CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO: UM ESTUDO SOBRE A PERSONALIDADE JURÍDICA DO FETO ANENCEFÁLICO

Geane Cristina SCHUH[1]
Isabela Fernandes MACHADO[2]
José Mauro do Nascimento OLIVEIRA[3]

RESUMO: O presente artigo visa apresentar por meio de pesquisa bibliográfica informações e diversas opiniões acerca do tema abordado, de forma a oferecer para a sociedade maior conhecimento sobre os direitos fundamentais e a personalidade jurídica do feto anencéfalo. Analisa ainda, de forma superficial a Arguição de Preceito Fundamental número 54, que levantou a hipótese de antecipação do parto de feto anencéfalo sem que fosse aplicada punição criminal à gestante e ao médico que conduzir o procedimento. Ainda, apresenta-se a discussão social, moral e religiosa que engloba o aborto, bem como a elevação do tema à questão se saúde pública nos planos políticos devido à elevada taxa de mortalidade das mães que procuram realizar o procedimento de aborto em clínicas clandestinas, demonstrando as características que envolvem o referido grupo.

PALAVRAS-CHAVE: Feto anencéfalo; Personalidade jurídica; Aborto.

ABSTRACT: This article aims through bibliographic research to present information and various opinions on the topic addressed, in order to provide society with greater knowledge about the fundamental rights and legal personality of the anencephalic fetus. It also analyzes, in a superficial way, the Arguition of Fundamental Precept number 54, which raised the hypothesis of anticipation of the birth of anencephalic fetus without criminal punishment to the pregnant woman and the doctor who conducts the procedure. Still, the social, moral and religious discussion that encompasses abortion is presented, as well as the raising of the issue to the question of public health in political plans due to the high mortality rate of mothers seeking to perform the abortion procedure in clandestine clinics, demonstrating the characteristics surrounding that group.

KEYWORDS: Anencephalic fetus; Legal personality; Abortion.

[1]Geane Cristina Schuh - Estudante do curso de Direito da Faculdade Santa Rita de Cássia – Brasil - e-mail: geane.schuh@gmail.com
[2]Isabela Fernandes Machado - Estudante do curso de Direito da Faculdade Santa Rita de Cássia – Brasil - e-mail: isabelafmachado@hotmail.com
[3]José Mauro do Nascimento Oliveira - Estudante do curso de Direito da Faculdade Santa Rita de Cássia – Brasil - e-mail: maurim-oliveira@hotmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo se propõe a realizar uma análise sobre o tema que envolve a polêmica referente à questão da legalidade do aborto de feto anencéfalo, ou seja, o feto que nasce com parte do cérebro, mais especificamente do crânio, não desenvolvido de forma completa. O foco primordial desta pesquisa consiste em oferecer à sociedade maior conhecimento sobre os direitos fundamentais e a personalidade jurídica do feto que nasce com essa especificidade biológica.

Utilizou-se como método para o desenvolvimento da pesquisa a técnica de pesquisa bibliográfica, a partir da consulta de artigos, livros e legislação pertinente ao tema abordado.

É consenso na sociedade que quando o aborto é realizado por profissionais capacitados ou médicos, o procedimento tende a ser seguro, no entanto, se é feito deliberadamente, sem acompanhamento médico e em lugar não higienizado, geralmente acaba resultando em situações traumatizantes para a gestante.

O aborto induzido, conhecido também como aborto provocado ou interrupção voluntária da gravidez, provém de uma ação humana deliberada, podendo ser feito por meio de remédios abortivos ou uso de métodos mecânicos, esse tipo de aborto é bastante contestado em muitos países, por outro lado em alguns lugares essa prática é legalmente adotada, havendo ainda a cobertura integral dos procedimentos pelo sistema público de saúde.

Já o aborto espontâneo é uma prática involuntária ou casual, que ocorre de forma natural, causado por problemas hormonais, infecções, entre outros problemas relacionados à saúde da mulher, ocorrendo assim a expulsão do feto antes de 20-22 semanas de idade de gestação.

A partir dos avanços tecnológicos na medicina, surgiram técnicas e exames capazes de diagnosticar anomalias com o feto, gerando na gestante, dúvidas acerca da continuidade da gestação para levá-la a termo, nos casos de anencefalia fetal. Esse cenário impulsionou a reanálise da temática do aborto, no âmbito normativo brasileiro, a fim de exigir adequações na legislação a essa nova realidade fática, tendo em vista os inúmeros casos de antecipação do parto de feto anencéfalo no país.

