



Universidade Federal do Pará
Campus universitário de Marabá
Faculdade de Direito de Marabá

EMANUELLE GONÇALVES SILVA ALVES

ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

MARABÁ
2010

EMANUELLE GONÇALVES SILVA ALVES

ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

Monografia jurídica apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito - UFPA / Campus de Marabá como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do Professor Marco Alexandre da Costa Rosário

MARABÁ
2010

EMANUELLE GONÇALVES SILVA ALVES

ABORTO DE FETO ANENCEFÁLICO

BANCA EXAMINADORA

1º Examinador _____

Conceito _____

2º Examinador _____

Conceito _____

Data Defesa ____/____/____

Conceito Final _____

Dedico este trabalho a minha família, a Deus e ao meu marido que esteve sempre ao meu lado, sendo o suporte da minha vida, e aos meus amigos, especial a minha grande amiga Vanessa, sem eles eu não teria conseguido.

AGRADECIMENTO

Ao professores da graduação em direito, pelos conhecimentos, aprendizagem, em especial pelo meu orientador, por toda a paciência e dedicação não só durante o desenvolvimento do trabalho, mas durante todo o curso.

RESUMO

A anencefalia é uma malformação que vem sendo discutida tanto pela sociedade que busca por providências, tanto pelo STF, que apesar da repercussão do assunto não assumiu um posição ficando os Ministros divididos em aprovar ou não, e como isso o tempo vai passando e as coisas não se resolvem. Já se passaram seis anos desde que essa ação foi proposta e até agora nada foi decidido. Aceita o aborto nesses casos é permitir que se restrinja a inviolabilidade à vida garantida na Constituição, passando por cima desse direito que demorou tanto para se conseguir, sendo ele só garantido de forma expressa na Constituição de 1946.

A anencefalia é uma malformação que atinge o feto, não tendo ele condições para sobreviver por muito tempo, na maioria dos casos a morte ocorrem dentro do ventre materno, mas alguns deles sobrevivem por um determinado tempo após nascerem.

Mas o que se pretende aqui é proteger à vida que é um bem jurídico garantido a todos os seres humanos de forma inata, não interessando saber se vão viver muito ou pouco tempo.

Palavras-chave: Direito Penal, Direitos Humanos, Aborto, Anencefalia.

ABSTRACT

Anencephaly is a malformation that has been discussed by both the society that searches for precautions, both by STF, that despite the impact of the issue has not assumed a position being divided into ministers approve or not, and how this time goes by and things are not resolved. It has been six years since this lawsuit was proposal and so far nothing has been decided. Accept abortion in these cases is to allow limiting the sanctity of life guaranteed in the Constitution, passing over this right if it took so long achieve, and it only guaranteed explicitly in the Constitution of 1946. Anencephaly is a malformation that affects the fetus, did not he able to survive long in most cases death occurs within the womb, but some survive for a time after born. But what is intended here is to protect life that is a legal right guaranteed to all human beings innate, no matter whether they will live a short or long.

Keywords: Criminal Law, Human Rights, Abortion, Anencephaly.

SÚMARIO

1INTRODUÇÃO.....	09
2 - DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS.....	10
2.1 - Contexto histórico do direito a vida.....	10
2.2 - Direito à vida.....	11
2.3 - Quando começa e termina a vida.....	14
3 - ABORTO.....	18
3.1 - Contexto Histórico.....	18
3.2- Conceito.....	19
3.3 - Aborto.....	20
4 - ABORTAMENTO DE FETOS ANENCÉFALO.....	23
4.1 - Conceito.....	22
4.2 - Critérios utilizados para detectar a morte dos anencéfalos.....	23
4.3 – Abortamento de anencéfalos.....	26
4.4 – Direitos dos anencéfalos.....	29
4.5 – Direitos da gestante.....	28
4.6 – Direito a vida ou a liberdade.....	29
5 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54: ABORTO DE ANENCÉFALO.....	31
5.1 DIGNIDADE.....	35
5.2 - LIBERDADE DE REPRODUÇÃO.....	35
5.3 - SAÚDE FÍSICA DA GESTANTE.....	36
5.4 - VIDA COMO O BEM JURÍDICO MAIOR.....	36
ANEXO.....	39
REFLEXÕES CONCLUSIVAS.....	40

REFERÊNCIAS.....	42
------------------	----

INTRODUÇÃO

O aborto é uma prática que se prolonga pelos séculos, nem sempre o aborto foi criminalizado, passando apenas a ser considerado como crime a partir de uma visão religiosa e moral.

A anencefalia vem sendo muito discutida, pois se pretende legalizar o aborto desse tipo de feto, já foi proposta uma ação, chamada ADPF 54, agora aguarda que o STF julgue o mais rápido possível essa ação.

A anencefalia é uma malformação fetal que aparece no vigésimo primeiro dia de gestação, que é quando o feto começa a formar o sistema nervoso, o diagnóstico é totalmente preciso devido à tecnologia que temos hoje, uma vez detectado praticamente impossível o erro do diagnóstico.

É uma anomalia, que acaba por atingir toda a família, principalmente a mulher que vive mais intensamente essa situação, que sofre com o diagnóstico, mas apesar de todo sofrimento é justo acabar com a vida do seu próprio filho?

O que se pretende com esse trabalho é formar uma opinião, sobre o assunto, e quem sabe ajudarmos a decidir esse problema que atinge a tantos.

2 - DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

2.1- CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO À VIDA

Nem todas as Constituições Federais garantiram ao homem o direito à vida, a primeira Constituição a de 1824 promulgada durante o império, trazia em seu artigo 179, a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, mas não protegeu expressamente o direito à vida. (Ana Carolina Lima, aborto e anencefalia, 2009).

Seguindo esse mesmo raciocínio veio Constituição de 1981, que inaugurou a República do Brasil, no seu artigo 72 tratava da "a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade (...)" não trouxe o direito à vida expressamente, mas no parágrafo 21 desse mesmo artigo extinguiu a pena de morte, e o artigo 78 dizia que o fato dos direitos não estarem expressos na Constituição não exclui outras garantias e direitos não enumerados¹.

A constituição de 1934 apesar de ter sido a mais democrática das Constituições promulgadas até sua vigência previa o mesmo que a Constituição anterior, tratando no artigo 113 da inviolabilidade, contudo não trazia expressamente o direito à vida, apesar de trazer novamente o rol da constituição anterior, as garantias não expressas não excluem da Constituição os direitos não enumerados. (Ana Carolina Lima, aborto e anencefalia, 2009)

A Constituição de 1937 também não tratou de forma expressa do direito à

¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 200

vida, foi uma Constituição extremamente autoritária, tendo inclusive retrocessos quando admitiu a pena de morte no caso de homicídio fútil e perverso, e nos crimes especiais contra o Estado, garantindo somente à liberdade, à segurança individual e à propriedade. (Ana Carolina Lima, aborto e anencefalia, 2009).

