

UNIVERSIDADE TIRADENTES

EDUARDO SANTOS MARQUES DE SOUSA

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: DIVERGÊNCIAS
ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE
ESCOLHA DA MULHER E O DIREITO A VIDA DO
FETO

ESTÂNCIA
2013

EDUARDO SANTOS MARQUES DE SOUSA

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: DIVERGÊNCIAS
ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE
ESCOLHA DA MULHER E O DIREITO A VIDA DO
FETO

Monografia apresentada à Universidade
Tiradentes como um dos pré-requisitos
para a obtenção do grau em bacharel em
Direito.

ORIENTADOR (A): Daniel Ribeiro Vaz.

ESTÂNCIA
2013

EDUARDO SANTOS MARQUES DE SOUSA

O ABORTO DO FETO ANENCÉFALO: DIVERGÊNCIAS ENTRE
DIREITOS FUNDAMENTAIS – LIBERDADE DE ESCOLHA DA
MULHER E O DIREITO A VIDA DO FETO

Monografia apresentada à
Universidade Tiradentes como um
dos pré-requisitos para a obtenção
do grau em bacharel em Direito.

Aprovada em ____/____/____.
Banca Examinadora

Prof. Orientador Daniel Ribeiro Vaz
Universidade Tiradentes

Universidade Tiradentes

Universidade Tiradentes

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por me permitir lutar por meus objetivos, me garantindo saúde e sabedoria, a meus pais, Rubens Marques e Maria Nilda, indispensáveis a minha formação moral e incentivadores das minhas conquistas, as minhas irmãs Larissa e Laíse sempre presentes em todos os momentos, minha avó Anita que sempre buscou me orientar sobre as melhores escolhas na vida, minha namorada Tássia Rocha, companheira de todas as horas, e ao meu professor e orientador Daniel Ribeiro Vaz, pessoa fundamental na minha formação acadêmica.

RESUMO

O assunto quanto ao aborto ultrapassa o concernente direito à vida, já que vincula assuntos de todas as naturezas nos âmbitos social, ético, religioso, político, médico, moral e jurídico, nunca sendo encarado sem determinada responsabilidade sentimental e emotiva. O contexto em relação ao aborto do feto anencéfalo auferiu lugar nas cortes brasileiras de forma recente, depois que fora possível visualizar a irregularidade durante a gestação. Com tal probabilidade, apareceu um enorme debate na coletividade comprimindo a Justiça a posicionar-se perante esta problemática. A colisão que há em meio aos princípios jurídicos e os direitos fundamentais estabelecem-se na discussão presente entre o bebê possuir ou não probabilidade de vida, tendo em vista que o direito à vida versa-se de um direito estabelecido constitucionalmente, detendo por isso condição de irrevogabilidade, inviolabilidade e supremacia. O que importa dispor que o direito à vida necessitará estar acima dos outros direitos, já que esta fora o desejo do legislador constituinte ordinário no momento da elaboração da Constituição. Sendo assim, questiona-se quanto a suspensão da gravidez do feto anencéfalo, se encontraria ou não sendo violada a dignidade da pessoa humana, isto é, do feto que possui anencefalia? O objetivo principal deste estudo fora apreciar o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à questão do direito a vida do feto anencéfalo e a liberdade de escolha da mulher. Para a abordagem da temática deste trabalho, este estudo fora dividido em quatro capítulos onde o primeiro versa sobre as noções constitucionais sobre o direito à vida, o segundo capítulo direcionou-se a pesquisa sobre o conceito e a evolução histórica do aborto, no terceiro capítulo procurou-se demonstrar as espécies de aborto realizadas e consagradas no direito brasileiro, e no quarto capítulo buscou-se averiguar, a temática deste estudo, apreciando as divergências entre dois direitos fundamentais. Com isso conclui-se que, entendendo que o cérebro é fundamental para que o feto possa se desenvolver e resistir as intemperes da vida extrauterina, a Suprema corte decidiu por oito votos a dois, a outorga de discricionariedade para mulher decidir, se mantém esse feto até o final da gestação, evitando com isso vários riscos a sua saúde, ou se interrompe o ciclo gestacional evitando os efeitos dela decorrentes.

Palavras-Chave: Direito à vida; Aborto; Anencefalia; Liberdade de Escolha da Mulher; ADPF nº 54.

ABSTRACT

The issue on abortion exceeds concerning the right to life, since it binds matters of all kinds in the social, ethical, religious, political, medical, moral and legal, never seen without being given responsibility sentimental and emotional. The context in relation to abortion of anencephalic fetus earned place in the Brazilian courts to recent form, after it was possible to visualize the irregularity during pregnancy. With this probability, appeared a huge debate in the community compressing Justice to position them before this problem. The collision that is in the midst of legal principles and fundamental rights established in the present discussion between the baby or not owning life expectancy, given that the right to life versa is a constitutionally established right, so stopping condition irrevocability, inviolability and supremacy. What is important to have the right to life need to be above other rights, as this was the desire of ordinary constitutional legislator at the time of drafting of the Constitution. Thus, the question is as suspension of pregnancy anencephalic fetus, would you or not being violated the dignity of the human person, ie, the fetus has anencephaly? The main objective of this study was to appreciate the doctrinal and jurisprudential understanding on the issue of the right to life of the anencephalic fetus and the woman's freedom of choice. To approach the subject of this study, this study was divided into four chapters where the first deals with the notions about the constitutional right to life, the second chapter directed to research on the concept and the historical evolution of abortion in the third chapter sought to demonstrate the kinds of abortions performed and enshrined in Brazilian law, and in the fourth chapter we sought to investigate the subject of this study, appreciating the differences between two fundamental rights. Thus it is concluded that understanding the brain is central to the fetus can develop and resist intemperesextrauterine life, the Supreme Court decided by eight votes to two, the granting of discretion to decide woman, keeps this fetus until the end of pregnancy, thereby avoiding many risks to their health, or if the gestational cycle stops avoiding the effects arising therefrom.

Keywords: Right to life; Abortion; Anencephaly; Freedom of Choice for Women; ADPF nº. 54.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 NOÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO À VIDA..... | 11 |
| 2.1 Direito a vida na Constituição Federal de 1988..... | 12 |
| 2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana..... | 20 |
| 2.3 Proposta da ADPF nº 54..... | 25 |
| 3 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABORTO..... | 32 |
| 3.1 Definição de aborto..... | 32 |
| 3.2 Evolução histórica do Aborto..... | 35 |
| 3.2 O aborto no mundo..... | 39 |
| 3.3 O aborto no Brasil..... | 41 |
| 4 ESPÉCIES DE ABORTO..... | 46 |
| 4.1 Espécies de Aborto Criminoso..... | 46 |
| 4.1.1 Auto aborto..... | 46 |
| 4.1.2 Aborto com Consentimento da gestante..... | 47 |
| 4.1.3 Aborto sem consentimento da gestante..... | 48 |
| 4.1.4 Aborto Qualificado..... | 50 |
| 4.1.5 Aborto Sócio Econômico..... | 51 |
| 4.1.6 Aborto Honoris Causa..... | 52 |
| 4.1.7 Aborto Eugênico..... | 52 |
| 4.2 Espécies de Aborto não criminoso..... | 54 |
| 4.2.1 Aborto legal..... | 54 |
| 4.2.2 Aborto Natural ou acidental..... | 55 |
| 4.2.3 Aborto Terapêutico..... | 56 |
| 4.2.4 Aborto Humanitário ou sentimental..... | 57 |
| 4.2.5 Aborto de anencéfalo..... | 59 |
| 5 DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 62 |

| | |
|---|-----------|
| 5.1 Liberdade de autonomia reprodutiva da mulher..... | 62 |
| 5.2 O direito à vida do feto anencéfalo..... | 65 |
| 6 CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 69 |
| REFERÊNCIAS..... | 71 |

1 INTRODUÇÃO

Constitui o direito à vida em um direito fundamental consagrado pela Constituição Federal de 1988, e este consagrou um maior valor em razão da polêmica acarretada pelo movimento contra o aborto. O assunto quanto ao aborto ultrapassa o concernente direito à vida, já que vincula assuntos de todas as naturezas nos âmbitos social, ético, religioso, político, médico, moral e jurídico, nunca sendo encarado sem determinada responsabilidade sentimental e emotiva.

Tendo em vista constituir uma verdade na sociedade, existem inúmeros abortos e a ilegalidade de sua realização não se possibilita alcançar a quantidades determinativas, encontra-se introduzido em todas as categorias da sociedade independentemente de seu grau de cultura, religião, financeiro, social e político, não devem ser visto como uma doença social sem cura, e sim necessita ser debatido com o intuito de que se visualizem respostas possíveis que possam enquadrar e diminuir a questão.

O contexto em relação ao aborto do feto anencéfalo auferiu lugar nas cortes brasileiras de forma recente, depois que fora possível visualizar a irregularidade durante a gestação. Com tal probabilidade, apareceu um enorme debate na coletividade comprimindo a Justiça a posicionar-se perante esta problemática.

A colisão que há em meio aos princípios jurídicos e os direitos fundamentais estabelecem-se na discussão presente entre o bebê possuir ou não probabilidade de vida, tendo em vista que o direito à vida versa-se de um direito estabelecido constitucionalmente, detendo por isso condição de irrevogabilidade, inviolabilidade e supremacia. O que importa dispor que o direito à vida necessitará estar acima dos outros direitos, já que esta fora o desejo do legislador constituinte ordinário no momento da elaboração da Constituição.

Deste modo, constata-se que, na legislação pátria, não se consagra a cessação da vida, a não ser nas situações estabelecidas na norma infraconstitucional e penal que seriam o aborto necessário, designado pela doutrina como aborto sentimental, estabelecido pelo Código Penal, em seu art. 128, inc. I, o aborto derivado do estupro, consagrado também no CP, em seu art. 128, inc. II, e a pena de morte em situação de guerra declarada, disposto na CF, em seu art. 5º, inc.

XLVII, alínea “a”. Isso porque o ser humano não é detentor de sua vida, não compete a este acelerar a vida de um terceiro.

Já que o aborto intervém no direcionamento da natureza, o mesmo acarreta um enorme choque social o que provoca e comprime os operadores do direito a estabelecerem em até que espaço a ciência da vida pode vir a atuar sem que exista violação a dignidade da pessoa humana. Através do desenvolvimento da bioética e da medicina necessitarão apenas aprimorar a qualidade de vida da sociedade e não debaterem sobre a dignidade e da importância inferior do homem, tendo em vista que além de possuir vida, o feto é digno do mesmo modo que um ser de vida extrauterina.

Sendo assim, questiona-se quanto a suspensão da gravidez do feto anencéfalo, se encontraria ou não sendo violada a dignidade da pessoa humana, isto é, do feto que possui anencefalia?

O objetivo principal deste estudo fora apreciar o entendimento doutrinário e jurisprudencial quanto à questão do direito a vida do feto anencéfalo e a liberdade de escolha da mulher. E como objetivos específicos, procurou-se examinar o direito à vida na CF e o princípio da dignidade da pessoa humana, pesquisar quais as espécies de aborto realizadas e consagradas pelo direito pátrio, e verificar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto a proposta da ADPF nº 54.

Em relação à metodologia utilizada nesta pesquisa, registra-se que, na etapa de investigação fora empregada o método indutivo, na etapa de tratamento de dados o procedimento cartesiano, e o relatório dos resultados expressos na presente monografia é formado na básica lógica indutiva. Nas inúmeras etapas do estudo, foram acionados procedimentos do referente, da categoria, da definição operacional e da pesquisa bibliográfica, em obras, livros, artigos, sites, dentre outros que tratam da questão.

Para a abordagem da temática deste trabalho, este estudo fora dividido em quatro capítulos onde o primeiro versa sobre as noções constitucionais sobre o direito à vida, consagrando-se o direito à vida na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana e a proposta da ADPF nº 54.

O segundo capítulo direcionou-se a pesquisa sobre o conceito e a evolução histórica do aborto, procurando-se apresentar a definição do aborto consagrada pelos renomados doutrinadores da área, e examinando a evolução histórica do

aborto, desde a antiguidade até os dias atuais, bem como uma análise atual quanto o aborto no mundo e no Brasil.

No terceiro capítulo procurou-se demonstrar as espécies de aborto realizadas e consagradas no direito brasileiro, onde primeiramente fora examinada as espécies de aborto criminoso, que seriam, o aborto provocado por terceiros, o aborto provocado pela gestante, o aborto consentido, e o aborto sem consentimento da gestante, em seguida fora apreciado sobre o aborto qualificado, o aborto necessário, o aborto sentimental, o aborto natural, o aborto acidental, o aborto sócio econômico, o aborto honoris causa e o aborto eugênico.

No quarto capítulo buscou-se averiguar, a temática deste estudo, apreciando as divergências entre dois direitos fundamentais, que envolve a questão do aborto do feto anencéfalo, que seria a liberdade de escolha da mulher e o direito à vida do feto anencéfalo.

Com isso conclui-se que, entendendo que o cérebro é fundamental para que o feto possa se desenvolver e resistir as intemperes da vida extrauterina, a Suprema corte decidiu por oito votos a dois, a outorga de discricionariedade para mulher decidir, se mantém esse feto até o final da gestação, evitando com isso vários riscos a sua saúde, ou se interrompe o ciclo gestacional evitando os efeitos dela decorrentes.

2 NOÇÕES CONSTITUCIONAIS SOBRE O DIREITO À VIDA

O direito a vida está no topo dos direitos fundamentais garantidos pela nossa Constituição Federal, pois é a partir da vida que surgem os demais direitos, a exemplo do direito a personalidade, liberdade de escolha, entre outros que a Carta Magna de 1988 nos reservou. Sendo esse um direito que prepondera sobre os outros direitos, observando que a vida é base elementar de todos os demais bens jurídicos. Nesse aspecto esse direito deve ser respeitado de forma que ninguém possa transgredi-los .

Há diversos entendimentos doutrinários sobre o subjetivismo do direito a vida, isso porque se deve levar em consideração, não apenas o conceito legal, até porque há seguimentos no Brasil, inclusive religiosos que vão de encontro com toda definição normativa, seja ela, penal, cível, ou mesmo Constitucional. Nessa esteira mesmo com toda divergência a respeito da definição correta, toda a sociedade bem como o direito assentam-se no respeito a vida e sua proteção, sendo está inviolável, devendo ser preservada desde a fecundação até o momento do parto, desde que viável.

De acordo com o entendimento de Canotilho (2000, p. 86):

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém. E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

Nesse aspecto o direito a vida ganha sobrepeso nas discursões mundiais relacionadas a direitos humanos, tendo em vista a clara importância de garantir esse direito fundamental, não apenas sobre o aspecto legal, mas também moral e religioso, ao passo que em diversas regiões do mundo a sua interpretação conceitual é diferenciada, mas todos emanados na ideia de sua proteção.

2.1 Direito a vida na Constituição Federal de 1988.

A constituição, guardiã de todos os direitos inerentes a pessoa humana, procurou proteger o direito a vida, destacando a inviolabilidade desse direito em apreço por constituir um direito essencial, já que todos os direitos do ser humanos são invioláveis, não havendo direito plausível de transgressão, e, além disso, o dispositivo 5º, existente na Carta Magna, compreende cláusulas pétreas, isto é, constituem direitos que não devem ser suprimidos da Constituição, nem através de Emenda Constitucional.

Tem-se o conhecimento de que todos os direitos são invioláveis, não há direito plausível de transgressão. Entretanto, a Carta Magna procurou ressaltar a inviolabilidade deste direito propriamente por versar sobre um direito essencial. Vale destacar que a Constituição Federal constitui a Lex Máxima do Brasil, pela qual necessitam se direcionar todas as outras legislações. Não obstante, os direitos consagrados pelo dispositivo 5º, constituem cláusulas pétreas, sendo estes direitos que não devem ser suplantados da Carta Magna, inclusive por emenda. Desta forma, verifica-se a obrigação e a preocupação do Poder Público de garantir o direito à vida, amparando-o de um modo geral, em meio a esta a vida uterina. Nesta direção encontra-se o entendimento de Moraes (2009, p. 36) ao dizer que:

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 ávida viável, portanto começa a nidação, quando se inicia a gravidez.

Não apenas a Lex Maior do país estabelece a inviolabilidade do direito á vida, como igualmente os tratados internacionais a respeito dos Direitos Humanos que o país ratificou assegurando ser a vida inviolável. Em meio a estes tratados, o principal seria a Convenção Internacional dos Direitos Humanos, que estabelece em seu dispositivo 4º que: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

No momento em que a Carta Magna assinalou o direito a vida não apresentou diferenciação entre a vida intra-uterina quanto a extra-uterina, não conferindo maior ou menor importância a uma ou a outra, versando-as de forma semelhante.

Conforme julgamento de Moraes (2000, p. 56): "O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, pois seu asseguramento impõe-se, já que constitui pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos".

O direito a vida constitui o primeiro direito do ser humano, possibilitador de todos os outros (CARVALHO, 1999, p. 201). Seria este o mais remoto direito que a concerne doutrina dos direitos essenciais, compreendendo "fonte primária dos outros bens jurídicos" (SILVA, 2007, p. 56). Tal direito necessita ser examinado principalmente por versar-se da vida humana como elemento de amparo constitucional.