Ademais, com a criminalização da prática de aborto vigente no Código Penal, suscitou-se um conflito entre a norma penal e os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

Então, diante deste impasse jurídico, originou-se a Arguição de Preceito Fundamental (ADPF) nº 54, visando isentar de punição o médico e a gestante que realizassem o procedimento de nascimento antecipado quando o feto fosse comprovadamente anencefálico, desconsiderando a prática de crime de aborto. Tal julgamento proferido pelo STF em 2012 é parte do objeto de estudo, a fim de demonstrar a justificação para a hipótese de excludente de ilicitude criada para esta situação.

Partindo dessa discussão, conflitando moral, ética e religião, buscou-se na doutrina jurídica e médica a justificação para ter o feto anencefálico personalidade jurídica ou não.

2 A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E O CONFLITO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À VIDA E À LIBERDADE

De acordo com a Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal) em sua parte especial, estipula em seu texto os crimes contra a vida humana, em mais específico do artigo 124 ao 128, que tratam sobre o crime de aborto, onde tipifica como criminoso todo aquele que participa de forma direta em tal pratica, seja com ou sem consentimento da grávida, inclusive a mesma pode ser indiciada no crime se provocar o dar consentimento (BRASIL, 1940).

Apesar de ser um tema refutado nas discussões sociais e políticas do país, por apresentar um conflito entre liberdade e religião, o assunto foi levado à discussão ao Supremo Tribunal Federal por meio da ADPF 54, debatendo-se quais seriam as hipóteses (e se essas poderiam existir no âmbito jurídico) de aborto “legalizado”.

2.1 A contextualização do crime de aborto

Conforme pensamento do autor Teodoro (2007 apud BORSARI, 2012), o primeiro relato de aborto ocorreu na China entre os anos de 2737 a.C. e 2696 a.C., quando o então imperador Shen Ning teria escrito uma receita abortífera oral que passou a ser referenciada nos escritos da realeza chinesa. Entretanto, no Egito, em 1550 a.C., o Código de Hamurabi previu punições para essa prática que consiste em interromper precocemente a gravidez,

neste caso tratando-se de aborto provocado, com a remoção ou a expulsão de um embrião (anterior a oito ou nove meses de gestação) ou feto (após oito ou nove semanas de gestação).

Segundo Leal (2013), seria dever da mulher escolher o que fazer mediante uma gravidez indesejada ou não planejada, nessa situação ela deveria ter o livre arbítrio de aderir a um aborto, nessas circunstâncias é compreensível os motivos que a levariam a optar pelo aborto, pode ser a falta de estrutura familiar para a criança, no caso de um pai que se ausenta, ou se a gravidez for consequência de violência sexual, as vezes a falta de condições financeiras, a não aceitação e falta de apoio da família, essas controvérsias levam muitas mulheres a pensarem que o aborto é a melhor alternativa, na esperança de não causar mais sofrimento a si e à criança no futuro.

Entretanto, Costa (2008), nos relata que essa prática é considerada por muitos cristãos, uma infração às leis divinas, pois ao exercer tal prática comete-se um crime contra a vida, um homicídio de um ser indefeso. Sendo assim, a criança que está sendo gerada, não é apenas um feto um embrião, mas um ser dotado de vida e de uma alma, tendo também o seu direito a vida. Esta afirmação é respaldada pelo Art. 5° da Constituição Federal, onde se lê que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade." (BRASIL, 1988).

Na definição dada pela Enciclopédia Delta (1987, p. 31), o aborto é:

> [...] a prática de interrupção da gravidez, uma ação que interrompe o desenvolvimento do feto, tirar a vida do feto ou embrião antes mesmo de estar fora do útero da mulher. Existem dois tipos de aborto, o espontâneo e o provocado. O espontâneo resulta na expulsão do feto de forma natural do corpo da mulher, enquanto que o provocado resulta de práticas artificiais, como uso de ervas e remédios abortíferos ou remoção por meio de aparelhos desenvolvidos pela medicina para esse tipo de ação, sendo utilizados por médicos.