Foi na Constituição de 1946 que o direito à vida apareceu de forma expressa, em seu artigo 141 que estabelecia a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança individual e a propriedade, extinguiu a pena de morte, mas prevaleceu ainda a pena de morte nos tempos de guerra.

A Constituição de 1967, apesar de ter sido promulgada em um regime militar autoritário, a sua redação foi semelhante a anterior em relação a garantia do direito à vida.

Mas foi na Constituição de 1988 que o direito à vida passou a ter a devida tutela jurisdicional, contudo cabendo a legislação infraconstitucional regulamentar essa proteção, sempre dando o devido respeito a Constituição, pois não cabe a ela regulamentar o exercício de direitos.

2.2 - DIREITO À VIDA

O que significa a palavra vida?

É o espaço de tempo que corresponde entre o nascimento e a morte.

No art. 6 parte I do pacto internacional sobre direitos políticos e civis, fala que a vida é um direito inerente da pessoa humana e ninguém será privado desse direito de forma arbitrária. É um direito nato do ser humano, adquirido com o nascimento, portanto, não pode ser transmitido, renunciado, pois é indisponível. Dessa forma o homem tem o direito de conservar, gerir e defender a própria vida.

O direito a vida é assegurado na própria constituição como cláusula

pétrea em seu art. 5º que diz:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e a propriedade.

Esse é mais importante artigo da constituição pois aqui se garante o direito à vida, pois é a partir desse direito que nos é garantido todos os demais, inclusive o da personalidade. Cabendo ressaltar que a constituição protege à vida de modo geral, inclusive a uterina.

O direito a vida é um dos primeiros direitos invioláveis assegurados pela constituição federal, ou seja, é garantido a integralidade existencial. Quando se fala do direito à vida, nessa expressão vem implícito dois sentidos: 1- o de se manter vivo; 2- o de subsistência.

A vida é um bem jurídico tutelado como direito fundamental básico desde o momento da concepção, dessa forma, a vida humana deve ser protegida contra tudo, pois é objeto de direito personalíssimo.

A vida é um bem jurídico protegido de tal maneira que tem eficácia "erga omnes" e deve ser protegido contra as barbaridades cometidas pelos homens como a legalização do aborto, pena de morte e guerra.

O direito à vida vai muito mais além, por que não consiste em apenas sobreviver, mais sim viver dignamente.

Ao consagrar o direito à vida, a constituição não faz distinção entre a vida e a morte intra-uterina e extra-uterina, e não atribui valor maior à vida extra-uterina em relação à intra-uterina, como o faz a legislação infraconstitucional, em particular a legislação Penal².

² LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza Lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: Juruá, 2009.

A constituição também não diferencia a proteção à vida humana, que se inicia com a fecundação, seja ela natural ou artificial, como também não diferencia as sucessivas etapas embrionárias. A proteção à vida, consagrada constitucionalmente, compreende todas as formas de manifestação da existência humana com potencial para a formação, o desenvolvimento e o posterior nascimento³.

Todo ser humano é titular do direito à vida, independentemente de apresentar ou não limitações físicas e psíquicas.

O Brasil é signatário de tratados internacionais que protegem os direitos humanos, o direito à vida, como:

a) A Declaração Universal dos Direitos do Homem, que em seu artigo 3º diz:

art. 3º: "toda a pessoa tem direito à vida, à liberdade, e à segurança pessoal".

b) A Convenção Americana de Direitos Humanos que em seu art. 4º diz:

art. 4º: "toda a pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente".

c) pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que em seu 6º estabelece que:

art. 6º: "que o direito a vida é inerente da pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida".

³ LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

d) Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que diz que devido a imaturidade física e mental, necessita de proteção legal específica, tanto antes quanto depois do nascimento.

2.3 - QUANDO COMEÇA E TERMINA A VIDA

Existe varia teorias sobre o inicio da vida, mas a que vem prevalecendo é o entendimento de que a vida se inicia com a concepção. Segundo Dernival da Silva Brandão⁴:

A embriologia humana demonstra que a nova vida tem inicio com a fusão dos gametas - espermatozóide e óvulos - duas células germinativas extraordinariamente especializadas e teleologicamente programada, ordenadas uma à outra. Dois sistemas separados interagem e dão origem a um novo sistema; e este, por sua vez, dá início a uma série de atividades concatenadas, obedecendo a um princípio único, em um encadeamento de mecanismos de extraordinária precisão. Já não são dois sistemas operando independentemente um do outro, mas um único sistema que existe e opera em unidade: é o zigoto, embrião unicelular, que compartilha não apenas o ácido desoxirribonucléico (ADN), mas todos os cromossomos de sua espécie, a espécie humana, cujo o desenvolvimento, então iniciado, não mais se detém até sua morte. (...) É, portanto, um ser vivo humano e completo. Humano em virtude de sua constituição genética específica e de ser gerado por um casal humano, uma vez que cada espécie só e capaz de gerar seres de sua própria espécie. Do ponto de vista biológico não existe processo de humanização. Ou é humano desde o início de sua vida ou não será jamais: não há momento algum que marque a passagem de não humano ao humano. Completo, no sentido de que nada mais de essencial à sua constituição lhe é acrescentado após a concepção.

O código civil diz que a responsabilidade civil começa com o nascimento com vida, pondo a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A concepção é o ato inicial da vida, mas não só da vida de fato, mas também da vida jurídica.

⁴ BRANDÃO, Dernival da Silva, apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

O nascimento com vida se distinguem em: nascimento e o nascimento com vida, pois a vida extra-uterina se concretiza com a respiração pulmonar. A partir desse momento é que a pessoa se torna titular de direitos e obrigações, dessa forma pode-se concluir que o feto tem mera expectativa de vida e não vida de fato, já que ela só poderá ser concretizada com a respiração pulmonar após o nascimento.

O feto se diferencia desde a concepção, tanto do pai como da mãe, partir da fecundação surge um novo ser humano, com carga genética própria e definida, e traz consigo todas as características de um ser racional.

Apesar de haver varias divergências entorno do inicio da vida, tanto no campo jurídico quanto nas ciências médicas e biológicas, o ordenamento jurídico brasileiro acolheu o momento da concepção, para a proteção do individuo enquanto ser humano, pois o Brasil é adepto da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Por isso o nascituro tem os seus direitos tutelados tanto pelo direito civil quanto pelo penal que pune todo crime de aborto, infanticídio, periclitacão da vida.

De acordo com Antônio Chaves a vida começa com a fecundação, não só da fecundação intra-uterina, mas também da fecundação extra-uterina, quando o cromossomo masculino e feminino se unem para formar um novo ser, e qualquer meio para destruí-lo põe fim a vida, sendo dessa forma um crime.

A proteção constitucional se dar em todas as fases da vida, inicia-se com a concepção, continua com a implantação, com o período embrionário, fetal, o nascimento, a infância, a puberdade, a vida adulta e a velhice, a proteção jurídica se estende até a morte, muitas vezes até depois dela.