Conforme disciplina Galante (2008), o direito à vida constitui um direito essencial do ser humano, é possível dispor que seria um super direito, já que todos os outros direitos se sujeitam a este para se efetivar, desta forma, sem este importante direito, não existiriam os respectivos direitos a intimidade, a liberdade, dentre outros.

Seria este direito a condição dos direitos estabelecidos pelo constituinte, sendo assim, não haveria significado estabelecer qualquer outro direito, se inicialmente não fosse garantido o inerente direito a se encontrar vivo para desfrutá-los (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 393-394).

A regra da Constituição, desta forma, garante a inviolabilidade ao direito à vida, isto é, totalidade existencial, por conseguinte, constitui a vida em um patrimônio jurídico amparado como direito essencial fundamental a partir da concepção, período único, confirmado cientificamente, do desenvolvimento do indivíduo (DINIZ, 2009, p. 20).

Necessita o direito à vida ser acatado por efeito da determinação da Constituição de sua inviolabilidade, sob pena de acabar ou suplantá-la a concernente Carta Magna, ocasionando a quebra do regime jurídico. Seria inaceitável qualquer violência na direção de uma Emenda Constitucional a respeito do cerceamento da vida humana, a exemplo, da mencionada descriminalização do aborto, tendo em vista que o dispositivo 5º constitui uma cláusula pétrea (DINIZ, 2009, p. 22).

Constituem as cláusulas pétreas em restrições materiais ao comando de mudança da Carta Política de um Poder Público. Em outros termos, são deliberações que vedam a mudança, através de emenda, direcionadas a acabarem com as regras constitucionais a respeito de assunto por estas estabelecidas (SILVA, 2007, p. 57).

Compõe a vida em um patrimônio jurídico de tanta magnitude que se necessita ampará-lo contra a loucura coletiva, que estabelece a descriminalização do aborto, a guerra e a pena de morte, elaborando-se regras que impossibilitem a realização de barbaridades desnecessárias e ofensivas (DINIZ, 2009, p. 22).

Conforme disposição do autor Moraes (2000, p. 61), constitui o direito à vida no mais importante direito consagrado pela norma constitucional. Onde esta, vale destacar, ampara a vida de um modo geral, até mesmo a vida uterina. No artigo III, da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, determina que: “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”.

Sendo assim, o direito à vida é amparado por regras jurídicas em qualquer campo do direito, até mesmo no direito das pessoas. A vida encontra-se acima de qualquer norma e é ileso de qualquer ação dos Poderes Públicos, necessitando ser amparada contra qualquer pessoa, inclusive contra o seu próprio detentor, por ser inviolável e irrenunciável (MIRANDA, 2000, p. 14-15).

Conforme entendimento de Pereira (1996, p. 127):

O Estatuto da Criança e do Adolescente refere-se ao direito à vida como prioridade absoluta e determina a efetivação de políticas sociais públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso em condições dignas de existência (artigo 7º).

Especifica, ainda no artigo 3º, que lhes serão asseguradas oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Quis o legislador estatutário, portanto, mais que garantia do direito de vir “vir ao mundo”, atribuindo à família, à sociedade em geral e ao Poder Público responsabilidade da população infanto-juvenil (art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º do Estatuto)”.

A respeito do direito à vida, dispõe Pinho (2000, p. 72) que:

O direito à vida é o principal direito individual, o bem jurídico de maior relevância tutelado pela ordem constitucional, pois o exercício dos demais direitos dependem de sua existência, e afirma que “há autores, de posição ideológica conservadora, que sustentam que a proteção do direito à vida é estabelecido pela Constituição desde a concepção.

Na mesma linha de pensamento, encontra-se o julgamento de Marques (2000, p. 1) ao entender que:

A vida vem a ser o fundamento de todos os bens é a condição necessária de toda vida humana. Entre os bens que a pessoa é titular, a vida ocupa o primeiro lugar. Por isso, deve ter a proteção do Direito, desde a formação do

embrião até o instante de sua morte. Durante todo esse período, pode-se falar em vida, objeto da tutela jurídica.

É fundamental o direito à vida ao usufruto dos direitos e, conseqüentemente, a norma jurídica consagra o seu amparo absoluto. O Poder Público pátrio não garante apenas a vida digna, mas toda e qualquer espécie de vida humana. Ainda que defeituosa ou apta de restrições, a vida humana se encontrará amparada pela Carta Magna, sem diferenciações (PENTEADO, 1999, p. 251).

Igualmente não realizou diferenciação entre as modalidades de vida humana, oferecendo total amparo e geral, tanto a vida natural quanto a artificial, a partir da fecundação até as etapas seguidas embrionárias, com potencialidade para o desenvolvimento, a formação e futuro nascimento (KIMURA, 2006).

Atribui a Carta Política ao Poder Público, a obrigação de garantir o direito a vida em duplo entendimento, sendo a primeira vinculada ao direito de continuar vivo e a segunda a possuir estabilidade digna.

Fora ratificada a Convenção Internacional dos Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto 678 de 1992, e possui situação de regra constitucional, vale dispor, necessita ser verificada pela norma infraconstitucional. Sendo assim, se é inquestionável que a vida constitui um direito essencial, e que a Carta Magna e a Convenção Internacional dos Direitos Humanos a determinam como inviolável, é preciso então compreender quando se inicia a vida.

Em volta do direito à vida o que se torna contraditório seria o assunto a respeito do seu início. Desde o ano de 1827, compreendido como o pai da embriologia atual, Karl Ernest Von Baer, desvendou que a vida humana começa através da concepção, isto é, momento em que o espermatozoide se encontra com o óvulo, episódio que acontece já nos primeiros momentos depois da relação sexual. É nesta etapa, na etapa do zigoto, que toda identificação genética do novo ser é estabelecida. Desde este momento, de acordo com a ciência, que se começa a vida biológica do homem. Com base em tais dados científicos, o Pacto de São José da Costa Rica, assegura que a vida necessita ser protegida a partir desta concepção.

Desde este fato, de acordo com a ciência que se começa a vida biológica do homem. As pessoas são concebidas desta forma, onde estas são atualmente geneticamente, já o seria a partir de sua concepção. É fundamentado nesta informação científica em relação ao começo da vida que a Convenção Internacional dos Direitos Humanos assegura que a vida necessita ser amparada a partir da

concepção. E ainda que não estabelecesse isto de forma expressa seria claro, já que, a norma necessita expressar a realidade dos fatos, e se utiliza da ciência para estabelecer seus regulamentos.

Não há ainda, em meio aos cientistas uma consonância quanto ao período exato em que se inicia a vida humana. Modernamente, existem cinco suposições admitidas, cada uma destas categorizadas por Scott Gilbert, biólogo americano, em seu livro “Biologia do Desenvolvimento”, parcela de uma peculiaridade compreendida como fundamental para a presença dos seres humanos.

Conforme entendimento de Cambiaghi, perito em reprodução humana, existe “vários pontos, inclusive éticos, a considerar, mas eu acredito que a fecundação marca o início da vida”, o que constitui concepção de grande parcela das religiões. No julgamento de Pereira, geneticista da USP, “a definição do novo genoma é sem dúvida importantíssima para o início da definição de vida, mas afirma que isso não significa que seja o ponto definitivo no conceito de vida”. De acordo com a doutora, há inúmeras questões, que escolhe não assinalar um período exclusivo.

As distintas concepções a respeito do começo da vida são assinaladas inicialmente através da fecundação, que seria o entendimento argumentado por maior parcela dos religiosos, e até mesmo pela Igreja Católica, em razão deste fato assuntos vinculados a alguns métodos contraceptivos e inclusive a pílula do dia seguinte são desaprovados por esta.

Existe igualmente quem compreenda que o começo da vida seria no momento em que o embrião alcança o útero, que se concretiza por volta de quatorze dias, este entendimento é consagrado por cientistas, tendo em vista que na concepção destes é neste momento que se inicia a divisão celular para o desenvolvimento dos órgãos.

No julgamento daqueles que amparam que o começo da vida seria por meio do início da atividade cerebral que corresponde a seis a vinte quatro semanas da gestação, acreditam que se o falecimento do cérebro seria estabelecimento para a morte, não deve haver vida sem neurônios. Defensores deste julgamento amparam o aborto dos anencéfalos.

Há igualmente os defensores do entendimento onde apenas existe vida no momento em que a criança sobreviver sozinho fora do corpo da gestante que seria no tempo de vinte e cinco a vinte e sete semanas.

Por último, existe o julgamento de que o início da vida se dá por meio do parto, que segundo o ordenamento jurídico pátrio uma criança apenas auferir alguns de seus direitos fundamentais, a exemplo da herança, depois do seu nascimento. De uma forma geral, é compreendido que a personalidade jurídica possui começo através do nascimento, necessário apenas a ligação do gameta masculino com o feminino para que se alcance o começo da personalidade, julgamento este consagrado pela doutrina Concepcionista, que ampara que o nascituro possui seus direitos obtidos no período de sua concepção. De acordo com o entendimento de Fiúza (2004, p.117): “a personalidade começa desde a concepção da vida no útero materno”.

Além disso, ao admitir que a vida se inicia através da concepção, o Código Civil pátrio, em consonância com a Carta Magna que ampara todos os modos de vida, até mesmo a uterina, e com a Convenção Internacional dos Direitos Humanos, assegura, em seu dispositivo 2º, que: “A personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Nesta direção igualmente se encontra o autor Miranda (2000, p. 40) ao dispor que:

No útero a criança não é uma pessoa se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. 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 ou pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma a personalidade começa.

Inicia-se a personalidade com o nascimento com vida, contudo, a legislação coloca a proteção desde a concepção do nascituro, sendo assim, se a norma coloca protegido desde a concepção dos direitos do nascituro, parece claro que esta coloca amparado o bem mais importante de tais direitos, o direito à vida. Deste modo, toda violação a vida do embrião expressa uma transgressão ao direito à vida. Em razão deste fato que o vigente Código Penal pátrio estabelece sanção para as pessoas que atentem contra a vida do embrião, com sanções que vão desde um a dez anos de prisão.

O mais importante é que o delito de aborto encontra-se estabelecido na Parte Especial do Código Penal brasileiro, no Título I, que versa sobre os “Crimes contra a

pessoa”, e no capítulo I, daquele título, que versa sobre “Crimes contra a vida”, o que revela obviamente que a norma pátria admite o embrião como um indivíduo vivo. Deste modo, com fundamento científico e jurídico, nenhuma norma que objetive descriminalizar o aborto no Brasil deve ser sancionada. Se este fato ocorrer, se encontraria transgredindo a Lex Maior, as Convenções sobre Direitos Humanos que o país se empenhou a realizar e todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ampara desta forma, a vida humana intra-uterina, que se encontra em qualquer uma das etapas, zigoto, mórula, concepto, embrião, feto, recém nascido, sendo assim, existe somente uma extensão do indivíduo.

Oferecendo prosseguimento no esclarecimento legislativo, onde compreende-se que o direito a vida na determinação constitucional constitui base primária de outras regras, menciona-se o Código Civil, que admite em seu dispositivo 2º, o direito ao nascituro, como exemplo de regras emanadas, que seria aquela que possui natureza perante uma base mais ampla, na situação a Carta Magna, que estabelece o direito a vida, e o Código emolda este direito no campo civil da coletividade, conferindo a todo indivíduo com vida, e igualmente aqueles com possibilidade de vida, direitos semelhantes, exceto nas restrições estabelecidas pelo concernente ordenamento.

Segundo o dispositivo 2º do CC, a personalidade civil do ser humano se inicia com o nascimento com vida, contudo, a legislação coloca a salvo a partir da concepção dos direitos do nascituro.

Quanto ao direito á vida, no que diz respeito à pessoa ainda na condição de nascituro, há diferentes artigos no Código Civil, que ressaltam o amparo jurídico.

Ainda que, minoritário, é importante que se imponha em julgamento o entendimento de um conhecido autor, a respeito do direito à vida, oferecendo respeito a sua competente colaboração doutrinária e jurisprudencial no método de regulamentação do Brasil, já que mantém o princípio da convivência das liberdades públicas ou relatividade, que em tese constitui uma modalidade de relatividade a este direito fundamental, de forma que perante o outro bem de mesma iguaria, possuindo como base diferentes importâncias, regras e direitos e a repercussão social. Visualiza-se este entendimento:

Havendo conflito entre direitos ou garantias fundamentais, deve-se utilizar o princípio da concordância prática ou da harmonização, coordenando e combinando os bens jurídicos em conflito, evitando dessa forma, o sacrifício

total de uns em relação aos outros, procedendo a uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual, buscando o verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional em sua finalidade precípua (MORAES, 2000, p. 18.).

Conforme julgamento da doutrina concepcionista, a personalidade possui seu início através da concepção, desde que consagrada a condição, que seria, o nascimento com vida. Este assunto contraria a segunda doutrina, que seria a natalista, já que esta igualmente é amparada por diversos juristas, ao compreender que “o nascituro só adquire personalidade após o nascimento com vida” (FIÚZA, 2004, p.117).

Por meio desta definição, verifica-se que a situação do nascituro seria de uma pessoa com expectativa de direitos, segundo Venosa (2005, p. 374) “essa expectativa, a mera possibilidade ou simples esperança de se adquirir um direito”. Sendo assim esta doutrina não leva em conta que o nascituro seria uma pessoa.

A doutrina natalista releva explicações adequadas as quais revelam que a legislação brasileira se fundamenta na norma onde não existe presença de direito pessoal sem que exista um titular, do mesmo modo que não existe titular sem personalidade jurídica.

Segundo disposição do Código Civil, em seu art. 2º: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. Potencializando a aplicabilidade desta doutrina no regime pátrio. Contudo, somente coloca a salvo dos direitos dos *conceptus*.

Sobre esta questão, o julgamento de Fiúza (2004, p. 114) seria de que:

O nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo a que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro” não são direitos subjetivos. São, na verdade, direitos objetivos, isto é, em regra impostos pelo legislador para proteger um ser que tem potencialidade de ser pessoa e que, por já existir pode ter resguardados eventuais direitos que vira a adquirir ao nascer.

Este entendimento discorda no julgamento da doutrina concepcionista, discorda em relação ao começo da personalidade.

Perante os inúmeros assuntos vinculados ao início da vida, ao direito à vida e igualmente o direito do nascituro, é evidente que tudo se encontra relacionado com a norma, que determina abertamente, os direitos a dignidade da pessoa humana e a liberdade. A Carta Política de 88 garante o direito à vida, mas igualmente garante uma vida digna, conforme estabelece seu dispositivo 227, veja:

É dever da família, da sociedade e do estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade, e opressão.

Modernamente é claro o oposto de tudo que determina a legislação. O Poder Público demanda penalidade a aquele que realiza o aborto, garantindo uma vida digna, contudo, não a asseguram em conformidade com o que estabelece na norma. O que seria a vida sem tais direitos? A Carta Magna garante não apenas a vida mais igualmente a uma vida digna, que aparece não ocorrer, já que a recusa do feto se realiza por meio da ausência de recursos fundamentais para se possuir uma vida digna, como, a educação, saúde, e condições econômicas dos genitores. O Poder Público necessita assegurar esse direito à vida, contudo, não oferece condições para que isto aconteça.

2.2 O princípio da dignidade da pessoa humana

Possui o Poder Público a obrigação de amparar o direito à vida, pela qual se encontra acima de qualquer outro direito, sendo a importância admitida a esta na dignidade da pessoa humana, determinada na Constituição Federal de 1988, em seu dispositivo 1º, inc. III, e no dispositivo 5º, inc. II. É importante ressaltar a terminologia utilizada pelo autor Reale Júnior (1999, p. 644) ao entender que: “O homem deve ser entendido como um fim em si mesmo, razão pela qual lhe é atribuído valor absoluto: a dignidade”.

Complementa o contexto mínimo dos direitos humanos fundamentais a dignidade da pessoa humana. Conforme assegura Magalhães Filho (2001, p. 248) “a dignidade da pessoa humana é o núcleo essencial de todos direitos fundamentais, o que significa que o sacrifício total de algum deles importa uma violação ao valor da pessoa humana”. Nesta mesma direção dispõe Silva (2000, p. 109), “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”. Segundo julgamento de Moraes (2003, p. 218):

[...] 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, trazendo a concepção ao respeito pelas pessoas constituintes de uma sociedade.

Conforme o julgamento político e filosófico da Antiguidade Clássica constata-se que a dignidade da pessoa humana dispunha, normalmente, com situação social encarregada pela pessoa e o seu nível de admissão pelos outros componentes da sociedade, é em razão disso que se pode dispor sobre designação e modulação da dignidade, na direção honradas, na direção de se reconhecer a presença de indivíduos mais dignos ou menos dignos. Diversamente, no julgamento estoico, a dignidade era vista como atributo que, por ser próprio do homem o diferenciava das outras criaturas, na direção de que todos os seres humanos são envolvidos de igual dignidade, entendimento este que se coloca, por sua vez, totalmente vinculado ao entendimento de autonomia particular de cada pessoa, o indivíduo como ser livre e encarregado por suas ações e sua direção, assim como a concepção de que todas as pessoas, que pronuncia com sua origem, são semelhantes em dignidade (SARLET, 2010, p. 38).

De acordo com o entendimento de Kant (apud SARLET, 2010, p. 38), “a qualidade peculiar e insubstituível da pessoa humana”, no estado das finalidades tudo possui ou um valor ou uma dignidade. “Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer preço como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade”. Este julgamento da, desta forma, a compreender como dignidade a importância deste condicionamento de espírito e colocam-na inteiramente acima de todo valor. Jamais esta poderia ser contraposta em avaliação ou comparação com qualquer outro objeto que possuísse valor, sem qualquer forma violar a sua santidade.