Enquanto o Código Penal tipifica a prática de aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento ou por terceiro, a Constituição Federal traz como direitos fundamentais a vida e a liberdade, e a partir daí surge o conflito de ponderação quanto ao de maior importância: a vida do feto que se encontra no ventre daquela mulher, independentemente de qual seja a fase da gestação, ou a liberdade de escolha da mulher em querer ser ou não mãe daquele feto e de qual o momento é o certo para se tornar mãe.

2.2 Direitos fundamentais à liberdade e à vida

No plano dos direitos fundamentais, duas ações judiciais em curso perante o Supremo Tribunal Federal mobilizaram a opinião pública e a comunidade jurídica de uma maneira geral, sendo a primeira a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, que foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, tendo por tema a legitimidade ou não da interrupção da gestação na hipótese de fetos anencefálicos, pleiteando a intepretação conforme a Constituição das normas do Código Penal referentes a aborto, para que seja declarada sua não incidência às hipóteses de antecipação terapêutica de parto em casos de gravidez de fato anencefálico (BRASIL, 2008).

A segunda trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n° 3.510, proposta pelo Procurador-Geral da República, na qual se discute-se a constitucionalidade ou não das normas da Lei de Biossegurança, Lei n° 11.105, de 24.03.2005, que disciplinam as pesquisas com células-tronco embrionárias. O pedido contido na ação é o da declaração de inconstitucionalidade da íntegra do art. 5° da referida lei, para que sejam consideradas ilegítimas tais pesquisas (BRASIL, 2008).

Os direitos fundamentais consistem na proteção constitucional dos direitos dos cidadãos, tratando-se de direitos garantidos e limitados no tempo e no espaço e vigentes em determinada ordem jurídica.

Na concepção de Marcelo Galuppo (2003, apud FERNANDES, 2016), os direitos fundamentais são resultados de um processo de constitucionalização dos direitos humanos, e não podem ser tidos como verdades morais, mas devem ser entendidos como elementos em processo de "(re) construção", pois sua justificação e normatividade decorrem de uma Constituição positiva.

Para Canotilho (1993), há um conflito entre direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. O conceito apresentado pelo autor incide exatamente no objeto de estudos do presente artigo, pois é inegável a existência de conflito entre a liberdade da gestante e o direito fundamental à vida do feto.

No que tange ao direito à vida há um impasse ideológico do que seria o início da vida. O Código Civil Brasileiro disciplina, em seu artigo 2º, quando se dá o início da vida e da personalidade: "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". (BRASIL, 2002).

Segundo o dicionário Michaelis (2009), nascituro representa o “ser humano já concebido, cujo nascimento futuro é certo”. Portanto, na concepção de Barroso (2005), é a partir do nascimento com vida que surge a pessoa humana, com aptidão para tornar-se sujeito de direitos e deveres, no entanto, quanto ao nascituro este ser deverá estar em desenvolvimento no útero da mãe.

Dessa forma, o indivíduo detém seu direito à vida, uma vez que se trata de direito fundamental estipulado na Constituição Federal, fazendo com que o ato do abordo seja inconstitucional por estar ferindo o direito à vida.

Em contrapartida, a mulher detém o direito de desenvolver sua personalidade e estilo de vida com base em sua liberdade de escolha, estritamente relacionado com a dignidade da pessoa humana.

A liberdade impacta diretamente na capacidade que o indivíduo possui de realizar as escolhas referentes a construção de seu caráter e personalidade, bem como a formação o seu projeto de vida tendo por base suas próprias concepções.

Nas palavras de Silva (2006 apud MENEZES; OLIVEIRA, 2009) a liberdade consiste num “poder de atuação do homem em busca da sua realização pessoal e de sua felicidade”. Este conceito ressalta a imprescindibilidade da autonomia individual na existência do ser. É através de escolhas livres que a pessoa direcionará sua trajetória de vida e será responsável pelo resultado das opções que realizou.

De acordo com este entendimento, caberia somente à gestante definir com base em seu projeto de vida e em sua personalidade e caráter se o feto que está sendo gerado deve nascer ou não. Caso opte pelo aborto, caberá a ela suportar as consequências desse ato, seja elas quais forem.