O Estado ao proteger à vida, ele confere tutela ampla, garantindo dessa forma, o desenvolvimento intra-uterino, de nascer com vida, de estar vivo, e não ser privado de viver, se não por motivo de causas naturais, viver dignamente e ter a salvo todos os direitos, e que eles sejam compatíveis com a realidade.

Quando se protege a vida, ampara-se algo muito mais amplo, pois se está protegendo o patrimônio genético de cada indivíduo, garantindo dessa forma as gerações futuras da humanidade, a diversidade dos seres, e a integralidade da espécie humana.

De acordo com Maria Garcia, não existe pessoa senão a partir do pré-embrião, do embrião e seu código genético - o genoma⁵.

Já a morte é a cessação definitiva da vida, é o limite do ciclo vital do homem. Assim como o início da vida o momento da morte também é controverso.

As ciências médicas mostram que a morte natural não é geral, não é de repente, é um processo que se prolonga pelo tempo, ocorrendo em etapas.

Os critérios utilizados para detectar a morte do indivíduo, durante muito tempo, mas precisamente até metade do século passado, era a parada cardiorrespiratória. Esse método caiu em desuso devido o avanço da tecnologia médica, que passou a suprir as deficiências cardíacas com aparelhos e as técnicas de reanimação humana, tornado dessa forma esse meio ineficaz.

Atualmente a morte é constatada pela comunidade científica mundial, quando ocorre a morte encefálica. Mesmo assim ainda há dificuldade de se diagnosticar a morte encefálica, pois ela pode se dar de várias maneiras. Devendo ser baseada em três princípios: 1- irreversibilidade do estado de coma; 2 - ausência de reflexos do tronco encefálico; 3 - ausência de atividade cerebral cortical⁶.

O conselho federal medicina quando editou a resolução 1.480/97, estabeleceu os critérios para diagnosticar a morte encefálica, que acontece com a

⁵ GARCIA, Maria. Limites da ciência: A dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. P. 150

⁶ Getúlio Daré Rabello, apud LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

parada total e irreversível das funções encefálicas.

O conceito de morte no ordenamento jurídico vem do conceito das ciências médicas, e isso é muito importante, pois a morte gera a extinção da personalidade jurídicas, desencadeando dessa forma várias conseqüências no direito.

3 - ABORTO

3.1 - CONTEXTO HISTÓRICO

Entre os povos gregos e os hebreus, a prática do aborto era muito comum, nem sempre o aborto foi criminalizado.

Em Roma as suas leis (XII tabulas e a da República), não criminalizava o aborto, pois consideravam o feto como parte da gestante e não como um ser individualizado, de modo que a mulher ao abortar, nada mais fazia do que exercer o direito sobre o próprio corpo. Tempos depois, o aborto passou a ser considerado como uma lesão do direito do marido em relação a sua prole, sendo a prática de tal ato, castigado. (Capez, Fernando curso de direito pena, 2007).

Só com o cristianismo que o aborto passou efetivamente a ser reprovado pela sociedade. Os imperadores Adriano, Constantino e Teodósio reformaram o direito aceitando o aborto como um ato criminoso e associando ao homicídio⁷.

Com base na doutrina de Aristóteles Santo Agostinho, na Idade Média, só considerava crime o aborto quando cometido a partir do momento em que o feto tivesse recebido alma, o que para ele só ocorria após quarenta e oito dias após a concepção. Já São Basílio não admitia o aborto em nenhuma situação, não aceitando assim a distinção. A igreja sempre influenciou com seus ensinamentos na criminalização do aborto, influencia essa que perdura até hoje.(Capez, curso de direito pena, 2007)

O Código Penal de 1830, vigência durante o império, não criminalizava

⁷ CAPEZ, Fernando curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (121 a 212) / Fernando Capez, - 7. Edição, revista e atual. - São Paulo : Saraiva, 2007.

o aborto praticado pela própria gestante, apenas o terceiro que o fazia com ou sem o consentimento da gestante. (Capez, Fernando curso de direito pena, 2007).

O crime de aborto provocado pela própria gestante só foi previsto a partir Código Penal de 1890.

Mas foi no Código de 1940, que foi tipificado o aborto provocado, sendo ele praticado pela gestante ou por terceiro.

3.2- CONCEITO

A palavra aborto, no âmbito jurídico significa o resultado da ação e não a própria ação, por isso alguns autores preferem utilizar o termo abortamento para designar o ato de abortar.

Aborto no sentido etimológico significa privação do nascimento. **Ab**, significa privação, e **ortus**, nascimento.

O aborto é a morte de um bebê dentro do ventre de sua mãe produzida durante qualquer momento da etapa que vai desde a fecundação, que é a união do óvulo com o espermatozóide, até o momento que antecede o nascimento.

De acordo com Magalhães Noronha, aborto é a interrupção da gravidez com a destruição do concepto. A interrupção da gestação tem que ser intencional, uma vez que a legislação penal tipifica apenas o aborto de forma dolosa⁸.

Não faz parte do conceito de aborto, a expulsão posterior do feto, pois,

⁸ NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. 25. Ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p 49

pode ocorrer que seja dissolvido e reabsorvido pelo organismo da gestante, devido um processo de autólise, também pode ocorrer a mumificação ou maceração, continuando assim dentro do ventre materno.

Apesar dos juristas utilizarem a palavra aborto para todas as fases da gestação, na medicina existe um nome específico para cada fase. Quando a morte ocorre nas primeiras três semanas chama-se ovo; quando a morte ocorre a partir da terceira semana até os três meses chama-se embrião; quando a morte ocorre a partir da terceiro mês chama-se feto, com ou sem a expulsão do produto da concepção⁹. Mas a lei não faz distinção entre o óvulo fecundado, o embrião e o feto, pois em qualquer fase entre a concepção e o parto estará configurado o crime de aborto

O aborto é um dos temas mais polêmicos da sociedade, e é um problema que se prolonga por toda a história da humanidade. E de acordo com Celso Cezar Papaleo: "O direito não pode mostrar-se indiferente, neutro. Tem de intervir, superando o conflito, arbitrando-o, dando-lhe solução: é sua missão essencial"¹⁰.

3.3 - ABORTO

A Constituição Federal no seu artigo 5º, XXXVIII, reconhece a instituição do júri a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida, dentre eles o aborto. Esse dispositivo, nos induz a entender que a constituição proíbe de forma absoluta o aborto, o que não é verdade já que o próprio código Penal no artigo 128 trás as hipóteses, em que se pode fazer o aborto.

⁹ PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial (arts. 121 ao 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P 109- 110

¹⁰ PAPALETTO, Celso Czar. Aborto e contracepção. Cit, p.48

No delito de aborto o bem jurídico tutelado é a vida humana intra-uterina, pois é uma vida dependente, frágil. Protege-se, também a gestante, a sua vida e integridade física e moral, no caso de aborto provocado por terceiro sem o seu consentimento.