É exatamente no julgamento de Kant (apud SARLET, 2010, p. 38) que a teoria jurídica mais significativa brasileira e internacional, ainda atualmente parece encontrar-se estabelecendo os fundamentos para um embasamento e, de certo modo, de uma definição da dignidade da pessoa humana.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana constitui o centro dos direitos invioláveis, uma restrição aos poderes do Poder Público, aos conjuntos sociais, e a todas as pessoas de um modo geral, tendo em vista que apenas é possibilitada a limitação de direitos fundamental e social se esta for constatada, já que constitui

componente fundamental e primário do direito. Desta forma, compreende-se que, para que os indivíduos coexistam com dignidade em uma sociedade igualitária, é preciso acatar todas as regras projetivas do ser humano, assim como todos os preceitos fundamentais, mas especialmente ter acatado como indivíduo humano e suas importâncias (VERDI, 2010, [n.p]).

Conforme dito previamente, a Constituição Federal de 1988 consagra o princípio da dignidade em seu art. 1º, inc. III, já que constitui uma importância maior da natureza jurídica, entendido como um dos preceitos mais valoráveis por envolver todos os direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, iniciando pelo direito a vida até o direito de desenvolvimento pleno.

Encontra-se disposto no art. 1º, inc. III, da CF/88 que: “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”.

Nesta direção, adiciona Cretella Júnior (1998, p. 132) determinadas anotações a CF, em seu art. 1º e 5º, inc. LXVII, veja-se:

O ser humano, o homem, seja de qual origem for, sem descriminalização de cor, sexo, religião, convicção política, ou filosófica, tem direito a ser tratado, pelos semelhantes, como “pessoa humana”, fundando-se o atual Estado de Direito, em vários atributos, entre os quais se incluía dignidade do homem, relido, assim, como aviltante e merecedor de combate qualquer tipo de comportamento que atente contra este apanágio do homem.

Este julgamento é comprovado pelo entendimento de Pena Júnior (2008, p. 384), que dispõe:

Este princípio constitucional superior aglutina em torno de si todos os demais direitos e garantias fundamentais contidas na Constituição Federal desde o direito a vida, passando pelo direito a liberdade, até chegar a realização plena, ao direito de ser feliz. Ele fundamenta-se na valorização da pessoa humana como fim em si mesmo e não como objeto ou meio para consecução de outros fins.

Entretanto não é simples definir o que vem a ser este preceito que é consagrado como imprescindível e fundamental para o indivíduo, tendo em vista que, se baseia em questões ambíguas e vagas.

Sendo assim, descreve Sarlet (2007, p. 227) que:

A dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta enquanto simultaneamente expressão da autonomia da pessoa (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente quando fragilizada ou até mesmo, e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.

A dignidade é assim conceituada pelo dicionário Aurélio da língua portuguesa, veja: “de quem é digno; nobreza; respeitabilidade; cargo ou título de alta graduação, qualidade de digno, modo digno de proceder, brio”.

Igualmente é elucidativo o julgamento do autor Segado (2006) no momento em que dispõe que o princípio da dignidade da pessoa humana encontra-se inteiramente vinculado a autodeterminação do indivíduo e a liberdade.

A dignidade enquanto característica própria de todo ser humano e inseparável a este, segundo entendimento de Sarlet (2007), se revela essencialmente na competência de definir livre e prudentemente qualquer exemplo de comportamento, com a correta demanda de seriedade por parte dos outros. Encarrega-se o princípio da dignidade humana com o amparo da vida digna onde a pessoa humana jamais venha a ser entendido como objeto ou elemento, sendo este um preceito constitucional fundamental de natureza jurídica constitucional pátria. Deste modo, existente em cada indivíduo, em seu interior, tal dignidade é admitida como inviolável, alienável e extraordinária.

O princípio da dignidade da pessoa humana, segundo entendimento de Novelino (2008, p. 207) constitui um dos componentes que regulamentam o Estado Democrático de Direito, assegurando as pessoas, direitos essenciais para o amparo à vida, a integridade física, a igualdade e a liberdade.

Conforme concepção de Barroso (2009, p. 253) revela o princípio da dignidade da pessoa um aglomerado de importâncias civilizatórias que se pode compreender envolvido ao bem da coletividade.

Já conforme o julgamento de Kant (1994, p. 85) não possui a dignidade humana valor e não reconhece qualquer correspondência, sendo o homem compreendido sempre como objetivo e jamais um meio. Dispõe também o autor que todos os seres nacionais encontram-se submetidos à legislação de que cada um deste precisa tratar-se a si mesmo e aos demais, jamais como mero meio, mas sempre no momento como fim em si mesmo.

Sendo assim, a doutrinadora Piovesan (2008, p. 137) oferecendo determinadas descrições a respeito do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, afirma que a dignidade da pessoa humana é própria a todo indivíduo, detentor de direitos semelhantes e inalienáveis. É importante dispor que, para esta declaração a situação do indivíduo constitui condição exclusiva e única para a titularidade de direitos. Por constituir base dos direitos humanos e importância própria a situação humana, a dignidade humana, é entendimento que é envolvida por todas declarações e tratados de direitos humanos, e faz parte do denominado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Nesta direção, expõe Sarlet (2006, p. 122) que quando não existir seriedade quanto ao direito a vida e pela totalidade física do homem, onde as condições mínimas, contudo, para uma existência digna não forem garantidas, onde a identidade e a intimidade constituírem elemento de intervenção improprias, onde sua não for assegurada sua igualdade relativamente quanto aos outros, assim como onde não existir restrição de poder, não existirá local para a dignidade da pessoa humana, e esta será somente um puro componente de injustiça e arbítrio.

Desta forma, deve ser entendida a dignidade da pessoa humana como própria de todo indivíduo, alcançando a todos, como importância maior incalculável. Em meio as seguranças amparadas por este preceito encontra-se o direito as políticas públicas de planejamento.

Conforme visto anteriormente, dispõe o Código Civil, em seu art. 2º que: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”.

Desde o período em que o embrião fecundado encontra-se no ventre materno, visualiza-se o julgamento jurídico do “nascituro”, isto é, aquele que ainda irá nascer.

Compreende Fiúza (2002, p.114) que: “o nascituro não tem direitos propriamente ditos. Aquilo que o próprio legislador denomina “direitos do nascituro”, não constituem propriamente direitos pessoais. Constituem verdadeiramente em direitos práticos, ou seja, normas estabelecidas pelo legislador no intuito de amparar um ser que possui a probabilidade de ser um indivíduo, e que, por já haver pode ter amparados possíveis direitos que virá a conseguir no momento em que nascer.

O ordenamento jurídico brasileiro assegura os direitos próprios do nascituro, mesmo que este ainda não detenha personalidade jurídica, é amparado tanto pela

norma civil, quanto na penal. É consagrado na norma civil o direito do nascituro, exemplificativamente quando a genitora representa o nascituro auferindo alimentos e possuindo direito a herança, já quanto a norma penal esta ampara a vida daquele que irá nascer, que seria o nascituro, em razão deste fato é consagrado na legislação pátria o aborto como um delito.

Verifica-se um assunto muito valorável e que deve ser examinada, que seria a probabilidade de o nascituro deter dignidade da pessoa humana, que de acordo com alguns autores, seria corretamente admissível tanto em vista que ainda que não seja compreendido como pessoa humana e nem ao menos possuidor de personalidade jurídica, a norma jurídica brasileira de modo expreso assegura o direito daquele que se encontra no útero da mãe, e que ainda irá nascer, em meio a estas seguranças encontra-se a dignidade da pessoa humana, refere-se a um entendimento óbvio, já que, se a norma garante o direito a vida que a mesma venha a ser digna. Esta concepção é defendida por Pereira (2004, p. 147) ao compreender que:

A incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o nascituro, consiste no reconhecimento de que a este devem ser proporcionados todos meios idôneos e necessários para seu desenvolvimento com todas as suas potencialidades. Não basta, portanto, garantir a vida do feto, deve-se, pois, conceder ao mesmo o direito de sobreviver em condições de plena dignidade.

Sendo assim resta claro que o nascituro constitui, em si, um indivíduo, e por este motivo, detentor de personalidade jurídica a partir de sua concepção, com direitos assegurados a partir desta etapa, sendo um dos mais valoráveis o direito a vida, e a dignidade da pessoa humana, assegurados pela Constituição Federal.

2.3 Proposta da ADPF nº 54

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) - 54 teve como relator o Ministro, Marcos Aurélio Mello, sendo esta ajuizada no ano de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Saúde (CNTS), em audiência que contou com a participação de 11 Ministros, durante os dias 11 e 12 de Abril de 2012, e aprovada por 8 votos a 2.

A sustentação oral do então advogado e professor a época, Luiz Roberto Barrosa foi imprescindível para a compreensão acerca da necessidade da interromper da gestação quando se tratar de feto anencefálico. Barroso iniciou sua fala com um pensamento sobre a avaliação da condição feminina que atravessou muitas gerações em busca de igualdade e em busca do reconhecimento dos seus direitos fundamentais, o direito de não ser propriedade do marido, o direito de se educar, de votar e de ser votada, bem como a liberdade sexual conquistada, superando todos os preconceitos.

Definiu em tribunal da Supre Corte que estava em jogo uma questão decisiva a respeito dos direitos reprodutivos da mulher, o direito que tem a mulher de não ser um útero a disposição da sociedade, mas uma pessoa plena na sua liberdade de ser de pensar e de escolher, trazendo também ao plenário momentos da história onde o Brasil vivia tempos de muita opressão feminina e que encistem em perdurar em alguns aspectos.

O segundo pensamento foi voltado para as pessoas que por convicção religiosa ou filosófica não concordam com as teses que foram defendidas a respeito do tema, esclarecendo que toda crença cívica e não violenta, merece respeito e merece consideração, pois a verdade não tem dono, voltando-se esse momento a uma conjuntura de valores, e debate de ideias, onde a única coisa ruim sobre esse aspecto é que um dos lados possa se valer do poder coercitivo do Estado para criminalizar a posição do outro. Para criminalizar a posição divergente, a tolerância e a diversidade fazem parte da vida boa, fazem parte da vida ética, fazem parte da vida que inclui o outro, assim o papel do Estado e da sociedade em uma questão como essa, que envolve desacordo moral razoável, não é escolher um lado, mas é o de assegurar que cada um possa viver pela sua convicção, prevalecendo a autonomia da vontade, atribuída como direito da mulher, em seu ideal de vida boa.

A anencefalia como compreende a doutrina e entidades médicas foi referenciada como uma má formação congênita que gera como consequência, fetos sem cérebro, em uma condição incompatível com a vida extra uterina, observando que todas as entidades médicas e científicas que compareceram a audiência convocada pelo Ministro Marcos Aurélio, confirmarão que o diagnóstico é sem por sentido e a letalidade ocorre nessa mesma proporção.

É por essa razão que o professor Luiz Roberto Barrosa defendeu a possibilidade de que a mulher tenha o direito de interromper a gestação nesse caso

se esse for o seu desejo, solicitando ao tribunal que se interprete conforme a Constituição, os artigos do Código Penal que criminalizam o aborto, afirmar a não incidência nesse caso, dando por argumento um conjunto substancioso de razões que sustentam essa tese.

Ele ainda deixou claro que a interrupção da gestação em caso de feto encefálico, não é aborto, e, portanto constitui um fato atípico que está fora da incidência do código penal, pois a definição de aborto trazida pelo Código Penal, pressupõe a potencialidade de vida extra uterina, onde não abrange o feto anencefálico tendo em vista que esse está cientificamente afastado da possibilidade de ter vida extra uterina.

O direito brasileiro não tem uma definição de quando se dá o início à vida, mas tem uma definição de quando ocorre a morte, que dá-se quando o cérebro para de funcionar, pois no feto anencefálico o cérebro sequer começa a funcionar e portanto não há a vida em sentido técnico e em sentido jurídico, dessa forma, mesmo que uma pessoa milita na mais absoluta inconformidade sobre a interrupção da gestação, em qualquer caso pode apoiar-se na tese defendida nessa ação porque não se trata de aborto.

O segundo fundamento defendido na ação é de que ainda quando se tratar de aborto estaremos diante de uma hipótese que cai nas exceções já previstas no código penal em seu artigo 128 do Código Penal, estabelecendo que não se pune o aborto em caso de estupro e quando necessário para salvar a vida da mãe, nesses dois casos previstos no Código Penal, existe potencialidade de vida, mas em ponderação com outros valores o Código descriminaliza o aborto.

No caso de anencefalia não existe essa potencialidade de vida, é menos grave do que as duas exceções previstas no Código e citadas no parágrafo anterior, de modo que o Código só não a previu porque ele é de 1940, não havendo possibilidade de se fazer esse diagnóstico.

O fundamento de número três é de que ainda quando considerar-se aborto, a interrupção da gestação não incidiriam por força do princípio da dignidade da pessoa humana que está no centro do sistema jurídico Constitucional, referendando a dignidade da pessoa humana dentre outras coisas significativas em relação à integridade física e psicológica das pessoas, sobretudo nesse aspecto em que se encontra a mulher.

Obrigá-la a passar por todas as transformações durante o período de gravidez, onde esta se preparando-se para a chegada do filho que nesse caso não ira chega, trata-se de uma tortura psicológica a que se submete essa mulher grávida de feto anencefálico, observando que ela não sairá da maternidade com um berço, e sim com um pequeno caixão, e terá que tomar remédio para secar o leite que produziu, expressão muito forte essa, utilizada por Barroso naquele discurso.

Dessa forma ratifica-se que esse deve ser um momento de escolha da mulher, pois essa se encontra em momento de tragédia pessoal e grande sofrimento, ao tempo que cada pessoa nessa vida deve escolher como vai lidar com a própria dor, não sendo possível dessa forma o Estado fazer essa escolha em nome da mulher, ferindo como isso um limite de disposição do próprio corpo quanto tal fato pode lhe acarretar prejuízos de ordem psicológica e até a vida como resultado de tal disposição.

O fundamento de número quatro é sobre a criminalização da interrupção da gestação quando o feto não é viável fora do útero, pois viola um conjunto importante de direitos fundamentais da mulher, a exemplo dos seus direitos reprodutivos, tornando-se um avanço o reconhecimento desse fundamento, sendo essa a posição de todos os países democráticos e desenvolvidos do mundo que não apenas não criminalizam a interrupção da gestação em caso de anencefalia, como também não a criminalizam quando se dá até a décima segunda semana de gravidez.

Muitos países como o Canadá, Estados Unidos, França, Alemanha, Reino Unido, Espanha, Portugal, Holanda, Japão, Rússia e demais países desenvolvidos, já adequaram ao seu texto legal a descriminalização da interrupção da gestação antes da décima segunda semana, nesse sentido afirmou que estamos atrasados pois a criminalização é um fenômeno do subdesenvolvimento.

Nesse sentido, Luiz Roberto Barroso deixou claro não ser a favor do aborto, pois é sempre um trauma, revelando que sua preocupação ao dizer que o Estado deve se empenhar para prevenir que ele aconteça, provendo educação sexual, disponibilizando meios contraceptivos, ou amparando a mulher que deseje ter o filho e esteja enfrentando a adversidade de se encontrar impossibilitada de gerar expectativas positivas com relação a maternidade, pelo menos nesse momento.

Barroso também afirmou que o aborto não é uma coisa boa, mais muitas vezes ele é necessário e inevitável, e que criminaliza-lo nessas circunstâncias, violaria o direito das mulheres sobre a autonomia da sua vontade, assim como sua

liberdade existencial, pois obrigar a uma mulher levar a termo uma gestação que ela não deseja, seria fato grotesco nos dias em que vivemos, mesmo que levando em consideração as argumentações sobre a potencialidade de vida do feto não importa até quando se daria essa sobrevida.

Devemos observar aqui mesmo que o feto dependa do corpo da mãe, essa no exercício de sua autonomia não poria esta obrigada a mantê-lo, pois significaria funcionaliza-la e instrumentaliza-la a um projeto de vida que não é o seu, transformando-a em um meio e não em um fim em si mesma, e, portanto violando a sua dignidade, e desrespeitando a permanência de vida em sociedade.

Ao final de seu pronunciamento o professor e hoje atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso trouxe a tona uma ideia do também Ministro Carlos de Ayres Brito onde esse falava que se os homens engravidassem o aborto já teria sido descriminalizado, não só apenas nos casos de anencefalia, mas em qualquer caso, enaltecendo a ideia de igualdade da mulher em manter uma gestação que ela não deseja, porque os homens não estão sujeitos a essa circunstância.

Tudo isso sem mencionar o dramático problema de saúde pública e de discriminação contra as mulheres pobres que representa criminalização da antecipação da gestação, vemos aqui que a criminalização é seletiva, pois faz um corte de classes, penalizando as mulheres pobres, que por consequência de uma triste realidade na saúde pública a classe média não se demonstra interessada nessa questão.

Segundo dados do Ministério da Saúde, dia sim dia não, morre uma mulher como consequência de aborto clandestino no Brasil, verificando também que a Organização Mundial de Saúde (OMS) tem estudos que comprovam que, a criminalização não diminui o número de abortos, diminui apenas o número de abortos seguros e aumentando como isso o número de morte entre as mulheres que se socorrem dessa prática.

