

ADPF 54 E OS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO ABORTO FRENTE À DIGNIDADE DO FETO ANENCÉFALO: AVANÇO OU RETROCESSO?

Vanessa Staub¹

Liana Maria Feix Suski²

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O BIODIREITO E A BIOÉTICA EM DEFESA DA VIDA. 3 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SEU INÍCIO: UM OLHA A PARTIR DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 4 FIM DA VIDA E ANENCEFALIA. 5 ADPF 54 E A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. 5.1. DIGNIDADE DO FETO ANENCÉFALO VERSUS A LIBERDADE DA GESTANTE: UM CONFLITO SOBRE O DIREITO À VIDA E SUA MANUTENÇÃO. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

Resumo: O aborto do feto anencéfalo, neste estudo, será analisado inicialmente à luz do biodireito e da bioética, já que estes institutos são responsáveis pelas interseções que envolvem o direito e área da saúde. Far-se-á ponderações sobre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54, de 12 de abril de 2012, que trouxe considerável mudança para a interpretação feita aos artigos 124, 126, e 128, incisos I e II do Código Penal. Apresentar-se-á reflexões e perspectivas sobre o avanço ou o retrocesso da decisão pautada no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, na Constituição Federal de 1988 que dentre seus fundamentos, garante indistintamente, o direito à vida e sua manutenção com qualidade.

Palavras-chave: ADPF 54. Anencefalia. Dignidade. Vida.

1 INTRODUÇÃO

O maior mistério que envolve o ser humano vem dos primórdios da humanidade. E, desde que se tem registros históricos, pessoas movidas por suas crenças, costumes e ideais tentavam explicar os dois extremos da existência, o fenômeno da vida e da morte. Os tempos passaram e a tecnologia tomou conta de quase todos os atos do homem, interferindo, inclusive, no seu ciclo natural: o de nascer, crescer, desenvolver-se e, por fim, morrer.

Surge também a ideia de Estado, que se desenvolve a partir da concepção de um contrato social, em que as pessoas abrem mão de sua liberdade em prol do bem comum. Destarte, em torno dessa liberdade, surge o ordenamento jurídico instituindo

¹ Aluna do Curso de Graduação em Direito pela FAI Faculdades de Itapiranga. E-mail: nessa_staub@hotmail.com

² Mestre (2012) e Bacharela (2009) em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), campus de Santo Ângelo, RS. Professora e coordenadora do NUPEDIR - Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito da FAI - Faculdades de Itapiranga, SC. Advogada. Pesquisadora. Membro do Grupo de Pesquisa registrado no CNPq Tutela dos Direitos e sua Efetividade. Organizadora de obras jurídicas e autora de capítulos de livros e artigos científicos publicados em periódicos nacionais e estrangeiros. Parecerista Ad Hoc de periódicos jurídicos. E-mail: lianasuski@gmail.com

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

regras de convivência e criminalizando atos que violem a vida e o patrimônio do homem.

Pois bem, a maior preocupação do ordenamento jurídico brasileiro é exatamente essa, proteger a vida, espinha dorsal de todas as normas criadas pelo homem, para proteger-se de si mesmo. O patrimônio deixou de ser o eixo principal dessa cadeia que nos rodeia, exemplo disso, é a constitucionalização do Direito Civil que, como marco regulatório de relações civis, além do desenvolvimento de normas que se preocupem com o patrimônio, sobressai-se a percepção do princípio da dignidade da pessoa humana. O Direito Penal, por sua vez, ainda muito criticado por seu sistema punitivo, surge como uma repreensão, restringindo a liberdade daqueles que violem a harmonia do sistema.

Dentro disto, entretanto, saber qual o limite da liberdade sem que ela interfira na do outro, e sem ferir os princípios morais e legais, é uma das causas de muitas controvérsias, pois envolve, acima de tudo, a vida. Por conseguinte, a autonomia da vontade e liberdade sobre o próprio corpo entra em conflito com o Estado. Destaca-se aqui, o nascimento do conflito da autonomia da mulher gestante em gerir seu próprio corpo, e os limites estatais como garantidores da vida.