Diante dos conflitos entre os direitos fundamentais suscitados, viu-se a necessidade em tipificar hipóteses de exceção ao crime de aborto, resultando no julgamento da ADPF número 54 pelo Supremo Tribunal Federal. A partir desta decisão, proferida pelo relator, ministro Marco Aurélio, com 8 votos favoráveis contra 2 desfavoráveis, ficou estabelecida a não tipificação como crime de aborto, aos casos, devidamente comprovados por diagnóstico de anencefalia.

Importante destacar que o Conselho Federal de Medicina editou Resolução de nº 1989/2012 (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012) a qual estabelece os procedimentos a serem seguidos para condução dos casos de fetos anencéfalos, garantindo que gestante e corpo médico estejam amparados juridicamente, a partir da decisão tomada

pela gestante, a qualquer tempo, sem interferência médica ou necessidade de autorização judicial para interrupção da gestação. A resolução exige que o diagnóstico de anencefalia seja seguro, devendo a gestante receber todos os esclarecimentos acerca dos riscos de manutenção da gravidez. E, na opção de interrupção da gestação, o procedimento deverá ser realizado em hospital com estrutura que suporte qualquer situação adversa que por ventura possa ocorrer durante o mesmo.

2.3 O aborto como questão de saúde pública

Segundo Brandão et al. (2020), a prática do aborto apesar de ser considerada uma pratica ilícita é algo quase que normal na sociedade, e em se tratando da sociedade brasileira a prática está tanto nas classes mais altas quanto nas classes menos favorecidas, porém os maiores casos são identificados em meio as comunidades carentes, que não dispõe de uma renda alta para sua subsistência, e que devido à dificuldade em conseguir atendimento nas áreas da saúde, se torna mais um fator a se somar nas decisões de mulheres na hora de optar por um aborto, sendo assim o fato dessas mulheres não terem uma renda compatível com os gastos de uma gravidez, os gastos futuros para criar uma criança e as falhas da saúde pública no país acabam por não dar uma outra opção que não seja o aborto.

Infelizmente muitas dessas mulheres por não terem as condições para pagar procedimentos mais seguros, como por exemplo o acompanhamento de especialistas, optam por procedimento mais agressivos que muitas vezes leva a complicações mais graves como infecções internas, podendo até mesmo levar a vítima a óbito. Fato que explica a prática do aborto induzido, já explanado anteriormente.

É possível dizer que o aborto é praticado em sua maioria por mulheres entre 20 e 29 anos de idade, que se encontram em união estável; com até 08 anos de estudo; que trabalham e possuem pelo menos 1 filho e ainda são usuárias de métodos contraceptivos. De acordo com Anjos et al. (2013) verifica-se que a maior parte dos casos aconteceu no Nordeste e no Sudeste do País, com taxa anual de aborto induzido de 2,07 por 100 mulheres entre 15 e 49 anos.

Enfrentar o fenômeno do aborto como uma questão de saúde pública significa entendê-lo como uma questão de cuidados em saúde e não como um ato de infração moral de mulheres consideradas levianas.

Segundo entendimento de Gollop (2009) ninguém tem filhos por força de lei, tê-los é um projeto afetivo e de responsabilidade de homens e mulheres. Criminalizar o aborto significa penalizar as mulheres de classes sociais menos favorecidas, que são as que precisam solucionar sua gestação não desejada de maneira insegura.

Ainda sobre essa vertente, de acordo com Almeida (2012 apud SANTOS, 2013) a criminalização do aborto viola os direitos das mulheres à sua autodeterminação reprodutiva, estas precisam ter o direito de decidir se querem ou não interromper a gestação. Trata-se de uma complexa e delicada decisão, mesmo para quem tem acesso ao aborto seguro. Ao retratar a prática do aborto, é preciso considerar que várias mulheres engravidam sem planejar.

3 ADPF 54 E A PERSONALIDADE JURÍDICA DO FETO ANENCEFÁLICO

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, ampliou-se o direito de propositura da ação direta e criou-se a ação declaratória de constitucionalidade, de modo a reforçar o controle concentrado em razão do controle difuso.

Segundo Mendes (2008), consequentemente, surgiu um espaço residual para análise de controle difuso pelos juízes e tribunais do país, sendo objeto desta a interpretação direta de cláusulas constitucionais, direito pré-constitucional, controvérsia constitucional sobre normas revogadas e controle de constitucionalidade do direito municipal em face da Constituição.