Com base em todo o exposto acima Barroso enfatizou ao tribunal quatro fundamentos que sustentam a ideia da descriminalização sendo o primeiro fato de não se tratar de aborto, o segundo que ainda que se trata-se de aborto, incidiriam as exceções do Código Penal, em terceiro, ainda que se trata de aborto as normas do Código Penal estariam paralisadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana, e

por último a violação aos direitos reprodutivos da mulher obrigando levá-la a termo uma gestação de feto não é viável.

Pondo fim seu discurso como uma análise sobre processo político majoritário no Brasil, discutindo o tema sobre o ponto de vista histórico, ao dizer que quando essa imperra é preciso que uma vanguarda iluminista faça com que conceitos dessa ordem avancem em direção a um novo modelo de interpretação sobre a vida, despreendida de qualquer tipo de conservadorismo, traduzindo-se essa ideia em uma concepção político filosófica sobre a forma de interpretação impingida pela sociedade e aceita pelo direito no que respeito ao tema aborto.

Essa análise ao tema aborto de feto encéfalo fica bastante evidente a necessidade de mudança na postura, não só do poder judiciário, mas também de todos nós, ao passo que estamos diante de uma situação extraordinária e que caso não seja resolvida da forma mais segura e coerente, surtira reflexos negativos para essa gestante, gerando sérios riscos até mesmo para sua própria vida.

Nesse sentido faço uma comparação, entre a possibilidade de interrupção da gravidez ou a permissão da doação de órgãos de pessoas que se encontram com morte encefálica, decorrente de uma aneurisma ou mesmo por conta de um acidente violento, mesmo com total funcionamento dos demais órgãos, observando que em qualquer dessas situações a fator preponderante na hora de decidir se aquele pessoa deve continuar viva, ainda que por poucos minutos, é muito próxima de ideia de interrupção da gestação.

O que fica evidente quando estamos tratando de feto anencefálico, é que esse não terá condições nenhuma vida fora do útero materno, e, portanto o melhor caminho para evitar o sofrimento daquela mãe que não ira ver seu filho crescer, pois como já foi dito não existe vida viável, é optar pela garantia do direito a vida dessa gestante, até mesmo porque, o simples fato de postergar a retirada desse feto, só iria trazer complicações a saúde dessa mãe.

A inicial do acordão da ADPF 54 trouxe itens como, a dignidade da pessoa humana fazendo analogia a tortura; legalidade liberdade e autonomia da vontade; direito a saúde, versando o pleito final sobre técnica da interpretação conforme a Constituição, assentada premissa de que apenas o feto com capacidade potencial de ser pessoa, pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Evocou Nelson Hungria, em comentário ao código penal.

Não está em jugo a vida de outro ser, não podendo o produto da concepção atingir normalmente a vida própria, de modo que as consequências dos atos praticados se resolvem contra a mulher. O feto expulso (para que se caracterize o aborto) deve ser um produto fisiológico e não patológico. Se a gravidez se apresenta como um processo verdadeiramente mórbido, de modo a não permitir sequer uma intervenção cirúrgica que pudesse salvar a vida do feto, não há falar-se em aborto, para cuja existência é necessária a presumida possibilidade de continuação da vida do feto. (página 3 do acordão)

É preciso dar destaque ao voto do Ministro Carlos Ayres Britto, que também se mostrou favorável à interrupção da gravidez de feto anencéfalo, desqualificando com isso a ser criminalização desse ato, pois considerou que levar às últimas consequências esse martírio contra a vontade da mulher seria algo correspondente corresponde a uma tortura ou mesmo um tratamento cruel, afirmando que ninguém pode impor a outrem que se assuma como mártir, pois o martírio é voluntário.

Ayres Britto também defendeu que a gravidez se destina à vida, e não à morte e completou dizendo que é “até lógica” a opção da mulher no sentido de interromper a gestação de um feto encéfalo, pois é preferível arrancar essa plantinha ainda tenra do chão do útero, do que vê-la precipitar no abismo da sepultura, afirmou.

Como percebe-se o Ministro Ayres Brito apelou para sensibilidade e emoção em usar tais palavras, trazendo em seu discurso uma aspecto além do jurídico e muito mais psicológico da questão, ratificando com isso o pensamento da maioria dos Ministros acerca da interrupção da gestação em caso de feto anencefálico.

3 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABORTO

3.1 Definição de aborto

Depois de examinada as noções constitucionais quanto ao direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana, bem como o atual entendimento do STF quanto o aborto de feto anencéfalo, é preciso adentrar no tema deste trabalho, averiguando a definição e os aspectos históricos do aborto. A expressão aborto, derivado do termo em latim abortus, que significa perecer, morrer, vem sendo utilizada para estabelecer a suspensão da gestação previamente há seu tempo final regular, tanto de forma automática ou gerada, tendo ocorrido ou não a retirada do feto devastado (DINIZ, 2009, p. 29). É necessário destacar que a extrusão do fruto do aborto pode vir a demorar ou inclusive deixar de haver se, exemplificativamente, acontecer sua mumificação, com desenvolvimento de litopédio.

Esta expressão latina dá sentido à contenção do nascimento a suspensão espontânea da gestação com a retirada do feto de dentro do organismo materno, possuindo como consequência o extermínio do fruto da concepção, deste modo igualmente definida por Pierandeli (2005, p.109).

Tal definição é empregada para realizar menção ao diverso do orior, ou seja, o diverso do nascimento. Sendo assim, o aborto constitui na descontinuidade do progresso do embrião durante a gestação.

A definição de aborto é dada pelo autor Capez (2011, p.108), da seguinte forma:

Considera-se aborto a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do produto da concepção. Consiste na eliminação da vida intra-uterina. Não faz parte do conceito de aborto, a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno, em virtude de um processo de autólise; ou então pode suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno. A lei não faz distinção entre o óvulo fecundado (3 primeiras semanas de gestação), embrião(3 primeiros meses), ou feto(a partir de 3 meses), pois em qualquer fase da gravidez estará configurado o delito de aborto, quer dizer desde o início da concepção ate o início do parto.

Constitui o aborto no falecimento de um feto no organismo de sua genitora acarretada durante qualquer período da fase que consagrada a partir de sua

fecundação, momento em que há uma junção do espermatozoide com o ovulo, até o período anterior ao nascimento. O vocábulo aborto se assinala pelo falecimento do feto ou embrião, que pode vir a ser automática ou gerada.

Introduzindo uma diferenciação entre o feto e o embrião, Prado (1995, p. 11), visualiza o aborto de forma obstétrica, como sendo “a perda da gravidez antes que o embrião e posterior feto (até 8^o semana diz-se embrião, a partir da 9^o semana, feto) seja potencialmente capazes de vida independente da mãe”.

Este julgamento acima descrito é discordado pelo autor Mirabette (2010, p. 57) que compreende:

Aborto e a interrupção da gravidez, com a interrupção do produto da concepção, e a morte do ovo (até 3 semanas de gestação), embrião (de 3 semanas a 3 meses) o feto (após 3 meses), não implicando necessariamente sua expulsão. O produto da concepção pode ser dissolvido, reabsorvido, pelo organismo da mulher, ou até mumificado, ou pode a gestante morrer antes da expulsão não deixara de haver, no caso, o aborto.

Segundo o julgamento do doutrinador Calmon (1997, p. 99): “Aborto é conceituado como a expulsão ou a extração de toda ou qualquer parte da placenta ou das membranas sem um feto identificável, ou em recém nascido vivo ou morto que pese menos de quinhentas gramas”.

A definição apresentada por Noronha (2000, p. 34) quanto ao aborto é muito simples, tendo em vista que provê de forma correta a circunscrição de esclarecimento, dispõe o autor que “aborto, é a morte do ovo, embrião ou feto”.

Irregularidades, contaminações, choques, questões sentimentais, envenenamento e inúmeras questões podem ser visualizados como exemplo do aborto espontâneo, que é assinalado pela finalização da gravidez em menos de vinte semanas. Já o aborto provocado compreende na suspensão proposital da gravidez, o que em tal situação vincula a existência do intuito, dolo, de suspender a gravidez.

Compreende o aborto no extermínio da vida previamente ao começo do nascimento, seria o tempo que envolve desde a sua concepção, até o começo do parto, que seria a finalização da vida intra-uterina (FAZOLLI, 2010, [n.p.]). Deste modo, é possível dispor que o aborto acontece no momento, por determinada razão, que é finalizada a vida intra-uterina, e que o motivo para esta suspensão não seria o parto do bebê.

Conforme julgamento do Dicionário Acadêmico de Direito (AQUAVIVA, 2001, p. 19):

Aborto. V. abortamento”.

Abortamento. Do latim abortu, abortare: ab = privação+ortus = nascimento, vale dizer, impedir o nascimento. É a interrupção do processo da gestação, resultando na morte do feto. Não se deve confundir abortamento e aborto, pois este é simplesmente, o feto expulso do ventre materno “(...)

O aborto de acordo com o entendimento do doutrinador Jesus (1999, p. 115):

A palavra abortamento tem maior significado técnico que Aborto. Aquela que indica a conduta de abortar, esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo Código Penal nas indicações marginais das disposições incriminadoras.

O aborto no Brasil simboliza um delito contra a vida, já que é iniciada a vida humana na concepção com segurança de direito a esta em cláusula pétrea. Se esta for cerceada o Poder Público possui a obrigação de interferir e penalizar o encargo pela ação delituosa. Sempre insultou o aborto o preceito fundamental do direito à vida, contudo, não são em todas as situações que é visto como um delito, tendo em vista que há situações de excludentes de ilicitude.

O Código Penal Brasileiro em seu dispositivo 128 descreve sobre as excludentes de ilicitude, que seriam: não se penaliza o aborto realizado por médico, se não existe outra forma de proteger a vida da genitora; ou no momento em que o aborto for idealizado por gravidez derivada de estupro. Em ambas as situações o aborto é possibilitado pela norma penal, chamado de aborto necessário.

Conforme se pôde constatar, é inquietante a ausência de definição exclusiva a respeito do aborto, este fato é decorrente em razão no Código Penal a tipicidade escolhe o comportamento, contudo, não o conceitua, demandando deste modo que o legislador procure a definição que da melhor forma se amolde a situação concreta, objetivando sempre amparar a vida, não puramente a gestação, embrião ou feto. É importante ainda recordar que nesta nomeação pela definição mais conveniente, é indispensável a atualização, já que o tempo oferece transformações em toda a coletividade, a cultura, e as tradições do período pode ser visualizado de forma secundária em apreciação, como um exemplo correto dessa indispensabilidade, pode-se dispor sobre a fertilização in vitro, ação que atualmente tornou-se atividade

comum, com limitadas contradições, quando em outros momentos estava discriminada e com sérios problemas sociais e culturais, fato que impedia seu emprego.

3.2 Evolução histórica do Aborto

Para melhor compreensão do tema em estudo, é importante que se realize um exame quanto o ponto de vista sobre o aborto, desde a antiguidade até os dias atuais, realizando um panorama histórico deste acontecimento, para que em seguida se possa visualizar como é visto o aborto atualmente no mundo e no Brasil.

Na antiguidade, existem muitos vestígios descrevendo que a finalização de uma gravidez era obrigada, isto é, a realização do aborto era desempenhada por meio de inúmeros procedimentos, e um dos mais empregados eram as plantas abortivas e ferramentas cortantes, dentre outros. Existem descrições que estas atividades foram desvendadas no sec. XXVIII antes de Cristo (MATIELO, 1996).

Durante a antiguidade, uma pesquisa fora iniciada por Hipócrates a respeito do aborto, e levando em conta sua enorme inquietação com os procedimentos empregados ao direcionamento deste, ação esta que afronta com a promessa dos pesquisadores do campo médico, pela qual até os dias atuais é realizado (DE BARCHIFONTAENE, 1999).

O exercício do aborto dantes não era questão para ser compreendida como um delito, mesmo com a presença de sanções rigorosas. É verificado que em inúmeras nações sempre ocorreu o exercício do aborto, como modo de conter o desenvolvimento da sociedade, já que esta condição era inquietante em certos períodos para diversos pesquisadores.

Registros valoráveis e acatados em períodos antigos, a exemplo do Pentecauto e o Tamulde, não realizam qualquer menção a respeito do aborto. Surge o aborto fora censurado de forma explícita na primeira lauda de um registro cristão do séc. I, denominado de Didaké (ALVES, 1999).

Durante o ano de 1750 fora visualizado um procedimento abortivo que, mesmo que permanecesse matando diversas genitoras, consagrou-se como um grande avanço. Como efeito deste descobrimento de inovado procedimento, que possibilitava o aborto com uma mínima garantia, a recusa ao abortou reduziu e este

até chegou a ser validade em diversos países. Se encontrando ou não validado, no séc. XIX, o aborto tornou-se uma atividade muito corriqueira (BITENCOURT, 2008).

Inúmeros fatos do período passado incentivaram determinadas transformações valoráveis na norma que disciplinava o assunto e que explicaram as distintas causas que embasaram pontos de vista e políticas em relação ao aborto.

Em meio aos costumes dos povos hebreus, o homem que ofendesse uma mulher gestante, tendo como consequência o seu aborto, era multado. A pessoa que realizasse essa ação violenta era compelida a liquidar uma multa ao esposo da mesma, se esta ação direcionasse a morte da mulher era empregado ao causador a pena de morte. Encontra-se estabelecido no versículo 22 e 25, do capítulo XXI, do livro de Êxodo que:

Se alguns homens renhirem, e um deles ferir mulher grávida, e for causa de que aborte, mas ficando ela com vida, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se o desfecho desta situação for à morte dela, dará vida por vida. “Olho por olho, dente por dente, pé por pé. Queimadura por queimadura, ferida por ferida, pisadura por pisadura” (BITENCOURT, 2008, p. 57).

Certos autores asseguram que o texto transcrito acima se encontram dispostos em alguns trechos da Bíblia, e compõem representação estabelecida no Código de Hamurabi, tendo em vista que este, é visualizado como um dos mais remotos regulamentos jurídicos, já estabelecia ressarcimento em situações de aborto provocado, onde a importância alternava-se em consonância com os efeitos acarretados por este. Calculava-se igualmente se a mulher era escrava ou livre, para aquela a importância do ressarcimento era menor restringindo-se a um valor liquidado a seu dono, já se a mulher era livre a importância da indenização era bem mais ampla, onde a restituição do prejuízo poderia inclusive dar-se com o assassinato de um filho da pessoa que ocasionou o aborto (BITENCOURT, 2008).

Em tal período existia um enorme vínculos entre os disciplinamentos de inúmeras nações, já que o imprescindível era a indenização pelo prejuízo acarretado.

O Código de Manu, no antigo Egito, que igualmente era empregado pela Índia, a realização do aborto era visto como uma ação ilegal, e se esta atividade acarretasse no óbito da grávida que fazia parte da hierarquia dos padres, o

encarregado suportaria sanção em nível máximo, que poderia acarretar a sua morte (MATIELO, 1996).

Contudo, o aborto na Pérsia era visto como culpa dos genitores da grávida, e ambos seriam penalizados com óbito indigno. Verifica-se que as normas remotas não prevaleciam penalidades apenas para as gestantes, mais igualmente a aquele que lhe oferecesse auxílio. Contudo, segundo inúmeros autores daquele período, no momento em que a gravidez viesse a acontecer fora do casamento a grávida era direcionada a realizar o aborto (ALVES, 1999).

Pesquisadores antigos, a exemplo de Platão e Aristóteles eram adeptos a realização do aborto, como modo de conter o desenvolvimento da coletividade, e que seria possível a suspensão anteriormente ao embrião auferir sentidos ou vida, não apontando o período correto. No julgamento de Sócrates, poderia o aborto ser legalizado somente pela pura explicação de sua liberdade de opção (DE BARCHIFONTAENE, 1999).

O aborto na época da República Romana era algo corriqueiro em meio as mulheres, tendo em vista que neste período elas se inquietavam muito com sua beleza física, contudo, era visto como uma ação imoral. A realização do aborto obteve uma enorme ampliação, que fora preciso que o legislador o visse como uma ação delituosa, momento em que se sancionou a Lei Cornélia, que possuía a finalidade de sancionar a mulher que cometesse o aborto com pena de morte e aquele que lhe auxiliasse no crime, na situação do óbito da grávida a sanção do terceiro indivíduo poderia vir a ser menos rigorosa (DE BARCHIFONTAENE, 1999).

Surgiu posteriormente o Cristianismo que transformou o julgamento a respeito do aborto, já que em seguida apareceu a confiança de que o ser humano detinha alma, e que esta seria eterna, e que por ser o ser humano imagem e semelhança de Deus, este não possuía a capacidade de retirar a vida de um outro ser humano. Sempre foi desfavorável o Cristianismo a realização do aborto, fato que acarretou imprecisões e debates entre cristãos e filósofos, onde estes se encontram inquietados com seus julgamentos particulares, e não com o entendimento da sociedade. A principal defesa para este julgamento era se o embrião possuiria ou não alma concebida por Deus (ALVES, 1999).

Fora censurado pelo Cristianismo, na época da civilização romana a separação das categoriais sociais, e inseriu o combate a realização do aborto e igualmente a enorme imprecisão a respeito do espírito humano.

Transpondo a etapa de imprecisões, alcançou-se o entendimento de que o embrião teria direito a amparo, tendo em vista que já possuiria direito a vida a partir da junção do gameta masculino com o feminino.

