta-se a existência de posicionamentos de um aspecto mais equilibrado, uma esfera intermediária, em relação a esses modelos básicos, verificando-se que não existe um abismo entre as normas constitucionais e o direito privado, mas uma relação pautada por um contínuo fluir, sendo que ao se aplicar uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição (Ibidem, p. 379-380).

3.2 Conceitos jurídicos acerca da dignidade da pessoa

Iniciamos este ponto com as palavras de Ingo Sarlet, citando Kant:

[...] no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode por se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (...) Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço (KANT, 1785 apud SARLET, 2008, p. 34).

Na mesma linha, no século XVI, com a expansão colonial espanhola, Francisco de Vitória deu a sua forte contribuição para a afirmação desse princípio:

Relativamente ao processo de aniquilação, exploração e escravização dos habitantes dos índios e baseado no pensamento estóico e cristão, que os indígenas, em função do direito natural e de sua natureza humana - e não pelo fato de serem cristãos, católicos ou protestantes – eram em princípios livres e iguais, devendo ser respeitados como sujeitos de direitos, proprietários e na condição de signatários dos contratos firmados com a coroa espanhola (SARLET, 2009, p. 382).

Do mesmo entendimento, Flávia Piovesan corrobora:

A dignidade da pessoa humana, está erigida como princípio basilar da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 2004, p. 56).

Alexandre de Moraes também busca demonstrar a dimensão valorativa da dignidade humana:

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas, sempre sem menosprezar a necessária auto-estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (MORAES, 2003, p. 162).

Podemos basear-nos no conceito Ingo Wolfgang Sarlet, derivado da matriz kantiana, segundo o qual se entende:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da

própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 1998, p. 62).

Ainda contribui para esta análise, as considerações de Chaves de Camargo:

Toda pessoa humana, pela condição natural de ser, com sua inteligência e possibilidade de exercício de sua liberdade, se destaca na sua natureza e se diferencia do ser irracional. Estas características expressam um valor e fazem do homem não mais um mero existir, pois este domínio sobre a própria vida, sua superação, é a raiz da dignidade humana. Assim toda pessoa humana, pelo simples fato de existir, independente de sua situação social, traz na sua superioridade racional a dignidade de todo ser (CAMARGO, 2003, p. 186).

Ingo Wolfgang Sarlet acrescenta:

A dignidade é como qualidade intrínseca da pessoa humana, sendo ela irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade (SARLET, 1988, p. 88).

Rizzato Nunes define dignidade da pessoa humana como “[...] um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato já de ser pessoa” (NUNES, 2002, p. 52).

3.3 O princípio da dignidade humana

O conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio da proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana, pode ser definido como Direitos Humanos e Fundamentais (MORAES, 2003, p. 20).

Um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, todos os princípios que o regem devem se basear no respeito à pessoa humana, pois esta funciona como princípio estruturante, ou seja, representa o arcabouço político fundamental constitutivo

do Estado e sobre o qual se assenta todo o ordenamento jurídico. Por isso, é considerado como princípio maior na interpretação de todos os direitos e garantias conferidos às pessoas no Texto Constitucional (BONAVIDES, 1997, p. 53-58).

A dignidade humana encontra-se indiscutivelmente no núcleo central do Estado Democrático de Direito, dos direitos fundamentais e dos valores expressos constitucionalmente. Inúmeras foram as reflexões acerca da conceituação da dignidade da pessoa humana. Dentre elas, as que mais se destacam são a ideologia cristã e a filosofia kantiana, as quais contribuíram para a formação do pensamento jurídico hodierno sobre o tema (Ibidem).

É comum ver atribuída a primeira enunciação do princípio da dignidade humana ao pensamento de Immanuel Kant. Certamente, tal atribuição decorre do fato de Kant ter sido o primeiro teórico a reconhecer que ao homem não se pode atribuir valor assim entendido como preço, justamente, na medida em que deve ser considerado como um fim em si mesmo e em função da sua autonomia enquanto ser racional (KANT, 1964, p. 28).

Kant elaborou a sua concepção se inspirando em muitas fontes, dentre as quais se deve destacar o pensamento histórico, o cristianismo e a obra de Rousseau (1712-1778).

Para Kant, a ideia de dignidade está ligada à universalidade e à autonomia. A universalidade significa que todos os seres racionais são dotados de dignidade, o que importa dizer que o dever do homem de respeitar a humanidade dos demais não admite restrições, devendo ocorrer em relação a qualquer ser humano (KANT, 1964, p. 28).

A autonomia se refere à liberdade que o homem possui de ser senhor de si mesmo, de possuir uma vontade. Essa autonomia é o que caracteriza o homem como digno (Ibidem).

A doutrina kantiana não encontrou, à época, um meio para se concretizar, tendo em vista que, durante o século XIX e início do século XX, o progresso e o desenvolvimento foram mais relevantes que o valor da pessoa, culminando na brutal ruptura do conceito de dignidade humana na primeira metade do século XX, com o surgimento dos movimentos totalitários. Principalmente após o final da 2ª Guerra Mundial, ganhou impulso a normatização da dignidade da pessoa humana, como forma de se demonstrar o repúdio às atrocidades ocorridas no período bélico, passando a estar prevista expressamente em Constituições, como a Alemã de 1949 (COSTA, 2008, p. 26).

Percebe-se, então, que no período pós-guerra a dignidade ganhou densidade em seu conteúdo, pois, além de ser efetivamente tratado de forma universal, firmando-se a concepção trazida pela doutrina kantiana, seu conceito passou a ser paulatinamente preenchido por valores como igualdade, liberdade e direitos sociais (HERKENHOFF, 2011 p. 93).

Não obstante as variações, ao longo do tempo, de sua dimensão de universalidade e de seu conteúdo, modernamente, a dignidade é concebida como algo intrínseco à natureza humana, pelas particularidades e especificidades que tornam o homem especialmente valioso.

A dignidade, enquanto qualidade intrínseca humana é irrenunciável e inalienável. Deve ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo ser criada, concedida ou retirada.

A dignidade não existe apenas onde é reconhecida pelo Direito, mas é preexistente e anterior a este. Não pode ser conceituada de maneira fixista, pois deve ser analisada diante do pluralismo e diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas, sendo um conceito em “permanente processo de construção e desenvolvimento” (VENTURI, 2010, p. 20).

Neste sentido, aduz-se o entendimento de Alexandre de Moraes, de que:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar (MORAES, 2006, p. 16).

Alguns doutrinadores alegam ser impossível elaborar uma explicação satisfatória sobre o seu significado, outros alegam que só pode tratar de especificar os exemplos de sua violação, dando uma espécie de definição negativa da dignidade da pessoa humana (COMPLAK, 2008, p. 107-120).

Podemos nos basear no conceito do Ingo Wolfgang Sarlet, parte da matriz kantiana, segundo a qual:

[...] por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que

asseguem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 1998, p. 62).

Deve-se reiterar que a filosofia kantiana mostra o homem como ser racional que existe como fim em si, e não como meio, ou seja, algo que não pode ser empregado simplesmente como meio, por ser objeto de respeito; dessa forma, definiu a dignidade do homem como o conjunto das únicas qualidades que o distinguem do reino animal e vegetal, as quais asseguram a ele um lugar excepcional no universo.

A dignidade da pessoa humana foi consagrada no art. 1º, III da CF/88, como princípio máximo da Constituição, na qualidade de norma jurídica fundamental. Considerou-se ser o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, ainda, fonte ética, que confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais.

Como visto, a Constituição de 1988, não incluiu a dignidade da pessoa humana no rol de direitos e garantias fundamentais, guiando-se para a condição de princípio.

Neste contexto, para Flademir Jeronimo Belinati Matins:

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental traduz, em parte a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo o sistema jurídico), obrigando o interprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio, sem desprezar os demais valores, seja efetivamente preservado (MARTINS, 2003, p. 62).

Como se vê, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana cumpre relevante papel na arquitetura constitucional ele é fonte jurídica positiva é o princípio que da valor , unidade e coerência ao conjunto dos direitos fundamentais. Aliás, é um supraprincípio constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais (NUNES, 2002, p. 51).

Destarte o rol de direitos e garantias fundamentais consagrados no Título II da Constituição Federal de 1988, traduz uma especificação e densificação do princípio fundamental da dignidade humana. Em suma, os direitos fundamentais são uma

primeira e importante concretização desse princípio que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º). Dos Direitos sociais (art. 6º a 11) ou dos Direitos Políticos (art. 14 a 17) (FARIAS, 2000, p. 66-7).

É oportuno salientar que tal princípio funcionará como uma “cláusula aberta”, no sentido de respaldar o surgimento de “direitos novos”, não expressos na Constituição de 1988, mas implícitos seja em decorrência do regime e princípios por ela adotados, seja em virtude de tratados internacionais em que o Brasil seja parte, reforçando, assim, o disposto no art. 5º, § 2º. Estreitamente relacionada com essa função, pode-se mencionar a dignidade da pessoa humana como critério interpretativo do inteiro ordenamento constitucional (FARIAS, 2000, p. 66-67).

Ademais, é mister esclarecer que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma norma jurídica fundamental, reconhecendo e protegendo os direitos fundamentais.

A partir desse reconhecimento pela Constituição Federal de 1988, os avanços foram importantes para o País, quanto à defesa e à ascensão da pessoa humana, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais do povo, como titular da soberania, fundamentando-a no art. 1º, através de princípios norteadores. Como dispõe o art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 1º- A República Federativa do Brasil, formada pela União indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I- a soberania;

II- a cidadania;

III- a dignidade da pessoa humana;

IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V- pluralismo político (BRASIL, 1988, p.01).

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana é o princípio central do sistema jurídico, sendo significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema constitucional positivo (Ibidem).

Em síntese, o princípio da dignidade da pessoa humana foi vislumbrado pelo advento da Constituição Federal de 1988, que o elencou como fundamento da República Federativa do Brasil, criando, como se analisará adiante, uma verdadeira cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana, nada mais é do que um princípio constitucional relacionado tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência e de inviolabilidade.

4 O ABORTO: A CONSTITUIÇÃO E O CÓDIGO PENAL

4.1 Conceito e história do aborto no Brasil

No tocante ao conceito, temos que, desde o Código Criminal do Império do Brasil, aborto é a interrupção da gestação com a morte do feto, acompanhada ou não da expulsão do produto da concepção do útero materno.

Art. 199. Ocasionar aborto por qualquer meio empregado interior, ou exteriormente com consentimento da mulher pejada.

Penas - de prisão com trabalho por um a cinco anos. Se este crime for cometido sem consentimento da mulher pejada.

Penas - dobradas.

Art. 200. Fornecer com conhecimento de causa drogas, ou quaisquer meios para produzir o aborto, ainda que este se não verifique.

Penas - de prisão com trabalho por dousa seis anos.

Se este crime fôrcommettido por medico, boticario, cirurgião, ou praticante de taes artes.

Penas – dobradas (BRASIL, 1830, p. 100).

O conceito de aborto é procedente do latim *abortus*, sucedido de *aborire*, que denota morrer ou perecer. Nos dias atuais é usado como a denominação da interrupção da gravidez com o extermínio do produto da concepção (GOMES, 1968, p. 61).

Segundo José Frederico Marques, no sentido etimológico, aborto significa privação de nascimentos, de termos em latim, que significa morrer, perecer, “ab, privação, ortus, nascimento” (MARQUES, 1999, p. 214).

Para Damásio de Jesus:

Aborto é a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (produto da concepção). No sentido etimológico, aborto que dizer privação de nascimento. Advém de ab, que significa privação e ortus, nascimento (JESUS, 1999, p. 214).

Na realidade, o entendimento de aborto legal é baseado no julgamento médico, consideração esta que foi baseada na viabilidade fetal extrauterina. A título de curiosidade, extraímos o conceito de aborto do médico Dr. Franklin Cunha citado por Rogério Sanches:

O aborto é uma manifestação desesperada das dificuldades da mulher para realizar uma opção livre e consciente na procriação e uma forma traumática de controle da natalidade. Mesmo numa consideração não

religiosa, o aborto é um signo de uma rendição, nunca uma afirmação de liberdade (CUNHA, 2010 apud SANCHES; FLÁVIO, 2010, p. 320).

No dicionário Houaiss, aborto é definido como “a expulsão provocada ou consentida do produto da concepção, com propósito de obstar que ele venha a ter qualquer possibilidade de vida extrauterina” (HOUAISS, 2004, p. 35).

Carrara, por sua vez, nos informa que “(...) feticídio é a morte dolosa do feto no útero ou a sua expulsão violenta do ventre materno, com morte do mesmo feto” (CARRARA, 2003, p. 90).

Outros autores, acertadamente, consideram como aborto “a interrupção da gestação, com a expulsão do produto da sua concepção, antes de sua maturidade, abrangendo, assim para sua configuração, o período que vai desde a sua concepção até o parto” (NORONHA; BRUNO; HUNGRIA, 2004, p. 90).

O Direito Penal traz a nomenclatura para produto de concepção, como sendo: “ovo: até 3 meses; embrião: de 3 a 6 meses; feto: a partir do 6^a mês” (BRASIL, ano 2009 , p.364). Hélio Gomes conceitua aborto como “(...) a interrupção ilícita da prenhez com a morte do produto, haja ou não expulsão, qualquer que seja seu período evolutivo: da concepção até as proximidades do parto” (GOMES, 1968, p. 61).

O aborto na visão médico-legal significa nascer prematuramente, ou seja, antes do tempo. A lei não estabelece limites para a idade gestacional em que ocorre a interrupção da gravidez, isto é, aborto é a interrupção da gravidez com o intuito de morte do conceito, seja ela desde a fecundação até os momentos antes do início do trabalho de parto.

Ari Franco afirma que:

Diverge ainda o aborto do ponto de vista clínico e do ponto de vista médico-legal. Do ponto de vista clínico é a expulsão do produto da concepção até o sexto mês da vida intrauterina, sendo então denominado ovular se até o 20º dia da concepção, porque o produto é somente o ovo; embrionário, até o 3º mês, porque até essa época o produto se diz embrião; fetal até o 6º mês, porque o produto se chama feto, sendo que daí por diante, até o 9º mês, a criança pode nascer com vida, capaz de viver no meio ambiente vital, chamando-se, então, clinicamente, parto prematuro, antes de atingido o 9º mês, e parto a termo, quando já decorrido o 9º mês (FRANCO, 1942, p. 134).

Segundo Mirabete:

[...] é a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção, por meios químicos, orgânicos, físicos mecânicos, térmicos e elétricos e psíquicos. O feto pode ser ou não expulso. Caso não seja expulso, poderá ser reabsorvido ou mumificado pelo organismo da gestante. Que seria o produto expelido e dele resultante o ato de abortamento, isto é, de abortar, desde o momento da expulsão do produto da concepção interior do útero, quando o feto morre ou quando a conexa do ovo com a mucosa uterina vier romper. Assim, a prática do aborto é definida por interromper violentamente o processo da gestação com a consequente morte do feto (MIRABETE, 2005, p. 93).

De acordo com Noronha, há controvérsia entre juristas e médicos sobre a maneira se conceituar o aborto. Alguns preferem o aborto para a prática em estudo e outros optam por usar o termo abortamento para o produto morto expelido no abortamento (NORONHA, 1995, p. 58).

É tradicional em nossa legislação penal, desde o Código Imperial, a palavra aborto. A doutrina moderna a considera imprópria, entendendo como expressão de maior rigor técnico o termo abortamento.

Com efeito, abortamento corresponde a manobras realizadas para atingir o aborto, ou seja, o resultado conceptual expulso no ato do abortamento. Entretanto, para atender a tradição de nossa lei penal, o termo aborto está consagrado. E usado, inclusive, como *nomen juris* do crime em todos os códigos penais editados no Brasil, desde o Código Criminal do Império do Brasil.

Já para J. Comrie e W. Thomson a definição mais apropriada seria o “(...) aborto, abaladura, aborção, aborço, abortamento, aborticídio ou desmancho é a separação e expulsão prematura do conteúdo do útero gravídico” (COMRIE; THOMSON, 2004 apud ALARCON, 2004, p. 323).

Quando se dá antes de ser viável, isto é, antes da vigésima oitava semana de gestação, designa-se normalmente por aborto; se ocorre mais tarde, depois desse período, chama-se por parto prematuro. Como a maioria das definições usa o termo viável, é preciso notar que esse quer dizer capaz de vida independente.

A morte do feto é pressuposto essencial para a configuração do aborto. O aborto pode ser natural, acidental, criminoso e legal ou permitido. O aborto natural e o acidental não constituem crime. No primeiro, há interrupção espontânea da gravidez. O

segundo geralmente ocorre em consequência de traumatismo, v. g., a interrupção da gravidez causada por queda.

A gravidez pode ser interrompida e o feto permanecer no claustro materno. Outras vezes, há expulsão do produto da concepção antes de sua viabilidade no mundo exterior. O feto, neste caso, é incapaz de sobreviver extrauterina. Para a configuração do crime de aborto não é suficiente a simples interrupção da gestação, com a expulsão do feto, pois este pode ser expulso em condições de sobrevivência e, em seguida, ser morto por outra ação punível.

No ordenamento jurídico brasileiro, o Código Penal só permite duas formas de aborto legal: o denominado aborto necessário ou terapêutico, previsto no art. 128, I, caso em que o fato, quando praticado por médico, não é punido, desde que não haja outro meio de salvar a vida da gestante.

O segundo caso de aborto permitido é o descrito no art. 128, II, hipótese em que a gravidez resulta de estupro. É também chamado aborto sentimental ou humanitário (NOGUEIRA, 1995, p. 40).

Embora sob o ponto de vista médico a gravidez seja mais propriamente o período que decorre entre a terceira e a quinta fase, sob os aspectos jurídicos ela vai desde a fecundação até o início do parto.

Interrompe-se, então, a gestação, destruindo-se o produto da concepção, nas suas três primeiras semanas, embrião nos três primeiros meses, e feto a partir desse período, existindo viabilidade a partir do sexto mês.

A gravidez há de ser normal. Diferencia-se da extrauterina e da molar. A primeira se dá no ovário, fímbria, trompas, parede uterina (interstício), tendo como consequência, aborto tubário, ruptura da trompa e litopêdio. A segunda consiste em formação degenerativa do ovo fecundado, sendo sanguínea, carnosa e vesicular.