Por outro lado, a fim de exercer seu papel nessas questões conflitantes, em 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal reconheceu à mulher gestante de feto anencéfalo, a possibilidade de retirá-lo antes de seu nascimento natural, sem caracterizar crime de aborto, por meio da ADPF 54. Este marco regulatório propicia, por sua vez, muitas reflexões e discussões sobre a apreciação do poder judiciário frente a esta conquista feminina, bem como o papel do Poder Público a fim de evitar tal anomalia.

A análise é essencial por envolver o direito mais importante de todos, a existência. Logo, evidencia-se a colisão de direitos fundamentais e o afastamento ou não da dignidade da pessoa humana como direito intrínseco de toda espécie humana. Apesar do judiciário ter se manifestado a favor, esse problema representa apenas a ponta do *iceberg*, isto porque os motivos que envolvem a prática do aborto seletivo circundam fatores que abordam diagnósticos incertos e um conflito dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

O domínio da vida envolve o poder de escolha sobre ela. Quando discute-se outras questões polêmicas como a eutanásia e a doação de órgãos, trabalha-se com o poder de escolha sobre as decisões. Entretanto, sabe-se que o feto é uma vida, mas que sobre ela não tem poder de escolha, tornando relevante o debate sobre a melhor maneira de fazê-la, garantindo-lhe a dignidade.

Este trabalho visa, apresentar o julgamento do STF, os avanços ou retrocessos que o mesmo causou e como se encontra o direito das mulheres atualmente após a concessão deste direito. Então, apesar de ter sido possibilitada essa escolha, não se pode parar de questionar o direito e as suas mudanças, para que seja possível o aperfeiçoamento contínuo da norma jurídica aos casos que envolvem a vida. Isto levando em conta os fatores que levam uma mulher abortar, que são diferentes de outra e, mais ainda, das que o não decidem fazer.

2 O BIODIREITO E A BIOÉTICA EM DEFESA DA VIDA

Com o passar dos tempos, o homem começa a ter poder para interferir nos processos de nascimento, crescimento e morte do ser humano. Desta forma, surgem conflitos até então inexistentes, mostrando-se, de modo imperioso, o desenvolvimento do biodireito e da bioética, que se ocupam de questionamentos que envolvem as atividades humanas na área da ciência e da tecnologia.³

O termo bioética surge, etimologicamente, da junção das palavras gregas *bios* (vida) + *ethos* (relativo à ética), o que oportuniza uma definição conceitual.⁴ Assim, algumas definições do vocábulo foram elaboradas e devem ser mencionadas para melhor compreender os debates.⁵ Neste sentido, Diniz complementa:

A bioética deverá ser um estudo deontológico, que proporcione diretrizes morais para o agir humano diante dos dilemas levantados pela biomedicina, que giram em torno dos direitos entre a vida e a morte, da liberdade da mãe, do futuro ser gerado artificialmente, da possibilidade de doar ou de dispor do

³ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, César do Rego Freitas Dabus. **Bioética, biodireito e biotecnologia e os direitos da personalidade na pós-modernidade**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus et al (Coord.) Novos desafios do biodireito. São Paulo: Ltr, 2012. p. 23.

⁴ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, César do Rego Freitas Dabus. **Bioética, biodireito e biotecnologia e os direitos da personalidade na pós-modernidade**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus et al (Coord.) Novos desafios do biodireito. São Paulo: Ltr, 2012. p. 25.

⁵ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 9.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

próprio corpo, da investigação científica e da necessidade de preservação de direitos das pessoas envolvidas e das gerações futuras.⁶

Desta forma, “primaz se faz realizar, sob a ótica dos princípios bioéticos, a análise do balanço dos resultados, se positivos ou negativos, desses avanços bem como a efetividade de sua utilização para a humanidade.”⁷ Ante a percepção destes princípios basilares, salienta Loureiro que devem ser observados na prática médica, com o objetivo de resguardar a dignidade dos que dela necessitam, no desempenho de todos os atos da ciência.⁸

Por muito tempo o instituto da bioética serviu como “pano de fundo” em diversas situações controversas e, atualmente, mantém forte destaque sobre normas que envolvem importantes considerações de valores. A partir desta influência normativa, viu-se a necessidade de se desvincular o direito da bioética e fez nascer, desta maneira, o instituto do biodireito⁹ assim caracterizado:

O Biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o biodireito. É o ramo do Direito Público que se associa a bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; peculiaridades relacionadas ao corpo, à dignidade da pessoa humana.¹⁰

O biodireito desponta pelo fato de não poder o direito estabelecer normas jurídicas unicamente para se adequar às mutantes realidades. Desta forma, deve atender à espessa gama de valores que envolvem a sociedade, inclusive e principalmente nas questões que envolvam a vida e a morte.¹¹

⁶ DINIZ, Mari Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, César do Rego Freitas Dabus. **Bioética, biodireito e biotecnologia e os direitos da personalidade na pós-modernidade**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Coord.) **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: Ltr, 2012. p. 24.

⁸ LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 12.

⁹ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 14.

¹⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 16.

¹¹ LEITE, Gisele. **A Necessidade imperiosa do biodireito e da bioética**. In: MAGNO, Arthur; GUERRA, Silva (Coord.). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 151.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Nessas questões que envolvem a condição humana e sua dignidade na utilização de técnicas científicas se faz fundamental a observância e o estudo dos princípios norteadores da bioética, entrelaçados com a coercitividade do Direito.¹²

3 DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E SEU INÍCIO: UM OLHAR SOBRE A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Leite defende que os princípios do biodireito devam ser integrados pelos constitucionais que trazem a maioria os direitos fundamentais,¹³ como o caso da dignidade da pessoa humana.

Para que esta dignidade possa ser protegida, é necessário vivenciá-la dentro das situações concretas que a envolvem. Essa análise deve de ser muito mais crítica ao se tratar dos direitos do nascituro,¹⁴ já que versam sobre o direito à vida de um ser humano que não é dotado do poder escolha. Nessa vereda, ressalta-se:

O direito à vida, assim, não pode ser compreendido de forma discriminatória com relação aos seus titulares. Se todo o ser humano singulariza-se por uma dignidade intrínseca e indisponível, a todo ser humano deve ser reconhecida a titularidade do direito mais elementar da expressão dessa dignidade única – o direito a existir.¹⁵

O conceito de dignidade é composto por dois elementos básicos, a liberdade e a igualdade, condições do Estado Democrático de Direito e dos direitos fundamentais. É, por meio desse direito, que o ser humano busca sua autorrealização e pelos quais cumpre ao Estado resguardar.¹⁶ Destaca-se, aqui, quem são constitucionalmente, os titulares desta dignidade:

A Constituição brasileira indica, genericamente, quem é a “pessoa humana” a ser digna: o povo (art. 1º, parágrafo único: “Todo o poder emana do povo,

¹² LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 11.

¹³ LEITE, Gisele. **A necessidade imperiosa do biodireito e da bioética**. In: MAGNO, Arthur; GUERRA, Silva (Coord.). **Biodireito e bioética: uma introdução crítica**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005. p. 152.

¹⁴ PIRES, Teresinha Olnês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 74.

¹⁵ BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257.

¹⁶ BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 263.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

que o exerce por meio de representantes eleitos, ou diretamente, nos termos desta Constituição”); os pobres e os ricos, pois a Constituição tem por objetivo “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art.3º, inc. III); enfim, “todos”, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV).¹⁷

Sobre o momento em que se adquirem tais direitos muitas teorias se desdobram para verificar quando se inicia a vida para o nascituro, mas independentemente da que for adotada, é certo que para o feto há uma expectativa de pessoa em formação, uma vida humana.¹⁸

E, assim, “até o presente não há um consenso indicando o que significa a vida humana, seu início e seu fim, o que torna mais difícil a elaboração de legislação adequada para regulamentar os avanços da ciência no que diz respeito a ela.”¹⁹ Maluf entende que, embriologicamente, a vida tem início com a fecundação seja ela natural ou extracorpórea, iniciando, porém, com a nidação, onde o zigoto se implantará no útero materno.²⁰

O Código Civil, por sua vez, confere a personalidade civil a partir do nascimento com vida, mas põe a salvo os direitos do nascituro, desde a sua concepção.²¹ Isto porque “todos os direitos da personalidade decorrem da existência, ainda que pretérita, da vida”²², logo, o nascituro detendo vida, será possuidor de direitos da personalidade. Assim, “o direito à vida é a causa de existência dos demais direitos personalíssimos, dada a sua importância, concebendo-se que o homem não vive apenas para si, mas para cumprir determinada função na sociedade.”²³

A lei requer, no entanto, que o infante, após o nascimento, dê sinais de vida, mesmo que venha a falecer posteriormente. Logo, para o direito civil, se a criança

¹⁷ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 22.