Segundo julgamento de Santo Tomas de Aquino, durante o fim da Idade Média, que aprovada a realização do aborto, fundamentado na definição biológica, que em sua concepção a agitação se realizava para o homem em quarenta dias depois da concepção, e para a mulher em oitenta dias. Depois desta doutrina o aborto começou a ser legalizado, já que o embrião ainda não constituiria um ser humano. Ainda assim, a Igreja Católica não o consentia já que reincidia a ligação entre o sexo e a procriação (BITENCOURT, 2008).

A doutrina no homúnculo apenas foi admitida a partir do séc. XIX, e o aborto foi inesperadamente vedado, ainda que a vida da grávida se encontra-se em perigo oferecia-se primazia ao bebê, tendo em vista ser compreendido que a genitora já havia auferido o batismo, e desta forma poderia chegar ao reino do céu (MATIELO, 1996).

Surgiu na Europa, movimentos feministas, durante o final do séc. XIX e no começo do séc. XX, com êxito na França e na Inglaterra, favoráveis ao aborto argumentando o direito de escolha da mulher. Em países socialistas, a exemplo da Rússia, durante a década de 20, deixou de ser um delito o aborto, fato que interferiu, através do seu regulamento, em outras nações socialistas. Por volta do ano de 1990, a Dinamarca e a Suécia, conseguiram com menor problemática uma legislação a respeito da atividade do aborto, ainda que oferecendo limitações (BITENCOURT, 2008).

As legislações liberais nos países do ocidente ocorreram durante o fim da década de 60, a exemplo da norma inglesa no ano de 1967, onde era enquadrado o aborto em assunto político, democratizando julgamentos, com partidos comunistas, social-democratas e socialistas, sendo a favor do assunto. Diversas foram as manifestações e de enorme valor, que conseguiram alterar o disciplinamento da Itália quanto o aborto, nação onde a Igreja Católica possui sua sede e seu maior representante. O disputado combate político constitui efeito do desenvolvimento das tradições sexuais e dos êxitos em que as mulheres vêm conseguindo desde os anos 60 na coletividade, onde começaram a possuir enorme colaboração e a buscar seus direitos, inserindo nestes o controle perante seu próprio corpo (BITENCOURT, 2008).

3.2.1 O aborto no mundo

As legislações em países mais desenvolvidos são totalmente mais brandas quanto o aborto. Normalmente, as nações que criminalizam o aborto são os que revelam um mínimo progresso social, as mais altas taxas de violência e corrupção e igualmente os maiores índices de desacato às autonomias individuais. Da mesma forma que o aborto é tratado no Burundi, no Paraguai e no Haiti, este acontecimento é tratado no Brasil, sendo estes vistos como as nações mais desprovidas onde residem aproximadamente 26,9% da população mundial (GALEOTTI, 2007). O principal motivo deste acontecimento se encontraria vinculado com o retrocesso cultural, com a ausência de educação sexual, a paternidade responsável e o absoluto desconhecimento quanto aos procedimentos contraceptivos (DWORKIN, 2003). Tem-se o conhecimento que atualmente apenas a ação médica não diminui totalmente o acontecimento da realização do aborto provocado, já que inúmeras questões vinculam neste motivo desde a falta de planejamento familiar, inclusive o direito da mulher de desejar ou não dar continuidade a gravidez. Examinando um ponto de vista amplo a respeito da questão, é igualmente imprescindível verificar de que forma o aborto é visualizado pelas normas em diversos países.

A prática do aborto no Canadá não é restringida pela sua legislação, já que no ano de 1969 a norma possibilitou a realização do aborto em casos de perigo para a grávida, e desde o ano de 1973 a suspensão espontânea da gestação, deixou de ser crime, sendo que este país constitui uma das nações onde se possui maior autonomia para realizar o aborto, sendo esta realizada por um médico com amplo amparo e garantias (GALEOTTI, 2007).

Já no Chile a realização do aborto em qualquer de suas modalidades é vedada, até mesmo com finalidades terapêuticas, não havendo ressalvas legislativas para essa vedação. As regras desfavoráveis ao aborto encontram-se assinaladas em seu Código Penal, sob a titulação de "Crimes e Delitos contra Ordem Pública e Familiar", consagrando-se como um dos disciplinamentos mais rigorosos nesta situação (PRADO, 2011).

No país de Cuba, é consentido até as dez primeiras semanas de gravidez o aborto, este regulamento iniciou-se a partir da Revolução Comunistas, no ano de 1990, sendo que este país é o único país hispânico que possibilita o aborto sem qualquer restrição (GOMES, 2003).

Em relação ao México, as legislações são distintas para todos os seus estados, onde determinados compreendem que a realização do aborto pode ser praticada no momento em que o embrião se encontrar com determinada anomalia ou no momento em que a gravidez derivar de alguma violência, enquanto em outros estados já permitiram o aborto para mulheres carentes, isso se esta possuir até três filhos. Já na própria cidade do México o aborto é liberado até os primeiros meses de gravidez, e nesta situação o aborto deve ser realizado em clínicas com um cuidado especializado e gratuito (GALEOTTI, 2007).

Em grande parcela dos estados dos Estados Unidos da América o aborto é visto como legal, e igualmente para as mulheres que confirmam sua impossibilidade de dar continuidade a gestação por questões econômicas. Já na Alemanha, pode ser realizado por solicitação da grávida o aborto até a 12ª semana de gravidez, e inclusive por saúde mental e possibilidades sociais distintas.

Igualmente como ocorre na Alemanha, na Áustria é possível se realizar o aborto até a 12ª semana de gravidez, por solicitação da gestante, e igualmente se houver risco de vida para esta, ou má formação do bebê, e inclusive para meninas menores de 14 anos. Conforme informações do país, o nível percentual de abortos legais encontra-se reduzindo a cada ano e se conserva estável (GALEOTTI, 2007).

Do mesmo modo como nos países examinados anteriormente, a realização do aborto até a 12ª semana de gravidez é possibilitada na Bélgica, se a mesma apresentar risco de vida ou por motivos financeiros e sociais, depois da 12ª semana apenas é possível o aborto em casos graves de risco a saúde. É também possível realizar aborto até a 12ª semana de gravidez, na Dinamarca, como solicitação da grávida perante o oferecimento de uma solicitação apresentada pelo médico ou centro social, que a direcionará a um hospital, para que realize este procedimento. O aborto após a decima segunda semana de gravidez só é permitida neste país em casos de perigo para a vida da mulher ou de seu filho (GALEOTTI, 2007).

No ano de 1985, fora legalizado o aborto na Espanha, onde é possível a realização deste procedimento até a decima quarta semana de gestação, e até a vigésima segunda semana de gravidez se houver perigo de vida para a mulher ou se for confirmado o mau desenvolvimento do bebê e se assegurada por dois doutores, depois deste tempo necessitará ser apenas com oferecimento de laudo médico, ou ainda se a criança apresentar doença incurável e grave (PRADO, 2011).

É possível se realizar o aborto na França até a 12ª semana em razão de solicitação da gestante, por motivos sociais, financeiros ou pelo simples motivo de não desejar ser mãe, isso porque no ano de 1975 fora legalizado o aborto neste país. Depois deste período, apenas é possível fazer o aborto na situação de má formação do bebê e em caso de perigo a vida da gestante, sendo necessária a apresentação de afirmação de dois doutores. Na situação em que a gestante possua menos que 18 anos de idade é necessária a aquiescência do seu representante legal (PRADO, 2011).

É possível realizar o aborto até a décima semana de gravidez, em Portugal por solicitação da gestante. Conforme dispõe a Lei nº 16, sancionada em 17 de abril de 2007, a mulher temo dever de possuir um tempo de ponderação de três dias, e igualmente possui o direito de acompanhamento de um psicólogo e assistente social durante este tempo, tanto em instituições públicas quanto particulares sendo indispensável o direcionamento para dúvidas e consulta a respeito do planejamento familiar. Nas situações de violência sexual esse período de tempo aumenta para a décima sexta semana até a vigésima quarta, nesta última se houver mau desenvolvimento do bebê, e em qualquer período se existir perigo para a mulher (GALEOTTI, 2007).

Da mesma forma que em Portugal sugere a China um tempo de ponderação, de até três dias para a grávida, este fato ocorre porque segundo informações o aborto neste país é muito maior do que os dados a respeito do nascimento de crianças, de acordo com pesquisas realizadas na China, aproximadamente 47% das mulheres já realizaram um aborto, o que é entendido que 235 mil mulheres realizam abortos por ano. Para que possa realizar o aborto a mulher deve confirmar que passou por um médico anteriormente ao fato e nas situações de menores de 18 anos apenas podem vir a realiza-lo com o consentimento de seus genitores ou responsáveis legais (GALEOTTI, 2007).

3.2.1 O aborto no Brasil

No Brasil, modernamente o aborto é visto como um delito, salvo em dois casos, conforme mencionado previamente, que seriam nas situações de perigo de vida da gravida e estupro. Sempre foram permanentes as tentativas de descriminalização a partir das situações consagradas pelo Código Penal de 190,

sendo que até os dias atuais constitui situação de controvérsias a respeito da questão. Tendo em vista não ser uma questão simples de se versar no país é corriqueira a realização de aborto por adolescentes, já que mais de 1 milhão de abortos são realizados por anos, em sua grande parcela praticados por mulheres negras, adolescentes e de classe média baixa, sendo o principal motivo de mortes de mulheres grávidas (GALEOTTI, 2007).

Em seguida será abordada a dificuldade que envolve a questão e o tema a ser debatido por constituir uma questão com séria imprescindibilidade de ser discutida. Conforme visto previamente a taxa de moralidade de mães e de aborto é muito menor nos países desenvolvidos, em comparação com os países onde o aborto é considerado como um crime, sendo desta forma preciso um cuidado maior quanto a questão e, por conseguinte, as legislações.

Conforme informações apresentadas pelo Ministério da Saúde contribui o aborto com 16% da taxa de mortalidade de mães no Brasil, sendo o quarto motivo de óbito de mulheres, acarretando 3,5 falecimentos de mulheres para cada 100 mil crianças nascidas vivas. No ano de 2009, foram desempenhadas 183,7 mil curetagens no Sistema Único de Saúde, técnica desempenhada depois do aborto provocado ou espontâneo para purificar o útero da mulher. Em meio as causas estabelecidas na legislação foram desempenhados 1.855 abortos. A situação do aborto no Brasil no ano de 2010, fora pela primeira vez pesquisada, sendo empregada a coleta direta de informações, pelo PNA – Pesquisa Nacional do Aborto, estudo este realizado pela Universidade Brasília e pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero (ANIS), onde fora verificada que uma a cada sete mulheres brasileiras, com faixa etária entre 18 e 39 anos já praticou um aborto. Aproximadamente 81% destas mulheres possuem alguma religião, e cerca de 65% são matrimoniadas e 82% são genitoras. Calcula-se que 5,2 milhões de mulheres já se sujeitaram a certo tipo de aborto, e não havia probabilidade de ter conhecimento se a criança era anencéfalo ou não (GOMES, 2003).

No ordenamento jurídico pátrio o aborto é considerado como um delito, e encontra-se previsto no Código Penal, em seus artigos 124, 125, 126, 127 e 128, inc. I e II. Onde encontra-se expressamente vedado a realização do aborto com determinação de pena que vai de 1 a 3 anos de prisão para a grávida e de 1 a 4 anos para o médico ou a qualquer indivíduo que desempenha a extrusão do bebê. Agora passamos a verificar de que forma a legislação pátria versa sobre este fato.

O Código Penal, em seu dispositivo 124 assinala o delito de auto-aborto, que seria o momento em que a própria grávida realiza o comportamento, e o aborto consentido, que constitui a situação onde a grávida admite que a ação seja realizada por outra pessoa. Em ambas as situações a punição sempre enquadra a grávida.

O amparo jurídico possui a finalidade de amparar o direito a vida do feto, sendo assim ampara o bem protegido que seria a vida intra-uterina de modo que, protege-se o direito do feto nascer com vida. Constitui o aborto, conforme visualizado previamente, na suspensão da gestação com o aniquilamento do fruto da concepção e, a vida, no significado jurídico, começa-se a partir da sua concepção (CAPEZ, 2011).

Em tal situação a grávida possui a função de sujeito ativo na ação do aborto, tendo em vista que se trata da pessoa que poder realizar o crime. Já o sujeito passivo, que seria a vítima nessa situação é o bebê, sendo o mesmo visto em qualquer momento de sua formação, e existe um outro sujeito passivo que seria o Poder Público, que possui a obrigação de amparar o direito a vida. Contudo, certos autores compreendem que o sujeito passivo deste delito seria a sociedade.

Existe igualmente o componente subjetivo, que seria o desejo de realizar o crime, com a finalidade de suspender o nascimento com vida, podendo ser quando há um intuito de matar, dolo indireto, ou no momento em que a grávida adota o perigo quanto o aborto, o dolo eventual. Pode ser empregado qualquer forma competente para conseguir o aborto, a exemplo de ervas, objetos cortantes, dentre outros (CAPEZ, 2011).

Necessitará ser confirmada por meio de perícia a condição fisiológica da gestação, para confirmar que fora finalizado o aborto.

Quanto ao aborto provocado sem a aquiescência da grávida, este acontece no momento em que a grávida consome alguma substância abortiva sem possuir a noção do que esta consumindo. Não se assinala o aborto não consentido, da mesma forma que o auto-aborto, já que neste a grávida possui consciência da ação ilegal, o que não ocorre no primeiro, já que a grávida encontra-se sendo iludida (CAPEZ, 2011).

O Código Penal, em seu dispositivo 127, dispõe sobre a forma qualificada do aborto, determinando que:

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.

Já o dispositivo 128 do CP, encontram-se estabelecidas as situações onde o aborto não é penalizado no momento em que é realizado por médico, que seria no momento em que for preciso socorrer a vida da grávida, ou no momento em que a gestação derivar de uma violência sexual.

Passar-se-á agora para o exame do aborto em feto anencéfalo no Brasil. Compreende a anencefalia na carência parcial ou total do encéfalo e da caixa craniana. O médico geneticista e professor da USP – Universidade de São Paulo Thomaz Gollop, na 63ª SBPC – Reunião Anual da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, que ocorreu em julho de 2011, em Goiânia, dispôs que não há a probabilidade de vida para os fetos em tal circunstância, já que de acordo com o doutor: “Aproximadamente 75% dos fetos anencéfalos morrem dentro do útero. Dos 25% que chegam a nascer, todos têm sobrevida vegetativa que cessa, na maioria dos casos, em 24 horas, e os demais nas primeiras semanas de sobrevida” (GOMES, 2003).

No país o julgamento para ser liberado o aborto em tais situações, vem sendo debatida em cada caso concreto pela justiça, onde em grande parte destes a justiça vem deliberando pela suspensão da gestação. Este assunto vem contornando a legislação pátria desde o ano de 1989, período em que aconteceu a primeira deliberação na justiça liberando o desempenho desta técnica, acontecido em Rondônia.

É de grande valor destacar que a suspensão da gestação do feto anencefálico, necessita constituir uma deliberação livre e autônoma da grávida, compete a mulher decidir sobre esta valorável questão. Se a mulher optar por conservar a gravidez necessitará possuir todos os direitos de realiza-lo e o Poder Público necessita atuar na direção de apresentar-se todo o apoio indispensável para a permanência da gestação, a ação de escolher, portanto, necessita ser pessoalíssima a mulher.

Aqueles que são favoráveis ao aborto em tais casos normalmente se empregam de três justificativas para o amparo de sua argumentação, que seria que este ato não constitui propriamente um aborto, sendo assim, não deveria ser

penalizada pelo Código Penal, tendo em vista que para consistir um aborto necessita-se ao menos ter potencialmente uma vida, fato que não acontece de acordo com a vertente. Como segunda justificativa, compreende que ainda que seja visto como um aborto, este deveria ser de menor potencialidade se for comparado com os modernamente possibilitados pela norma penal, tendo em vista que os permitidos, perigo de vida a gestante e em situações de estupro, detém a potencialidade de vida, e são possibilitados pela legislação. E por último, e com enorme recurso humanitário, é possível ressaltar a consagração de um preceito constitucional, examinado previamente neste estudo, que seria a dignidade da pessoa humana em relação à grávida, as dores psicológicas e físicas que a grávida se sujeita ao dar continuidade à gestação em tais casos, não se explica (CAPEZ, 2011).

Diversos a este julgamento certos doutrinadores compreendem que ainda que seja mínima a vida do bebê, o feto oferece probabilidade de vida sim, e ainda mencionam como defesa da criança, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que igualmente necessita possuir seus direitos conservados, ainda que a mínima perspectiva de vida (CAPEZ, 2011).

Como se pode perceber através da análise histórica e atual do aborto no Brasil e no mundo, em alguns países essa prática é consentida em determinados casos como no Brasil, mas em outros liberada por escolha da gestante, mas grande parte destes em razão do risco de vida que pode apresentar a gestação a mãe. Passa-se agora para o exame dos tipos de abortos consagrados pelo ordenamento jurídico pátrio, para que em seguida possa-se analisar a divergência entre os direitos fundamentais, do direito a vida do feto anencefálico, e a livre escolha da genitora em continuar ou não com sua gestação.