A interrupção da gravidez extrauterina não é aborto, pois o produto da concepção não atingirá a vida própria; sobrevirão, antes, consequências muito graves, matando a mulher, ou colocando em sério risco sua vida. A expulsão da mola também não é crime, já que não existe, aí, vida.

No decorrer da história da humanidade, inúmeros povos estudaram e discutiram a problemática do aborto. Dentre eles estavam os Mesopotâmicos, Gregos e Romanos; no entanto, esses povos se limitavam a tecer considerações e críticas de cunho inteiramente moral (MATIELO, 1996, p. 11). O aborto sempre foi uma conduta

bastante utilizada pelas mulheres, que, devido aos mais diversos motivos, não desejavam gerar um feto.

O primeiro registro escrito sobre aborto, encontra-se no Código Hamurabi, do século 18 a.C., na Babilônia, que punia o aborto quando realizado por terceiros com uma pena pecuniária (WOELFERT, 2003, p. 1050).

A discussão sobre o aborto não deixa de ser polêmica e complexa, pois envolve aspectos religiosos, sociais, políticos, demográficos, pessoais, morais e políticos. Na Antiguidade, o aborto era praticado com frequência, entre diversos povos, especialmente entre os hebreus, e somente passou a ser considerado crime após a Lei Mosaica (BÍBLIA SAGRADA, 1997, p. 79).

A decisão de interromper a gravidez não é coisa de mulheres modernas. Desde sempre, as mulheres veem-se em situações em que não desejam ou não podem levar uma gestação à frente (NOGUEIRA, 1995, p. 37).

A política relacionada aos recém-nascidos portadores de anomalias também advém de milênios. As atitudes tomadas em relação aos bebês eram as mais diversas e ocorriam logo após o nascimento, pois na época não se detectavam essas deformidades no período pré-natal.

Os brâmanes criaram o sistema de castas, que se tornou a principal instituição da sociedade indiana. Eles tinham o costume de matar, ou abandonar na selva as crianças que dois meses depois de nascidas lhes pareciam propensas a serem infratores (Ibidem).

Na Grécia Antiga, era corrente a aprovação do aborto e encarada naturalmente, sendo feita, sobretudo, entre as meretrizes. Durante a Antiguidade Clássica, Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: aconselhava-se o aborto desde que o feto não tivesse adquirido alma (NAMBA, 2009, p. 117-8). Na sociedade grega, o aborto era preconizado por Aristóteles como método eficaz para limitar os nascimentos e manter estáveis as populações das cidades gregas. Em seu tratado *Política*, o filósofo grego afirma que:

Quanto, a saber, quais os filhos que se devem abandonar ou educar, deve haver uma lei que proíba alimentar toda a criança disforme. Sobre o número dos filhos (porque o número dos nascimentos deve ser sempre limitado), se os costumes não permitem que os abandonem e se alguns casamentos são tão fecundos que ultrapassem o limite fixado de nascimentos, é preciso provocar o aborto, antes que o feto receba animação e a vida; com efeito, só pela animação e vida se poderá determinar se existe crime (ARISTÓTELES, 1998 apud NOGUEIRA, 1995, p. 37).

Os costumes variavam conforme a classe social e não com a intenção do agente. Na Assíria, as mulheres que abortavam eram submetidas ao empalhamento. Hungria afirma que:

Na Grécia, era corrente a provocação do aborto. Licurgo e Sólon proibiram, e Hipócrates, no seu famoso juramento, declarava: ‘a nenhuma mulher darei substancia abortiva’; mas Aristóteles e Platão foram predecessores de Malthus: o primeiro aconselhava o aborto (desde que o feto ainda não tivesse adquirido alma) para manter o equilíbrio entre a população e os meios de subsistência, e o segundo preconizava o aborto em relação a toda mulher que concebesse depois dos quarenta anos. E o uso do aborto difundiu-se por todas as camadas sociais (NAMBA, 2009, p. 117-8).

Conforme visto, Aristóteles defendia a realização de abortos como forma de controle populacional, além de afirmar que as crianças que apresentassem anomalias deveriam ser deixadas para morrer.

Esse argumento é considerado eugênico, certamente, mas é preciso compreender que Aristóteles, da mesma forma que Platão, viveu há mais de dois mil anos, ou seja, em um tempo no qual as anomalias congênicas impediam a própria manutenção da vida dos seus portadores.

No ventre da mãe os filhos recebem, como os frutos da terra, a impressão do bem e do mal. Sobre o destino das crianças recém-nascidas, deve haver uma lei que decida os que serão expostos e os que serão criados. Não seja permitido criar nenhuma que nasça mutilada, isto é, sem algum de seus membros; determina-se, pelo menos, para evitar a sobrecarga do número excessivo, se não for permitido pelas leis do país abandoná-los, até que número de filhos se pode ter e se faça abortarem as mães antes que seu fruto tenha sentimento e vida, pois é nisto que se distingue a supressão perdoável da que é atroz (ARISTÓTELES, 1998, p. 73).

Segundo Ivanildo Ferreira Alves:

Para o direito romano antigo, o aborto não tinha existência autônoma como crime, a Lei das XII Tábuas e as leis republicanas não tratavam da matéria. A conduta era considerada crime contra a mulher, porquanto o ser humano em vida intrauterina era tido como uma porção do corpo da mulher ou parte de suas vísceras (*mulieris pars*

velviscerum). Geralmente, ficava-se a salvo da punição quando não implicasse óbito da mulher ou mesmo agressão à sua saúde. Sob o governo de Septénio Severo (193-211 d.C.), a lei romana passou a tratar do aborto como uma punição do pai ao direito de possuir sua prole. Nessa época, a repressão social romana era a mesma dada a homicídio praticado com a propensão de veneno (ALVES, 1999, p. 193).

Platão, por sua vez, opinava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, para as mulheres com mais de 40 anos e para preservar a pureza da raça dos guerreiros. Inclusive, ele menciona em sua obra que se o incesto fosse consumado, deveriam ser prescritas “(...) ordens estritas para prevenir que o feto saia à luz” (PLATÃO, 347 a.C. NOGUEIRA, 1995, p. 38), portanto, sustenta que nos casos de famílias incestuosas deveria ser interrompida a descendência.

Sócrates aconselhava às parteiras que facilitassem o aborto às mulheres que assim o desejassem. É importante ressaltar que, mesmo nas sociedades em que o aborto não era tolerado, na Antiguidade, não se via aí como o direito do feto, mas como garantia de "propriedade do pai" sobre um potencial herdeiro. Os sumérios, os assírios, o Código de Hamurabi e dos persas, que vão desde 2000 a 600 a.C., proibiam o aborto e impunham punições severas àqueles que causassem a morte de uma criança nascitura (Ibidem).

Em Roma, o aborto era uma prática comum e tolerada quando a natalidade era alta, como nos primeiros tempos da República. Assim como o infanticídio era moral e legalmente aceito para os nascidos com aparência pouco humana, que eram jogados de um penhasco. Era o aborto punido quando feito sem o consentimento do pai. A atitude permissiva de Roma mudou quando a população começou a declinar, no segundo século depois de Cristo, passando a proclamar leis antiabortivas (NOGUEIRA, 1995, p. 38).

Na Idade Média, uma mulher católica, aconselhada por Tomás de Aquino, poderia fazer o aborto, uma vez que o entendimento da Igreja nesta época era o de que a vida começava após o nascimento.

Indiscutivelmente, porém, a questão do aborto tem no Cristianismo o seu marco principal, pois sua doutrina valoriza o aspecto moral e religioso da questão, influenciando até hoje as diversas legislações mundiais.

O aborto, então, passa a ser definitivamente condenado. E juntamente com o Cristianismo vieram à tona diversos prismas na conceituação do aborto e a crença de

que o feto possuía uma alma, e que esta é imortal. Segundo Matielo, “(...) sendo o homem criado à imagem e semelhança de Deus, não deveria então, ter o poder de vida e morte sobre os demais, atributo este exclusivamente do Criador (MATIELO, 1996, p. 15)”.

Em 1869, a Igreja Católica declara que a alma era parte do feto desde a sua concepção, transformando o aborto em crime. No século XIX, a prática de proibição do aborto passou a expandir-se com toda força, por razões econômicas, já que a sua prática nas classes populares podia representar uma diminuição na oferta de mão-de-obra, fundamental para garantir a continuidade da revolução industrial (NOGUEIRA, 1995, p. 39).

Essa política contrária ao aborto continuou na primeira metade do século XX, com exceção da União Soviética onde, com a Revolução de 1917, o aborto deixou de ser considerado um crime. Mas, na maioria dos países europeus, por causa das baixas sofridas na Primeira Guerra Mundial, o aborto continuava não sendo tolerado (Ibidem).

Com a ascensão do nazifascismo, as leis antiabortivas tornaram-se severíssimas nos países em que ele se instalou com o lema de se criarem "filhos para a pátria". O aborto passou a ser punido com a morte, tornando-se crime contra a nação, a exemplo do que ocorreu em certo momento no Império Romano.

Após a Segunda Guerra Mundial, as leis continuaram bastante restritivas até a década de 60, com exceção dos países socialistas, dos países escandinavos e do Japão. Na década de 60, em muitos países, as mulheres passaram a se organizar em grupos feministas que começaram a exercer pressão no sentido de permitir à mulher a decisão de continuar ou não uma gravidez (NOGUEIRA, 1995, p. 39).

A primeira conquista histórica aconteceu nos Estados Unidos, já no começo dos anos 70. O julgamento do caso Roe vs. Wade pela Suprema Corte Americana determinou que leis contra o aborto violam um direito constitucional à privacidade, que a interrupção da gestação no primeiro trimestre apresenta poucos riscos à saúde materna e que a palavra “pessoa” no texto constitucional não se refere ao “não nascido”. Essas decisões liberaram a prática do aborto na América do Norte (Ibidem).

A prática do aborto já era realizada pelas mulheres indígenas, como também em Portugal, embora por razões diferentes.

No início da colonização, Freyre enfatiza que os índios costumavam fugir das missões jesuítas devido à segregação em que viviam, pela violência que sofriam dos missionários e pela miséria.

Diante dessa falta de base e apoio econômico, muitas famílias se dissolveram, o que fez aumentar a mortalidade infantil e diminuir a taxa de natalidade, sendo esta também ocasionada pelos abortos praticados pelas mulheres indígenas na falta de maridos e pais que lhes dessem apoio.

O Código Penal do Império, de 1830, enquadrava o aborto no capítulo contra a segurança das pessoas e das vidas, mas não o punia quando praticado pela própria gestante. Em 1890, no Código Penal da República, o aborto só era punido quando praticado por terceiros, com ou sem a aprovação da gestante, se dele resultasse a sua morte (NOGUEIRA, 1995, p. 40).

Com as ideias liberais do Iluminismo, as penas nos crimes de aborto passaram a ser atenuadas e tratadas pelas respectivas legislações. Como consequência, vários países, por questões filosóficas, jurídicas ou sociais, deixaram de criminalizar o aborto, enquanto outros continuaram punindo como crime contra a vida.

O Código Penal de 1940, inspirado na filosofia do Código Penal Italiano, incluiu o aborto em seu Capítulo I – Dos Crimes Contra a Vida, criminalizando-o em todas as hipóteses, apenas excluindo de punibilidade o aborto necessário, realizado se não há outro meio de salvar a vida da gestante, e o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, desde que precedido do consentimento da gestante ou de seu representante legal, em caso de incapacidade.

4.2 Modalidades de aborto

O aborto ainda é uma prática proibida no Brasil e está previsto dentro do Código Penal nos crimes contra a pessoa, estando dentro da subclasse dos crimes contra a vida. As normas penais que incriminam o aborto estão contidas nos artigos 124, 125, 126, 127 e 128 do Código Penal Brasileiro, possuem a finalidade de proteger a vida humana intrauterina.

Dentre as suas classificações estão o auto aborto, aborto provocado sem o consentimento da gestante, aborto Consensual, aborto qualificado, aborto Legal, aborto necessário e aborto eugênico.

Auto aborto:

O Código Penal em seu artigo 124 tipifica duas condutas, sendo que na primeira a gestante provoca aborto em si mesmo.

Está tipificado no art. 124, do CP. Pode ser realizado de duas formas: a gestante provoca aborto em si mesma (art. 124, 1ª parte); e a gestante consente que outrem provoque nela o aborto (art. 124, 2ª parte). Na primeira parte do art. 124, o legislador prevê como crime o fato de “provocar aborto em si mesma”. A ação da autora é reflexiva, volta-se contra seu próprio corpo no qual se desenvolve o feto. O delito é classificado como de mão própria. Mediante processos mecânicos, físicos ou químicos, a gestante opta por destruir o embrião. Com os meios mecânicos, a gestante aplica processos traumáticos diretamente sobre o útero fertilizado com o novo ser ou realiza ação violenta extragenital. Nos processos químicos, a grávida emprega substância com propriedades tóxicas que, ao reagirem no organismo materno, produzem hemorragias, por vezes intensas que resultam em abortamento (NORONHA, 1995, p. 58).

O auto aborto é o aborto realizado pela própria gestante (autora do delito) através de meios executivos físicos, que podem ser: mecânicos (pressão sobre o útero através das paredes abdominais), térmicos (bolsas de água quente/fria sobre o abdômen), elétricos (choque elétrico), ou ainda, por processos químicos, como ingerir substâncias tóxicas, causando a morte do feto.

Os meios internos, que se trata de uso de substâncias químicas, quando introduzidos no organismo da mulher, objetivam inicialmente obter contrações uterinas e provocar, de tal modo, a expulsão do feto. Para Damásio, os meios abortivos internos não possuem eficácia absoluta, ou seja, as substâncias abortivas não garantem uma ação direta e exclusiva sobre o útero, capaz de expulsar o produto da concepção sem causar outras lesões para o organismo (JESUS, 1999, p. 101).

No auto aborto, existe apenas o direito à vida do feto, como uma tutela penal. É necessário que se tenha provas de vida do sujeito passivo, sendo que sua morte, em virtude da interrupção da gravidez, deve ser resultado dos meios abortivos empregados para tais fins, não se questionando o momento do ato durante a evolução fetal (Ibidem).

A legislação penal protege o produto da concepção desde o momento da fecundação, não distinguindo entre óvulo fecundado, embrião ou feto, apesar de referir-se ao sujeito passivo como feto.

Há divergências no que se refere ao concurso de agentes na modalidade de auto aborto. Alguns autores entendem que é admissível, na suposição de um terceiro instigar, induzir, auxiliar, tornando possível o delito, mesmo que dele não participem diretamente.

No entanto, se o partícipe executasse ato que interviesse diretamente na provocação do aborto, responderia este não pelo crime previsto no artigo 124 do CP, e sim como autor estipulado pelo artigo 126 do CP: Provocação do aborto com o consentimento da gestante. Vejamos:

O auto aborto, conforme já evidenciado, admite a participação de terceiro, desde que secundária. Este terceiro, ou copartícipe, para ser apenado, com base na sanção do auto aborto, não deve realizar as manobras abortivas, ou seja, sua participação deve ser como mero auxiliar da gestante, fornecendo uma droga, acompanhando, instigando facilitando, etc. Contudo, se o copartícipe vier a praticar a ação de provocar o abortamento, será responsabilizado como autor do crime do art. 126, do CP (provocar aborto com o consentimento da gestante) e não como partícipe do auto aborto (art. 124, do CP). Ponto de vista defendido por parte da doutrina penal afirma que, se do manejo para o auto aborto, resultar morte da grávida ou lesão corporal grave, o terceiro em questão, responderá pelo crime de auto aborto (art. 124, 1ª parte) e por homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o resultado (PRADO, 2007, p. 196).

Entende-se, portanto, que responderá pelo delito do artigo 124, do Código Penal, como partícipe, aquele que mediar a conduta praticada pela gestante, quando o terceiro se limitar a induzir, aconselhar ou apenas instigá-la a prestar seu consentimento na provocação do aborto. No entanto, se prestar qualquer auxílio fisco, de modo a concorrer no fato do terceiro provocador, será partícipe do crime estipulado no artigo 126 do CP.

A literatura médico-legal consigna fatos concretos em que a gestante, ao aplicar bolsas quentes e, em seguida, bolsas frias, sobre o abdômen, a mudança brusca da temperatura resultou em abortamento. Embora seja raro, não se pode descartar a possibilidade da gestante se valer de meios psíquicos para o abortamento, como se submetendo a tensões e emoções que tenham o condão de desencadear o ato abortivo.

Por outro lado, para nós, não existe concurso entre a lesão corporal e o homicídio culposo em relação ao partícipe. Ele deve responder tão somente pela participação em auto aborto. Não há como falar na modalidade qualificada do crime de

aborto, descrita no art. 127, do CP, porquanto a forma agravada de aborto é incompatível com a tipicidade do art. 124.57. Na porção final do art. 124, do CP, a gestante é incriminada por autorizar que terceiro lhe pratique o aborto, como descreve o legislador penal naquele dispositivo: “(...) consentir que outrem lho provoque” (BARCHIFONTAINE, 1996, p. 16).

Aborto provocado por terceiro:

No Código Penal, no artigo 125, está encartada a modalidade de aborto que acontece quando a interrupção da gestação ocorre sem o consentimento da gestante. A não concordância da gestante pode ser real, quando há emprego de violência, fraude ou grave ameaça, ou, ainda, presumida, quando a grávida for menor de quatorze anos de idade, alienada ou débil mental (PRADO, 2007, p. 103).

Aduz o art.126 do Código Penal:

Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante: Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (BRASIL, 2014, p. 358).

O aborto provocado com o consentimento da gestante ocorre quando há o consentimento da genitora para que outra pessoa provoque o aborto, sendo indispensável a validade do consentimento da mulher grávida para a configuração do crime de aborto consentido. Ressalta-se que, para a caracterização deste tipo, é imprescindível o consentimento inequívoco da gestante do início ao fim da conduta.

Este consenso poderá ser manifestado verbalmente ou de acordo com a própria conduta da gestante: “Logo, caso a mulher venha expressar sua desistência e o terceiro mesmo assim prosseguir este cometerá o crime previsto no artigo 125 e não o aborto consentido” (DINIZ, 2007, p. 45).