O Código Penal não define o que é aborto, mas sabemos que ele só pode ocorrer se houver gestação e durante ela.

O desenvolvimento do produto da fecundação no útero dá-se com a nidação, aproximadamente, no sexto dia após a concepção. É a partir da nidação que se pode ocorrer o delito de aborto, uma vez que é nesse momento que se inicia a gestação, conforme o Direito Penal, e o termo final dá-se com o início do parto.

A Constituição Federal protege à vida desde a concepção. Entre a fecundação natural e a nidação não há proteção à vida no âmbito penal.

A legislação Penal quando se trata de proteção à vida, faz distinção entre a vida humana, intra-uterina e extra-uterina, ao tratar com mais rigor o homicídio em relação ao aborto.

O aborto é um ato criminoso, no qual a mãe mata ou autoriza que matem o seu próprio filho. Código Penal, tipos de aborto:

Artigo 124: Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o lho provoque.

Artigo 125: Provocar aborto, sem o consentimento da gestante.

Artigo:126: provocar aborto com o consentimento da gestante.

4 - ABORTAMENTO DE FETOS ANENCÉFALO

4.1 - CONCEITO:

O desenvolvimento embriológico é muito complexo, não sendo por isso incomum seu desenvolvimento anormal na espécie humana. Existem vários tipos de malformações, podendo ser intelectivas, sensitivas e vegetativas. A anencefalia configura uma das malformações do encéfalo.

O encéfalo é a " parte do sistema nervoso central, contida na cavidade do crânio, e que abrange o cérebro, o cerebelo, a protuberância e o bulbo raquiano"¹¹.

A origem da palavra anencefalia vem do grego *An* significa sem e *Enkephalos* significa encéfalo.

O anencéfalo pode ser um embrião, feto ou recém-nascido, que por mal formação congênita não possui parte do sistema nervoso central, faltam-lhes os hemisférios cerebrais, mas possuem uma parcela de tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Por isso conseguem respirar e manter ativa a circulação sanguíneas, pois essas funções situam-se no bulbo raquidiano, que a parte do cérebro que eles possuem .

Como vimos, anencéfalo não possui grande parte do sistema nervoso central, mas como ele preserva uma parte do sistema nervoso central, ele mantém suas funções vitais, é capaz de reagir a estímulos, de manter a temperatura corporal e de realizar movimentos de sucção e de deglutição, mas essas reações são exclusivamente reflexas, sendo típicas do estado vegetativo.

Não apresenta qualquer grau de consciência, e por isso não possuirá

¹¹ dicionário Aurélio.

experiências humanas, pois a malformação, o incapacita para as funções de capacidade de percepção, comunicação, consciência, cognição, emotividade e afetividade. Mas apesar de toda precariedade e enfermidade para as ciências médicas, é vida, é um ser humano.

Esse tipo de deformidade, está relacionado a fatores genéticos e/ou ambientais. Como etnia, raça, localização geográfica, classe social, época do ano e histórico familiar¹².

Aproximadamente 75% dos anencéfalos morrem antes de nascer, e o restante, salvo algumas exceções, morrem ao nascerem. Nos casos de sobrevivência após o parto, tem registro de crianças que conseguiram sobreviver por meses, mas por ser uma situação irreversível, a manutenção da vida extra-uterina é praticamente impossível.

4.2 - CRITÉRIOS UTILIZADOS PARA DETECTAR A MORTE NOS ANENCÉFALOS.

O Conselho Federal de Medicina, afirma que não há um consenso dentro dos critérios atuais para diagnosticar a morte encefálica em crianças com menos de 7 dias e prematuros, é o que ocorre em quase todos os casos de anencefalia, de uma maneira geral, é o que ocorre com a morte de todas as crianças recém-nascidas.

A dificuldade reside em saber determinar a irreversibilidade do processo e a necessidade de aplicarem ou não os testes para confirmar a morte encefálica. Na área jurídica, alguns doutrinadores tornaram a questão ainda mais incontroversa

¹² LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

ao afirmarem que o anencéfalo é um natimorto. Mas se assim fosse, não haveria porque comprovar sua morte, uma vez que ele já está morto.

Por isso surge um questionamento tanto na área médica como na jurídica: o feto anencéfalo tem vida?

Sim, pois apesar de sabermos que a manutenção da vida é praticamente impossível, isso não faz dela inexistente.

Alguns juristas vêm defendendo o entendimento de que a eleição do critério de morte encefálica para determinar a morte do ser humano, já confirma que o feto anencéfalo é natimorto. Esse entendimento parte do princípio de que o anencéfalo não apresenta a maior parte do anencéfalo. Dessa forma o Conselho Federal de Medicina, também considera o anencéfalo um ser morto cerebral.

Segundo Luiz Regis Prado: “em situações como essa, o feto não pode ser considerado tecnicamente vivo, o que significa que não existe vida humana intra-uterina a ser tutelado. Em outros termos, significa que a inexistência de vida, o que permite fundamentar a falta de dolo ou culpa, bem como a conseqüente falta de um resultado típico”¹³.

Para César Busato, onde há cessação da atividade cerebral não há vida, se não há vida, não há objeto jurídico. Não havendo objeto não há proteção jurídica justificada. Como tal não pode existir responsabilidade penal¹⁴.

Com relação aos posicionamentos acima citados, em relação a inexistência de vida nos anencéfalos, vimos que é totalmente equivocado, pois se não houvesse vida não haveria que se discutir o aborto, pois a legislação brasileira não obriga a nenhuma gestante permanecer com um feto morto em seu ventre,

¹³ apud. LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

¹⁴ apud, idem, ibidem (13)

não tendo assim nenhuma questão ética e moral a ser discutida.

Em relação aos argumentos dados pelos autores acima citados, a sustentação de ausência de vida no anencéfalo por ter o Conselho Federal de Medicina escolhido a morte encefálica para determinar a cessação da vida humana, não se pode aplicar ao feto anencéfalo, pois um vez já demonstrado o anencéfalo tem parte do cérebro, o troco cerebral rudimentar, não devendo por isso ser chamado de anencéfalo e sim de meroanencefalia, esse termo é o mais adequado para esse tipo de malformação.

Segundo Maria Auxiliadora Minahim, é a presença dessas funções, ou de algumas delas, que marca a diferença entre morte encefálica e anencefalia. Um ser totalmente desprovido de cérebro, com certeza não poderia sobreviver ou mesmo existir. Mas esse não é o caso do anencéfalo. Ele sobrevive por um período curto, pois apresenta o troco encefálico ou parte dele.

Falar que o feto anencéfalo não possui vida é um equívoco muito grande, pois como vimos a vida começa na concepção, e desde esse momento é protegido pela constituição, a malformação cerebral só aparece no 25º dia após a fecundação, e desde esse momento estão presentes no feto todos os componentes necessários para o desenvolvimento, o que não seria possível se o feto estivesse morto.