4 ESPÉCIES DE ABORTO

4.1 Espécies de Aborto Criminoso

Conforme visualizado no ordenamento jurídico brasileiro, propriamente no Direito Penal, é considerado o aborto como crime doloso, sendo preciso para sua caracterização que o atuante deseje a consequência ou adote o perigo para produzi-lo, de acordo com Mirabete (2011, p. 95): "Não há crime de aborto culposo, e assim, a imprudência da mulher grávida que causa a interrupção da gravidez não é conduta punível", sendo possível que sua conduta seja vista como apática penal. Sendo assim, importante visualizar as espécies de aborto consagradas pela doutrina e pela jurisprudência pátria.

4.1.1 Auto aborto

Dispõe o Código Penal, em seu art. 124 que: "Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem o provoque: Pena – detenção de 1 a 3 anos".

O auto aborto funciona quando a própria gestante é o sujeito ativo da prática do crime, ou seja, a gestante se utiliza de métodos que venham a provocar o aborto, assim como fica estabelecido na 1ª parte do presente artigo, Já com relação a 2ª parte deste mesmo artigo a conduta é imputada também a um terceiro que pratica tal conduta abortiva com o consentimento da gestante. Assim exemplifica o renomado autor e penalista Edgar Magalhães Noronha (1994, p. 66):

No aborto consentido é outrem quem o executa, porém com a aquiescência da mulher. A atuação não é secundária, ela não fica inerte, mas coopera, consentindo nas práticas abortivas, isto é, sujeitando-se a estas com movimentos corpóreos (ao menos, pondo-se em posição obstétrica): não omite, age.

Essa espécie de aborto trata-se de crime especial, ou crime de mão própria só podendo ser praticado pela própria gestante, nesse sentido dúvidas surgem com relação a possibilidade de concurso de agentes nos casos de auto aborto e aborto consentido, então a interpretação de que esse crime pode dar-se ainda que por concurso moral de terceiros, nos casos em que este incita a prática do aborto, oferecendo ferramentas para que a gestante possa praticá-lo, propiciando de uma

forma ou de outra o resultado pretendido, mesmo que não participe diretamente da ação.

Dessa forma fica claro que o participe somente responderia pelo crime previsto no art. 126, quando pratica-se atos executórios, criando situações com a perspectiva de por fim a vida daquele feto.

4.1.2 Aborto com Consentimento da gestante

Nessa espécie de aborto há total anuência da gestante, ou seja, essa permite que terceiros, pratique o procedimento de retirada do feto, sem que apresente qualquer tipo de resistência, dando liberdade para que esse terceiro execute a ação.

Dessa forma não é possível afastar da gestante a conduta dolosa, tendo em vista que aquele ato foi previamente orquestrado pela gestante, declarando ao terceiro sobre a sua intenção em retirar aquele feto que por uma circunstância ou outra fez como que não se sentisse a vontade em prosseguir com aquela gravidez.

A gestante é incriminada por consentir que outrem lhe provoque o aborto, mesmo que não realize tal ato em si mesmo, mas consente que o agente o realize, respondendo este pelo crime previsto no artigo 126, resultando em pena mais severa.

Artigo 126. Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

Parágrafo único- Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

No aborto consentido tanto a gestante quanto terceiro concorrem para esse crime, mas deve ficar claro que o terceiro não será considerado coautor, pois, é a exceção à teoria monística como prevê Bitencourt (2012, p. 166), ao dispor que: “Enfim, o aborto consentido não admite coautoria entre o terceiro e a gestante, constituindo uma das exceções à teoria monística da ação, que é a consagrada pelo nosso código penal”.

O artigo 126 é uma exceção à teoria monística, abordada pelo código penal, quando do estudo do concurso de pessoas conforme ensinamento do professor Fragozo (1981, p. 41), compreendendo que:

No aborto praticado com o consentimento da gestante, há duplo crime: o daquele que praticou o aborto e o da gestante que consente em que outrem lhe provoque. Há, aqui, todavia, excepcionalmente, uma exceção a regra do art. 29 do código penal, porque, embora haja um concurso na mesma ação delituosa, os agentes praticam crimes autônomos. A mulher que consente incidirá nas mesmas penas do auto-aborto (cf, art.124,2ª parte). Quem provoca o aborto com consentimento da gestante pratica o crime do artigo 126, sendo a pena de reclusão de um a quatro anos.

Segundo a melhor doutrina não deve existir distinção entre autor e partícipe, instigação e culpabilidade, observando que ambos concorrerão para a prática do crime bem como não há o porque tornar menos relevante a conduta do terceiro pelo simples fato de ter instigado a prática do ato, tendo em vista que o mesmo foi plenamente consentido, como também a valoração de culpabilidade sendo que a gestante e o terceiro agirão dolosamente para o resultado pretendido, mesmo que o crime tenha sido praticado por diversas pessoas todos concorrerão em igualdade de condições.

No que se diz respeito à consumação pouca importa se aquele feto morre dentro do ventre da mãe ou fora dele, mas em decorrência da ação praticada, logo a materialidade do aborto pressupõe a existência de um feto que antes estava vivo, consequência de uma gravidez em curso que em seguida foi suprimida pela vontade de uma ou ambas as partes.

Aborto com consentimento, ou aborto consensual (art. 126), constitui exceção a teoria monística adotada pelo nosso código. Quem provocar aborto com consentimento da gestante não será coautor do crime capitulado no art. 124, a despeito do preceito do art. 29 do CP, mas responderá pelo delito previsto no art. 126 (BITENCOURT, 2012, p. 16).

A legitimidade para a aquiescência da gestante apenas haverá se esta possuir competência para aquiescer, não se referindo a capacidade civil, tendo em vista que a norma penal encontra-se mais direcionada a verdade que para a celeridade das regras civilistas, levando em consideração o desejo verdadeiro da grávida desde que legalmente importante.

4.1.3 Aborto sem consentimento da gestante

Aqui trata-se de espécie de aborto que pode ser praticado de diversas formas por terceiros interrompendo a gestação, nesse caso específico a parturiente não

poderá ser responsabilizada penalmente tendo em vista que não concorreu para o resultado morte do feto ou embrião, o fato típico que deu ensejo a eliminação dessa vida tem total e exclusiva participação do terceiro.

Parte da doutrina esclarece que o aborto sem consentimento da gestante é tido também como aborto sofrido e recebe punições mais grave, como também a classificação em, tipo penal consentimento real ou ausência de consentimento presumido, definida como uma espécie negativa do tipo.

O elemento subjetivo do tipo em questão é o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de interromper a gestação, pondo fim a uma expectativa real de vida viável, ou assumindo o risco de produzir o resultado morte, não importando para definição do tipo penal o constrangimento imposto na ação como dispõe Bitencourt (2012, p. 168), a saber:

O agente que provoca aborto sem consentimento da gestante não responde pelo crime de constrangimento ilegal, uma vez que esse constrangimento integra a definição desse crime de aborto, cuja sanção é consideravelmente superior em razão exatamente dessa contrariedade da gestante.

Em outro aspecto jurídico Edgar Magalhaes Noronha (1994, p. 66) definiu que:

No aborto consentido é outrem quem executa, porém com a aquiescência da mulher. A atuação desta não é secundária, ela não fica inerte, mas coopera, consentindo nas práticas abortivas, isto é, sujeitando-se a estas como movimentos corpóreos (ao menos, pondo-se em posição obstétrica): não omite, age.

É necessário que o feto esteja vivo ao tempo da ação para que fique comprovado o tipo penal apresentando, pois se ao tempo da conduta comissiva este já está morto restará descaracterizado o crime de aborto por absoluta impropriedade do objeto, respondendo o agente apenas pelas lesões corporais praticadas a gestante e a depender do caso, até mesmo tentativa de homicídio, observado não estar mais presente a vida do feto a qual levaria a definição de aborto.

De acordo com o que referenda o renomado autor de direito penal Julio Fabbrini Mirabete (2011, p. 61):

Presume-se não haver o consentimento da gestante, aplicando-se o dispositivo em estudo, quando 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 (artigo 126, parágrafo único). A menor de 14 anos, presume-se, tem desenvolvimento mental incompleto, não podendo consentir validamente.

Esse entendimento é analisado sobre o aspecto da incapacidade da gestante, tendo em vista que se encontrando em condições que a impossibilitam de tomar nenhum tipo de decisão, justamente pela ausência de capacidade, seja ela mental ou civil, gerando como isso efeitos muito mais severos para aquele terceiro que pratica o aborto.

4.1.4 Aborto Qualificado

O aborto qualificado conforme dispõe o art. 127 do código penal, contem as formas qualificadas pelo seu resultado, assim em aspectos mais relevantes as penas 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.

Torna-se evidente que o resultado mais grave como o exemplo da lesão corporal grave ou morte são condições que se exige uma punibilidade maior, não sendo esse fato previsto pelo agente, pois em caso contrario deverá responder por crime de lesões corporais ou homicídio, em concurso com o crime de aborto, e com relação aos meios empregados para provocá-lo, responderá o agente pela tentativa de aborto qualificado quando não se consumar a morte do feto, embora ocorra lesão grave ou morte da gestante.

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.

Devemos observar que não ocorrerá a qualificadora se a lesão de natureza grave for necessária a realização do aborto, sendo consequência de tal procedimento como é o caso da lesão no útero, e respondendo apenas pelo aborto em consequência da lesão considerada leve, conforme preceitua Damásio de Jesus (2005, p. 127): “Se em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza leve, o sujeito só responde pelo aborto, na típica qualificada do art. 127”.

4.1.5 Aborto Sócio Econômico

O aborto social tem como consequência interrupção da gestação por motivos econômicos ou sociais, não encontrando base a justificar tal prática, pois o Estado não poderia por em risco a existência de uma vida por motivos dessa natureza.

Consentir na interrupção de uma gestação por alegação de falta de recursos suficientes a subsistência da mãe é um sinal de insensibilidade e desvalorização da vida, atestando de forma incontestável a falta de coragem em afirmar que tais problemas podem ter alternativas que possibilitem a mãe a tomar outra medida.

A questão social não pode por sua vez, se tornar um alibi para a prática do aborto, podendo-se imaginar se quer ao realizar o aborto nessas circunstâncias estaríamos livres das críticas da sociedade.

A prática do aborto delituoso encontra raízes em fenômenos psicológicos e morais, partindo do ponto de vista que é plenamente constrangedor expulsa de dentro do útero materno algo que mais tarde teria uma completa capacidade de exercer atividades normais, se comunicar, interagir como quaisquer uns de nós, além do aspecto moral que tem alcançado cada vez mais criticam a esse respeito.

Por mais diversos que sejam os motivos, a prática do aborto social é a que mais tem repercutido negativamente do ponto de vista ético e moral, tendo em vista a inversão de valores que existe nessa questão, pois aqui é reforçada a ideia que a manutenção material por mínima que seja ou alimentar por mais que seja imprescindível a vida esta sendo substituída pela vida em si.

Permitir a morte de um ser humano por motivo de falta de recursos suficientes para a manutenção, é um triste sinal de insensibilidade e desvalorização da vida, sendo essa forma um estado insofismável da falta de coragem em afirmar que tais problemas podem ser resolvidos como medidas de ordem social que deem a mulher condições de criar seus filhos (FRANÇA, 2011, p. 312).

Segundo Mirabete (2011, p. 65): “Pune-se, inquestionavelmente, o aborto social (ou econômico), realizado para impedir que se agrave a situação de penúria ou miséria da gestante”.

4.1.6 Aborto Honoris Causa

Uma das causas mais frequentes do aborto criminoso é, indiscutivelmente, a proteção da honra e da reputação ante as mais diversas consequências familiares e sociais.

Os defensores do privilégio da atenuação penal no aborto por motivo de honra afirmam que a mulher, ao ocultar uma gravidez ilícita, apodera-se de uma cruel tortura na tentativa de salvar sua reputação, vindo com isso por fim ao ciclo gestacional, observando-se que nessa forma de aborto a mulher coloca-se na difícil situação de manter a honra e preservar esse filho.

A esse respeito exemplifica Mirabete (2011, p. 63):

Decidiu-se pela existência do estado de necessidade no aborto praticado por moça solteira, que engravidara, sob a alegação de que, sendo admitidos os meios anticoncepcionais, não se compreende que o aborto também não o seja pelo menos nos primeiros dias da concepção, antes que o feto manifeste vida. O argumento, que se justifica de lege ferenda, não se mantém diante da lei vigente, que não cogita do aborto honoris causa.

Segundo Genival Veloso de França (2011, p. 313):

No entanto, se alguém responsável por uma gravidez que se rotulou como ilegítima provoca ou induz ao abortamento, beneficia-se com a generosidade de uma pena branda. Simplesmente, porque se passou a entender que ele oculta a desonra da mulher. Isso é a toda prova um contrassenso.

Esse tema tem gerado várias discussões ao passo que a permissão para interrupção da gestação por motivo de desonra geraria a banalização do aborto, algo intolerável, pois estamos tratando de vida humana que deve ser respeitada, pois além de ser uma garantia constitucional, torna-se uma conduta moral e ética pautada nos bons costumes aos quais devemos seguir para que se mantenha uma sociedade mais justa e fraterna, começando com o respeito a esse direito fundamental que a vida.

4.1.7 Aborto Eugênico

O critério chamado eugênico, que visa a intervenção em fetos defeituosos ou com possibilidades de o serem, não está isento de pena pelo nosso diploma legal,

dessa forma ninguém poderá negar o direito de uma criança nascer saudável e perfeita, todavia isso não nos autoriza a retirar seres deficientes o direito a vida, pois a vida de um deficiente necessita antes de tudo de proteção e amparo.

Atualmente, vem-se insistindo na interrupção da gravidez até a 24ª semana, por indicação médica, nas gestantes cujo produto da concepção seja portador de condições capazes de determinar alteração patológica incompatível com a plenitude de vida e sua integração na sociedade.

Esse argumento pretende justificar o direito de abortar quando uma mulher apresenta má formação no desenvolvimento normal do feto, mas que não dá direito para que realize essa prática, tendo em vista que dessa forma estaríamos menosprezando todas as crianças que apresentem qualquer tipo de deficiência o que é totalmente errado, pois essas crianças têm total chance de sobrevivência mesmo que portadoras de anomalia.

Há, entretanto, uma tendência a descriminalização do aborto eugênico em hipóteses específicas, como o argumento que não se deve impedir o aborto em caso de grande anomalia do feto, que o incompatibiliza com a vida, de modo definitivo.

Com relação a esse aspecto dispõe Mirabete (2011, p. 65):

A inviabilidade da vida extrauterina do feto e os efeitos psicológicos da a gestante justificam de tal posição, observando que a possibilidade de aborto terapêutico e o reconhecimento em casos de excludente de culpabilidade e de ilegitimidade de conduta diversa.

De acordo com renomado autor Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 642), orienta sobre o seguinte aspecto:

Creemos ser razoável a invocação da tese de ser inexigível a mulher carregar por meses um ser que, logo ao nascer, perecerá. Mas não se pode dar margem a abusos, estendendo o conceito de anomalia para abranger fetos que irão constituir seres humanos defeituosos ou até monstruosos. Afinal, nessa situação, o direito não autoriza o aborto.

Conforme preceitua a doutrina, já é uma tendência, caminharmos para total descriminalização da interrupção da gestação quando aquele feto é diagnosticado com alguma espécie de má formação congênita, no sentido que evitará consequências a possível mecanização da vida como ocorre nós em casos que essas crianças ficam dependentes de aparelhos para respirar e até mesmo se alimentar, analisando que é muito raro se identificar o grau de deformação dessa criança, a melhor alternativa

seria evitar seu nascimento quanto antes possível, pois o prolongamento da gestação só traria prejuízos psíquicos a mãe.

4.2 Espécies de Aborto não criminoso

4.2.1 Aborto legal

O artigo 128 prevê casos de aborto legal, quando ocorrem circunstâncias que tornam lícita essa prática, dessa forma 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, ressaltando os tipos doenças que podem provar a morte do feto como o exemplo de anemias profundas, diabetes, cardiopatias, tuberculoses pulmonar, câncer uterino e má formação da mulher, nessa esteira fica permitida a pratica de tal procedimento, como dispõe o código penal.

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.

Segundo leciona Mirabete (2011, p. 63):

O aborto terapêutico provém ou da deficiência de conhecimento médico, ou da não observância dos principio do pré-natal. Num país como o Brasil, todavia, em que as condições de saúde e higiene, especialmente em lugares distantes, não é descabida a justificativa legal.

No que se diz respeito ao estupro o médico deve valer-se dos meios a sua disposição para comprovação do fato ou atentado violento ao pudor orientando-se através de inquérito policial, processo criminal, peças de informação, e se não for possível a comprovação por algum desses meios, ele mesmo deverá certifica-se da ocorrência do crime sexual.

Nesse sentido Damásio de Jesus (2005, p. 129) levanta tal questionamento:

Este delito pode ser cometida por intermédio de violência física ou presumida, esta descrita nas alíneas do art. 224. Ora, se existem dois meios de realização do estupro, e o código penal, na norma permissiva do aborto, fala apenas em estupro, sem distinguir, é porque pretende que em todos os casos de existência do delito, seja a violência ficta ou real, não respondendo o médico pela provocação do fato.

Como se pode perceber são estas as únicas possibilidades de aborto legal, isto é, aquele liberado pela legislação pátria e que pode ser realizada. Na situação do aborto terapêutico, necessário ou profilático grande parcela dos autores leva em consideração a explicação do estado de necessidade, isto é, o conflito em meio a vida da grávida e a do feto, os dois amparados legalmente, um necessita priorizar em perda do outro, optando a norma penal pela vida da grávida em desfavor do feto.