A partir desse cenário surgiu a necessidade de desenvolver um incidente de inconstitucionalidade, previsto no art. 102, § 1º, da Carta Magna, denominado de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

3.1 Arguição Declaratória de Preceito Fundamental

Na Arguição Declaratória de Preceito Fundamental nº 54 – caso do aborto de feto anencéfalo – foi concedida, em 02.08.2004, liminar requerida para, além de determinar o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, reconhecer o direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencéfalos. Na sessão de 20.10.2004, o Tribunal negou referendo à liminar concedida.

Os preceitos fundamentais suscitados em defesa da gestante foram os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade e autonomia da vontade, bem como o direito à saúde.

O núcleo da controvérsia da referida ADPF reside no reconhecimento do direito à vida do feto com anencefalia no Direito constitucional brasileiro. De acordo com Flores (2005) isto é, a questão de reconhecer ou não que o feto anencéfalo é 'pessoa' e, por conseguinte, que o direito à vida lhe é ou não inerente segundo a sua natureza.

Com base na literatura médica, a anencefalia é definida como a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecida vulgarmente como" ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Como é intuitivo, a anencefalia é incompatível com a vida extrauterina, sendo fatal em 100% dos casos (BARROSO, 2005).

Uma vez diagnosticada a anencefalia, não há nada que a ciência médica possa fazer quanto ao feto inviável. A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intraútero desses fetos atribuindo o caráter de risco à gravidez.

O feto quando sofre de uma má-formação incompatível com a vida (defeito patológico), não existe a possibilidade de, mesmo com o decurso do tempo, haver recuperação. O feto anencéfalo, uma vez neste estado, não o deixa de ser.

Bezerra (2010) em seu trabalho disserta acerca das controvérsias sobre a legalização do aborto anencefálico, relata que o aborto é uma prática bem antiga que veio evoluindo e se modificando de acordo com as mudanças da história e que no mundo atual a prática de abortar fetos anencefálicos (caracteriza uma má formação rara no tubo neural, caracterizada pela ausência parcial do encéfalo e da calota craniana) traz muitas polêmicas ao mundo jurídico, a interrupção da vida de um nascituro, uma vez que a nossa legislação penal tenha aprovado essa prática em casos terapêuticos.

Bezerra (2010, p. 4) ressalta ainda o fato de que “os direitos humanos são os direitos e liberdade básica que todo ser humano a partir de sua concepção possui”, sendo assim um feto ou um embrião não seriam concebidos de direitos, pelo simples fato de não terem vida própria e serem ainda um ser ligado a vida intrauterina, nesse caso estariam ligados ao que está previsto em nossa legislação.

Para Barroso (2005), em uma concepção jurídica, o aborto é descrito pela doutrina especializada como a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto, ou seja, a morte deve ser resultado direto dos meios abortivos, sendo imprescindível tanto a comprovação da relação causal como a potencialidade de vida extrauterina do feto.

No caso de antecipação do parto de um feto anencefálico a morte do feto decorre da má-formação congênita, sendo certa e inevitável ainda que decorridos os nove meses normais de gestação.

Há quem entenda que a grávida possa levar a gestação até o fim, visando à doação de órgãos do bebê. Não obstante, esta deve ser uma decisão da mãe, e apenas dela, visto tratar-se de sua saúde, liberdade e autonomia. Da mesma forma, cabe a ela sopesar o destino do seu filho, pois não se pode obrigar a gestante a continuar gerando um filho com a única e exclusiva finalidade de doação de seus órgãos (SAHÃO; PRADO, 2011).

Segundo Borsari (2012) o aborto até o momento não deixa de ser uma prática bastante polêmica, pois se trata de uma vida, de uma ação que interrompera o curso da natureza, mesmo sendo espontâneo ou provocado. Trata-se de algo que traz consequência as mulheres deixando sequelas, por terem uma natureza mais emotiva, causam mal ao seu psicológico, trazem-lhe sentimento de culpa, solidão, medo, desamparo, ansiedade e até mesmo depressão e luto.

O ministro Celso de Mello, ao explanar seu voto na ADPF 54, aduz que garantia do Estado laico impede que dogmas da fé determinem o conteúdo de atos estatais.