Por isso, esse entendimento do Conselho Federal de Medicina de que o anencéfalo é um natimorto é incoerente com o próprio conceito de vida, pois apesar de anencéfalo possuir uma malformação letal, ele possui vida e não deve ser comparado com um ser morto.

Há uma corrente defende que os anencéfalos têm um grande potencial para serem doadores de órgãos, pois apesar de apresentarem uma malformação cerebral, todos os órgãos estão perfeitos. Mas como vimos há uma dificuldade muito grande em diagnosticar a morte de crianças recém-nascidas, por isso não há como autorizar a doação de órgãos dos anencéfalo, já que não há como detectar o momento exata de sua morte. Além de ser fundamental a autorização dos pais.

Mesmo que o Conselho Federal de Medicina, e alguns juristas e doutrinadores defendam que o anencéfalo é um ser sem vida, após o início do parto, qualquer ato que possa abreviar ainda mais a vida do anencéfalo é considerado homicídio ou infanticídio.

4.3 – ABORTAMENTOS DE ANENCÉFALOS

A anencefalia pode ser diagnosticada a partir do terceiro mês de gestação, mas se houver dúvida quanto o diagnóstico pode ele ser feito com certeza a partir da vigésima semana, uma vez detectado é impossível erro devido o grau de tecnologia que temos hoje, mas apesar de toda essa tecnologia, não possui a medicina ainda, um procedimento ou tratamento para reverter essa malformação.

O índice de crianças que nascem com essa malformação é muito alto, tornando essa doença relativamente comum, a cada 10.000 (dez mil) crianças que nascem 5 (cinco) são anencefalias, sendo mais frequente no sexo feminino.

E por ser esse índice tão alto não se pode desprezá-lo, por isso surge uma discussão dos bens constitucionalmente tutelados, pois de um lado está a gestante e todos os seus direitos: a saúde física, psíquica e o direito à liberdade. E do outro lado o feto e seu direito à vida intra-uterina. A solução desse problema está na Constituição Federal, no Código Penal e nos princípios da bioética.

A palavra bioética tem origem grega, *Bio* significa vida e *ethos* ética.

Bioética é o conjunto de problemas levantados pela responsabilidade moral dos médicos e biólogos em sua pesquisa e na aplicação destas¹⁵. É um estudo da vida e do cuidado da saúde, dentro dos conceitos de moralidade, utilizam -

¹⁵ dicionário Aurélio

do uma variedade de metodologias éticas.

A bioética tem o objetivo de encontrar respostas dentro da ética tradicional para os problemas atuais que interferem na vida humana, buscando regras éticas que estabeleça dentro dessa realidade tecnológica em que vivemos o respeito ao homem, tenta-se adequar a ética as novas situações que aparecem.

Quando se fala de bioética em relação ao tema aqui discutido, objetivo é discutir o aborto, que para uma parte doutrinadores o aborto do anencéfalo é considerado eugênico, já outra parte, não considera como eugênico, pois o aborto eugênico tem por objetivo evitar o nascimento de crianças com deformações físicas e psíquicas, enquanto que no presente caso o objetivo é interromper uma gravidez cujo o feto não tem nenhuma condição de sobrevivência.

O aborto eugênico é realizado quando o feto é portador de graves anomalias genéticas ou deformidades físicas ou mentais, como sabemos são muitos os tipos doenças com essas características. No Brasil não se admite esse tipo de aborto, pois assim estaríamos concordando que matasse crianças que nascem sem braço, sem perna, sem um dedo.

O que se pretende aqui é cuidar dos direitos fundamentais da pessoa humana, em relação à vida, a saúde e a liberdade reprodutiva da mulher, tudo dentro dos parâmetros da ética, pois o ser humano é titular de direitos que devem ser reconhecidos e protegidos pelo Estado e pela sociedade.

Quando uma mulher se depara com uma gestação de anencéfalo, tem ela duas possibilidades, continuar ou não com a gestação. A gestação é um processo muito delicado para a mulher, pois como sabemos, ela passa não só por transformações físicas, como também emocionais. A gestação transforma não só a vida da mulher como também a da família, que espera por uma criança, e a descoberta de uma malformação, e a possibilidade de escolha entre a vida do seu filho, mesmo sendo curta, e a interrupção da gravidez é uma decisão muito difícil e dolorosa.

A bioética trás o princípio da autonomia de vontade, que é o respeito pela decisão da gestante quando quer ela interromper a gravidez, e obrigá-la a manter uma gestação quando o feto apresenta anencefalia é desrespeitar os seus direitos fundamentais.

Segundo o Ministro Cezar Peluzo, o direito não tem a função de banir da Terra o sofrimento, pois o sofrimento é natural ao ser humano, cabe ao direito repelir os sofrimentos injustos, causados pela sociedade, e aqui não se encaixa o aborto do anencéfalo, que apesar de ser injusto como a mãe, não é provocado pela sociedade.

E do outro lado tem o feto e seus direitos, todos eles sendo amparados pela Constituição Federal e pelo Código Penal. O que ocorre aqui é um conflito de interesses, pois não será possível preservar todos os direitos. Pois como já sabemos o direito de um termina quando o do outro começa.

Tanto a bioética como o direito devem apresentar soluções compatíveis com os seus próprios fundamentos, para que não ocorram injustiças.

O aborto sempre causa maior dano ao feto, pois ele não expressa a sua vontade, ocasionando assim a extinção de sua vida, pois os seus interesses não prevalecem.

4.4 – DIREITOS DO ANENCÉFALO

Como vimos o conceito tem os seus direitos garantidos desde a concepção de acordo com a Constituição Federal, e desde a nidação pelo Código Penal, defendendo a aquisição da personalidade de acordo com a teoria concepcionista.

O principal direito do nascituro é o direito à vida, independentemente de ele apresentar ou não qualquer tipo de malformação. O ordenamento jurídico estabelece também normas de proteção aos portadores de deficiência.

A Constituição Federal garante os direitos dos deficientes através do princípio da igualdade, quando defende um Estado sem preconceitos, e através do artigo 5º caput que diz que, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo a todos o direito à vida e à liberdade. O estatuto da criança e do adolescente no seu artigo 7º também garante a criança o direito à vida.

O anencéfalo como todos os outros conceitos portadores de doenças ou não, também é titular de direitos, uma vez que já foi comprovado que ele é dotado de vida.

O próprio conceito de aborto exclui a possibilidade do anencéfalo ser abortado, pois afirma que não é necessário comprovar a vitalidade do feto, ou seja, a capacidade de maturação, e sim a existência de vida no momento do aborto.

4.5 – DIREITOS DA GESTANTE

O direito da saúde da mulher é protegido pela Constituição Federal como um direito social. Esse direito envolve tanto a sua auto proteção, como também a proteção que deve ser dada pelo Estado.