4.2.2 Aborto Natural ou acidental

Aqui acontece o aborto de forma espontânea quando o próprio organismo materno expulsa o produto da concepção, essa espécie de aborto é decorrência de problemas de saúde que vieram junto com a gestação ou que já preexistiam a gravidez, como também podem ser acidental, em caso de queda, atropelamento, bem como qualquer fato ocorrido sem a participação dolosa de quem quer que seja, e que venha a provocar a interrupção dessa gestação.

Um aborto espontâneo é o término de uma gravidez devido ao parto prematuro de um feto antes da vigésima semana de gravidez, um ponto no qual o feto não é desenvolvido o suficiente para sobreviver fora do útero, dessa forma o aborto espontâneo é o termo médico nesse caso, mas após a vigésima semana de gravidez é chamado de parto prematuro ou, se o feto nascer morto, um natimorto. A maioria dos abortos espontâneos, entretanto, ocorre dentro das primeiras 14 semanas de gravidez. Conforme comentário do Médico Dráuzio Varela:

De certo modo, parece haver uma espécie de seleção natural associada ao abortamento espontâneo, especialmente se ocorreu até a oitava semana da gravidez. Em torno de 60% dos casos, os embriões apresentavam alguma malformação ou alteração genética e foram eliminados naturalmente.

Percebe-se com isso que o aborto natural ou espontâneo produz seus efeitos independente a participação direta da mãe ou de terceiros, e sim por circunstâncias alheias a vontade de ambos, mas que por consequência dessa ação ou omissão proporciona o resultado morte daquele feto ou embrião.

4.2.3 Aborto Terapêutico ou necessário

Este tipo de aborto se dá quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante, a uma sobreposição de interesses com relação a vida, pois, essa situação revela que será retirada uma vida para que garanta o direito de outra, partindo dessa premissa entende-se que a pessoa geradora daquele embrião já existia e que já tinha acumulado expectativas que vinham a se desenvolver, bem como a influência afetiva presente por longa data, não sendo justo fazer perecer interesses já alcançados, seja do ponto de vista humanístico, material ou afetivo, em detrimento daquela que ainda virá por surgir, tornando-se evidente que os reflexos de uma escolha nesse nível torna-se totalmente desproporcional a uma coerente avaliação legal e até mesmo filosófica da importância ao direito a uma vida viável.

É necessário perceber a importância de garantir a vida de uma gestante diante de situações que por vezes torna-se impossível salvar o feto, nesse caso quando verificado o perigo de vida iminente, deverá ser feita a retirada do feto sem que para isso seja necessário a anuência da parturiente, trata-se de garantir o direito a vida da gestante, podendo qualquer pessoa realizar o aborto desde que seja impossível a presença do médico, restando evidente que a intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos arts. 128, I, do CP, referente ao aborto necessário, e 24 que guarda relação com o estado de necessidade, como bem exemplifica o autor Bitencourt (2012, p. 172):

Nessa linha de orientação, sustentamos que o aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica está autorizada pelo disposto nos art. 128, I, (aborto necessário), 24 (estado de necessidade) e 146, §3º (intervenção médico-cirúrgica justificada por iminente perigo de vida).

Esse tipo de aborto deve pautar-se pela inexigibilidade de conduta diversa, ou seja, só deve ser adotada a prática abortiva nos casos onde não resta outra alternativa para manter a vida da gestante, sendo dessa forma uma medida extraordinária em que uma terceira pessoa ou mesmo a própria gestante poderá optar por realizar o aborto por se encontrar em estado de necessidade, restando caracterizado a sobreposição de um bem tutelado em detrimento de outro.

Nesse sentido entendo que o iminente risco de vida da gestante deve ser fator relevante para determinada conduta abortiva, pois não seria prudente cruzar os

braços diante dessa situação, já que a vida de uma pessoa está em jogo, mesmo que exista potencial evolução de embrião dentro do útero materno.

O estado de necessidade de terceiro que transfere ao médico o direito de praticar o aborto terapêutico deve ser aludido quando a gestante apresentar iminente risco de vida, este perigo esteja sob a dependência direta da gravidez, e que a interrupção da gravidez faça cessar esse risco para gestante, sendo esse procedimento o único meio capaz de eliminar esse risco.

A liceidade do aborto terapêutico em determinadas condições independe do consentimento da gestante ou de terceiros, pois essa prática pode estar circunstanciada de tal gravidade que a lei já ampara plenamente e a medicina conceitua como indispensável intervenção cirúrgica.

4.2.4 Aborto Humanitário ou sentimental

O aborto sentimental é autorizado quando a gravidez é decorrência do crime de estupro e a gestante por sua vez autoriza a realização do procedimento abortivo, assim devemos observar o lado psicológico em que a gestante se encontra por ter sofrido esse tipo de violência, pois seria muito difícil ter que conviver com a ideia que aquele filho foi fruto de uma situação traumática que levaria uma constante lembrança aquele fato ocorrido, fazendo com que a mulher vive-se em constante perturbação psicológica e isso não seria bom para sua saúde.

Fazendo uma rápida comparação com o aborto necessário onde a gestante está na iminência de morrer por conta de complicações de percurso na gravidez, gerando prejuízos a sua saúde, no estupro também levaria implicações em sua saúde, tendo em vista que mesmo não sendo um risco emergencial, mas que essa mulher carregaria para o resto da vida os danos psicológicos daquele momento.

Nesse caso para que seja possível a realização desse aborto deve ser observado alguns requisitos como gravidez resultante de estupro e que tenha prévio consentimento da gestante para ser realizado esse aborto, sendo que quando esta for incapaz deverá ter a autorização de seu representante legal, de modo a não deixar dúvidas que aquele procedimento deve ser adotado por conta de consequências já mencionadas no texto, mas que para isso deverá ser realizado na presença de testemunhas idôneas, bem como a garantia daquele médico que irá verificar os riscos decorrentes de aborto.

É bom que fique claro que a prova do crime de estupro possa ser produzida por todos os meios em direito admissíveis, sendo por sua vez desnecessário a autorização judicial, sentença condenatória ou processo criminal contra o autor do crime, em consequência o médico deve observar se o paciente realmente preenche as exigências previstas para dar início ao aborto.

Dessa forma é preciso guarda reserva sobre o que é passado pela gestante, de forma a definir a responsabilização pelo ato cometido na forma como suscita Bitencourt (2012, p. 174):

Acautelando-se sobre a veracidade da alegação, somente a gestante responderá criminalmente (art. 124, 2^o figura) se for comprovada a falsidade da afirmação. A boa fé do médico caracteriza erro de tipo, excluindo o dolo, e, por consequência, afasta a tipicidade.

Esse tipo de aborto também é chamado por alguns de piedoso ou moral, tendo essa definição por ser proveniente de estupro, essa questão surgiu quando alguns países da Europa, na primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentadas pelos invasores, nascendo como isso um movimento patriótico que repercutiu em todo o mundo contra essa forma de maternidade de forma intransigente e violenta, observando que não era justo que aquelas mulheres trouxessem no ventre um fruto de um ato indesejado.

Assim, a partir de então, grande parte das legislações mundiais, passou a permitir que a mulher gestante, que tenha sido violentada sexualmente, realize o aborto, entendendo não ser tolerável que uma pessoa viesse a ter um filho que não fosse fruto de uma relação sexual consentida.

É nesse sentido que passou a ser defendido o estado de necessidade contra os reflexos decorrentes de uma imensurável dano a pessoa. Levando em consideração a interpretação do nosso legislador, concentrou este unicamente em noções de ordem ética e emocional, evitando consequentemente o constrangimento e a revolta das mulheres que sofreram esse tipo de abuso, trazendo no filho a imagem de uma ofensa e de humilhação que com certeza lhe traria por tabela outras consequências de ordem psicológica.

Para alguns, mesmo com tal argumento, essa forma de aborto é muito difícil de ser justificada juridicamente, pois seria garantia ao médico o direito de atentar contra uma vida, conforme dispõe França (2011, p. 310): “Se não aceitamos, por

tradição e por índole, a pena de morte de um criminoso, por mais que cruel e hediondo que seja o crime, como iríamos permitir a morte de um ser inocente?”.

Nessa esteira toda a sociedade bem como a definição legal trazida no direito assenta-se no respeito à vida, sendo está inviolável, devendo ser preservada desde a fecundação até o momento do parto.

Firmando-se então em autorização legal prevista no art. 128, II, está autorizado o aborto sentimental, ético ou humanitário como queiram chamar, em caos onde a gravidez é resultado de estupro, estendendo-se também aos caos de estado de necessidade ou causa de não exigibilidade.

Antes da vigência da Lei nº 12.015, de 7-8-2009, tratando-se de estupro com violência presumida, nos termos do revogado art. 224, bastava para ter como configurado o aborto sentimental a prova de causa legal a exemplo da menoridade, alienação mental dentre outras, diferente da nova interpretação como leciona Mirabetti (2011, p. 64), a saber:

É suficiente, assim, para a caracterização de o aborto sentimental nessa hipótese, que se comprove que a vítima do estupro é menor de 14 anos. A mesma lei passou a prevê a gravidez resultante de crimes sexuais como causa de aumento de pena, nos termos do artigo 134-A, III.

Ainda que não se encontre previsto na legislação, tanto a doutrina quanto a jurisprudência assegura que além de estupro igualmente é admitida a gestação derivada de atentado violento ao pudor. Possui-se como explicação para esta espécie de aborto, o direito da mulher de não restar compelida a criar uma criança de um produto derivado de uma ação agressiva e não almejado.

4.2.5 Aborto de anencéfalo.

No caso de gestação de feto anencéfalo é facultado a gestante decidir se mantém ou não aquele feto, pois como afirmado pela comissão nacional dos trabalhadores em saúde (CNTS) esta não teria chance nenhuma de sobrevivência, observando que em 100% dos caos a criança morre nos primeiros segundos após a mãe dar a luz, ou seja, essa mãe instrumentaliza seu corpo para manter um projeto de vida não viável como bem defendeu na ADPF 54 o hoje Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso.

Nesse sentido deve ser levada em consideração que a gravidez encefálica é potencialmente perigosa, apresentando sérios riscos a saúde da gestante, além dos graves efeitos psicológicos com consequências, observando que, mesmo que mãe decida manter essa gestação até o final, poderia com isso sofrer certas complicações no curso da gravidez além de estar ciente da ausência de expectativa como relação a potencial chance de vida do feto, analisando todo diagnóstico clínico sobre essa má deformação congênita que não deixa dúvidas da inviabilização existência extra-uterina.

Dessa forma França (2011, p. 313) analisa:

Conceitua-se anencefalia como uma má formação fetal congênita decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante o estágio embrionário, fazendo com que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, mas de forma variada um certo resíduo de tronco encefálico. Isso leva invariavelmente a privação das funções superiores do sistema nervoso central responsáveis por toda vida de relação, restando apenas algumas funções vegetativas e vasomotoras. Conforme dispões.

Nessa órbita caso a gestante pretenda interromper a gravidez precocemente por questões relacionadas a anencefalia do feto, tem encontrando amparo legal, haja vista a liberalidade quanto a tal escolha, conforme Bitencourt (2012, p. 175):

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 a luz à 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 brincar o nascimento do filho como todas as mães sonham, convidar os vizinhos para ajuda-la a enterrar um natimorto, que nunca teve chance alguma de nascer com vida.

Diante de evidentes circunstâncias o Supremo Tribunal Federal, por decisão do Ministro Marco Aurélio, com efeito vinculante, autorizou a interrupção da gestação em caso de anencefalia fetal sob o argumento de que a gestante deverá ter garantido seu direito à saúde, a autônoma da vontade, da legalidade e da dignidade da pessoa humana.

Com a publicação da referida decisão, a interrupção da gestação de feto anencéfalo passa a ser voluntária e, caso a gestante manifeste o interesse em não prosseguir com a gestação, poderá solicitar serviço gratuito do Sistema Único de

Saúde (SUS), sem necessidade de autorização judicial, assim os profissionais de saúde também não estão sujeitos a sanções penais por adotar esse tipo de procedimento, como é o caso dos demais tipos de aborto.

Nesse sentido a legislação brasileira estabelece pena de um a três anos de reclusão para a grávida que se submeter a aborto, e ao profissional de saúde que realizar a prática, ainda que com o consentimento da gestante, a pena de um a quatro anos.

Dessa forma torna-se muito mais difícil as chances de a mulher ter complicações por estender esse parto até o momento esperado para dar a luz, pois observa-se que se aquele feto não possui atividade cerebral ou a própria ausência de massa cefálica, ele estará com isso sobrecarregando o organismo da mãe que terá que trabalhar em dobro para manter essa criança até o momento do parto.

Então a interrupção antecipada proporciona uma garantia a mais que a aquela gestante não sofrerá riscos provenientes dessa sobrecarga na produção de nutrientes oxigênio dentre outras necessidade imprescindíveis para a manutenção do feto vivo, além de afastar a tortura mental que essa mãe enfrenta durante todo esse período de expectativas.

5 DIVERGÊNCIAS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS

5.1 Liberdade de escolha da mulher

A liberdade de escolha da mulher esta definida na Constituição Federal como direito fundamental e ganha relevo quando o tema é interrupção da gestão, como forma de garantir sua autonomia reprodutiva, sendo esse um direito intrinsecamente ligado a sua liberdade de escolha, situação plausível de conformação, haja vista um interesse maior que é garantir o direito a vida da mãe. Nesse aspecto deve ficar registrado que a mulher que tenha ciência sobre a má formação cefálica do feto, através de laudo médico, deve ter prioridade em sua escolha, tendo em vista que postergar essa gestação traria prejuízos de ordem psicológica bem como a sua própria saúde, conforme dispõe Wilhelms (2005), acerca dos intervenientes da gestação de anencefalo:

- A) Prolongamento da gestação além das 40 semanas;
- B) Associação com prohidrâminio, com desconforto respiratório, estase venosa, edema de membros inferiores;
- C) Associação com DHEG (doença hipertensiva especifica da gestação);
- D) Associação com vasculopatia periférica de estase;
- E) Alterações comportamentais e psicológicas;
- F) Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencefalos de termo (parto entre 38 e 42 semanas de gestação, tem considerado normal);
- G) Necessidade de apoio psicológico no pós parto e no puerpério;
- H) Necessidade de bloqueio de lactação;
- I) Puerpério com maior incidência pós-cirurgicas devido as manobras obstétricas do parto de termo.

Segundo Luís Roberto Barroso, a mulher não poderia instrumentalizar seu próprio corpo para manter um projeto de vida não viável, observando que 100% dos fetos portadores de anencefalia, veem a óbito logo nos primeiros segundos após o parto, dado esse trazido pela Organização Mundial de Saúde (OMS), ocorrendo conseqüentemente a paralisação completa de todos os órgãos haja vista que a atividade cerebral nunca foi possível a esse feto.

É importante observa que o Código Penal definiu que a vida se dá com a atividade cerebral, portando restaria desclassificado o crime de aborto, não restando dúvidas que aquela gestante que resolver se submeter ao procedimento de retirada

do feto por motivos óbvios, já classificados no trabalho, não poderia ser responsabilizada criminalmente por esse fato.

Nesse mesmo sentido o Estado não poderia restringir a liberdade de escolha da mulher, haja vista a inexistência de perspectiva de vida daquela criança. Dessa forma não estaríamos garantindo uma vida e sim prologando a dor de uma mãe que está aflita e com plenas convicções que não poderá ouvir seu filho chorando em seus braços após o parto.

Assim dispõe Carvalho(p. 511-512) acerca do controle do Estado sobre a escolha a autonomia reprodutiva da mulher:

A liberdade, em sentido geral, consiste no estado de não estar sob o controle de outrem, de não sofrer restrições ou imposições, tendo aqui sentido negativo. Mas significa também a faculdade ou o poder que a pessoa tem de adotar a conduta que bem lhe parecer, sem que deva obediência a outrem. A liberdade assim é inerente a pessoa humana, condução individualizada do homem.

O termo instrumentalização do corpo, utilizado em defesa a descriminalização, retrata muito bem, a função do útero materno quando para manter a vida do feto sem cérebro, pois, com certeza essa vida uterina só se mantém através de sua ligação a fontes oriundas do ventre materno, que lhe proporcionam a oxigenação e nutrição de células que em outras circunstâncias se desenvolvem através de informação enviadas pelo cérebro, que por consequência lógica não permitiria a sobrevivência desse ser sem essa ligação direta e funcional com o útero da mãe.

Por vezes encontramos a definição de vida sendo o bem jurídico por excelência mais importante de todos, somente a partir da existência da vida é que o indivíduo passa a ser titular de todos os outros direitos, uma vez que a vida é fonte primária para todos os direitos, assim ao consagrar direito a vida a Constituição federal não faz nenhuma distinção entre a vida que se desenvolve no útero ou fora dele, mas cabe aos poderes imbuídos na proteção humana definir até que ponto deve ser garantido um direito em detrimento de outro.

A real necessidade de proteção de uma vida deve se dar quando realmente essa se torna possível, devendo ser desconsiderado para efeitos penais, a pratica de algum ato que venha a interrompe uma potencial expectativa de vida, mesmo que

momentânea, para proteger o direito a permanência de outra já consolidada e em perfeito gozo de todos os outros direitos a ela inerente.