O aborto provocado sem o consentimento da gestante comporta a figura da não concordância real, quando, mediante violência, em virtude de força física, grave ameaça ou fraude, a gestante é induzida à prática de um ato abortivo, sem que a mesma tenha conhecimento de tal fato. Como o seguinte exemplo de Mirabete: “(...) fazê-la ingerir um abortivo supondo que se trata de outro medicamento” (MIRABETE, 2005, p. 98).

A não concordância presumida, ocorrente na hipótese de alienação ou debilidade mental de que trata o artigo 26 do CP, ou no caso de menor de quatorze anos, adequando-se, portanto, à definição do artigo 125 do CP, nos termos que rege o artigo 126, § único, do Código Penal.

No segundo caso (não concordância presumida), a gestante não é maior de 14 anos, é alienada ou débil mental (CP, art. 126, parágrafo único). A lei determina a aplicação da pena cominada ao art. 125, quando a gestante “não é maior de 14 anos”. Significa que a grávida, para amoldar-se à tipicidade do dispositivo, deve ter 14 anos ou menos de 14 anos (BRASIL, 2009, p. 241).

Quando se tratar de aborto mediante grave ameaça, a que se ater ao confronto com o delito de constrangimento ilegal, capitulado no artigo 146, *caput*, do Código Penal, uma vez que a ameaça pode ser o meio empregado para a execução do ato.

Neste caso, pelo princípio da especialidade, configura-se o crime de aborto, pois quando o constrangimento for elemento integrante de outro crime, o delito é considerado tipicamente subsidiário, não se configurando.

É a figura típica do delito, com maior penalização após o previsto no artigo 127 do CP (aborto qualificado), reclusão de três a dez anos, já que o ato acontece sem o livre arbítrio da gestante, sendo o agente penalizado com maior rigor, em virtude da amplitude da sua responsabilidade.

O dissenso da gestante é elemento de fundamental importância para a caracterização do delito, já que a mesma, juntamente com o feto, é vítima do crime, enquadrando-se na figura do sujeito passivo.

Esta modalidade de aborto é considerada a mais grave do Código Penal Brasileiro, excetuando-se, é claro, a forma qualificada do crime. O estatuto repressivo estabelece no artigo 125: “Provocar aborto, sem o consentimento da gestante” (Ibidem).

A gravidade social do aborto provocado sem o consentimento da gestante é indicada pelo legislador penal em função da pena, a mais elevada das modalidades de aborto: reclusão de três a dez anos.

A norma repressiva não impõe, para a configuração dessa espécie de aborto, o expreso dissentimento da mulher grávida. Para a responsabilização criminal de alguém é suficiente que o aborto seja cometido contrariando o querer da gestante, ainda que tácito.

Nos casos em que a gestante desconhece seu estado de gravidez, também configurará o crime do art. 125, do CP. Há duas formas de aborto provocado: com a não

concordância real e com a não concordância presumida. No primeiro caso, o aborto é provocado mediante violência, grave ameaça ou fraude.

A provocação do aborto, sem o consentimento da gestante, mediante violência ocorre, por exemplo, com a mulher grávida de três meses, que é agredida pelo marido com uma martelada na cabeça e, em função do trauma, aborta.

O dolo eventual neste caso é manifesto. O caso do pai que, contrariado com a gravidez da filha, para não expulsá-la de casa, impõe que se submeta ao abortamento do feto, exemplifica a grave ameaça, enquadrando-se no contendo esculpido no artigo 146 do Código Penal, que nos diz: “Quando ocorre grave ameaça ou violência como meios da execução da provocação do aborto, existem dois crimes em concurso formal: aborto e constrangimento ilegal (DELMANTO, 2009, p. 241)”.

Pode-se dizer, ainda, que, sem dúvida, existe fraude na conduta do médico inescrupuloso que, por um motivo determinado e ludibriando a gestante, afirma que o aborto é o único recurso para salvá-la da morte em decorrência do parto. Tendo em vista a fraude, a violência ou a grave ameaça como meios de abortamento, do mesmo modo, se ela é alienada ou débil mental. Nestas duas últimas hipóteses (alienação ou debilidade mental), a gestante deve se encontrar nas condições descritas no caput do artigo 26 do CP.

Alberto Silva Franco simplifica:

Constitui fraude qualquer ardil capaz de induzir a gestante em erro; convencê-la da fatalidade de sua morte, se a gestação prosseguir. Por grave ameaça se entende a que pode vencer a resistência de uma mulher normal. E violência pressupõe o emprego de força física. Está claro que se a fraude é manifestamente grosseira, ou a ameaça é por demais leve, o crime será antes de aborto consentido, tais sejam as condições pessoais da gestante (*coactus tamen voluit*) (MARREY, 1997, p. 520).

Em decorrência de seu estado mental mórbido, a mulher grávida não reúne capacidade para consentir que alguém lhe provoque aborto (BRASIL, 2009, p. 241). É irrelevante sua anuência, que não pode subsistir em face de seu anômalo estado mental. A reprimenda penal, no art. 125, é mais severa em função da violação do arbítrio da mulher de manter em suas entranhas o feto, transformando-a em sujeito passivo do delito, a par da própria gestante.

Observa-se que o parágrafo único do art. 126, do CP, deveria ser parágrafo único do art. 125, do mesmo diploma legal. Entendemos ter havido brando erro técnico na posição topográfica do dispositivo, quando o legislador redigiu os dois artigos (NORONHA, 1995, p. 83).

O encravamento do parágrafo único no art. 126, e não no art. 125, pode ensejar dificuldade para seu entendimento. Deveria o legislador, didaticamente, exaurir todas as hipóteses de aborto provocado sem o consentimento da gestante para, em seguida, iniciar a redação do aborto provocado com o consentimento da gestante (Ibidem).

O parágrafo único do art. 126, para ser inserido no art. 125, exigiria tão somente ligeira adaptação redacional. Considera-se inexistente o consentimento da gestante se esta não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência (DELMANTO, 1991, p. 244).

Os tribunais têm repellido a tese de legítima defesa putativa da honra (própria ou de terceiro), se a intenção de destruição do feto é evidente no agir do sujeito ativo, sendo que já se decidiu em certo tribunal estadual de não se admitir que gravidez, fruto de relacionamento sexual extraconjugal, consistente e voluntariamente desejada, importe agressão á pessoa da acusada, de modo a justificar o aborto, a pretexto de legítima defesa putativa da honra.

Tampouco há como falar em preservação da vida, pois, se esta chegou a correr risco, foi por sua própria vontade, e não do feto que trazia nas entranhas e que veio a falecer em consequência do aborto. Outro julgado não vislumbra, no emprego generalizado de meios contraceptivos.

Esta posição jurisprudencial não é unânime. Alberto Silva Franco tem o ponto de vista totalmente antinômico, se os meios anticoncepcionais já são admitidos, não se compreende que o aborto também não o seja, pelo menos nos primeiros dias da concepção, antes que o feto manifeste vida (FRANCO, 1997 apud MARREY, 1997, p. 532).

Não é rara a formação intrauterina de gêmeos duplos ou múltiplos, conhecida na medicina por poliembrionia. O zigoto que origina a poliembrionia somente é detectado após certo estágio de desenvolvimento, quando começa a evidenciar-se duplo ou múltiplos centros de formação embrionária, dando origem, ao final do parto, a dois ou mais seres humanos.

Assim, pergunta-se: Na hipótese de dupla ou poliembrionia há apenas um crime de aborto ou dois ou mais? Entende-se haver concurso formal na hipótese totalmente

esquecida pela doutrina, posto que a questão suscitada amolda-se com perfeição ao art. 70, do CP (BRASIL, 2009, p. 359).

Aborto qualificado

O ordenamento jurídico brasileiro submete o aborto provocado por terceiro à qualificação para os crimes descritos nos artigos 125 e 126, conforme aduz o artigo 127 do Código Penal:

Art. 127: As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém à morte (BRASIL, 2009, p. 358).

As penas cominadas nos artigos 125 e 126 do Código Penal são aumentadas de um terço se, em decorrência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, sobrevém-lhe a morte.

Para Manzini o aborto qualificado em face do resultado restringe-se somente aos casos de aborto provocado por terceiro (artigo 125 e lesão representa uma punição natural, seja porque seria cruel aumentar a punição penal) (MANZINI, 1995 apud NORONHA, 2004 p. 62). Crime qualificado pelo resultado, de natureza preterdolosa, em que o primeiro delito se pune a título de dolo (aborto), e, a título de culpa, o resultado qualificador, que pode ser em virtude de lesão corporal de natureza grave ou em consequência de morte.

O Código Penal Brasileiro não pune a autolesão, seja porque esta já constitui uma punição, seja porque se constituiria exagerada exasperação. Da mesma forma, se a gestante vier a falecer, haverá automática extinção de punibilidade. O aborto qualificado se trata de crime preterintencional ou preterdoloso, pois há dolo no resultado antecedente (aborto) e culpa no consequente (lesão corporal grave ou morte). Note-se que a lesão corporal grave, referenciada pelo legislador no art. 127, é a descrita nos parágrafos 1º e 2º, do art. 129, do CP (BRASIL, 2009, p. 359).

A alusão feita pelo legislador no art. 127 do CP à lesão corporal grave deve ser entendida de modo que a lesão corporal gravíssima esteja embutida na expressão, posto que a lei emprega o termo grave no sentido amplo (Ibidem).

O delito não se atém à qualificadora quando houver lesão de natureza leve, já que a prática abortiva, através dos meios utilizados, em sua grande maioria, causa lesão aos órgãos atingidos, até mesmo quando feito por médicos, já que é uma consequência normal do fato.

O agente responde apenas pelo delito de aborto, não se aplicando a norma qualificadora, uma vez que o Código Penal pune apenas quando da lesão corporal grave de desnecessária.

A forma qualificada de aborto em decorrência de lesão corporal deve-se pautar em dois pontos, sendo eles: aborto que resulta em lesão, e lesão que resulta em aborto.

Primeiramente, o agente possui a intenção de praticar o delito, a sua vontade está vinculada à prática do aborto, porém, pelos meios empregados no ato, ou em consequência do próprio aborto, a gestante vem a sofrer lesão corporal de natureza grave, configurando-se a forma qualificada, de que trata o art. 127 do CP, pois o elemento subjetivo é o dolo, mas o dolo em face do aborto, não da lesão corporal, que, apesar de ter ocorrido, não era intenção de o agente praticá-la.

No momento da aplicação da pena, entra-se no caráter das espécies de aborto que cuida o art. 125 do CP (sem o consentimento da gestante), com pena de três a dez anos mais um terço pela qualificadora, e o art. 126 do CP (com o consentimento da gestante), pena de um a quatro anos, aumentando-se um terço.

Em segunda opção, para configurar a lesão que resulta aborto, o agente não deve ter sua vontade destinada no sentido de provocar a interrupção da gravidez com a morte do feto, devendo objetivar apenas a lesão, pois se pretende a lesão corporal, mas, no entanto, a pratica em mulher visivelmente grávida, responderá pelo crime de aborto. Quem desfere violento pontapé no ventre de mulher, visível e sabidamente grávida, comete crime de aborto, e não o de lesão corporal gravíssima pelo resultado aborto, pois age com dolo eventual (DELMANTO, 1991, p. 218).

Na hipótese de o agente desconhecer o estado de gravidez da mulher, ou se sua ignorância era escusável, não há que se falar em forma qualificada. Quando da prática abortiva sobrevém a morte da gestante, configura-se o aborto em sua forma qualificada, em que a pena será duplicada (artigo 127, CP). Se for consentido, duplica-se a pena do artigo 126 do mesmo instituto, não se caracterizando homicídio, por ser o dolo em face do aborto (Ibidem).

Ademais, no tocante à segunda hipótese, quando o agente quer a morte da gestante e em decorrência ocasiona também a morte do feto, responde por homicídio, enquadrando-se no artigo 121, CP. O crime maior (homicídio qualificado) absorve o menor (aborto) (Ibidem, p. 219). Já quando por quem sabia da gravidez, pode configurar aborto na forma de dolo eventual, havendo concurso formal entre o homicídio e o aborto.

Entende-se que se o agente desconhecia a gravidez, e desejava apenas a morte da gestante, responderá por homicídio. No entanto, tendo ele ciência do estado de gravidez, haverá concurso formal entre homicídio e aborto na forma de dolo eventual, ou seja, o agente não deseja diretamente o resultado aborto, porém o aceita como decorrência provável de sua ação. Como diz Hungria:

O aborto só é punível a título de dolo, que é na espécie a vontade consciente e livre de interromper a gravidez ou eliminar o produto da concepção, ou, pelo menos, a anuência ao previsto advento de tais resultados. Não constitui crime o aborto culposo ou preterintencional. “Quando os meios praticados pelo agente não forem suficientes para consumir a morte do feto, mesmo que tais meios decorra lesão grave ou morte da gestante, responderá agente por tentativa de aborto qualificado (HUNGRIA, 1981, p. 253).

As penas cominadas nos artigos 125 e 126 são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave, e são duplicadas se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte, é o que reza o art. 127, do CP (BRASIL, 2009, p. 359).

Esse dispositivo descreve as circunstâncias qualificadoras do crime de aborto, nas modalidades tipificadas nos artigos 125 e 126. O aumento da pena, preconizado no art. 127, não é aplicado ao auto aborto (art. 124), isto é, ao aborto provocado pela própria gestante, porquanto nele as manobras abortivas (bolsas de água quente, bolsas de gelo, curetagem, etc.) são realizadas pela própria mulher que, quase sempre, por falta de habilidade, machuca-se, fere-se (Ibidem).

Se a lei aumenta a pena cominada nos art. 125 e 126, em decorrência da lesão corporal de natureza grave, com mais razão ainda a pena deve ser mais rigorosa se resulta lesão corporal gravíssima. Observe-se que a lei penal exclui da forma agravada do art. 127 as hipóteses em que as ações previstas nos artigos 125 e 126 resultam em lesão corporal leve (art. 129, *caput*) (Ibidem).

Ainda na hermenêutica do art. 127, a mulher que pratica auto aborto e se auto lesiona não tem sua pena agravada, pelos motivos acima expostos. O mesmo ocorre com o partícipe que instiga ou auxilia a gestante no auto aborto. Alguns doutrinadores inclinam-se pela tese de que o copartícipe deve responder por lesão corporal culposa ou homicídio culposo. A razão parece estar com Danda Prado, quando professa:

Cremos, entretanto, que o coautor não praticará outro delito senão o do art. 124. Inteiramente estranho à execução, da atividade moral que desenvolveu não pode derivar a morte ou a lesão da mulher; não há nexos direto de causalidade ante aquela atividade e o evento ocorrido (PRADO, 2007, p. 59).

A lei não impõe que o abortamento chegue à fase de consumação, com a consequente morte do feto, para a configuração da forma qualificada do delito.

O resultado morte ou lesão corporal de natureza grave pode derivar dos meios empregados para provocar o aborto, sem, contudo, ocorrer a morte do feto.

Há quem vislumbre na hipótese tão somente a figura tentada do crime. Essa tese demonstra-se frágil, uma vez que os crimes preterdolosos, como é o caso do art. 127, do CP, não admitem tentativa (Ibidem).

Aborto legal

O código Penal Brasileiro não impede, de forma absoluta, a prática do aborto. Considerada criminosa como regra, a interrupção da gravidez é admitida em dois casos excepcionais, sem indagação prévia sobre o seu caráter antijurídico e culpável: no aborto necessário e no aborto sentimental. Em ambas as hipóteses o aborto não é punido, conforme expressamente o diz o artigo 128 do Código Penal, que assim dispõe, *in verbis*:

Artigo 128. Não se pune o aborto praticado por médico: Aborto necessário I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante; Aborto no caso de gravidez resultante de estupro II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 2009, p. 359).

Há, portanto, duas modalidades de aborto consideradas não criminosas ou legais, sendo elas: no caso de aborto necessário (art. 128, I) e no caso do aborto sentimental (art. 128, II).

Variado é o conceito empregado em relação ao aborto necessário: terapêutico, cirúrgico, médico ou obstétrico. O aborto destinado a salvar a vida da gestante, não constitui infração penal, pois é autorizado por lei. A rigor, o aborto necessário e o aborto sentimental não precisariam de um disciplinamento legal na parte especial do Código Penal, por tratar-se de uma hipótese de estado de necessidade, já inserida no art. 23, inciso I, da parte geral do mesmo diploma legal (DELMANTO, 1991, p. 244).

Todavia, o legislador penal procurou deixar cristalinas as situações identificadas no pré-falado art. 128, I e II, a fim de se evitar calorosas discussões doutrinárias e ponderações divergentes acerca do aborto legal. Trata-se de uma causa de exclusão de ilicitude ou de antijuridicidade, pois há como que uma percussão entre o direito da mãe de continuar vivendo e do feto de vir a adquirir personalidade jurídica, com o nascimento com vida. “Não se pune o aborto”, decreta a lei penal (Ibidem, p. 245).

Para Cardoso o aborto terapêutico “(...) resulta de intervenção médica especializada, com o intuito de salvar a vida materna, naqueles casos em que a própria gestação produza risco de morte para tal” (CARDOSO, 2006, p. 120). Considera-se, nesses casos, que a mãe tenha valor relevante em comparação ao feto, até mesmo porque não se tem a certeza de que o mesmo será capaz de sobreviver.

O aborto terapêutico, consagrado pelo artigo 128, inciso I, do Código Penal, recebeu do legislador o *nomem juris* de aborto necessário, talvez para ressaltar a *ratio essendi* da impunidade, que outra não é senão o estado de necessidade. De acordo com Mirabete:

[...] Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar o aborto se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso, não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante (MIRABETE, 2005, p. 98).

No aborto necessário ou terapêutico, a conduta é realizada para salvar a vida da gestante, que de outro modo correria risco, certo e inevitável, de vida. Pode ser terapêutico, propriamente dito, ou profilático (SOARES; PINHEIRO, 2006, p. 124).