¹⁸ SILVA, Danúbia Cantieri. **A tutela jurisdicional da vida embrionária**: ADIn 3.510 à luz do ativismo judicial. Revista de direito constitucional e internacional. Ano 24, v. 94, jan-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 272.

¹⁹ GROSS, Marina Vella Bolívar. **Vida e morte**: relatividade do conceito em face da bioética e o biodireito. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus et al (Coord.) Novos desafios do biodireito. São Paulo: Ltr, 2012. p. 187.

²⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 160.

²¹ RODRIGUES, Silvio. V.1. p.36 apud GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 7. e. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 76.

²² LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito Civil**. v.1. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 167.

²³ LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito Civil**. v.1. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 170.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

nascer morta, não chega a adquirir personalidade e logo não poderá adquirir direitos, o mesmo não ocorre, quando a criança ao nascer, respire, mesmo que por pouco tempo.²⁴

Muitos doutrinadores acreditam que o ordenamento jurídico tenha adotado a teoria natalista, segundo o qual para adquirir personalidade, imprescindível o nascimento com vida. A partir disto, retroagir-se-iam os direitos adquiridos desde a concepção, que estariam sob condição suspensiva. Entretanto, importantes mestres do direito, como Clóvis Beviláqua e Teixeira de Freitas, são adeptos de uma outra teoria, defendendo o direito a personalidade antes do nascimento, desde a concepção. Assim, a teoria concepcionista surge divergindo opiniões acerca dos direitos do nascituro, que deveriam ser assegurados prontamente, desde a sua concepção.²⁵

Apesar das divergências, qualquer teoria não pode ser descartada, entretanto, o respeito ao nascituro não significa observar se ele tem ou não direitos, mas sim, porque representa uma vida humana em seus primórdios.²⁶

4 FIM DA VIDA E ANENCEFALIA

Desta forma, tendo em vista o legislador civil ter protegido os direitos do nascituro, o legislador penal protegeu o direito à vida e criminalizou a prática do aborto na parte especial do Código denominada dos crimes contra a pessoa.

Assim, temos que em relação à tipificação do aborto, irão primeiramente ser detectados os tipos de aborto contidos no Código Penal, onde estas modalidades se classificam em autoaborto (art. 124 do Código Penal), aborto provocado sem o consentimento da gestante (art. 125 do Código Penal), aborto provocado com o consentimento da gestante (art. 126 do Código Penal), aborto qualificado (art. 127 do Código Penal), onde estão classificados quanto aos meios empregados para provocar o aborto ou quando desse aborto ou quando esse aborto resultar na morte da gestante. O último tipo de aborto tipificado no Código Penal será a modalidade do aborto necessário ou legal (art. 128 do Código Penal); nesse caso, essa exceção que não constitui crime será obtida pelo médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (denominado aborto necessário), ou então aborto

²⁴ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Parte geral. v. 1. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 65.

²⁵ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79-81.

²⁶ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 29.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

no caso de gravidez resultante de estupro (denominado de aborto sentimental ou humanitário).²⁷

Em acórdão proferido no dia 12 de abril de 2012, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, entendeu inconstitucional a interrupção de gravidez de feto anencéfalo, crime este tipificado nos arts. 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal. A ADPF foi proposta em 17 de junho de 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS), com a finalidade de uniformizar a conduta dos profissionais da saúde na prestação de assistência, considerando a época que as decisões judiciais divergiam.²⁸ Nessa vereda, “aborto eugênico ou eugenésico é a privação dolosa do nascimento de ser humano presumivelmente portador de taras hereditárias.”²⁹ Por isso antes de tudo, cumpre-se necessário entender o que é a anencefalia nesta nova prática abortiva:

Conceitua-se anencefalia como uma má-formação fetal congênita decorrente de defeito no fechamento do tubo neural durante o estágio embriológico, 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 à privação das funções superiores do sistema nervoso central responsáveis por toda vida de relação, restando apenas algumas funções vegetativas e vasomotoras.³⁰

A anomalia pode ser oriunda de diversos fatores genéticos e ambientais ao qual a mulher está exposta nos primeiros meses gestacionais. Assim, mães muito jovens ou muito velhas, bem como as que se expõe a produtos químicos e tóxicos, são as mais vulneráveis a terem fetos detentores da anomalia. Não existe cura para a anencefalia, mas ela pode ser evitada, principalmente, pela ingestão de ácido fólico durante a gestação prevenindo anomalias em geral.³¹

²⁷ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 257-258.

²⁸ PIRES, Teresinha Olnês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 362-363.

²⁹ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 564.

³⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014. p. 313.

³¹ ABCMED, 2013. **Anencefalia: causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução**. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia-causas-sinais-e-sintomas-diagnostico-evolucao.htm>>. Acesso em: 05 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o Brasil é o quarto país com maior incidência da anomalia e detentor de uma ultrassonografia que não confere 100% de certeza sobre o diagnóstico. Como ela ocorre no entre o 16º e o 26º dia, muitos fetos acabam falecendo antes mesmo de chegarem a nascer. Destarte, mulheres que procuram o judiciário em busca de um alvará judicial, muitas vezes perdem o objeto da ação em razão da espontaneidade do aborto.³²

Desse modo, o médico, o geneticista, o obstetra só podem afirmar que, *in casu*, a criança *presumivelmente* nascerá com taras hereditárias; *presumivelmente*, porque a ciência médica, em que pese seu progresso, ultrassonografia, amostra de vilos coriais e placenta, do sangue fetal (cordocentese, dosagem de alfafetoproteína no líquido amniótico e no soro materno), é falível e nesses casos não firma diagnóstico pré-natal das anomalias congênitas *sempre* de certeza. (Grifos do autor)³³

Esse diagnóstico de incertezas, o direito à vida e liberdade, que fazem surgir as diversas posições acerca da retirada do feto anencéfalo. Nessa esteira, “a polarização dos pontos de vista a favor e contra a descriminalização da interrupção da gestação de feto anencéfalo evidenciou-se de forma polêmica e emocional nas audiências públicas.”³⁴

5 ADPF 54 E A CONSTITUCIONALIDADE DA INTERRUPÇÃO DA GRAVIDEZ

Entretanto, apesar de tantos argumentos, teorias e narrativas, nenhum deles buscou o lugar da fala da mulher gestacional de um feto anencéfalo, apresentando-se, ainda, muito longe da discussão da hermenêutica feminina mesmo na descriminalização do aborto.³⁵

³² LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Aspectos jurídicos sobre a possibilidade do aborto do feto anencéfalo**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). Novos desafios do biodireito. São Paulo: LTr, 2012. p. 113-114.

³³ CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 565.

³⁴ PIRES, Teresinha Olnês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição**. Curitiba: Juruá Editora, 2016. p. 364.

³⁵ SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher**. 18 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jun-18/observatorio-constitucional-entre-lacos-sao-tecidos-supremo-direitos-mulher>>. Acesso em: 09 set. 2016.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Todavia, o STF, ao examinar a ADPF 54 relativa a aborto de anencéfalo, assim decidiu: 'Cumpra rechaçar a assertiva de que a interrupção da gestação de feto anencéfalo consubstancia aborto eugênico, aqui entendido no sentido negativo em referência a práticas nazistas. O anencéfalo é um natimorto. Não há vida em potencial. Logo, não se pode cogitar de aborto eugênico, o qual pressupõe a vida extrauterina de seres que discrepem de padrões imoravelmente eleitos. Nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se trata de feto ou criança com lábio leporino, ausência dos membros, pés tortos, sexo dubio, síndrome de Down, extrofia de bexiga, cardiopatias congênitas, comunicação interauricular ou inversões viscerais, enfim, não se trata de feto portados de deficiência grave que permita sobrevivência extrauterina. [...] A mulher, portanto, deve ser tratada como um fim em si mesma, e não, sob uma perspectiva utilitarista, como um instrumento para geração de órgãos e posterior doação. Ainda que os órgãos de anencéfalo fossem necessários para salvar vidas alheias – premissa que não se confirma, como se verá -, não se poderia compeli-la com fundamento na solidariedade, a levar adiante a gestação, impondo-lhe sofrimentos de toda ordem. Caso o contrário, ela estaria sendo vista como simples objeto, em violação à condição humana. [...] Aborto é crime contra a vida. Tutela-se a vida em potencial. No caso do anencéfalo, repito, não existe vida possível. Na expressão do ministro Joaquim Barbosa, constante do voto que chegou a elaborar no Habeas Corpus n.84.025/RJ, o feto anencéfalo, mesmo que biologicamente vivo, por que feito de células e tecidos vivos, é juridicamente morto, não gozando de proteção jurídica e, acrescento, principalmente de proteção jurídico-penal (STF, ADPF 54, relator ministro Marco Aurélio, julgado 12-4-2012)'.³⁶