A mulher pode ficar com sua saúde física e mental totalmente perturbada, pois o casal gera expectativas em torno do nascimento da criança, e o diagnóstico da doença gera na família uma frustração enorme. A anencefalia significa a notícia da morte que se anuncia, e simboliza o fracasso de gerar um bebê saudável.

Quando a gestante recebe o diagnóstico, começa um período de busca de respostas para o momento em que ela vive, inicia-se um processo de reflexão quanto à decisão a ser tomada, e acaba por se tornar um momento para revisar valores de vida, morais, culturais e religiosos. O acompanhamento psicológico é muito importante para que a mulher possa amenizar o sofrimento em que vive.

A dignidade da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, não podendo dessa forma ser retirada por se tratar de um atributo do ser humano. Não é algo concedido, pois já pertencem ao ser humano de forma inata. De um lado tem o Estado democrático de direito proibindo o aborto, do outro tem os valores éticos e humanitários que não permitem submeter à mulher a uma gestação de anencéfalo, pois configura desrespeito a saúde e a liberdade reprodutiva.

4.6 – DIREITO À VIDA OU A LIBERDADE REPRODUTIVA

Como vimos existe um conflito entre o direito a vida intra-uterina do feto anencéfalo e o direito à saúde e à liberdade reprodutiva da gestante, e isso causa um conflito entre os direitos fundamentais aqui mencionados.

A solução dos conflitos aqui abordados produz efeitos negativos, já que para proteger os direitos de um, necessariamente tem que se passar por cima dos direitos do outro. Pois a tutela de um direito fundamental tem como limite a tutela de outro direito fundamental.

Se é da Constituição Federal o dever de proteger os direitos fundamentais do ser humano, também é dela o dever de estabelecer regras que restringem esses mesmos direitos. Não podendo eles dessa forma serem absolutos.

A função principal do direito penal é a proteção dos bens jurídicos resguardados pela Constituição. No funcionamento do direito, o homem deve ser primeiro sobre todas as coisas, por isso que na categoria dos direitos humanos, o direito Penal é o mais relevante.

O ato ilícito ocorre quando há transgressão do ordenamento jurídico, através da prática do tipo penal, que vem a causar efetiva lesão a um bem jurídico protegido pelo ordenamento.

5 - ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF) Nº 54: ABORTO DE ANENCÉFALO

Essa ação foi ajuizada com base no artigo 103, IX da Constituição Federal, por meio da Confederação Sindical de Trabalhadores na Saúde (CNTS), em 17 de junho de 2004 a ação foi protocolada no Supremo Tribunal Federal como ADPF nº 54.

O pedido central da ADPF, é que o Supremo Tribunal Federal não apliquem nem a gestante nem ao médico, o crime de aborto previsto no Código Penal, nos casos de antecipação terapêutica do parto. E que fosse reconhecido a gestante o direito de interromper o parto, sem necessitar recorrer a via judicial. Alegaram que:

1 - Viola a dignidade da pessoa humana, de acordo com o art. 1º, IV da CF, submeter a mulher a uma gravidez que não irá prosperar, ocasionando assim sofrimento.

2 - Viola o direito de liberdade da gestante, de acordo com o artigo 5º, II da CF, não devendo ser aplicado a gestante o crime de aborto tipificado no Código penal pois falta potencialidade de vida no feto.

3 - Viola o direito a saúde da gestante, de acordo com o artigo 6 e 196 da CF, pois a gravidez é inviável, podendo dessa forma abreviar o sofrimento e garantir a integridade física da mulher.

Essa ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio de Melo, independentemente da pauta ser divulgada, utilizando a faculdade que lhe confere a lei, concedeu a liminar monocraticamente, *ad referendum* do Plenário.

A liminar foi concedida para gestantes de feto anencéfalos, para que se submetessem a antecipação terapêutica de parto, desde que atestada em laudo

médico. Determinando assim, o sobrestamento dos processos não transitados em julgado.

Para o Ministro , " diante de uma malformação irreversível do feto, há de lançar mão dos avanços médicos tecnológicos postos a disposição da humanidade, não para simples inserção no dia-a-dia de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar".

Contudo a referida liminar concedida em 1º de julho de 2004, foi parcialmente revogada em 27 de abril de 2005, a primeira parte onde o Ministro Marco Aurélio determinou o sobrestamento dos processos não transitados em julgado. Pois prevaleceu no reexame que a questão é muito polêmica, não podendo ser decidida em sede de liminar.

A ADPF tem o apoio do Instituto de Bioética, Direitos humanos e Gênero (ANIS). Requerendo sua admissão como *amicus curiae*, não figurando portanto só como co-autora no processo.

A ação afirma ainda, que só não foi incluso no artigo 128 do Código Penal, porque quando foi editada a parte especial do Código Penal em 1940 a tecnologia da época não possibilitava o diagnóstico da malformação, e por isso não se pode impedir que sejam garantidos os direitos fundamentais protegidos pela Constituição, controlando dessa forma o positivismo exagerado.

O que se pretende nessa ação é acrescentar mais uma hipótese de aborto no artigo 128 do Código Penal, que seria o inciso III (terceiro).

Contudo a referida ação como era de se esperar, causou muita polêmica e até revolta, pois o que se discute aqui é muito mais que uma malformação, discute aqui, o valor de uma vida.

É impossível falarmos de aborto, e não associar o assunto com religião, pois apesar de o Brasil ser um Estado Laico de Direito, é um país muito religioso, e a

religião faz parte da nossa educação, nos dando a direção do que é certo ou errado, formando nossas convicções.

Os argumentos aqui exposto, são muito fortes, pois traz como base a dignidade da pessoa humana, a liberdade de reprodução, e a saúde física da mulher, mas esses mesmo argumentos, podem e devem ser usados para os anencéfalos.

Em reação a ADPF surgiram alguns posicionamentos, tanto de ministros como de advogados e educadores, posicionamentos estes que estão expressos abaixo.

O Ministro Cezar Peluzo manifestou o entendimento que não cabe ao direito banir o sofrimento da terra, pois ele é conatural á condição humana. Cabe a ele repelir sofrimentos injustos, provocados na convivência da sociedade. Que não é o caso que retratamos aqui, pois anencefalia não esta relacionados as injustiças da sociedade e sim a problemas congênitos.

De acordo com o artigo de Eudes Quintino Oliveira Junior. O STF dará inicio a uma discussão que atrairá a tenção de todo o país, o aborto de feto anencéfalos. Esse tipo de aborto vem freqüentando a justiça brasileira há alguns anos. Para esse autor duas situações serão amplamente debatidas para se chegar num consenso a respeito do aborto dos anencéfalos. Primeiro deverá ser observado a religião e a ética, que preza a vida mesmo ela sendo curta, tendo como base a dignidade da pessoa humana, pois é um ser humano, e como qualquer outro tem direito à vida sem qualquer condenação intra-uterina. A segunda é mais racional, pois tem como fundamento o conceito de morte, pois afirma que se não há chance de sobreviver fora do útero não há vida, aqui também se alega a dignidade da pessoa humana, só que voltado para o lado materno. Termina ele afirmando que tanto uma quanto a outra posição tem motivos morais, éticos e religiosos muito relevantes para se discutir a eutanásia pré-natal.