Prescinde-se até do consentimento da gestante. No entanto, subsiste o crime se praticado para preservar a saúde da gestante. O aborto sentimental está previsto no artigo 128, inciso II, do Código Penal, sendo a segunda espécie de aborto permitido, e praticado no caso de gravidez resultante de estupro, devendo ser precedido do consentimento da gestante ou de quem a represente legalmente. Explica Leonardo Mendes Cardoso:

Nos casos de gestações advindas de estupro, julga-se que haja uma impossibilidade de manutenção da gravidez por questões psicológicas graves envolvendo a mãe, o feto e a família. Assim, há que se pesar este estado, visando à eliminação de profundo problema futuro, tanto para a própria criança a nascer quanto para a sociedade (CARDOSO, 2006, p. 120).

Esse tipo de aborto envolve um “(...) sentimento de repulsa da gestante pelo filho de seu algoz ou estuprador acima do direito à vida do nascituro” (DINIZ, 2007, p. 66). Portanto, desaparece a ilicitude, já que fato impunível, em matéria penal, é fato lícito. Conforme já dito, configura-se a possibilidade de aborto necessário quando o organismo materno é afetado por várias doenças, ameaçando o próprio feto, com risco de vida para ambos, caracterizando estado de necessidade.

No entanto, de acordo com Mirabete não se faz necessário que o perigo seja atual, bastando apenas a certeza de que o decorrer da gravidez poderá causar a morte da gestante, e não apenas dano à sua saúde (MIRABETE, 2005, p. 99).

Cabe ao médico analisar e se pronunciar a respeito da necessidade da intervenção, sendo recomendável que leve o caso à opinião de outros médicos, para reforçar sua convicção. Não necessita o médico de autorização alguma para intervir no aborto terapêutico se o perigo de vida for iminente, sendo que a gestante pode não estar em condições de se manifestar.

Na inexistência de médico no local e se o perigo de vida é atual, não podendo ser arrostado por outro meio, o terceiro que praticar aborto necessário estará acobertado pelo estado de necessidade de terceiro, que também exclui a ilicitude. O legislador o define como “aborto no caso de gravidez resultante de estupro”. É também chamado aborto ético ou aborto humanitário. Ao discipliná-lo, no Código Penal, o legislador impõe: “se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal” (BRASIL, 2009, p. 359).

Para que o aborto sentimental seja considerado legal, ficando o seu autor a salvo das penas cominadas, exige a lei: a) que a gravidez seja consequente de estupro; b) consentimento prévio da gestante ou de seu representante legal.

Sendo o aborto necessário realizado por pessoa diversa, que não o médico, não há que se falar em ato criminoso, haja vista que, em decorrência do estado de necessidade, há exclusão da ilicitude do fato, assim como o auxílio prestado por um terceiro ao médico não é fato punível, já que o ato principal do médico é ilícito. Há quem diga que o aborto terapêutico, na maioria de seus casos, não se faz necessário em virtude da evolução da medicina.

No entanto, esquecem que em um país onde a saúde é deixada de lado, que o nível de pobreza e desinformação abrange grande parte da população, nada mais cabível que a legalidade do ato. A comissão encarregada de reformular o Código Penal inclui em um de seus artigos o aborto não só quando há risco de morte para a gestante, mas também quando a gravidez possa implicar em grave dano à sua saúde, fato este já considerado relevante por muitos doutrinadores.

O fundamento ético da legislação reside nas perturbações emocionais da vítima, que poderão incidir no relacionamento mãe e filho, já que o produto da concepção não foi desejado naquele momento e tão pouco em tais circunstâncias. Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, dando vida a um ser que lhe recordará para sempre a violência sofrida.

Para que seja lícito o ato é indispensável que a gravidez seja consequência de um estupro, e o prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal. Ao tratar do estupro, entende a doutrina ampliar a legislação, tanto para os casos de estupro com violência real como presumida, já que a norma não especifica.

Se a gravidez resulta de estupro, resultará em possibilidade de aborto. Assim, igualmente, como é de entendimento predominante, por analogia, atentado violento ao pudor (artigo 214 do CP) em que resulte gravidez, deve-se enquadrar em referido artigo do CP. Conforme diz Noronha: “Ninguém duvida que coito vulgar engravida” (ACQUAVIVA, 2013, p. 476).

Quanto às provas para a caracterização do aborto, não é necessário uma sentença criminal transitada em julgado, mesmo porque, em grandes cidades poderia levar anos até que fosse devidamente processado e julgado o delito.

No entanto, veem-se grandes dificuldades para a realização do aborto em casos de estupro, quando não existe uma autorização judicial para tal ato.

Entende-se ser desnecessária a obtenção de um alvará judicial para a realização de tal espécie de aborto, uma vez que a legislação brasileira garante o direito ao aborto às mulheres estupradas. Porém, muitas delas são obrigadas a levar a gravidez até o fim, devido à desinformação e ao preconceito.

O médico deve se valer dos meios à sua disposição para a comprovação do fato, devendo recorrer a boletim de ocorrência, declarações e, sobretudo, ao exame de corpo de delito, que deve ser feito no mínimo por dois médicos.

Deve tomar os cuidados de obter o consentimento escrito da gestante, de seu representante legal, quando menor de quatorze anos, ou o consentimento sob a presença de testemunhas idôneas.

Na possibilidade de as circunstâncias levarem o médico à prática de um ato abortivo, sem, contudo ter havido o estupro, estará o mesmo isento de culpa, respondendo a gestante pelo artigo 128, 2ª parte, do CP, já que usou de má-fé, induzindo o médico em erro.

Impunibilidade em Direito Penal é sinônimo de liceidade, cuida-se, portanto, como já mencionado, de causa excludente de ilicitude ou de antijuridicidade. Júlio Fabbrini Mirabete tenta estabelecer diferença entre o estado de necessidade geral (art. 24, do CP) e a hipótese formulada no art. 128 do mesmo diploma legal. É o preparado mestre quem preleciona:

Urge, porém, não confundir o aborto necessário com o estado de necessidade (art. 24 do CP). Com efeito, no aborto necessário basta um prognóstico seguro de que a evolução da gravidez trará grave risco de morte, não se exigindo o perigo atual ou iminente. No estado de necessidade, ao inverso, toma-se imprescindível o perigo atual ou iminente à vida da gestante. Outras diferenças ainda podem ser apontadas: o aborto necessário só pode ser executado por médico, ao passo que o estado de necessidade pode ser invocado por qualquer pessoa. No aborto necessário, o médico é obrigado a optar pela vida da gestante, não podendo sacrificá-la para salvar o feto, quando apenas um dos dois poderia ser salvo. No estado de necessidade, torna-se legítima a morte da gestante para salvar a vida do feto (MIRABETE, 2003, p.96).

Malgrado as ponderações do brilhante mestre, não se pode negar que o aborto necessário é uma hipótese de estado de necessidade. O âmbito de incidência regulamentadora do inciso I, do art. 128, é limitado ao perigo de vida da gestante, impossibilitada de se salvar por outro meio menos radical que este, consistente na

destruição da vida do feto. São requisitos, por conseguinte, do aborto necessário: a) que a vida da gestante corra perigo; b) que não exista outro meio para salvá-la (Ibidem).

Na detecção desses dois pressupostos, para a realização do aborto necessário, sobreleva o prudente arbítrio profissional do médico, que deve aferir a efetiva existência de perigo para a vida da gestante. Somente ao médico a lei defere a atribuição de realizar as manobras referentes ao aborto terapêutico. Se a conduta do médico é lícita, a de quem o auxilia também o será, como o enfermeiro, o agente de saúde, a parteira ou qualquer pessoa.

Não deve resultar da estupidez da violência, da brutalidade do crime. A mulher e o novo ser guardarão para o resto da vida a mácula estigmatizadora do delito. É indiferente se a violência é real ou presumida. A violência é presumida ou ficta, consoante estabelece o art. 224, do CP, em três circunstâncias, a saber: a) se a vítima não é maior de quatorze anos; b) se é alienada ou débil mental; c) se não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência (BRASIL, 2009, p. 359).

Essas presunções não autorizam o médico a realizar o aborto, pois o escopo da lei penal foi evitar a maternidade odiosa, que dê vida a um ser que recordará à mulher, perpetuamente, o horrível episódio da violência sofrida. Vê-se assim que, de acordo com esses autores, somente o estupro com violência real, autoriza o médico a realizar abortamento.

Apesar de não ter sido expressamente previsto pela lei, a doutrina – com a discordância de Delmanto (1991), que não admite interpretação analógica neste caso – aceita e defende a realização de aborto sentimental na hipótese de gravidez resultante de atentado violento ao pudor.

O Anteprojeto de Código Penal, parte especial, elaborado pela comissão designada pela Portaria nº. 518, de 06 de setembro de 1983, comissão esta constituída por juristas de escol, já indicados nesta obra, merece encômios no que concerne ao art. 128, pois substitui, com vantagem, o atual art. 128, do CP.

O aborto deveria ser autorizado legalmente quando a gravidez resultasse de crime. Assim, o aborto poderia ser autorizado não apenas no caso de gravidez resultante de estupro (art. 213, do CP) ou de atentado violento ao pudor (art. 214, do CP), mas também no caso de gravidez resultante de posse sexual mediante fraude (art. 215, do CP); atentado ao pudor mediante fraude (art. 216, do CP) (BRASIL, 2009, p. 359).

A justificativa para a autorização legal do aborto no caso de gravidez resultante de estupro, sedimentado na doutrina penal, serve de alicerce para justificar a realização legal do aborto quando resultar dos crimes acima mencionados.

A Ética Médica, positivada no Código de ética, no art. 54, §§ 1º e 2º, impõe ao médico a intervenção abortiva somente após o parecer de, no mínimo, dois médicos. O aborto sentimental pode ser realizado em qualquer instante ou fase de desenvolvimento embrionário (Ibidem).

Algumas legislações, como a paraguaia, autorizam o aborto sentimental somente durante os três primeiros meses de desenvolvimento do embrião, após esse prazo, o aborto passa a ser criminoso. Para o médico poder realizar o aborto sentimental, há a necessidade da comprovação do crime de estupro.

A prova pode ser indicada pelos meios probantes consignados no capítulo pertinente do Código de Processo Penal, tais como, corpo de delito, perícias, testemunhos, reconhecimento de pessoas e coisas, indícios, etc. Não há a necessidade de prévia autorização judicial para o médico intervir e realizar o aborto ético. Da mesma forma, não é preciso que o estuprador esteja sendo processado na justiça criminal e, muito menos, que exista sentença condenatória contra ele prolatada.

O médico pode agir livremente, ao seu talante, para proceder às manobras do aborto humanitário. Aconselha-se, contudo, a necessária prudência do profissional da medicina, solicitando por escrito, à gestante ou a seu representante legal, autorização para agir.

A capacidade é instituto do Direito Privado, e o Código Civil de 2002 não deixa dúvidas sobre esse aspecto: “Art. 5º. A menoridade cessa aos 18 (dezoito) anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil” (BRASIL, 2009, p. 359).

O exercício dos direitos não é permitido senão aos que preenchem certas condições: as pessoas capazes. Na vertente hipótese de autorizar ou não o aborto, o arbítrio é da gestante. Trata-se, por conseguinte, de um direito que necessita de aptidão para ser exercido. Há que se distinguir “capacidade de direito” de “capacidade de fato”.

A “capacidade de direito” todas as pessoas possuem, é um atributo da cidadania, aqui entendida de forma ampla, como reunião de direitos civis, porquanto não existe em nosso direito, como existia no Direito Romano, a morte civil. A “capacidade de fato” é a aptidão para exercer o direito (DELMANTO, 1991, p. 244).

Pode-se ter capacidade de direito sem capacidade de fato; adquirir o direito e não poder exercê-lo por si. A impossibilidade do exercício é, tecnicamente, incapacidade. Para finalizar a discussão, há que se ter em vista que a capacidade de exercício de direitos é matéria civilista.

Nesse aspecto, não se deve esquecer de que o Direito Civil é disciplina que se relaciona e esclarece diversos institutos do Direito Penal. Outra questão a se perguntar: E se a gestante, agindo de má-fé, engana o médico alegando haver sido vítima de um estupro que não ocorreu? Trata-se de erro de tipo que exclui o dolo, isentando o médico de pena. A gestante será punida nos termos do art. 124, 2ª parte, do CP (Ibidem).

Aborto eugênico

Quando se fala em aborto, uma questão extremamente interessante, tanto na doutrina como na jurisprudência, é a do chamado aborto eugênico. O aborto eugênico consiste na expulsão provocada do feto, motivada por suas graves e irreversíveis enfermidades ou deformidades físicas ou mentais (TEODORO, 2007, p. 37).

Pode ser vítima desta conduta o feto considerado incompatível com a vida extrauterina ou, ainda, o feto que apresenta mínima expectativa de sobrevivência. Sobre o aborto eugênico aduz Noronha:

Ocorre esta espécie quando há sério e grave perigo para o filho, seja em virtude de predisposição hereditária, seja por doença da mãe, durante a gravidez, seja ainda por efeito de drogas por ela tomadas, durante esse período, tudo podendo acarretar para aquelas enfermidades psíquicas, corporais, deformidades etc. (NORONHA, 1996, p. 66).

A interrupção da gestação nos casos de malformação fetal não tem previsão legal, haja vista somente nos casos em que o Código Penal permite em que envolve risco de vida para gestante, entretanto, tal procedimento tem logrado êxito mediante autorização judicial (MOISES, 2005, p. 43).

Entretanto, conforme observa Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Os juízes têm concedido alvarás permitindo a realização do aborto quando os exames comprovam que a anomalia é de tamanha gravidade que o filho morrerá logo após o corte do cordão umbilical, como acontece, por exemplo, nos casos de anencefalia (ausência de cérebro). Argumentam os juízes que essa constatação não era possível

quando o Código Penal foi elaborado porque, à época, não existia ultrassom. Atualmente, porém, quando a anomalia é verificada concede-se o alvará sob o fundamento de que o feto não tem vida própria (atipicidade) ou por inexigibilidade de conduta diversa (GONÇALVES, 2000, p. 59).

Para Cardoso:

[...] se há o direito de uma criança nascer plenamente saudável e perfeita, por outro lado, nada há que nos imponha a eliminação daquelas que porventura apresentam algum problema constitucional (CARDOSO, 2006, p. 121).

Portanto, julgam-se passíveis de pena os que assim se comportam, provocando o aborto destes fetos como forma de eliminação de problemas.

Também chamado eugênico, profilático ou preventivo, significativo número de escritores do direito o defendem, pois destina-se a evitar prole ou descendência defectível, portadora de má formação física ou mental. O Código Penal Brasileiro repele a adoção do aborto eugenésico.

Mesmo que detectadas, com antecedência, anomalias graves no feto, capazes de provocar alterações somáticas ou psíquicas no futuro ser, o nosso Código Penal rechaça a prática do aborto em tais casos. O Anteprojeto da parte especial do Código Penal, de 1983, procurou introduzir em nossa legislação o aborto eugenésico.

É o que se depreende da leitura do art. 128, III, daquele anteprojeto de lei, não constitui crime o aborto praticado por médico, se há fundada probabilidade, atestada por dois médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias físicas ou mentais (DELMANTO, 1991, p. 245).

Na hipótese de aborto eugenésico, o referido anteprojeto previa que, para a sua realização, o aborto deveria ser precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal, e, se casada, do cônjuge. Sem dúvida, esse anteprojeto não buscou a melhor orientação. Se não bastasse o movediço terreno da incerteza científica quanto à prognose de afecções que o feto pode, eventualmente, possuir, sobreleva também, para a adoção do aborto eugênico, a clara violação dos direitos humanos.

A intransigente defesa dos direitos humanos deve ser cláusula pétrea das sociedades democráticas. Ainda que em situações como a da gestante acometida de grave enfermidade, no caso de contaminação pelo vírus da AIDS, o legislador deve

avaliar e ponderar que a norma penal, uma vez promulgada, passa a ter existência indefinida, permanecendo estática no código.

O progresso científico na cura de doenças e de sua prevenção por meio de vacinas, entretanto, tem sido célere, o que pode resultar na cura de males hoje considerados incuráveis, de modo que a precipitação legislativa pode privar a sociedade de seres humanos que, mesmo portadores de imperfeições, podem enriquecê-la.

No entanto, desde a concepção até o período que se constata ser o feto clinicamente anencéfalo, este é digno de tutela penal, pela suposição da existência de vida.

Todavia, a partir da ocasião em que se formou o conceito de morte encefálica, deixou de ser defendido pelo artigo 124 do Código Penal, já que este prescreve: “Artigo 124: Provocar aborto em si mesmo ou consentir que outrem lhe provoque : Pena – detenção de 1 (um) a 3 (três) anos” (BRASIL, 2009, p.125).

4.2.1 A clandestinidade do aborto no Brasil

Sobre este fato lamentável Dr. Dráuzio Varela dispõe que:

Desde que a pessoa tenha dinheiro para pagar, o aborto é permitido no Brasil. Se a mulher for pobre, porém, precisa provar que foi estuprada ou estar à beira da morte para ter acesso a ele. Como consequência, milhões de adolescentes e mães de família que engravidaram sem querer recorrem ao abortamento clandestino, anualmente (VARELLA, 2011 p. 1).

Com isso, constatamos que é esse, infelizmente, o retrato do nosso país no que se refere ao aborto. Assim, diante dessa realidade dura e triste, vejamos a história de uma brasileira que se encaixa nesse fato exposto por Dr. Dráuzio Varella, *in verbis*:

Na mesa de madeira em frente à porta de uma sala de audiências no Fórum criminal de São Paulo, repousa uma lista com os processos a serem julgados naquela tarde. Em alguns minutos, será a vez de Marta* ser absolvida sumariamente ou ir a júri popular e pegar até 4 anos de prisão, como explica a defensora pública Juliana Belloque, que atua a seu favor. A primeira folha do processo diz que Marta ‘provocou aborto em si mesma’ e isso basta para condená-la, já que a prática é crime previsto pelo artigo 124 do Código Penal. Mas, quem seguir lendo os autos, saberá que Marta tinha 37 anos, era mãe solteira de 3 filhos pequenos (com idades entre um e seis anos de idade),

vinha de um histórico de abandono por parte dos pais das crianças (inclusive o da gravidez que interrompeu) e estava desempregada quando, em 2010, em um ato de desespero, comprou um remédio abortivo de uma prostituta por 250 reais, tirados de sua única fonte de sobrevivência – a pensão da filha. Descobrirá também que Marta é pobre, só completou o primeiro grau, e que morava com os filhos em um bairro afastado de São Paulo quando, três dias após introduzir o remédio na vagina (de forma incorreta, já que não tinha a quem pedir orientação), ainda não havia parado de sangrar e de sentir fortes dores, e por isso procurou o pronto atendimento de um hospital público de seu bairro. O leitor ficará surpreso ou aliviado, dependendo de suas convicções, ao saber que a médica que a recebeu, imediatamente fez a denúncia à Polícia Militar, explicando que retirou uma ‘massa amorfa’ de seu útero, ‘provavelmente’ uma placenta resultante de um aborto mal sucedido (DIP, 2013, p. 1).