Verifica-se que a Suprema Corte entendeu que, diante da inviabilidade do feto anencéfalo, não estaria amparado na proteção conferida pelo art. 5º, *caput*, da Constituição Federal. O julgamento adensa a discussão sobre a descriminalização do aborto e evidencia a imprescindibilidade de um critério jurídico que esteja de acordo com o estágio gestacional e os princípios da razoabilidade, que alcance a autonomia procriativa da mulher e os interesses do nascituro.³⁷

5.1 DIGNIDADE DO FETO ANENCÉFALO VERSUS A LIBERDADE DA GESTANTE: UM CONFLITO SOBRE O DIREITO À VIDA E SUA MANUTENÇÃO

Mendes e Branco são doutrinadores que se posicionam em sentido contrário à referida decisão, isto porque entendem que a vida humana deva ser protegida, independente do estágio em que se encontre, pelo princípio da igual dignidade

³⁶ DINIZ, Mari Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 84-85.

³⁷ PIRES, Teresinha Olnês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição**. Curitiba: Juruá, 2016. p. 398.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

humana.³⁸ Diniz também questiona sobre a legitimidade do judiciário em autorizar a prática de um delito que, apesar da liberação, fere os princípios da dignidade da pessoa humana e a inviolabilidade do direito à vida.³⁹ Neste sentido:

Podemos entender que todo ser produto da mistura genética de células germinativas humanas seja ser humano por excelência, e que em nada obstará essa característica a baixa viabilidade ou potencialidade reduzida que eventualmente apresentasse, nem tornaria por outro lado esse feto mais ou menos digno da proteção do Estado e da aquisição de direitos. Consideramos ainda que o natimorto possui direitos personalíssimos, no que tange ao direito ao nome, à sepultura, à honra, ao recato entre outros.⁴⁰

À luz do biodireito, existem soluções antagônicas que amparadas, por seus princípios e da bioética, veem-se prejudicadas pelo impasse da vida de quem nascerá e a liberdade da mulher gestante de um anencéfalo.⁴¹ Há de se considerar que, “nenhum partícipe da sociedade age inteiramente em liberdade pois este bem natural, uma vez juridicizado, isto é, transformando um bem juridicamente regulado, encontrar-se-á num quadro de atuação/limitação, dos direitos de outrem.”⁴²

Essa juridiciação dos direitos leva a outra questão estatal de fundamental relevância. Deste modo, orienta-se para medidas que venham a conduzir as gestantes sobre a importância de exames pré-nupciais, os males do aborto e impor ao Estado o ônus de amparo aos portadores de anomalias.⁴³ Além disso, cumpre-se destacar o importante papel do mesmo no aperfeiçoamento destas medidas:

A sua ocorrência, no entanto, depende de dois fatos que não têm sido devidamente considerados: *educação* e *apoio*. Em outras palavras, esclarecimentos sobre as condições e resultados da prática sexual, a autodeterminação da mulher no concernente aos rumos da própria vida e, para homens e mulheres, a responsabilidade dos próprios atos. Por outro lado, o apoio à situação, via Poderes Públicos e organismos sociais. (Grifos do autor)⁴⁴

³⁸ BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 257.

³⁹ DINIZ, Mari Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 79.

⁴⁰ MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 184.

⁴¹ NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 57.