O ministro Carlos Aires diz que "não somos mulheres, razão pela qual não poderemos, ou teremos dificuldades de ter uma posição segura, decisiva e

abalizada sobre o assunto". Sejam homens ou mulheres, o fato é que uma consciência cívica, jurídica e ética nos faz ponderar os interesses, fazendo-nos prestigiar sem dúvida o direito à vida que é o bem maior.

O advogado Ives Gandra da Silva Martins, afirma que é inconstitucional esse tipo de aborto, pois fere o artigo 5º da carta maior, que considera inviolável o direito à vida, fere também o parágrafo 2º do mesmo artigo, que confere aos tratados internacionais que cuidam dos direitos humanos a condição de cláusula imodificável da Constituição. Viola ainda o pacto São José, tratado internacional que o Brasil aderiu, que declara que a vida começa na concepção. Afirma ainda esse autor que a legalização do aborto do anencéfalo, abre caminho para a eugenia, no estilo do nacional-socialismo, que defende um raça pura, eliminado os imperfeitos ou socialmente inconvenientes. Aprovação desse tipo de aborto abre espaço, para os que cultivam a morte, os homicidas uterinos, para transformar o ser humano em lixo hospitalar. Uma vez aberto o caminho, por ele passarão todas as teses antivida. O autor fala ainda que espera que a constituição garanta a todos o direito à vida independente de ser malformado ou não, e que a morte seja apenas decorrência natural e não antecipada por convicções ideológicas.

Para Luis Flavio Gomes, não se pode conceber um aborto, se não for confirmado a inviabilidade vital do feto, mas se houver certeza científica, não há razões religiosas suficientes para se negar a possibilidade desse incomum aborto. O STF certamente ao apoiar o aborto dos anencéfalos condicionará a duas coisas: que seja realmente feto anencefálico e que haja a inviabilidade de vida, pois só nessas hipóteses justifica-se o abortamento, e dessa forma, não será considerada morte arbitrária. A religião não pode contaminar o direito. As crenças não podem ditar regras superiores à ciência. Um pouco mais de um terço dos pedidos de aborto anencefálico, foram negados sob argumentos religiosos, disse ainda o autor que não se pode conceber que um juiz possa ditar sentenças segundo dogmas cristãos.

A sociedade aguarda por uma resposta, e diante desse impasse foi enviada um carta a alguns dos Ministros que manifesta o repúdio ao aborto, carta essa que segue em anexo.

5.1 DIGNIDADE

Assim como a gestante, o anencéfalo também merece uma vida digna, não é porque sua vida seja curta que ela seja inexistente, se o feto tem uma malformação não tem ele culpa da sua situação.

A gestante vai sofrer com isso, todos nós sabemos que sim, do mesmo modo que outra gestante sofreria sabendo que seu filho tem hidrocefalia, ou outra malformação, ou como qualquer mãe sofreria sabendo que seu filho tem pouco tempo de vida, o sofrimento não é privilégio da gestante de anencéfalo, e nem faz dela melhor do que as outras mães que sofrem.

Por isso o sofrimento da gestante de anencéfalo não pode constituir como fundamento principal, pois estaria privilegiando o sofrimento dessas mães, e menosprezando o sofrimento das outras que apesar de não ter anencéfalo, sofrem igualmente, mas por malformações diferentes.

5.2 - LIBERDADE DE REPRODUÇÃO

A Liberdade de reprodução posta em questão na presente ação, é em relação à liberdade que a mulher tem de dispor do seu próprio corpo, podendo ela fazer dele o que bem entender.

Como sabemos, o aborto não pode dar à mulher essa total liberdade, pois se não quisesse ela engravidar teria evitado, pois meios existem vários e todos com amplos acessos, e se ela desejou ter esse filho, tem ela o dever de assumir o risco decorrente desse desejo.

O que não é certo, o que é ilegal, é dispor de uma vida, que apesar de estar dentro de si, não lhe pertence, pois o feto por si só é um ser humano, e o direito da gestante termina quando atinge o direito do seu filho.

Porque só a gestante pode ter essa liberdade? Por que o feto não pode ter o direito de nascer? Discute-se demais o direito da gestante, e esquece-se que o feto também é um ser humano.

5.3 - SAÚDE FÍSICA DA GESTANTE

Outro ponto levantando é a saúde física da mulher, os juristas alegam que a gestante de anencéfalo tem uma gravidez de risco, e que o aborto terapêutico é a única solução possível e eficaz para o tratamento da gestante.

Como sabemos as gestantes têm por causa da gravidez a saúde debilitada, muitas tem alto grau de risco, e por isso têm uma gravidez cheia de limitações e cuidados, e nem por isso abortam seus filhos, a gravidez qualquer que seja ela, traz muitos riscos para mulher e nem por isso têm elas o direito de abortar, pois como já foi dito, quem engravida assume os riscos decorrentes dela.

E se a gestante corre risco, é mais um motivo para ela não abortar, pois ela mais do que ninguém deveria entender e proteger seu filho que tem uma vida frágil, por que ele sim , necessita de cuidados, pois o risco que ela corre é comum da sua situação.

É se o risco fosse de morte para a gestante, não precisaria nem argumentar, pois uma vez que o Código Penal no artigo 128, inciso I (primeiro) confere a gestante a possibilidade de aborto quando for para salvar sua própria vida.

5.4 - VIDA COMO O BEM JURÍDICO MAIOR

A vida é o maior bem que se pode ter, sem a vida o ser humano não tem nenhum direito, pois todos os direitos são adquiridos pelo homem quando se tem vida, o conceito como já expostos antes, tem ao seus direitos garantido desde a concepção.

O anencéfalo como todos os outros fetos também devem ter esses direitos garantidos, pois uma existência curta não é ausência de vida. Aprovar o aborto do anencéfalo é tratar a vida como algo sem importância, é banalizar a vida.

A proteção à vida do ser humano deve ser estendida a todos, independente de ter nascido ou não, de ser perfeito ou ter malformação, pois quando a Constituição atribuiu a todos de forma inata esses direitos, ela não fez distinção entre os seres humanos.

O que se pretende aqui é proteger a vida acima de tudo, e não tratar o feto como se fosse algo descartável, pois só porque não saiu perfeito como se imaginou deve-se matá-lo e jogá-lo no lixo. Aceitar o aborto do anencéfalo é abrir caminho, para usar o aborto como método contraceptivo, é abrir caminho para se abortar porque simplesmente quer, e conseqüentemente botar em risco a gerações futuras, pois o patrimônio genético e a diversidade dos seres estarão comprometidos.