Percebe-se que esse fato é comum em nosso País, pois existem várias mulheres que se encontram em situações iguais ou semelhantes aos de Marta.

Nesse contexto, Rogério Greco faz o seguinte comentário:

Um dos argumentos principais daqueles que pretendem suprimir a incriminação do aborto é justamente o fato de que, embora proibido pela lei penal, sua realização é frequente e constante e, o que é pior, em clínicas clandestinas que colocam em risco também a vida da gestante (GRECO, 2012, p. 224).

Já na concepção do Dr. Dráuzio Varella:

A questão do aborto está mal posta. Não é verdade que alguns sejam a favor e outros contrários a ele. Todos são contra esse tipo de solução, principalmente os milhões de mulheres que se submetem a ela anualmente por não enxergarem alternativa. É lógico que o ideal seria instruí-las para jamais engravidarem sem desejá-lo, mas a natureza humana é mais complexa: até médicas ginecologistas ficam grávidas sem querer (VARELLA, 2011 p. 1).

E ressalta ainda que:

Não há princípios morais ou filosóficos que justifiquem o sofrimento e morte de tantas meninas e mães de famílias de baixa renda no Brasil. É fácil proibir o abortamento, enquanto esperamos o consenso de todos os brasileiros a respeito do instante em que a alma se instala num agrupamento de células embrionárias, quando quem está morrendo são as filhas dos outros. Os legisladores precisam abandonar a imobilidade e encarar o aborto como um problema grave de saúde pública, que exige solução urgente (VARELLA, 2011 ano, p. 1).

Acerca do tema, vejamos o que diz Andrea DIP:

A ginecologista Zenilda Vieira Bruno, que coordena um serviço de atendimento voltado especificamente a adolescentes da Maternidade, explica que 25% dos abortos provocados que chegam ao hospital são de adolescentes entre 15 e 19 anos. ‘As meninas geralmente vão sozinhas ou com as amigas. Nós oferecemos acompanhamento por um ano, cuidando da parte de saúde, planejamento reprodutivo e psicológico. Elas dizem que engravidaram de relações esporádicas, que não sabiam que teriam relação então não estavam tomando pílula ou não levaram camisinha. Os garotos nunca se encarregam dessa parte, isso é responsabilidade delas’ (DIP, 2013, p. 1).

Como vemos, a questão do aborto na forma clandestina no Brasil é muito comum e atinge, principalmente, as mulheres pobres de baixa renda que não têm condições e, em atos desesperados, acabam por optar por essa modalidade de aborto, arriscando, assim, a própria vida.

É fato que essa realidade precisa mudar e o poder público tratar essa questão com mais ênfase, para, assim, tentarmos colocar um fim nesses percentuais e mudar a realidade brasileira.

4.2.2 O aborto constatado como crime contra a vida humana

É um fato que a nossa legislação sustenta a questão do aborto como crime contra a vida humana, sendo o mesmo tratado no Capítulo 1, do Título 1, do Código Penal Brasileiro, correspondente “Dos crimes contra a vida”.

Podemos observar nos dispositivos 124 a 128 do mesmo Código, suas modalidades, penas, excludentes, forma qualificada, enfim, tudo o que a lei diz a respeito desse crime. Vejamos:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento
 Art. 124. Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque:
 Pena – detenção, de um a três anos.
 Aborto provocado por terceiro
 Art. 125. Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:
 Pena – reclusão, de três a dez anos.

 Art. 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:
 Pena – reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Forma qualificada

Art. 127. As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (BRASIL, 2009, p. 593-4).

Acerca das espécies de aborto, Deja Góis anota em seu trabalho científico que:

O nosso Código distingue três espécies de aborto, diferenciadas entre si pela natureza do agente e pela existência ou não de consentimento da gestante: aborto provocado pela própria gestante, por terceiro sem consentimento desta, por terceiro com este consentimento. A severidade da punição aumenta a partir da hipótese mais leve, que alguns chamam aborto simples, que é a de ser o agente a própria gestante, até a mais grave, com a provocação do aborto por terceiro, sem o consentimento da gestante (GÓIS, 2008, p.03).

Nesse contexto, Cezar Roberto Bitencourt faz a seguinte ressalva:

O direito penal protege a vida humana desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, evolui para o embrião e este para o feto, constituindo a primeira fase da formação da vida. A destruição dessa vida até o início do parto configura o aborto, que pode ou não ser criminoso (BITENCOURT, 2014, p. 164).

Nessa linha de raciocínio Deja Góis preleciona que:

A proteção que o Direito concede à vida humana vem desde o momento em que o novo ser é gerado. Formado o ovo, depois embrião e feto, já sobre ele se exerce, para resguardá-lo, a ação da norma penal, tomando-se desde então por um ser humano esse homem em formação. A destruição dessa vida nascente, até o momento em que começa o processo do parto, constitui o aborto. A partir do instante

em que se inicia o nascimento, o crime passa a ser de homicídio, salvo quando ocorre a circunstância particular que dele faz a figura privilegiada do infanticídio (GÓIS, 2008, p. 1).

Mais adiante faz importante ressalva ao anotar que:

O bem jurídico protegido na incriminação do aborto é a vida do ser humano em formação. E o objeto material do crime é o feto humano vivo em qualquer momento da sua evolução, até o início do parto. A ação consiste em toda forma de atividade dirigida a dar morte ao feto. E é com a morte do feto que o crime se consuma. A materialidade desse crime pressupõe a existência de feto vivo e, portanto, uma gravidez em curso (GÓIS, 2008, p. 2).

E continua, logo em seguida afirmando que:

Daí a exigência da prova de que o ser em formação ainda vivia quando se praticou ação abortiva e de que em consequência dela é que veio a morrer. A morte tem de ser resultado direto das manobras abortivas ou da imaturidade do feto para viver no meio exterior, na expulsão por elas provocada.

Consuma-se o crime, pois, com a morte do feto, resultante da interrupção da gravidez. Para Edgard Magalhães Noronha (“Direito Penal”, ed. Saraiva 1976, vol. 2/61), não é necessária a expulsão do feto, não sendo esse, portanto, o momento consumativo:

[...] pode haver expulsão sem existir aborto, quando, no parto acelerado, o feto continua a viver, embora com vida precária ou deficiente; pode ser expulso, já tendo, entretanto, sido morto no ventre materno; pode ser morto aí e não se dar a expulsão, e pode ser morto juntamente com a mãe, sem ser expulso. Em todas essas hipóteses, é a morte do feto que caracteriza o momento consumativo (Ibidem).

Portanto, diante do que foi exposto, não há que se falar em dúvidas no que se refere ao crime de aborto ser constatado como crime contra a vida humana, embora haja algumas controvérsias no que tange ao feto não ser considerado uma vida humana até a hora do parto.

5 TODO O PODER : Separação dos Poderes e a Decisão do STF

5.1 Separação dos Poderes

A Constituição Federal de 1988, em seu Art. 2º, dispõe:

Art.2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988, p. 20).

Portanto, ocorre uma divisão de funções, de competências, entre distintos órgãos e indivíduos integrantes da estrutura do Estado.

A separação dos poderes em legislativo, executivo e judiciário não sendo irrestrita, ainda que independentes sejam harmônicos entre si. Aceita a teoria de Montesquieu atinente ao sistema de “controle do poder pelo poder” (MONTESQUIEU, 1997, p. 170). A independência se traduz nas funções fundamentais e a harmonia é uma suavização desta independência. A separação dos poderes está protegida por cláusula pétrea da Constituição Federal em seu Art. 60, § 4º, III:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III - a separação dos Poderes (BRASIL, 1988, p. 120).

Afiança-se que esse é um princípio peculiar dos Estados de Direito, a ponto da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, aclamar que a sociedade em que não esteja asseverada a garantia dos direitos nem constituída a separação dos poderes não existe Constituição.

A concepção dos Estados modernos ocorre num período histórico de transformações expressivas na sociedade. Nesse contexto, enfatiza-se o fortalecimento dos Estados Nacionais, como meio de alcançar a união política abolida na Idade Média. Os monarcas, entre distintas ações, iniciam a utilização do direito como instrumento de poder e unidade. Esses acontecimentos contribuíram para a concentração do poder no monarca, levando à formação dos Estados absolutistas.

Perante os acontecimentos, menciona-se que a teoria clássica da separação de Poderes, fundamenta-se sobre uma divisão austera de atribuições entre os Poderes

Legislativo, Judiciário e Executivo, num diagrama no qual o poder deve limitar o poder. Contudo, mesmo essa divisão de funções admite determinadas exceções. Conforme Montesquieu (1997), “admite a possibilidade de o Poder Executivo, em uma situação de exceção, por um prazo curto e determinado, mandar prender os cidadãos suspeitos, ou de o Poder Legislativo proceder a julgamentos” (p. 171).

Posterior a mais de dois séculos a publicação da ideologia de Montesquieu, a separação das funções do Estado em três poderes perdura, no entanto, as Constituições têm abrandado a severidade que a distinguia, criando uma quantidade indeterminada de hipóteses em que um poder encontra-se permitido a exercer as funções que a teoria clássica atribuiu aos demais.

Contudo, esse arrefecimento da teoria clássica se fez necessário para redarguir ao desenvolvimento da própria sociedade, cujos clamores de importância aos direitos fundamentais, sociais e políticos, não podiam ser providos no plano tradicional.

A Constituição Federal de 1988 adota esse seguimento, em seu contexto, afiança a separação entre os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, presumindo uma divisão de funções, porém, é dadivosa em estabelecer o exercício de funções atípicas pelos poderes do Estado, como dispõem em seus Art. 52, I e 84, XXVI:

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:

I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República

XXVI - editar medidas provisórias com força de lei, nos termos do art. 62 (BRASIL, 1988, p.118).

Os artigos mencionados incubem, respectivamente, ao Senado Federal processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente por crimes de responsabilidade, e ao Presidente editar medidas provisórias com eficácia da lei.

Nesse passado, afiança-se que o princípio da separação de poderes se diferencia pela divisão de funções que se estabelece entre si. Em outra acepção, quer evidenciar a particularidade das funções que competem a cada poder exercerem, dependendo do que está disposto em cada Constituição Federal. Em outro entendimento, não existe um procedimento absoluto, prévio e unânime determinando

em que adjacência deve proceder a separação de poderes. Esse procedimento constitui ato de cada Carta Constitucional.

5.2 Judicialização e Ativismo Judicial

Segundo Garapon, a judicialização proporciona à democracia um

[...] novo vocabulário: imparcialidade, processo, transparência, contraditório, neutralidade, argumentação. O juiz – e a constelação de representações que gravitam à sua volta – confere à democracia as imagens capazes de dar forma a uma nova ética da deliberação coletiva (GARAPON, 1998, p. 41).

Portanto, corroborado que a judicialização é um elemento que não depende da volição dos membros do Poder Judiciário. A judicialização, de fato, é um fenômeno que está enredado por uma transformação cultural intensa pela qual transpuseram os países que se estabeleceram politicamente em torno do regime democrático.

Existem coeficientes políticos que condicionam o grau de judicialização vivenciado por uma abonada sociedade. Em meio a esses coeficientes, referencia Garapon (1998):

[...] o grau de (in)efetividade dos direitos fundamentais; o nível de profusão legislativa com o consequente aumento da regulamentação social; o nível de litigiosidade que se observa em cada sociedade (p. 42).

Contudo, do modo em que majoram os indicadores de inefetividades dos Direitos Fundamentais, os indicadores de desenvolvimento legislativo, e da litigiosidade igualitária, ao mesmo tempo aumentará o grau de judicialização.

Enquanto a Judicialização é um fenômeno que independe da vontade do Poder Judiciário, tornando-se prejudicial apenas quando ocorre em excesso, pois assim corrobora para a realidade de Poderes Executivo e Legislativo falhos; o Ativismo pode acontecer mesmo que não aconteça a Judicialização.

A jurisdição constitucional atual, adjudicada de conservar e zelar pela Constituição e seus princípios, procede sofrendo determinadas críticas quanto ao limite de sua atuação, então, surgiram fenômenos como “judicialização” e “ativismo judicial”.

O ativismo judicial, compreendido por determinados autores como uma “incursão” do Poder Judiciário no Poder Legislativo e/ou no Poder Executivo – intervir, portanto, na dimensão na vida particular do cidadão, por meio de decisões capazes de modificar não somente aquela, contudo distintas relações entre partes. Assim sendo, esses fenômenos são conexos a distintas decisões paradigmáticas.

Garapon conceitua: “o **ativismo** começa quando, entre várias soluções possíveis, **a escolha do juiz é dependente do desejo** de acelerar a mudança social ou, pelo contrário, de travá-la” (GARAPON, 1998, p. 43, grifo nosso).

Ramos afirma que por ativismo judicial deve-se:

[...]entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Ramos pesquisou o ativismo judicial praticado pelo Supremo Tribunal Federal intensamente, o resultado é a sua tese **Parâmetros Dogmáticos do Ativismo Judicial em Matéria Constitucional. Neste estudo**, ele perfilha que, às vezes, o ativismo pode ter consequências boas, porém, pode ser lesivo, pois transgride a separação entre os Poderes e, conseqüentemente, prejudica o sistema democrático. O autor menciona que “O Judiciário está na verdade substituindo o Congresso e isto é ruim independentemente do resultado” (RAMOS, 2010, p. 131).

E admite que o ativismo é obra, sobretudo, da inércia do Legislativo, contudo, afiança que o problema deve ser resolvido. Não se deve meramente reconhecer a incapacidade legislativa e consentir que o Judiciário cumpra missão que não lhe compete. Ramos diz: “Não se pode, na interpretação de texto constitucional, chegar a um ponto em que se reescreva o seu conteúdo. O texto é um limitador objetivo, ele existe” (2010, p. 131).

No entanto, o Supremo Tribunal Federal (STF) deslizou nos trilhos ao regulamentar alguns temas.

Já foi constatado que existe disfunção na atividade do Supremo Tribunal Federal (STF), que deseja legislar sobre determinados assuntos, sendo inteiramente impresumível. O magistrado tem excedido os limites do escrito constitucional para instituir novos recursos, com isso, fica usurpada a competência do legislador.

No caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos que o Supremo Tribunal Federal (STF) supriu novamente o retardamento do Congresso. O mesmo menciona sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos, “acredito que a tendência do tribunal seja a de autorizar. Também sou a favor, mas que seja autorizado no lugar próprio, que é o Código Penal. Não é dado ao Judiciário o direito de escrever isso sem previsão no texto constitucional (Ibidem)”.

Nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) Nº 54, “não está discutindo a inconstitucionalidade de um regulamento, pois não existe” (Ibidem). Portanto, o Congresso precisava despertar que essa legislação encontrava-se em atraso e precisava de providência, com a morosidade no julgamento do processo, o Supremo Tribunal Federal (STF), mais uma vez entendeu que era de sua responsabilidade.

O Judiciário está de fato substituindo o Congresso e isto é malfazejo, independente do resultado. O Legislativo, que agora se sente pressionado pelas medidas provisórias, as quais tomam o poder do Congresso em maior parte, atualmente, existe o ativismo do Supremo Tribunal Federal (STF). O Congresso se encontra inteiramente sufocado por duas convergências, o Executivo de legislar e outra do Judiciário.

O fato de o Supremo Tribunal Federal (STF) ser uma corte política não oferece o direito de praticar ativismo judicial. A função do Supremo Tribunal Federal (STF) é mais vinculada, o constituinte, depois o legislador ordinário, tem muito mais liberdade de ação. Portanto, pronunciar que o Supremo Tribunal Federal (STF) é uma corte política, acredito, contudo, necessário entender que, ainda que política, é Poder Judiciário, não é Legislativo (RAMOS, 2010, p. 131).

Para Dworkin, o Ativismo Judicial é impresumível, pois:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima (DWORKIN, 1999, p. 451).

Em síntese, o Ativismo Judicial advém quando o Poder Judiciário passa a instituir direitos, com decisões que comprometem as políticas públicas, ou seja, do modo em que o magistrado interpretar a norma constitucional.

O ativismo interliga-se a um anseio do órgão judicante com a possibilidade de modificação dos contextos político-sociais, podendo ser conservador ou progressista, sendo ao término, o resultado é semelhante. O Judiciário deve operar por pretexto de convicção e fé pessoal do magistrado, e não em face da moralidade instituidora da sociedade política (RAMOS, 2010, p. 130).

5.2.1 Difere a Judicialização e o Ativismo Judicial

Há diferença entre a judicialização e o ativismo judicial. É relevante compreender, que os antídotos para controlar uma ou outra patologia são totalmente distintos, porque as causas dos fatos são, entre si, inteiramente distintas: a judicialização não concebe um *mal em si*. A mesma pode se tornar inconveniente quando descoberta em graus elevados, porém, demonstra-se necessária em diversas esferas que caracterizam a sociedade atual. As relações de consumo; a preservação do meio ambiente; as questões envolvendo direitos sociais, entre outras, são assuntos que fazem jus à discussão judicial, no alcance em que algo que foi projetado pela Constituição e pelas leis apresentar-se em não cumprimento.

O ativismo se encontra ramificado dentro do Direito, na esfera interpretativa, da decisão judicial, porém, em contrapartida, ainda está fora do alcance ao qual o rigoroso vínculo em meio ao que o juiz avalia. Esse ativismo compreende no julgamento de uma determinada questão judicializável, que tem a capacidade de levar à suspensão do direito vigente, originando interstícios na institucionalidade, desenvolvendo formas peculiares de um Estado de ressalva. Portanto, a maneira de controlá-lo precisa ser aferida na esfera da própria interpretação do Direito, sendo, contudo, uma dificuldade a ser enfrentada pela hermenêutica jurídica (DWORKIN, 1999, p. 451).