⁴² GARCIA, Maria. **A legalização do aborto: a pena de morte no Brasil**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012. p. 84.

⁴³ DINIZ, Mari Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 87.

⁴⁴ GARCIA, Maria. **A legalização do aborto: a pena de morte no Brasil**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012. p. 85.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

Por seu turno, apresenta-se o aborto como uma medida paliativa, já que o poder estatal é omissivo em tais ações preventivas.⁴⁵ Logo, “permitir o aborto de feto anencéfalo, deixando à escolha da mulher gestante de fazê-lo ou não, é simplesmente desviar a responsabilidade do Estado para a mulher.”⁴⁶

A gravidez acentua questões emocionais, tanto da mãe como de sua família, e muitas vezes bens juridicamente relevantes contrapõem-se à continuidade da gravidez. Entretanto, a superioridade do valor da vida humana subsiste, ainda que confrontada com outros interesses e outros direitos fundamentais.⁴⁷

Apesar do direito à existência digna, não convém invocá-lo para justificar a prática de atos que atentem contra a vida.⁴⁸ O constituinte, ao proclamar o direito à vida como o primeiro dos cinco valores básicos de nossa Lei Maior, preceitua sua importância e o dever do Estado de agir para preservá-la e determinar-lhe grau de qualidade.⁴⁹

Logo, a decisão poderá criar uma falsa ideia de avanço nos direitos da mulher, quando muitas outras questões sociais básicas continuam em segundo plano e, em contrárias com o ordenamento jurídico brasileira, que visa sempre evoluir para melhorar as relações sociais.

5 CONCLUSÃO

O biodireito é o principal instituto utilizado para equilibrar a balança entre as polêmicas que envolvam o direito e a área da saúde. Imprescindível se faz o uso

⁴⁵ HAKAMADA, Cássia. PRECÍPITO, Lis Maria Bonadio. **Decisão do STF na ADPF 54: conquista feminina ou remédio à omissão do poder público?** Pro Juris Estudos Jurídicos, 2012. Disponível em: <<http://www.projuriscursos.com.br/revista/artigo/9-decisao-do-stf-na-adpf-54:-conquista-feminina-ou-remedio-a-omissao-do-poder-publico>>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁴⁶ HAKAMADA, Cássia. PRECÍPITO, Lis Maria Bonadio. **Decisão do STF na ADPF 54: conquista feminina ou remédio à omissão do poder público?** Pro Juris Estudos Jurídicos, 2012. Disponível em: <<http://www.projuriscursos.com.br/revista/artigo/9-decisao-do-stf-na-adpf-54:-conquista-feminina-ou-remedio-a-omissao-do-poder-publico>>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁴⁷ BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 262.

⁴⁸ SILVA, Danúbia Cantieri. **A tutela jurisdicional da vida embrionária**: ADIn 3.510 à luz do ativismo judicial. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Ano 24, v. 94, jan-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 281.

⁴⁹ BRANCO, Paulo Gustavo, Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 255.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

desta matéria para a questão do aborto de feto anencéfalo, já que, direitos fundamentais entram em conflito ao se diagnosticar a anencefalia.

Julgada em 12 de abril de 2012, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental número 54 trouxe considerável mudança para a interpretação feita aos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II do Código Penal. Para um tema ao qual antes os juristas divergiam, sua regulamentação agora traz ainda significativas discrepâncias entre doutrinadores que defendem a dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à vida, tendo em vista o conflito desses interesses com os da liberdade feminina. Conflitos estes que já existiam, mas continuam sendo questionados após o julgamento.

Ressalta-se que toda prática abortiva admitida ou não em lei, provoca algum tipo de dano à mulher, seja psíquico, moral ou até mesmo patrimonial. Por isso, não há de se admitir a sua legalização e a pacificidade do tema, tendo em vista que viola o bem jurídico mais importante de todos, o direito à vida. Assim, no caso de crianças anencéfalas, existe um ser humano, vivo e que conseqüentemente, enseja proteção constitucional.⁵⁰

Desta forma, como seria possível considerar tal possibilidade uma conquista feminina, quando a anencefalia representa um retrocesso no exercício dos direitos positivados na Constituição Federal de 1988.⁵¹ Logo, dever-se-ia contemplar a hipótese em dar melhores condições de atendimento às mulheres, levando sob apreciação que a vida é um processo, que inicia na concepção e não pode ser violado sem que se rompa com os direitos humanos, ferindo aquilo que lhe caracteriza essencialmente, que é o direito à vida.⁵²

⁵⁰ DINIZ, Mari Helena. **O Estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 85.