O que não se pode esquecer que além de estarmos falando de vida, estamos falando de filho, pois se a mãe não é capaz de respeitar um ser no qual está dentro dela, se ela não é capaz de amá-lo, como as suas deformidades, não será capaz de amar a ninguém, será capaz de cometer qualquer atrocidade, pois não respeita uma vida tão frágil que depende só dela.

Aceitar o aborto do anencéfalo, é aceitar que se mate um feto antes da hora, é aceitar que se mate um doente porque está em estágio terminal, qual seria a diferença nesses casos? Nenhuma, pois nos dois a morte é certa e tem tempo determinado.

Aceitar que se abrevie a vida de um anencéfalo é abrir discussão para que no futuro possa discutir a eutanásia, e o aborto eugênico.

A questão aqui apresentada transcende a questão jurídica partindo para religião, muitos alegam que o Brasil é um Estado Laico de Direito, isso todos sabemos, mais o povo que aqui habita não é, pois como já mencionado a religião faz

parte da nossa vida desde que nascemos, formamos nossa personalidade, a nossa visão íntima, dentro dos padrões religiosos que nos é ensinado, a própria Constituição Federal trás em seu Preâmbulo o guia interpretativo aqui relevante, onde pregoa-se a reunião dos constituintes sob a proteção de Deus.

ANEXO

Abaixo tem uma carta que foi escrito por Helio de Araújo Evangelista, e foi enviada a alguns ministros do Supremo Tribunal Federal. Manifestando a revolta e o repudio a esse tipo de aborto.

"Exmo. Sr. Ministro

Está para ser examinado o parecer favorável ao aborto no caso de um feto com anencefalia. Gostaria de me dirigir à Vossa Excelência tratando de um tema que nos é muito familiar, familiar pois já aconteceu com pessoas conhecidas e fatalmente ocorrerá conosco algum dia, a saber: a morte.

Um feto com anencefalia está condenado à morte, assim como nós estamos. Nós teremos chance de vivermos mais, de constituirmos uma história, no entanto, este feto também constitui uma história. Certamente é uma história que envolve dor, frustração. Mas aprendi, numa luta contra o câncer, que a dor não é algo inútil. Certamente qualquer pai e mãe desejam ter a notícia de um feto saudável, mas, se não é, o que fazer ? Certamente o aborto não é o melhor caminho, pois é reforçar esta tendência, que tanto nos caracteriza, de tornar tudo descartável. Há um engano de se interpretar o aborto neste tipo de caso como civilizador, não, não é; dada a nossa condição humana, é imperativo que as leis que regem nossas vidas não desconheçam as fatalidades que somos levados a enfrentar, e se há alternativas que nos levam a buscar os caminhos mais fáceis, aparentemente mais fáceis, estes se mostrarão danosos com o tempo pois nos pouco capacita a enfrentar os próprios desafios do ato de viver.

O que está em jogo na decisão do caso do aborto com anencefalia é o respeito ao primado da vida que deve ser plenamente respeitada pela nossa legislação; se esta vai durar este ou aquele tempo, temos de considerar que as nossas próprias vidas, após alguma passagem de tempo, significará muito pouco para a história humana; seremos com o tempo esquecidos tal como ocorrerá com os fetos com anencefalia. Porém, como temos a oportunidade de viver usufruamos este breve tempo que dispomos tomando decisões que garantam a nós e aos outros o misterioso mistério de viver, mesmo que por pouco tempo.

Helio de Araujo Evangelista"

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto pôde-se entender o que é anencefalia, e modo de se identificar essa malformação.

O aborto é crime no Brasil, pois a vida deve ser protegida acima de tudo, e a proibição do aborto é uma forma de se proteger ainda mais o direito que se tem de viver, sabemos que para se ter vida tem-se que nascer, todo o ser humano passa por esse processo, e se não protegemos a vida desde o começo, permitindo a legalização do aborto, estaremos violando esse direito e ameaçando a raça humana, pois se toda mãe resolver que tem o direito de tirar a vida do seu filho ou por que tem uma malformação ou por que acha que tem o direito de dispor de uma vida que não é sua, o que acontecerá com as gerações futuras?

A mulher sofre muito com essa situação, todos nós temos consciência disso, por isso tem como fundamento para legalizar o aborto, a dignidade da pessoa humana, liberdade de reprodução, e a saúde da gestante, os direitos feto ninguém pensa, que ele não pediu para ter essa malformação, e se a mãe engravidou ou por que quis ou por que não se cuidou, deve ela assumir os riscos dos seus atos, não podendo o bebê ser o culpado, é o único a sofrer com as conseqüências.

A ADPF é uma ação que foi proposta com o intuito de se legalizar o aborto nos casos da anencefalia, mas se o aborto for aprovado para a anencefalia, estará abrindo espaço para que o aborto seja legalizado para outras malformações, não se pode abrir espaço para restringir o direito à vida, pois esse direito é inato a todo ser humano, sendo garantido e assegurado pela Constituição Federal.

Não é função do direito solucionar todos os problemas da humanidade, e sim resolver aqueles que afetam uma coletividade. Às coisas não podem continuar como estão, enquanto os Ministros empurram com a “barriga” o julgamento dessa ação, mulheres sofrem, bebês morrem, e a sociedade espera por uma decisão.

O Brasil é um Estado Laico de direito, mas as pessoas que aqui vivem acreditam na religião e nas suas conseqüências na vida de cada um, o que deve ser levado em consideração é a cultura, a moral de toda uma nação, não se pode passar por cima disso, para privilegiar uns, ou melhor, assassinar uns.

REFERÊNCIA BIBLIOGRAFICA

LIMA, Carolina Alves de Souza. Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão./ Carolina Alves de Souza lima./ 1ª edição (2008), 1º reimpr./ Curitiba: juruá, 2009.

GARCIA, Maria. Limites da ciência: A dignidade da Pessoa Humana: A Ética da Responsabilidade. São Paulo: Revista dos tribunais, 2004. P. 150

CAPEZ, Fernando curso de direito penal, volume 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (121 a 212) / Fernando Capez, - 7. Edição, revista e atual. - São Paulo : Saraiva, 2007.

PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro. Parte Especial (arts. 121 ao 234). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. P 109- 110

Dicionário Aurélio. <http://www.dicionariodoaurelio.com>

<http://www.feth.ggf.br/Aborto.htm>

Anencefalia nos tribunais, Barroso, Luis Roberto; Martins, Ives Gandra da Silva; Gomes, Luiz Flávio; Melaré, Márcia Regina Machado; Hasselmann, Gustavo; Aidar, Carlos Miguel Castex; Peternelli Neto, Robertho Sebastião; Oliverira Júnior, Eudes Quintino de. Ribeirão Preto: Migalhas e Faculdades COC, 2009.

Vade Mecum: acadêmico de direito / Anne Joyce Angher, organização. - 10. Ed. - São Paulo: Rideel, 2010.