A excessiva judicialização pode ocorrer devido a um aumento das decisões ativistas. Porém, essa é uma questão importante, pois, mesmo sem judicialização, pode-se ter decisões ativistas. Na origem, os fatos são distintos, mesmo assim, sucede que o aumento da judicialização atua como compensação a um acréscimo da responsabilidade no julgamento.

O Judiciário se encontra autorizado a executá-lo na ausência de efetivação de um direito fundamental, o Judiciário. A problemática encontra-se no excesso.

5.3 A Decisão do STF na ADPF N° 54

Conforme asseverado anteriormente, a polêmica acerca do aborto de fetos anencéfalos gera inúmeras controvérsias, há quem repudia a prática e há os que a defendem, argumentando ser um direito constitucional de a gestante decidir levar a diante a gravidez mesmo ciente da breve sobrevivência de seu bebê ou encerrá-la para impedir complicações físicas, emocionais e psicológicas.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em abril de 2014 votou pela ascensão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°. 54, considerando como hipótese de aborto a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos. O Supremo Tribunal Federal (STF) compreendeu que a gestação de um feto anencéfalo é ameaça para saúde da gestante, deste modo, a interrupção da gravidez, instituiria uma excludente de ilicitude, logo, presumida no código penal brasileiro, neste caso específico, denomina-se o aborto terapêutico ou necessário (RODRIGUES; SILVA, 2014, p. 23).

Entretanto, passa a existir o seguinte interrogatório: “Pode o poder Judiciário, no espaço do legislativo, originar uma nova lei praticando às vezes do Poder Legislativo?”. A Constituição da República de 1988 presume um instrumento para que o Poder Judiciário impetire do Poder Legislativo a criação de uma lei denominada “ação direta de inconstitucionalidade por omissão”.

Emprega-se nos acontecimentos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos solicitados para tornar inteiramente aplicáveis normas constitucionais. Pode a sociedade, por meio de entidades públicas ou privadas pedirem a declaração desta omissão ao poder Judiciário.

Diante dos inúmeros defensores pela legalização da prática do aborto de anencéfalos, podemos citar uma das mais importantes entidades sindicais do nosso País, qual seja a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) que, aliás, foi a responsável pelo ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n°54 no Supremo Tribunal Federal (STF), visando declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto

anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, ambos do Código Penal Brasileiro.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54 afiançou, no Brasil, a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencéfalo. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) é a designação dada no Direito brasileiro à ferramenta empregada para impedir ou reparar lesão ao princípio fundamental resultante de ato do Poder Público (União, estados, Distrito Federal e municípios), inseridos ações antecedentes à promulgação da Constituição (GARCIA, 2015, p. 1).

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no Brasil foi instituída em 1988 pelo §1º do Art. 102 da Constituição Federal, posterior regulamentado pela Lei nº 9.882/99 (Ibidem). O objetivo da sua criação foi para suprir a brecha deixada pela Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn), que não tem a faculdade de propor contra lei ou atos normativos que adentraram em vigência em data antecede à promulgação da Constituição de 1988.

Relato pela proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS), foi julgada apenas oito anos depois, numa votação com a participação dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal durante os dias 11 e 12 de abril de 2012 e aprovado com placar de 8 (oito) votos a favor, e 2 (dois) votos contra (MELLO, 2012, p. 1).

A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) não descriminaliza o aborto, também não designa nenhuma restrição ao ato criminoso previsto no Código Penal Brasileiro. A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº. 54 deliberou, contudo, que não necessita ser avaliada como aborto a interrupção terapêutica induzida da gravidez de um feto anencéfalo. A decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) modifica, ou aloca em oficial, a interpretação que a Justiça precisa apresentar sobre esses fatos. Anterior da sua aprovação, o Estado não trazia uma interpretação acentuada sobre o assunto, fazendo com que a determinação final permanecesse para cada Juiz.

Na maior parte das ocasiões, a prática era benquista, contudo tornou-se público casos em que a paciente teve de concluir a gestação de um natimorto não tendo o direito ao aborto ou em que a sentença foi ofertada em um estágio muito avançado da gravidez. A ADPF nº 54 é apreciada por determinados juristas como uma lei de soberana importância devido à maneira que o debate sobre o aborto é acordado no Brasil.

Mendes votou pela procedência da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, em apreciação pelo Supremo Tribunal Federal (STF), o ministro considerou “a interrupção da gravidez de feto anencefalo como hipótese de aborto”, portanto, “entende que esse caso encontra-se abarcada como causa de excludente de ilicitude, logo presumida no Código Penal, podendo ser corroborado que a gestação de feto anencefalo é perigosa à saúde da gestante” (MENDES, 2012, p. 1).

O ministro ressaltou ser imprescindível que as autoridades competentes regulamentem de modo adequado, com normas de organização e procedimento, o reconhecimento da anencefalia a fim de “conferir segurança ao diagnóstico dessa espécie” (Ibidem). Enquanto dependendo de regulamentação, proferiu o ministro: “a anencefalia deverá ser atestada por, no mínimo, dois laudos com diagnósticos produzidos por médicos distintos e segundo técnicas de exames atuais e suficientemente seguras” (Ibidem).

Segundo a legislação brasileira estabelecida pelo Código Penal, somente duas situações não são passíveis de punição para o aborto:

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

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

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal (NUCCI, 2003, p. 323).

O artigo 128 do Código Penal prevê duas hipóteses em que a interrupção da gravidez não é passível de qualquer sanção. Uma das hipóteses é o chamado aborto necessário, também conhecido como aborto terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo). Neste caso, pratica-se o aborto na gestante, quando não existe outro meio para salvar a sua vida. A outra hipótese é chamada de aborto sentimental ou humanitário, ou seja, em caso de estupro, a mulher tem a faculdade de realizar o aborto.

Prossegue o Ministro Mendes

Todavia, era inimaginável para o legislador de 1940 [ano da edição do Código Penal], em razão das próprias limitações tecnológicas existentes”, disse. Com o avanço das técnicas de diagnóstico, prosseguiu o ministro, “tornou-se comum e relativamente simples

descobrir a anencefalia fetal, de modo que a não inclusão na legislação penal dessa hipótese de excludente de ilicitude pode ser considerada uma omissão legislativa, não condizente com o Código Penal e com a própria Constituição (MENDES, 2012, p. 1).

Contudo, a inconstitucionalidade da deleção legislativa constitui-se uma afronta à integridade física e psíquica da mulher, ainda como na transgressão ao seu direito de privacidade e intimidade, ajuntados a ofensa à autonomia do anseio.

O Ministro Mendes ainda prossegue:

Competirá [como na hipótese do aborto de feto resultante de estupro] a cada gestante, de posse do seu diagnóstico de anencefalia fetal, decidir que caminho seguir, (...), a necessidade de o Estado disciplinar, com todo zelo, a questão relativa ao diagnóstico de anencefalia fetal, visto que ele é condição necessária à realização deste tipo de aborto (MENDES, 2012, p. 1).

Destarte, o Ministro Gilmar Mendes votou pela ascendência da ADPF nº 54 por compreender que não necessita haver punição para o aborto praticado por médico, com o consentimento da gestante, se o feto é anencéfalo.

A respeito da CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde) é importante destacar que:

A Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS é uma realidade presente no cotidiano da categoria, contando com oito federações filiadas – de São Paulo, Minas Gerais, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná, Mato Grosso do Sul, Região Nordeste e Região Norte – e 190 sindicatos vinculados. Criada em 21 de dezembro de 1991, pelo consenso de representantes de sete das oito federações estaduais então existentes e mais de 50 sindicatos presentes no grande encontro nacional, realizado na colônia de férias do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos de Serviços de Saúde de São Paulo, em Peruíbe (SP), a CNTS passou a realizar as aspirações de profissionais e de dirigentes sindicais da área da saúde (BRASÍLIA, 2008, p. 1).

No que tange à legalidade e atuação da mesma, podemos acentuar que:

Com a aprovação da Constituição Federal de 1988, que assegurou legalmente a formação de novas confederações, a categoria tomou fôlego e se dispôs a criar sua entidade específica em nível nacional.

(...)

Em Brasília, faz um trabalho de acompanhamento das matérias de interesse dos trabalhadores em geral, e dos profissionais da saúde em particular, nos tribunais, no Palácio do Planalto e no Congresso Nacional.

Nos últimos anos, conquistou espaços fundamentais na representação política junto às instituições governamentais e também em movimentos e atividades com outras entidades sindicais e de classe representativas dos trabalhadores, como o Fórum das Entidades Nacionais dos Trabalhadores na Área da Saúde (Fentas), o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Internacional de Serviços Públicos (ISP). Ao longo dos anos, com a realização de congressos e seminários, os dirigentes das entidades sindicais da saúde trocaram experiências, dividiram dificuldades e vitórias (BRASÍLIA, 2008, p. 1).

Ademais, cumpre destacar que sua atuação é permanente, tendo como missão as seguintes causas, dentre outras:

Representar e defender os interesses individuais e sociais dos Trabalhadores na Saúde junto aos poderes constituídos, com total imparcialidade no campo das ideologias política e sindical, religião, sexo, raça ou opção de vida; Defender o fortalecimento da organização Sindical dos Trabalhadores, como instrumento legítimo da representação dos Trabalhadores em geral - Reforma Sindical. Garantia do exercício da democracia sindical, unicidade com legitimidade de representação e fonte de custeio segura para o exercício das tarefas sindicais, no interesse do coletivo sobre o individual e, sem a interferência externa; Defender a Saúde Pública universalizada com qualidade – Dever do Estado; Respeitar o contraditório e, as deliberações democráticas, sem perder a razão das nossas convicções; Atuar em conjunto com as Federações filiadas na execução de projetos de formação político-sindical no interesse da categoria (Ibidem).

Dessa forma, percebe-se a legitimidade da Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde ao propor a ADPF nº 54. Nesse sentido, cabe destacar as seguintes palavras de Camila de Magalhães Gomes:

A ação foi proposta pelo advogado Luís Roberto Barroso, tendo como arguente a CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, em 2004. (...)

Contudo, a ação teve o apoio técnico da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero, cuja mais conhecida representante é a antropóloga e pesquisadora Debora Diniz. Creio que é possível dizer que, sem o trabalho, a pesquisa, os filmes e a contribuição de Debora ao trabalho de Luís Roberto Barroso na ação, esse caminho não teria sido o mesmo. (...) (GOMES, 2015, p. 1).

Por essa razão, podemos afirmar que a CNTS, foi peça fundamental para o sucesso da legalização do aborto de fetos anencéfalos, uma vez que propôs a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, requerendo um posicionamento da Suprema Corte deste País, a fim de acabar com a polêmica sobre o assunto ao ser declarado - pelo Supremo – a legalização do aborto em casos de anencefalia.

Nesse contexto, podemos formular a seguinte pergunta: “Por que o interesse da CNTS para com esse assunto?”. Encontramos a seguinte resposta para essa pergunta, vejamos:

A CNTS é uma entidade sindical que defende os direitos e interesses dos profissionais da saúde no país. Por haver dúvidas se a antecipação de parto nos casos de gravidez de feto com anencefalia deveria ou não ser entendida como uma prática de aborto não prevista em lei, esta controvérsia expunha os profissionais de saúde a processos penais por supostos crimes de aborto. Além do que a demora na obtenção da autorização judicial trazia prejuízos para a saúde da gestante (BRASÍLIA, 2008, p. 1).

A tese defendida por Luís Roberto Barroso, representante da CTNS na ação proposta, foi direta e simples, *in verbis*:

A de que antecipação terapêutica do parto em casos de anencefalia não é o crime de aborto previsto na lei penal. O aborto é considerado um crime contra a potencialidade da vida do feto, algo inexistente no feto com anencefalia. Não seria correto qualificar como crime de aborto a interrupção da gestação de um feto sem potencialidade de vida. Por isso o termo antecipação terapêutica de parto para os procedimentos que não retiram a vida do feto, mas apenas antecipa o parto de um feto com anencefalia, interrompendo a gestação. Podemos afirmar que o procedimento não retira a vida do feto, porque a lei que autoriza os transplantes, nº 9.434, de 04.02.1997, define a morte humana como a ausência de atividade encefálica. No caso dos fetos anencéfalos essa atividade é inexistente e, portanto, encontram-se mortos (Ibidem).

O nosso sentir, a tese defendida pelo representante da CTNS, caminha em consonância com as garantias constitucionais como a liberdade, a dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade - pois defende o direito da gestante optar em continuar com a gravidez ou interrompe-la caso sua continuidade seja algo que ultrapassa todos os seus limites físicos, emocionais e psicológicos.

Aliás, conforme a CNTS bem salientou “o procedimento não retira a vida do feto, porque a lei que autoriza os transplantes, nº 9.434, de 04.02.1997, define a morte humana como a ausência de atividade encefálica” (BRASÍLIA, 2008, p. 1), sendo que essa atividade cerebral inexistente em caso de feto com anencefalia.

Em suma, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, foi proposta em 17 de junho de 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS – visando declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Diante da polêmica do tema e inúmeras controvérsias por parte dos julgadores, o desfecho da referida ação ocorreu somente em 12 de maio de 2012, isto é, oito anos após o ajuizamento da ação. Desse modo, percebe-se quão demorada é a tramitação de processos no Poder Judiciário, inclusive de temas tão importantes que deveriam ter prioridade nos julgamentos.

A respeito da morosidade no julgamento dos processos, Ana Amorim Carvalho ressalta:

É sabido que a morosidade judicial no Brasil é um fato. Mas, sabe-se também que não há como saná-la de imediato, nem tampouco decidir ou legislar às pressas sobre questões polêmicas, sob pena de não alcançar o resultado que se pretende. Porém, existem temas que devem ter prioridade e que já deveriam estar sanados pelo Poder Judiciário. E um desses temas é a anencefalia (CARVALHO, 2014, p. 1).

Tal afirmação foi feita antes da legalização do aborto de fetos anencéfalos, como vimos anteriormente, a demora em torno da decisão que colocaria fim à polêmica, era um grande obstáculo que a gestante e seus familiares tinham que conviver e enfrentar.

Ana Amorim Carvalho faz a seguinte indagação:

Agora cabe aqui pensar sobre o sofrimento da mãe: seria justo fazê-la levar adiante uma gravidez que não dá esperança alguma de vida e muito menos de futuro? Seria justo levá-la até o Judiciário para conseguir uma autorização para antecipar o parto, correndo o risco de não ter a resposta desejada, ou se tiver, não for possível praticá-la pelo fato de que a resposta foi tão demorada que o que se pretendia evitar, já aconteceu? (Ibidem).

A nosso ver, o posicionamento de Ana Amorim exprime de forma categórica e fantástica o dilema sofrido pelas gestantes que aguardaram a autorização judicial para realizar o aborto do feto anencéfalo.

Nesse contexto, Camila de Magalhães Gomes, faz o seguinte comentário:

O andamento da presente ação, como pode ser percebido por um simples passar de olhos na página correspondente do STF, foi longo e tortuoso. Oito anos. Como hoje comemoramos o resultado favorável, às vezes esquecemos que, nesse caminho, diversas mulheres sofreram as mais diferentes formas de dor em razão da proibição da antecipação ou interrupção do parto de um feto anencéfalo. Inevitável o tema (GOMES, 2015, p. 1).

Seguindo essa linha, Ana Amorim Carvalho refere à morosidade comum nesses casos:

MEDIDA CAUTELAR INOMINADA. INTERRUPTÃO DE GRAVIDEZ. ANENCEFALIA. FEITO SUSPENSO POR DECISÃO DO PLENÁRIO DO E. STF. DECORRIDO MAIS DE UM ANO DE GESTAÇÃO. EXTINÇÃO DO FEITO. O presente feito encontrava-se suspenso por determinação do Plenário do E. STF, que assim decidiu liminarmente ao apreciar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, situação essa que permanece até a presente data. A época da impetração a requerente contava cerca de seis meses de gravidez. O pedido da exordial se circunscreve a uma específica, concreta e real situação da requerente, sendo defesa a apreciação genérica e universal da angustiante questão trazida em seu bojo o que, aliás, está sendo realizada pela Suprema Corte do País. Decorrido mais de um ano de gestação, há de ser extinto o feito, sem julgamento do mérito, por faltar-lhe, a esta altura, o objeto. (TJ-RJ) (CARVALHO, 2014, p. 1).

Mais adiante, a autora em comento faz importante comentário ao trazer à tona, os princípios constitucionais que dão fundamento à interrupção do parto de fetos anencéfalo:

A Liberdade e a Legalidade estão no âmbito de que não existe lei que obrigue que a gestante prossiga com a gravidez de um anencéfalo, tendo assim, liberdade para antecipar o parto, se assim o desejar. A Dignidade entra no âmbito de que a gestante, uma vez se vendo obrigada a carregar em seu ventre um feto totalmente inviável, sem esperanças de vida, perde o seu Direito de viver com Dignidade, suportando todo o mal causado, que não será suportado por mais ninguém. Assim, é nessas pessoas que se deve pensar. Esquecer-se das convicções religiosas principalmente. Cabe lembrar que a antecipação do parto é opcional para a gestante, logo, cabe a ela decidir se fará ou não, a justificativa é subjetiva e pertence somente a ela (CARVALHO, 2014, p. 1).

Portanto, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir a prática do aborto em casos de fetos com anencefalia foi acertada, uma vez que concretiza e reafirma todos os direitos e garantias assegurados em nossa Lei Maior, representando um grande avanço na área da saúde e para a sociedade como um todo.

Após oito longos anos de discussão e polêmica, no dia 12 de abril de 2012 o plenário do Supremo Tribunal Federal, tendo como relator o ministro Marco Aurélio, decidiu que não pratica crime de aborto, tipificado no Código Penal Brasileiro, a mulher que optar pela “antecipação do parto” em caso de gravidez de feto anencéfalo.

Examinando o acórdão publicado no dia 30 de abril daquele ano, que faz um breve resumo do que foi tratado no dia do julgamento, para muitos foi um marco, seja visto como um avanço no direito, ou um ato lamentável:

ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação para declarar a inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual a interrupção da

gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal, nos termos do voto do relator e por maioria, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas (BRASIL, 2012, p.1).