⁵¹ HAKAMADA, Cássia. PRECÍPITO, Lis Maria Bonadio. **Decisão do STF na ADPF 54: conquista feminina ou remédio à omissão do poder público?** Pro Juris Estudos Jurídicos, 2012. Disponível em: <<http://www.projuriscursos.com.br/revista/artigo/9-decisao-do-stf-na-adpf-54:-conquista-feminina-ou-remedio-a-omissao-do-poder-publico>>. Acesso em: 26 set. 2016.

⁵² GARCIA, Maria. **A Legalização do aborto: a pena de morte no Brasil**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). **Novos desafios do biodireito**. São Paulo: LTr, 2012. p. 86.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

REFERÊNCIAS

ABCMED, 2013. **Anencefalia:** causas, sinais e sintomas, diagnóstico, evolução. Disponível em: <<http://www.abc.med.br/p/saude-da-mulher/340714/anencefalia-causas-sinais-e-sintomas-diagnostico-evolucao.htm>>. Acesso em: 05 set. 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CROCE, Delton; JÚNIOR, Delton Croce. **Manual de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2014.

GARCIA, Maria. **A legalização do aborto: a pena de morte no Brasil**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). Novos desafios do biodireito. São Paulo: LTr, 2012.

GROSS, Marina Vella Bolívar. **Vida e morte:** relatividade do conceito em face da bioética e o biodireito. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus et al (Coord.). Novos desafios do biodireito. São Paulo: Ltr, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. Parte geral. v. 1. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

HAKAMADA, Cássia; PRECÍPITO, Lis Maria Bonadio. **Decisão do STF na ADPF 54: conquista feminina ou remédio à omissão do poder público?** Pro Juris Estudos Jurídicos, 2012. Disponível em: <<http://www.projuriscursos.com.br/revista/artigo/9-decisao-do-stf-na-adpf-54:-conquista-feminina-ou-remedio-a-omissao-do-poder-publico>>. Acesso em: 26 set. 2016.

LEITE, Gisele. **A necessidade imperiosa do biodireito e da bioética**. In: MAGNO, Arthur e Silva Guerra (Coord.). Biodireito e bioética: uma introdução crítica. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

LIMA, Cíntia Rosa Pereira de. **Aspectos jurídicos sobre a possibilidade do aborto do feto anencéfalo**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus et al (Org.). Novos desafios do biodireito. São Paulo: LTr, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de direito civil**. v.1. 5. ed. reform. São Paulo: Saraiva, 2009.

Núcleo de Pesquisa e Extensão do Curso de Direito – NUPEDIR
IX MOSTRA DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA (MIC-DIR)
9 de novembro de 2016

LOUREIRO, Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva. **Introdução ao biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. **Curso de bioética e biodireito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus; MALUF, César do Rego Freitas Dabus. **Bioética, biodireito e biotecnologia e os direitos da personalidade na pós-modernidade**. In: MALUF, Adriana Caldas do Rego Dabus et al (Org.) Novos desafios do biodireito. São Paulo: LTr, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**. Parte geral. v. 1. 41. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

NAMBA, Edison Tetsuzo. **Manual de bioética e biodireito**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PIRES, Teresinha Olnês Teles. **Direito ao aborto, democracia e constituição**. Curitiba: Juruá, 2016.

SILVA, Christiane Oliveira Peter da. **Entre laços e nós são tecidos os direitos fundamentais da mulher**. 18 jun.2016. Disponível em:
<<http://www.conjur.com.br/2016-jun-18/observatorio-constitucional-entre-lacos-sao-tecidos-supremo-direitos-mulher>>. Acesso em: 09 set. 2016.

SILVA, Danúbia Cantieri. **A tutela jurisdicional da vida embrionária**: ADIn 3.510 à luz do ativismo judicial. Revista de direito constitucional e internacional. Ano 24, v. 94, jan-mar. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.