Nesse sentido a proteção à vida, mesmo que consagrada constitucionalmente como todas as formas de manifestação potencial que lhe qualifiquem, desde a formação, passando pelo seu desenvolvimento e o posterior nascimento, não encontra guarida em relação à anencefalia, haja vista que aqui não existe vida, pois essa criança encontra-se desprovida de atividade cerebral, sendo esse o conceito aceito pela legislação penal, restando descaracterizado qualquer imputação criminosa por parte da mãe.

A convenção Americana de Direitos Humanos por sua vez protege a vida desde a concepção segundo seu artigo 4º, inciso I: “Toda pessoa tem 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”.

Já o art. 6º, inc. I, do Pacto Internacional de Direitos Civis onde estabelece, que: “O direito a vida é inerente a pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser privado arbitrariamente de sua vida”.

Com relação à autonomia de escolha da mulher o art. 50, II dispõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Então nessa mesma linha de raciocínio se a conduta não for obrigatória ou proibida pelo ordenamento jurídico ela será permitida para todos os cidadãos, estendendo a essas pessoas a liberdade de se determinar conforme preceitua a lei, e onde ela não o proibi, estará garantindo o direito de fazê-las.

Segundo José Afonso Da Silva (2008, p. 86):

É na liberdade que o homem dispõe da mais ampla possibilidade de coordenar os meios necessários à realização de sua felicidade pessoal. Quanto mais o processo de democratização avança, mais o homem se vai libertando dos obstáculos que o constroem, mais liberdade conquista.

A autonomia reprodutiva da mulher encontra-se tutelada nos direitos fundamentais, garantindo com isso que essa possa decidir sobre a interrupção ou não dessa gravidez, pois se trata de disposição do próprio corpo, mesmo que ferindo a garantia de uma potencial existência de vida, considerando conceitos sobre concepção a onde de fato se inicia a vida, bem como a forma generalista trazida pela Constituição Federal de 1988. Nesse sentido NOVAES (2002, p. 86):

O Estado Democrático de Direito brasileiro é comprometido com o respeito ao direito à liberdade, pois a liberdade não vive sem democracia, nem a democracia sobrevive sem a liberdade. Deve ser o Estado o maior responsável para garantir as liberdades individuais, e em particular as referentes ao exercício dos direitos sexuais e reprodutivos, assegurando medidas de educação sexual e informação a todos os cidadãos, sendo princípio basilar da democracia.

A liberdade de escolha da mulher deve ser observada sobretudo, pelo aspecto da urgência e necessidade relativa a essa prerrogativa, tendo em vista que quando está em questão o maior dos direitos definidos da Constituição que é a vida, potencializa-se também a autonomia da vontade que no caso específico se estendera a garantia da vida, pois é através dessa liberdade de escolha em interromper ou não a gestação, que somaremos os efeitos dessa decisão, sobre a saúde da mulher.

Dessa forma podemos chegar a conclusão de que a imposição irracional e irresponsável do Estado em não permitir a interrupção dessa gestação, acarretaria danos imensuráveis a essa mulher, de forma que nem o tempo poderia apagar, pois os efeitos psicológicos perdurariam não só quando da gestação, mas por toda a sua vida, sem mencionar os inúmeros prejuízos a sua saúde, que por muitas de suas vezes se tornam permanente, quando não o levam morte. É nesse sentido que devemos respeitar a liberdade de escolha reprodutiva da mulher, conforme assegura Regina dos Santos Alcântara (2005), a saber:

[...] é preciso respeitar a esfera de cada pessoa, que deve ter o poder de tomar as decisões fundamentais sobre suas próprias vidas e de se comportarem de acordo com elas, sem interferências religiosas, do estado ou de terceiros. É preciso ainda reconhecer que cada pessoa é dotada de razão, portanto, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e deve guiar-se por suas escolhas [...] De todas as escolhas, a mais importante para a mulher é aquela concernente a ter ou não filho, pois é notável o impacto de uma gestação, e posteriormente de uma maternidade que acarretam a vida de uma mulher. Ressalta-se que é dentro do corpo das mulheres que os fetos são gestados, e é sobre a mulher que recai maior peso na criação de seus filhos, daí se falar em um direito a autonomia reprodutiva que está estritamente ligado aos direitos fundamentais da liberdade e da privacidade.

5.2 O direito à vida do feto anencéfalo

O direito à vida é incontestavelmente o mais fundamental dos direitos garantidos Constitucionalmente e que permite o pleno exercício dos demais direitos a ele inerente. É por força desse direito que devemos analisar os atos e situações

que podem reprimir a boa vida, não só como forma de interrompê-la, mas também como forma de inviabiliza-la naturalmente, pois é através de decisões impensadas ao manter até o final a expectativa de vida que paira sobre o feto anencéfalo, que estaríamos a por em risco não só uma mais duas vidas, haja vista, que aquele feto só se mantém por ajuda do útero materno.

É fundamental entendermos que nos casos de anencefalia nem sequer existe potencial chances de vida do feto, pois já fora comprovada através de pesquisas feita por profissionais da saúde que em 100% dos casos o desfecho é o pior possível. Com isso a ideia de vida a criança anencefalia, não passa de uma garantia subjetiva, e infundada de proteção a qualquer sinal que identifique a vida.

Não é correto nós apegarmos a uma mera orientação concepcionista que defenda a vida sobre qualquer das situações, pois com isso estaríamos assumindo o risco de produzir o resultado morte não só para aquele feto que já se encontra condenado clinicamente, mas também para a gestante que poderá sofrer complicações durante esse estado gravídico, haja vista, que estaria sobrecarregando se útero na produção de elementos acima de um limite aceitável para manter esse feto parcialmente vivo.

Nesse sentido garantir um projeto de vida não viável, não seria verdadeiramente defender a vida, e sim por em risco aquela que ainda tem chances de se manter. Assim, a gestante não estaria por definir os efeitos da situação a qual o feto se encontra, restando a ela e a compreensão do Estado, especificamente o poder judiciário, decidir pela medida mais sensata, para evitar piores prejuízos a gestante.

Dessa forma reescreve Canotilho (2000, p. 86):

O direito à vida é um direito subjetivo de defesa, pois é indiscutível o direito de o indivíduo afirmar o direito de viver, com a garantia da não agressão ao direito à vida, implicando também a garantia de uma dimensão protetiva deste direito à vida. Ou seja, o indivíduo tem o direito perante o Estado a não ser morto por este, o Estado tem a obrigação de se abster de atentar contra a vida do indivíduo, e por outro lado, o indivíduo tem o direito à vida perante os outros indivíduos e estes devem abster-se de praticar atos que atentem contra a vida de alguém E conclui: o direito à vida é um direito, mas não é uma liberdade.

Apesar de encontramos inúmeros julgados concedendo aos nascituros diversas espécies de direito como indenização por dano moral, direito a exame de DNA para comprovação de paternidade, alimentos para custeio do pré-natal, entre

outros, é importante que se faça uma reflexão sobre a afirmação desses direitos após o primeiro contra com a vida extra uterina, pois os exercícios desses direitos não serão possíveis, em decorrência do já esperado óbito do feto.

A Vida é o bem fundamental do ser humano, pois sem a vida, não há que se falar em outros direitos, nem mesmo os de personalidade. Com base nesse entendimento, todo o homem tem direito à vida, ou seja, o direito de viver e não apenas isso, tem o direito de uma vida plena e digna, respeito aos seus valores e necessidades (ROBERTO, 2010, [n.p.]

O ordenamento jurídico protege os direitos do nascituro saudável, principalmente o direito à vida, inclusive se apresentar alguma anomalia ou deficiência, pois a legislação prevê várias normas de proteção especial aos portadores de deficiência, fundamentada no Princípio Constitucional da Igualdade, o que não quer dizer que a anencefalia seja mera anomalia, mas ausência de cérebro capaz de produzir a morte do feto.

Compreende-se que o feto é formação humana e que precisa nascer para exercer a prerrogativas da vida civil, no entanto devido à ausência de cérebro, não consegue alcançar a condição de desenvolvimento humano, mas devido à preservação de parte do tronco encefálico algumas funções vitais, como respiração e movimentos cardíacos, reação a estímulos, temperatura corporal, movimentos de sugação e deglutição, preexistem diante de tal situação, no entanto, todas essas atitudes são reações reflexas, independente do estado de consciência, típicas do estado de vida vegetativo.

Na verdade o útero materno funciona como verdadeiro aparelho de manutenção da vida, ordenando os sentidos, e levando a alimentação que esse feto precisa para se manter vivo, mesmo quando não seja anencéfalo, pois sendo o tal torna-se mais difícil ainda essa permanência no útero materno, observando que a ausência de cérebro impossibilita as informações relacionadas aos comandos do próprio corpo, a exemplo da digestão, respiração entre outras funções que permite o desenvolvimento sadio do se humano.

É com base nesse entendimento, que foi apresentada a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF – 54, que veio por autorizar a interrupção da gestação de feto anencéfalo, depois de apresentados argumentos fundados em pesquisas médicas que evidenciavam a impossibilidade de sobrevivência após o parto.

Nesta direção fundamenta o autor Miranda (2000, p. 40) ao dispor que:

No útero a criança não é uma pessoa se não nasce com vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, nem pode ter sido sujeito de direito. 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 ou pretensão, ação ou exceção lhe deveria ter ido. Quando o nascimento se consuma a personalidade começa.

O que se pode extrair do texto da Constituição Federal é que o direito a vida deve ser protegido em qualquer situação, mas também deve ser levado em consideração que o feto anencéfalo não possui vida própria e sim uma vida funcional instrumentalizada pelo útero materno, sem nenhuma projeção futura no que se diz respeito a vida, afastando com isso qualquer interpretação legal ou social por mais conservadora que seja.

Para orientar minha defesa sobre a interrupção da gestação de feto anencéfalo, procurei reservar-me a potencial chance de vida extra uterina, não restando dúvida que os dados levantados pelas organizações mundiais de saúde, é de que não existe possibilidade nenhuma de sobrevivência desse feto fora do útero materno, e com isso não poderíamos forçar uma mãe manter uma gravidez infrutífera e que não chegará a seu ápice de formação humana. Se caso fosse possível à existência dessa vida não teria condições de se auto prover, pois lhe falta algo essencial aos comandos do corpo humano, resumindo essa vida em um objeto de sobrevivência mecânica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem a proposta de mostrar a real necessidade de interromper gravidez após diagnóstico que comprove a anencefalia do feto, não se tratando com isso de crime, uma vez que estamos diante de uma situação que emerge o estado de necessidade em análise ao periclitante estado de saúde que se submete essa gestante, haja vista não ter condições para garantir o desenvolvimento do feto.

Para tanto dar-se como necessária a avaliação da anencefalia que é um mal congênito que ataca o sistema neural impossibilitando a formação da calota craniana nas primeiras semanas da formação embrionária e que por consequência impossibilita a vida extrauterina.

Nesse sentido a mulher deve ter a proteção do Estado para que possa exercer sua autonomia reprodutiva, haja vista que a liberdade de escolha faz parte de uma das bases elementares do nosso ordenamento jurídico Constitucional e deve ser garantida, em especial pelo fato da extrema urgência e necessidade a garantia de sua integridade física, repercutindo em riscos reais a sua vida.

O conflito entre direitos fundamentais deve ser considerado sobre o aspecto da potencial capacidade de existência humana, observando que no caso em destaque, não temos encontrado condições clínicas nem legais para manter a gestação de uma mulher que espera um ser condenado a fadar, pela impossibilidade de vida independente.

Em contra partida devemos preservar direitos ligados à mulher, que ao contrário do feto anencéfalo tem totais condições de se manter, exercendo todos os outros direitos decorrentes a vida, e é nesse sentido que trago na pesquisa a prevalência do direito de escolha da mulher em interromper uma gestação que lhe traga consequências à saúde física e mental, consequências do alongamento de uma gestação inviável, sem que para como isso, venha a ser responsabilizada por essa medida, haja vista encontrar-se em estado de necessidade o que é causa excludente de ilicitude disposto em nosso código penal, ressaltando a doutrina penalista sobre a definição de vida, ao considerar seu início a partir da atividade cerebral, o que não ocorre com o anencéfalo.

Portanto se não há vida não podemos falar em crime de aborto afastando com isso a conduta passível de penalização. Além de que, é evidente a inexigibilidade de conduta diversa no caso em apresso, haja vista que na disputa entre direitos constitucionalmente garantidos, é coerente decidir sobre a prevalência daqueles que de fato podem ser exercidos, ressaltando com isso toda minha defesa sobre a liberdade de escolha da mulher.

Foi nesse sentido que os Ministros do Supremo Tribunal federal avaliarão em sua maioria, e incorporarão a DPF -54, prevalecendo-se da inviabilidade de vida extrauterina, confirmada de forma uníssona por profissionais de saúde por todo o mundo, que detectarão através de pesquisas e dados levantados sobre a anencefalia, que não existe nenhuma possibilidade do feto anencéfalo sobreviver de forma independente, pois a ausência de cérebro faz com que os outros sistemas do corpo também não funcionem.

Entendendo que o cérebro é fundamental para que o feto possa se desenvolver e resistir as intemperes da vida extrauterina, a Suprema corte decidiu por oito votos a dois, a outorga de discricionariedade para mulher decidir, se mantém esse feto até o final da gestação, evitando com isso vários riscos a sua saúde, ou se interrompe o ciclo gestacional evitando os efeitos dela decorrentes.

É com base nesse entendimento que defino a interrupção da gestação de feto anencéfalo, como imprescindível a garantia de direitos que ainda podem ser exercidos pela mãe, não sendo compreensível ariscar direitos já constituídos por aqueles que como já dito, estão condenados a fadar.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. **Dicionário acadêmico de direito**. 2.ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 2001.

ALVES, Ivanildo Ferreira. **Crimes Contra a Vida**. Belém do Pará: Editora Unama, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. Ed.rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Tratado de Direito Penal**. Parte Especial. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CALMON, Valdemar Augusto Angerimi. **A Ética na Saúde**. São Paulo: Pioneira, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra [Portugal]: Almedina, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

CRETELLA JÚNIOR, José. **Constituição Brasileira 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DE BARCHIFONTAINE. Christian de Paul. **Em defesa da vida humana**. Ed. Loyola. ed. 15^a. 1999.

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

DWORKIN, Ronaldo. **Domínio da vida**: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FAZOLLI, Fabrício. **Anencefalia e aborto**. 2010. Disponível em: <www.buscalegis.ufsc.br/arquivos/anencefalia.com>. Acesso em: 05 nov. 2013.

FIÚZA, César. **Direito Civil**: curso complemento. 8.ed.rev., ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Direito civil**: complemento. 8. ed. Belo horizonte: Del Rey, 2002.

FRANÇA, Genival Veloso de França. **Curso de direito penal** -9.ed. – Rio de Janeiro: Guanabara Koongo, 2011.

GALANTE, Marcelo. **Sinopse de direito constitucional para aprender direito**. 6.ed. Rio de Janeiro: BF, 2008.

GALEOTTI, Giulia. **História do aborto**. Coimbra: Edições 70, 2007.

GOMES, Hélio. **Medicina Legal**. 33ª Ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2003.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal**. Parte especial: dos crimes contra a pessoa e dos crimes contra o patrimônio. Vol. 2. 27. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Direito penal**: parte especial. 21.ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

KANT, Emmanuel. **Fundamentos da Metafísica dos Costumes**. EDIOURO, 1994.

KIMURA, Maria Regina Trippo. **As Técnicas Biomédicas** - A Vida Embrionária e o Patrimônio Genético Humano - à Luz da regra da Proporcionalidade Penal. Tese doutorado. PUCSP. 2006.

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

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **A Pena Capital e o Direito à Vida**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2000.

MATIELO, Fabrício Zamprogna. **Aborto e o Direito Penal**. 3ª edição. Porto Alegre: Sagra-DC Luzzatto editores. 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO Martins Inocência; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. Parte especial, Arts. 121 a 234-B do CP. Vol. 2.28, ed. rev. e atual. até 4 de janeiro de 2001 – São Paulo : Atlas, 2011.

_____. **Manual de direito penal**: parte especial - Arts. 121 a 234-B do CP. 28.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRANDA, Pontes de. **Tratados de direito privado**. 2.ed. Campinas: Papyrus, 2000

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito Constitucional**. 6. ed. ver., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Dos crimes contra a pessoa**. Dos crimes contra o patrimônio. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**: parte especial. 6. Ed. Ver., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PENA JÚNIOR, Moacir César. **Direito das pessoas e das famílias**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2008.

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

PEREIRA, Tânia da Silva. **Obra dos alimentos**: do nascituro e os alimentos no estatuto da criança e do adolescente. Viçosa, UFV, 2004.

_____. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral da Constituição e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PIRANDELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte especial. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005.

PRADO, Danda. **O que é aborto**. 4.ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**, V. II. 9ª Ed. ver. atual. eampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Filosofia do direito**. São Paulo: Saraiva, 1996.

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

SEGADO, Francisco Fernandez. **A dignidade da pessoa humana como valor supremo dos ordenamentos jurídicos modernos**. Porto Alegre: Emagis TRF 4 Região, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, na constituição federal de 1988**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

VENOSA, Silvio de salvo. **Direito civil**: parte geral. 5.ed.São Paulo: Atlas, 2005.

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