Nesse contexto, Elton Bezerra faz o seguinte comentário:

No julgamento, os ministros decidiram que médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem qualquer espécie de crime. Com a decisão, para interromper a gravidez de feto anencéfalo, as mulheres não precisam de decisão judicial que as autorize. Basta o diagnóstico de anencefalia (BEZERRA, 2013, p. 1).

Fernando Galvão Neto e Taciano Holanda da Luz Filho destacam:

Esta decisão do Supremo Tribunal Federal, em que se decidiu constitucional o aborto de fetos anencéfalo, foi tratado como um julgamento difícil e polêmico, não porque era de extrema importância para o país, para a sociedade ou para o direito brasileiro, mas porque ele mexeu em “algo”, que como já foi citado, esta enraizada na sociedade brasileira, esta foi construída em pilares católicos e com isso considera o aborto como algo hediondo, crime ofensa, pecado, imoral (GALVÃO NETO; LUZ FILHO, 2015, p. 1).

Notamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) foi decisivo e categórico com a questão da legalização da interrupção da gravidez de fetos anencéfalos, afirma-se que “A tese abraçada pelo STF segue a linha adotada pela medicina, que considera o feto anencéfalo um natimorto cerebral” (SCHULZE, 2015, p. 1).

Importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal possibilitou simplesmente o aborto de fetos anencéfalos, e não o aborto em qualquer uma de suas modalidades, os dispositivos que amparam o crime de aborto continuam presentes no nosso Código Penal Brasileiro, podemos afirmar que o assunto foi tratado pelos ministros participantes dessa decisão, expôs Debora Santos:

Os ministros se preocuparam em ressaltar que o entendimento não autoriza ‘práticas abortivas’, nem obriga a interrupção da gravidez de anencéfalo. Apenas dá à mulher a possibilidade de escolher ou não o

aborto em casos de anencefalia. Faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal não está decidindo permitir o aborto. [...] Não se cuida aqui de obrigar. Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de um médico ajudar uma pessoa que esteja grávida de feto anencéfalo de ter a liberdade de seguir o que achar o melhor caminho (SANTOS, 2012, p. 1).

No entanto, o julgamento da ADPF nº 54 acentuou ainda mais a polêmica acerca do tema, isso porque, a decisão no caso de aborto de fetos anencéfalos não foi unânime, pois 8 (oito) ministros votaram a favor, ao passo que 2 (dois) votaram contra.

O Relator do julgamento, Ministro Marco Aurélio, faz a seguinte exposição:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida (Ibidem).

O voto do relator Marco Aurélio contou com o apoio dos ministros Ayres Britto, Luiz Fux, Joaquim Barbosa, Rosa Weber, Gilmar Mendes, Cármen Lúcia e Celso de Mello.

Para sustentar seu voto, o ministro Luiz Fux faz a seguinte afirmação:

Um bebê anencéfalo é geralmente cego, surdo, inconsciente e incapaz de sentir dor. Apesar de que alguns indivíduos com anencefalia possam viver por minutos, a falta de um cérebro descarta completamente qualquer possibilidade de haver consciência. [...] Impedir a interrupção da gravidez sob ameaça penal equivale à tortura (Ibidem).

Conforme mencionado anteriormente, obrigar a gestante a dar continuidade à gravidez contra a sua vontade é submetê-la à tortura, ao tratamento desumano e degradante, violando, portanto, o disposto no art. 5º, inciso III, da Carta Magna.

Ao posicionar-se, o Ministro Celso de Mello faz a seguinte afirmação, após votar a favor da legalização:

O crime de aborto pressupõe gravidez em curso e que o feto esteja vivo. E mais, a morte do feto vivo tem que ser resultado direto e

imediatamente das manobras abortivas. [...] A interrupção da gravidez em decorrência da anencefalia não satisfaz esses elementos (SANTOS, 2012, p. 1).

No mesmo sentido, a Ministra Carmen Lúcia, faz seu comentário, sendo precisa e veemente, ao afirmar que:

Também faço coro ao Ministro Fux, especificamente, para, já que estamos discutindo direito à vida, liberdade e responsabilidade, deixar claro que não se cuida aqui de obrigar quem quer que seja a levar adiante interrupção de gravidez. Nem é isso objeto da presente arguição. O que estamos deliberando é sobre a possibilidade jurídica de uma pessoa ou de um médico ajudar aquela pessoa que esteja grávida de um feto anencéfalo a livremente fazer a escolha sobre qual o melhor caminho a ser seguido, quer continuando ou não com essa gravidez (BRASIL, 2012, p. 1).

Contudo, conforme destacado anteriormente, dentre os dez ministros que julgaram a ADPF 54, 8 (oito) ministros votaram a favor, sendo que 2 (dois) foram contra a legalização do aborto e anencéfalos, sendo eles, os Ministros Ricardo Lewandowski e Cezar Peluso.

O Ministro Ricardo Lewandowski faz a seguinte afirmação para justificar o seu voto de forma contrária à legalização, vejamos:

Uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível do ponto de vista científico, abriria as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofrem ou viriam sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas que de algum modo levariam ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina (SANTOS, 2012, p. 1).

Nota-se que o voto do ministro tem por escopo evitar algum prejuízo que venha a ocorrer de outros fetos que não sofre da anomalia da anencefalia em si, mas qualquer outro tipo de anomalia, e que possam ter o mesmo destino.

Já o Ministro Cezar Peluso, que também votou contra, justificou seu voto em outro sentido, sendo muito mais profundo e radical, por entender que a prática do aborto de anencéfalo pode ser comparada ao racismo e ao extermínio de anencéfalos.

Vejamos a justificativa do ministro *in verbis*:

Ao feto, reduzido no fim das contas à condição de lixo ou de outra coisa imprestável e incômoda, não é dispensada de nenhum ângulo a menor consideração ética ou jurídica nem reconhecido grau algum da dignidade jurídica que lhe vem da incontestável ascendência e natureza humana. Essa forma de discriminação em nada difere, a meu ver, do racismo e do sexismo e do chamado especismo (SANTOS, 2012, p. 1).

E vai além da comparação do aborto com o racismo, coloca também a ideia de “extermínio” de anencéfalos ao acentuar que:

Todos esses casos retratam a absurda defesa em absolvição da superioridade de alguns, em regra brancos de estirpe ariana, homens e ser humanos, sobre outros, negros, judeus, mulheres, e animais. No caso de extermínio do anencéfalo encena-se a atuação avassaladora do ser poderoso superior que, detentor de toda força, infringe a pena de morte a um incapaz de prescindir à agressão e de esboçar-lhe qualquer defesa (...) (Ibidem).

Assim, o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, foi de fundamental importância para a sociedade como um todo, pois a decisão de legalizar a antecipação do parto de fetos anencéfalos ampara as inúmeras gestantes que sofrem com esse tipo de gestação, deixando ao livre arbítrio dessas gestantes, a escolha de prosseguir ou não com a gravidez.

Portanto, entendemos que a decisão da Suprema Corte foi acertada, por concretizar e reafirmar os direitos e garantias constitucionais vigentes em nossa Carta Magna, principalmente aqueles atinentes à liberdade, à dignidade da pessoa humana, a legalidade, a uma sociedade livre, justa e solidária.

Por fim, nas palavras de Gilmar Mendes:

Compreende-se, pois, que o Pacto de San José, como visto, proteja a vida humana desde a concepção. Em 12 de abril de 2012, porém, o STF, por maioria de votos, parece haver encontrado uma exceção a esses postulados. Ao julgar a ADPF 54 (rel. o Ministro Marco Aurélio), entendeu que não haveria a proteção penal para o feto anencéfalo. Cogitou-se de que, “por ser o anencéfalo absolutamente inviável, não seria titular do direito à vida”. Mesmo que biologicamente vivo, seria “juridicamente morto”, não seria pessoa humana, mesmo que um ser humano. Mesmo na corrente vitoriosa, porém, houve divergência de fundamentação, com voto que não

chegava a essas assertivas, preferindo enxergar no caso uma hipótese não prevista explicitamente pelo legislador de 1940 de isenção de punibilidade. Voto vencido do Ministro Cezar Peluso anotou que, nas audiências públicas havidas na Corte, colheram-se conclusões contraditórias para a questão da existência de atividades e ondas cerebrais no anencéfalo. Além disso, distinguiu morte encefálica de anencefalia. Argumentou que o crime contra a vida acontece com a eliminação da vida, descartada qualquer especulação sobre a sua viabilidade futura. Enfatizou que o simples fato de o anencéfalo ter vida e pertencer à espécie humana, deve ter assegurada a proteção do direito, independentemente de gozar de personalidade civil, devendo ser tratado como sujeito de direito, dotado da ‘dignidade advinda de sua incontestável ascendência e natureza humanas’ (MENDES, 2014, p.268).

Portanto, todas as proposições de risco de vida para a genitora encontram-se incluídas na ocorrência legal do aborto terapêutico. O autor acima adere à corrente. Há vida – e vida humana – no feto anencefálico. Existe, assim, direito à vida, não se apresentando com a melhor interpretação aquela que traz restrição no domínio natural desse direito à conta de alternativa do legislador infraconstitucional sobre o início da personalidade jurídica das pessoas, podendo ser uma ocasião acidental, e não um componente que define a vida humana. Não se demonstra também ideal decidir a existência de vida humana, ainda em processo de desenvolvimento, pelo critério que decide a morte de um ser humano que já concluiu esse mesmo processo, a presença, ou não, de atividade cerebral. A vida humana faz jus à proteção, sendo os aspectos casuais do estágio do seu desenvolvimento e da sua eventual breve permanência irrelevantes para o respeito devido a esse direito.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 sobre aborto de fetos anencéfalos foi votada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), menciona Ramos: “Também sou a favor, mas que seja autorizado no lugar próprio, que é o Código Penal. Não é dado ao Judiciário o direito de escrever isso sem previsão no texto constitucional” (RAMOS, 2010, p. 132).

Nesta Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, não está discutindo a inconstitucionalidade da norma, pois, Ramos (2010) diz que “ela não existe” (p. 132). Contudo, seria correto mencionar ao Congresso que essa legislação é cabível de providência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, com toda esta análise, que o princípio da indisponibilidade ao direito à vida procede em limite intransponível ao aborto anencefálico sustido na dignidade da mulher. A anencefalia é distinta, a rigor, pela ausência de parte do cérebro e não pelo seu conjunto, de modo que se existe vida, esta não pode ser tolhida, bem menos previamente. A complexidade do diagnóstico para esses fatos aponta decisivamente para a necessária prudência, a deprecar cautela ainda maior quando se aborda o bem supremo: o direito à vida.

A vida do feto não é um bem que se encontra disponível, nem mesmo a da mãe, motivo pela qual a cessação deste tipo de gravidez se esquia da esfera da autonomia do anseio. Tem que se ajuizar, embora, o princípio de amparo à família, que rezinga proteção ao pai e irmãos, que foram atingidos pelos reflexos. E, conforme discutido, qualquer alteração legislativa, que seja para abolir excludente atualmente lícita, como o seria para o aborto em caso de estupro, do que sobrepor novas.

A ordem jurídica não estabelece alcance temporal para fins de disponibilidade da vida, então, não pode existir discriminação de fetos perfeitamente formados em perdas dos que não gozam de tal privilégio. A tutela do bem da vida independe das casuais deformidades intra-uterinas. O feto anencéfalo, principalmente diante do aumento dos direitos do nascituro, está resguardado, desde a concepção, pela ordem jurídica pátria. Ajuizar procederia na inconstitucionalidade por arrastar o Código Civil de 2002 em seu Art. 2º.

O Supremo Tribunal Federal (STF), em deliberação proferida nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, não observando tais premissas, incógnita no princípio da separação de poderes, atuando como legislador positivo. O emprego da técnica de interpretação segundo a Constituição, como suposto controle de constitucionalidade, propagou-se como concepção atípica pelo judiciário de nova excludente de ilegalidade ao Código Penal, cuja elocução dos Art. 124, 126 e 128 não permitem margem para interpretação distinta.

A sociedade necessita, pois, continuar a ser diligentemente precavida para, de forma autêntica, determinar que casual discussão que abarque atividade de legislar submeta-se, em acatamento à soberania popular, ao crivo peculiar dos seus

representantes eleitos, reivindicando o poder que constitucionalmente lhe foi deferido. Em vicissitude, não se pode aceitar atuação judicial em ação de constitucionalidade introduzida, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, por acesso ilícito e em foro inadequado, mediante mecanismos artificiosos, que impedem o brilho aparente dos contextos que a envolve, resulta em ruptura dos princípios básicos da separação dos poderes e da soberania popular.

Demonstrar que a separação dos poderes é mais formal do que real, contudo essa separação real não acarreta em crise da separação dos poderes, entretanto uma inovação na visão do sistema com enfoque na presente Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sendo do poder judiciário a obrigação de declarar a morosidade legislativa e, ainda, de solucioná-la diante da aspiração do indivíduo e da sociedade.

Contudo, as decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) foram inermes, meramente perfilhando a mora legislativa, sendo perceptível a partir de 2007, alterando sua atuação na acepção de efetivamente garantir às pessoas os direitos e as seguranças fundamentais, embora passíveis de regulamentação normativa.

A atuação do Supremo Tribunal Federal (STF) provoca extrema incerteza jurídica e social, dando precedente gravoso para casuais práticas abortivas insensatas, principalmente antes a ausência de regulamentação de vida, para o caso de fetos anencéfalos, bem como a sensibilidade dos elementos de persuasão científica, derivando na possibilidade de concordâncias futuras de aborto em distintas outras patologias intrauterinas que não basicamente guardem analogia à anencefalia, denominadas meroencefalia.

Devido aos inúmeros casos surgidos e à ausência de legislação sobre o tema, a anencefalia passou a se tornar motivo de discussões nos distintos patamares da jurisdição. O pretexto de tanta contestação se deve ao fato de não se saber se é crime ou não praticar o aborto de feto anencefálico. Ambas as linhas de pensamento são adotadas: uma que acastela o aborto, tendo em vista o sofrimento causado e os princípios violados, e outra que repreende o aborto, pois esse é um crime contra a vida do feto.

Quando essa discussão atingiu o Supremo Tribunal Federal, tentou-se por um fim a esse empecilho com a publicação de uma liminar que posteriormente apresentou

sua consequência suspensa. Ela permitia que houvesse interrupção do parto no caso de anencefalia. Descontente com essa circunstância, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS) impetrou uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de nº 54, exigindo uma solução, mostrando que o acontecimento de aborto nesses casos não feriria nenhum dispositivo da lei. Julgada supracitada Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, foi diligente pela constitucionalidade do aborto do feto anencéfalo.

Contudo, tal deliberação é superficial insulto ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio constitucionalmente previsto, que está presente nesse litígio em ambos os pólos. O Poder Judiciário não pode deixar de ouvir os clamores da sociedade que, por um lado defende o feto, mesmo com o diagnóstico preciso da medicina, e, por outro lado, com uma visão técnico-científica, defende o direito da genitora de não levar adiante a gravidez.

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), ao propor a ADPF nº 54, alvitrou uma ação para a proteção da mulher em virtude do aborto de fetos anencéfalos.

Destaca-se a expressão de Camila de Magalhães Gomes:

A ação foi proposta pelo advogado Luís Roberto Barroso, tendo como arguente a CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde, em 2004. (...) Contudo, a ação teve o apoio técnico da ANIS – Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero –, cuja mais conhecida representante é a antropóloga e pesquisadora Debora Diniz. Creio que é possível dizer que, sem o trabalho, a pesquisa, os filmes e a contribuição de Debora ao trabalho de Luís Roberto Barroso na ação, esse caminho não teria sido o mesmo (GOMES, 2012, p. 1).

A autora afirma, ainda, que a CNTS – Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde –, foi o elemento fundamental para a legalização do aborto de fetos anencéfalos, ao propor a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54 e requerer uma ação decisória do posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) na legalização do aborto em casos de anencefalia.

A Ministra Carmen Lúcia aborda que:

Os ministros se preocuparam em ressaltar que o entendimento não autoriza ‘práticas abortivas’, nem obriga a interrupção da gravidez de anencéfalo. Apenas dá à mulher a possibilidade de escolher ou não o aborto em casos de anencefalia. Faço questão de frisar que este Supremo Tribunal Federal não está decidindo permitir o aborto. [...] Não se cuida aqui de obrigar. Estamos deliberando sobre a possibilidade jurídica de um médico ajudar uma pessoa que esteja grávida de feto anencéfalo de ter a liberdade de seguir o que achar o melhor caminho (ROCHA, 2012 apud SANTOS, 2012, p. 4).

Ressaltando que o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou meramente o aborto de fetos anencéfalos, e não o aborto em outro tipo de ocorrência, os dispositivos que defendem o crime de aborto continuam presentes no nosso Código Penal Brasileiro.

O Relator do julgamento, Ministro Marco Aurélio, faz a seguinte exposição:

Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, não existe vida possível. O feto anencéfalo é biologicamente vivo, por ser formado por células vivas, e juridicamente morto, não gozando de proteção estatal. [...] O anencéfalo jamais se tornará uma pessoa. Em síntese, não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura. Anencefalia é incompatível com a vida (MELLO, 2012 apud SANTOS, 2012, p. 4).

Argumentos apresentados pelo relator devem ser reconhecidos, como quando explica não ser cabível discutir o direito à vida do feto anencéfalo, uma vez que para o Conselho Federal de Medicina é esse um “natimorto cerebral”, pelo que não há potencialidade de vida. É importante destacar referida passagem, demonstrando que, também ao contrário do que se pode ler de muitas manifestações posteriores ao julgamento, o STF não legislou, não inventou conceitos, não decidiu contrariamente à ciência, não pretendeu definir o que é a vida ou quando ela começa.

Nas palavras de Gilmar Mendes:

Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos – não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar para a criança por nascer. Daí a justificação da tutela penal, impeditiva de que o problema do aborto seja reconduzido a uma singela questão de autodeterminação da mãe – qualquer que seja o estágio de desenvolvimento da gravidez (MENDES, 2014, p. 268).

Portanto, independentemente da probabilidade de vida extrauterina, o feto possui direitos e deve ser protegido.

E continua o magistrado:

Não se há de condicionar o direito à vida a que se atinja determinada fase de desenvolvimento orgânico do ser humano. Tampouco cabe subordinar esse direito fundamental a opções do legislador infraconstitucional sobre atribuição de personalidade jurídica para atos da vida civil. O direito à vida não pode ter o seu núcleo essencial apequenado pelo legislador infraconstitucional – e é essa consequência constitucionalmente inadequada que se produziria se se partisse para interpretar a Constituição segundo a legislação ordinária, máxime quando esta não se mostrar tão ampla como exige o integral respeito do direito à vida. Havendo vida humana, não importa em que etapa de desenvolvimento e não importa o que o legislador infraconstitucional dispõe sobre personalidade jurídica, há o direito à vida (MENDES, 2014, p. 268).

No tocante ao sofrimento gestacional, afirma:

Embora a gravidez também diga respeito à esfera íntima da mulher, o embrião humano forma um ser humano distinto da mãe, com direito à vida, carente de proteção eficaz pelos poderes públicos – não importando nem mesmo o grau de saúde ou o tempo de sobrevivência que se possa prognosticar para a criança por nascer. Daí a justificação da tutela penal, impeditiva de que o problema do aborto seja reconduzido a uma singela questão de autodeterminação da mãe – qualquer que seja o estágio de desenvolvimento da gravidez. A gravidez, certamente, pode levar a condições mais acentuadas de dor e de tensão para a mulher e para a sua família. O nascimento de um filho acarreta impactos inevitáveis sobre as forças financeiras e à estrutura emocional dos pais. Bens juridicamente relevantes podem contrapor-se à continuidade da gravidez. A solução cabível haverá de ser, contudo, a inexorável preservação da vida humana, ante a sua posição no ápice dos valores protegidos pela ordem constitucional. Veja-se que a ponderação do direito à vida com valores outros não pode jamais alcançar um equilíbrio entre eles, mediante compensações proporcionais. Isso porque, na equação dos valores contrapostos, se o fiel da balança apontar para o interesse que pretende superar a vida intrauterina o resultado é a morte do ser contra quem se efetua a ponderação. Perde-se tudo de um dos lados da equação. Um equilíbrio entre interesses é impossível de ser obtido (MENDES, 2014, p. 269).

Como podemos ver decisão da ADPF supracitada é verdadeira ofensa ao direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O Ministro Ricardo Lewandowski faz a seguinte afirmação para justificar o seu voto de forma contrária à legalização:

Uma decisão judicial isentando de sanção o aborto de fetos anencéfalos, ao arrepio da legislação existente, além de discutível do ponto de vista científico, abriria as portas para a interrupção de gestações de inúmeros embriões que sofrem ou viriam sofrer outras doenças genéticas ou adquiridas que de algum modo levariam ao encurtamento de sua vida intra ou extrauterina (LEWANDOWSKI, 2012 apud SANTOS, 2012, p. 23).

O voto do ministro Lewandowski seguiu duas linhas de raciocínio. ele destaca os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da chamada interpretação conforme a Constituição, com base na independência e harmonia entre os Poderes: “O STF, à semelhança das demais cortes constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição” (Ibidem, p. 23), afirmou.

Mesmo este papel, de acordo com o seu voto, deve ser exercido com “cerimoniosa parcimônia”, diante do risco de usurpação de poderes atribuídos constitucionalmente aos integrantes do Congresso Nacional. “Não é dado aos integrantes do Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se fossem parlamentares eleitos” (Ibidem, p. 23), ressaltou.

Nesse aspecto, o ministro observou que o Congresso Nacional, “se assim o desejasse”, poderia ter alterado a legislação para incluir os anencéfalos nos casos em que o aborto não é criminalizado, mas até hoje não o fez. O tema, assinalou, é extremamente controvertido, e ambos os lados defendem suas posições com base na dignidade da pessoa humana. “Nosso parlamento se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria” (Ibidem, p. 30), disse, acrescentando que pelo menos dois projetos de lei sobre o tema tramitam desde 2004 sem que se tenha chegado a consenso.

Em conclusão, entendemos que a decisão do Supremo Tribunal Federal em admitir a prática do aborto em casos de fetos com anencefalia foi acertada, uma vez que concretiza e reafirma todos os direitos e garantias assegurados em nossa Lei Maior, representando um grande avanço na área da saúde e para a sociedade como um todo.

BIBLIOGRAFIA

- ACCIOLY, Hidelbrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 11ed. São Paulo: Saraiva, 1982.
- ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Patrimônio genético humano e sua proteção na Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Método, 2004.
- ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes contra a vida**. Belém: UNAMA, 1999.
- ANDRADE, Bárbara Dornelas Belchior Costa. **O Direito brasileiro e os transplantes de órgãos e tecidos**. Brasília: Thesaurus, 2008.
- ARISTÓTELES. **Política**. Trad. Roberto Leal Ferreira. 2ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Em defesa da vida humana**. São Paulo: Loyola, 1993.
- BARROSO, Luís Roberto. **Lições complementares de Direito Constitucional**. 3ed. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BÉNOIT, Francis Paul. **Les conditions d'existence des libertes**. Paris: La documentation française, 1985.
- BÍBLIA SAGRADA. **Livro do Êxodo**. 59ed. São Paulo: Paulinas, 1997, cap. 21, versículo 22, p.187.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008, v. 1.
- _____. **Tratado de Direito Penal: parte geral**. 1ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
- BRASIL. Código Civil. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. VadeMecum, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.140.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. VadeMecum, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 7.
- BRASIL. **Lei 2. 848 de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. VadeMecum, 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 359.
- CAMARGO, A. L. Chaves. **Culpabilidade e reprovação penal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 2003.

- CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leituras complementares de constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2007.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CARDOSO, Leonardo Mendes. **Medicina legal para o acadêmico de direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- CARRARA, Francesco. **Direito Penal**. São Paulo: Forense, 2003.
- CHAVES, Antonio. **A tutela jurídica do nascituro**. São Paulo: LTr, 2000.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha, *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- COMPLAK, Krystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. **Revista da Esmesc**, Florianópolis v. 15, n. 21, 2008.
- COSTA, Helena Regina Lobo da. **A dignidade humana**: teorias de prevenção geral positiva. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DEL´OLMO, Florisbal de Souza. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- DELMANTO, Celso. **Código Penal comentado**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DIMITRI, Dimoulis; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **O estado atual do biodireito**. 8ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- DORNELLES, João Ricardo W. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasilense, 1989.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- FABBRINI, Renato N.; MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 29ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- FARIAS, Edilsom Pereira de. **Colisão de direitos**: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2000.
- FÁVERO, Flaminio. **Introdução ao estudo da medicina legal**. 11ed. Belo Horizonte: Editora Itataia Ltda, 1980.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. **Direitos humanos fundamentais**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio básico da língua portuguesa**. São Paulo: Jornal Folha de São Paulo, 1995.

- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. vol. 2. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- FRANÇA, Genival Valoso de. **Medicina Legal**. 9ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 2011.
- FRANCO, Ari. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Forense. 1942.
- GARCIA, Sonia Maria; FERNANDEZ, Casemiro Garcia. **Embriologia**. 2ed. Porto Alegre: Artmed, 2001.
- GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 10ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1968.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Penal**: dos crimes contra a pessoa. São Paulo: Saraiva, 2000.
- GRECO FILHO, Vicente. **Tutela constitucional das liberdades**. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Novas tendências o direito processual. In: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. **Técnicas de aceleração do processo**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2003.
- HOUSSAIS, Pedro. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.
- HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Cláudio Heleno. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- JESUS, Damásio E. **Código Penal Anotado**. 8ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.
- _____. **Código Penal Anotado**. 7ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005.
- KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. In: **Os Pensadores**: Kant (II). Trad. Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.
- KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Tradução: Antônio Pinto de Carvalho. Lisboa: Companhia Editora Nacional, 1964.
- KARAGULIAN, Patrícia Partamian (coord.). **Aborto e legalidade**: Malformação congênita. São Paulo: Yendis, 2007.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2008.
- LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2008.
- LOUREIRO, Claudia Regina Magalhaes. **Introdução ao biodireito**. ed. atual. até decisão do STF: ADI 3510. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2009.
- MARQUES, José Frederico. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1961.
- _____. **Tratado de Direito Penal**. vol. 4. Campinas: Millennium, 1999.

- MARREY, Adriane *et. al.* **Roteiros, práticas, questionários e jurisprudência**. 6ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- MARTINS, Fladimir Jerônimo Belinati. **Dignidade da pessoa humana: princípio constitucional fundamental**. Curitiba: Juruá, 2003.
- MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o direito penal**. 3ed. Porto Alegre: Sagra, 1996.
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. 10ed. rev. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Manual de direito penal: parte especial**. 23ed. São Paulo: Atlas, 2005. vol. 2.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2008.
- MOISES, Elaine Christine Dantas, *et al.* **Aspectos éticos e legais do aborto no Brasil**. São Paulo: FUNPEC, 2005.
- MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada**. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. **Direito Constitucional**. 17ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.
- _____. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral**. 9ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- _____. **Direito Constitucional**. 28ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOTA, Eliseu Florentino. **Aborto à Luz do Espiritismo**. Matão/SP: O Clarim, 1995.
- NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de Bioética e Biodireito**. São Paulo: Atlas, 2009.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em defesa da vida: aborto, eutanásia, pena de morte, suicídio, violência/linchamento**. São Paulo: Saraiva, 1995.
- NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 1995. v. 2.
- _____. **Direito Penal**. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____; BRUNO, Aníbal; HUNGRIA, Nelson. **Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, G. S. **Código Penal comentado**. 4ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

- PESSINI, Leocir. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Loyola, 2007.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- _____. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 6ed. São Paulo: Max Limond, 2004.
- PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal brasileiro: parte especial**. 6ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.
- REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 13ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- SANCHES, Rogério, FLÁVIO, Luiz. **Direito Penal: parte especial**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- _____. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- _____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 6ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.
- SEMIÃO. Sérgio Abdalla. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e do biodireito**. 2 ed. rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- SILVA, Jose Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 35ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- _____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Os Direitos Fundamentais nas Relações Entre os Particulares**. 1ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SOARES, André Marcelo M; PINEIRO, Walter Esteves. **Bioética e Biodireito: uma introdução**. São Paulo: Loyola, 2006.
- TEODORO, Frediano José Momesso. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Juruá, 2007.
- TONI, Antonio Telmo de. Bioética: avanços e dilemas numa ótica interdisciplinar do início ao crepúsculo da vida: esperanças e temores. In: **Anencefalia: uma visão jurídica**.

HOCH, Lothar Carlos; WONDRACEK, Karin H. K. (org.) São Leopoldo: FAPERGS, 2006.

WEISZFLOG, Walter. **Moderno dicionário da língua portuguesa**. São Paulo. Melhoramentos, 2007.

WINDHAM, G. C.; EDMONDS, L. D. **Current trends in the incidence of neural tube defects**. Bethesda Estados Unidos Pediatrics, 1982. v. 70.

WOELFERT, Alberto Jorge Testa. **Introdução à medicina legal**. Canoas: Ulbra, 2003.

Documentos em meio eletrônico:

ANDRADE, Lilian Lopes. **A determinação do início da vida: ciência versus direito**. Disponível em:

<<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:RwuYvIZzhvEJ:www.tempus.sactas.unb.br/index.php/tempus/article/download/1279/1116+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

ANENCEPHALY.INFO. **Perguntas mais frequentes sobre anencefalia**. Disponível em: <<http://www.anencephalie-info.org/p/perguntas.php>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

ASSIS, Cardeal Raymundo Damasceno. **Conferência Nacional dos Bispos do Brasil**. Disponível em: <<http://www.cnbb.org.br/imprensa/noticias/9040-qlegalizar-o-aborto-de-fetos-com-anencefalia-erroneamente-diagnosticados-como-mortos-cerebrais-e-descartar-um-ser-humano-fragil-e-indefeso-q-afirma-nota-da-cnbb>>. Acessado em: 20 maio 2014.

BARROSOS, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em:

<<http://C:/Users/Alana%20Cardoso/Downloads/JUDICIALIZA%C3%87%C3%83O,%20ATIVISMO%20JUDICIAL%20E%20LEGITIMIDADE%20DEMOCR%C3%81TICA.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2015.

BERTI, Silma Mendes. **Responsabilidade civil pela conduta da mulher durante a gravidez**. Tese de Doutorado em Direito Civil, 2001. Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22274/direitos-do-nascituro-uma-breve-analise-da-teoria-concepcionista-a-luz-da-lei-n-11-804-2008-lei-de-alimentos-gravidicos/3#ixzz3tdtapNyu>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

BEZERRA, Elton. **Decisão histórica:** leia acórdão sobre interrupção de gravidez de anencéfalo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-mai-13/leia-acordao-stf-autoriza-interruptao-gravidez-anencefalo>>. Acesso em: 06 maio 2015.

BRASIL, República Federativa do. **Arguição de descumprimento de preceito fundamental 54.** Relator: Ministro Marco Aurélio. DJ 30 de abril de 2012. STF-Brasília. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/acordao-interruptao-gravidez-anencefalo.pdf>>. Acesso em: 05 maio 2015.

BRASIL. **O MP e os objetivos do milênio.** Disponível em: <<http://mpcidadania.ning.com/profiles/blogs/stf-sinaliza-nao-punir-interruptao-de-gravidez>> Acesso em: 20 mar. 2015.

BRASÍLIA. **Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde:** institucional. 2008. Disponível em: <<http://www.cnts.org.br/pagina/index/id/221>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

CALETTI, Leandro. **A incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos no cenário da Emenda à Constituição nº 45/2004:** notas acerca da compulsoriedade do novo regime e da denúncia dos tratados. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9754>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

CARVALHO, Ana Amorim. **Anencefalia:** à espera de uma resposta. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5164/Anencefalia-a-espera-de-uma-resposta>>. Acesso em: 16 jun. 2014.

CRUZ, Luiz Carlos Lodi da. **Aborto vinculante:** decisão liminar do STF declara legal o aborto de crianças anencéfalas. Roma, 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5440/aborto-vinculante>> Acesso em: 20 mar. 2015.

FALCÃO, Rafael de Lucena. **Direito à vida:** a importância do marco inicial e a incoerência que seria o direito ao aborto no ordenamento jurídico. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,direito-a-vida-a-importancia-do-marco-inicial-e-a-incoerencia-que-seria-o-direito-ao-aborto-no-ordenamento-jur40227.html>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Um conceito ético de morte.** Paraíba 2001 Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/Regional/crm-pb/artigos/conc_etico_morte.htm>. Acesso em: 24 mar. 2015.

GALVÃO NETO, Fernando; LUZ FILHO, Taciano Holanda da. **Análise jurídico-teórica da decisão do STF sobre o aborto de feto anencéfalo.** Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12615&revista_caderno=27>. Acesso em: 19 maio 2015.

GARCIA, Kelly Gracie Pinto. Artigo: **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental**: conceitos e aplicabilidade factível analisados e construídos fundamentalmente sob os pilares da hermenêutica jurídica. Parte IV. Disponível em: <<http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.ph/direitopublico/article/viewFile/551/595>>. Acesso em: 25 set. 2015.

GOMES, Camila de Magalhães. **ADPF 54**: o julgamento do STF e a anencefalia. Disponível em: <<http://blogueirasfeministas.com/2012/04/adpf-54-o-julgamento-do-stf-e-anencefalia/>>. Acesso em: 03 maio 2015.

GONTIJO, Danhilla Henrique. **Direitos do nascituro**: uma breve análise da teoria concepcionista à luz da Lei nº 11.804/2008 (Lei de Alimentos Gravídicos). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/22274>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

GSCHWENDTNER, Loacir. **Direitos Fundamentais**. Teresina: Jus Navigandi. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2075>>. Acesso em: 21 ago. 2014.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, ano VII, n. 9, dez/2006, p. 379-397. Disponível em: <<http://www.funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf>>. Acesso em 02 jul 2014.

HADRIANUS. **Personalidade jurídica X nascituro**. Disponível em: <<https://adrianodsa.wordpress.com/2010/03/20/personalidade-juridica-x-nascituro/>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

LOPES, Anselmo Henrique Cordeiro. **A força normativa dos tratados internacionais de direitos humanos e a Emenda Constitucional nº 45/2004**. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6157>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

MELLO, Marco Aurélio. **Decisão do STF na ADPF 54**: não existe crime de aborto de fetos anencéfalos. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2012/04/decisao-do-stf-na-adpf-54-nao-existe.html>>. Acesso em: 12 set. 2015.

MENDES, Gilmar. **ADPF 54 é julgada procedente pelo ministro Gilmar Mendes**. Brasília: Supremo Tribunal Federal, 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=204863>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MOURA, Elayne Cristina da Silva. **Descriminalização do aborto no Brasil e o direito a vida previsto na Constituição Federal**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4278>. Acesso em: 02 jul. 2014.

NAMORA, Pedro. **A religião católica e o aborto**. Disponível em: <<http://combate.blogspot.com.br/2007/01/religio-catlica-e-o-aborto.html>> Acesso em: 20 abr. 2015.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Paris, 1948. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

PRADO, Simone Marcussi de Almeida. **O direito à vida mesmo que por um dia: o aborto de anencéfalo**. Disponível em: <<http://www.defesadavidalondrina.org.br/wp-content/uploads/2012/04/DEFESA-DA-VIDA-OK-8-paginas.pdf>>. Acesso em: 20 ago. 2014.

PRÓ-VIDA. **Quem é o anencéfalo**. Anápolis/GO, 2005. Disponível em: <<http://www.providaanapolis.org.br/quem eoan.htm#1>> Acesso em: 01 abr. 2015.

SANTOS, Débora. **Supremo decide por 8 a 2 que aborto de feto sem cérebro não é crime**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/brasil/noticia/2012/04/supremo-decide-por-8-2-que-aborto-de-feto-sem-cerebro-nao-e-crime.html>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SCHERER, Dom Odilo Pedro. **Aborto de fetos com anencefalia**. Disponível em: <<http://www.universocatolico.com.br/index.php?/aborto-de-fetos-com-anencefalia.html>>. Acessado em: 20 maio 2014.

SCHULZE, Clenio Jair. **STF, aborto de fetos anencéfalos, ADPF 54 e legislador positivo**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21532/stf-aborto-de-fetos-anencefalos-adpf-54-e-legislador-positivo>>. Acesso em: 19 maio 2015.

SOUZA, Priscila Boim. **Teorias do início da vida e lei de biossegurança**. Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:PuCURhdkR60J:intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1863/1773+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em: 02 jul. 2014.