> A crença religiosa e espiritual – ou a ausência dela, o ateísmo – serve precipuamente para ditar a conduta e a vida privada do indivíduo que a possui ou não a possui. Paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado. Não podem a fé e as orientações morais dela decorrentes ser impostas a quem quer que seja e por quem quer que seja. Caso contrário, de uma democracia laica com liberdade religiosa não se tratará, ante a ausência de respeito àqueles que não professem o credo inspirador da decisão oficial ou àqueles que um dia desejem rever a posição até então assumida. (BRASIL, 2012).

Dessa forma, não há que se falar em conflito religioso na decisão de não punir o médico e a mãe que realizam a retirada do feto anencéfalo do útero, pois a religião não tem competência para arbitrar regra que conduzirá o Estado e o meio social ao qual está vinculado.

A ADPF pautou-se na ideia do que é vida para o Direito, isto é, o conceito de vida juridicamente tutelável. Do mesmo modo, não adentrou em questionamentos religiosos.

O pedido contido na ADPF n° 54 foi no sentido de que se procedesse à interpretação conforme a Constituição dos artigos 124, 126 e 128, I e 11, do Código Penal para declarar inconstitucional, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, a interpretação de tais dispositivos como impeditivos da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de se submeter a tal procedimento, sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado (BARROSO, 2005).

Dessa forma, o entendimento alcançado é de que no Direito, a vida não é compreendida com base na acepção religiosa ou moral. O termo significa também o início da personalidade jurídica. Definir o que é a vida e quando esta se inicia implica consequências jurídicas, como no direito de sucessão.

3.2 Personalidade jurídica do feto anencéfalo

Com base na doutrina, adota-se quatro teorias para caracterizar o início da vida, pois além de ser questão biológica tal ato produz efeitos de grande importância no Direito. As teorias adotadas são a da concepção, teoria da nidação, teoria da implementação do sistema nervoso e teoria dos sinais eletroencefálicos.

A teoria da concepção defende a existência de vida humana desde o ato de conceber, da fecundação. É a diretriz adotada pela sistemática do ordenamento jurídico pátrio. A doutrina da nidação exige a fixação do óvulo no útero. A teoria da implementação do sistema nervoso requer o surgimento de uma estrutura rudimentar que formará o sistema nervoso central. Por fim, para a quarta vertente necessário se faz a constatação de atividade cerebral para que comece a vida (SAHÃO; PRADO, 2011).

Como no Brasil é adotada a teoria da concepção, portanto a personalidade não depende de vontade ou da consciência do indivíduo para existir, assim: “nascendo vivo, ainda que morra em seguida, o novo ente chegou a ser pessoa e adquiriu direitos, que ao morrer os transmite.” (PEREIRA, 2004, p. 221 apud SAHÃO; PRADO, 2009, p. 162).

Em razão da personalidade jurídica do feto anencéfalo, segundo entendimento do Ministro Celso de Mello, destaca em seu voto ser certa a morte, desde o momento da concepção, uma vez que este ser jamais se tornará uma pessoa, pois não se cuida de vida em potencial, mas de morte segura.

Portanto, conforme destaca Barroso (2005), a interrupção da gestação, nessa hipótese, é fato atípico. Em nome do princípio geral da legalidade e do princípio específico da reserva penal, não pode ser vedado ou punido.

De acordo com Villaverde (2011), sobre a personalidade jurídica do anencéfalo, cita que nesse caso a personalidade jurídica acaba por não ser reconhecida pelo ser humano deserdando o feto ou embrião das normas que a sustém como existência, ainda que pouco duradoura, pois as condições humanas requerem qualidade e dignidade. Alguns médicos e doutrinadores ao diagnosticar esse tipo de atividade o relata como morte encefálica, tirando-lhe os direitos que poderia adquirir do ordenamento jurídico.

A decisão tomada pela ADPF 54 impactou a sociedade brasileira, principalmente em relação aos grupos sociais ligados à religião que não conseguiram impedir que a antecipação do parto em razão de feto anencefálico fosse tipificada e punida com prisão pelo Código Penal brasileiro.

O julgamento da referida ação constitucional garantiu às mães condenadas pela dor da perda de um filho, ainda que em fase fetal, o mínimo de humanidade possível para que a retirada do bebê de seus úteros se desse com dignidade e respeito. Ademais, desburocratizou todo um processo judicial que expunha a mulher ao sofrimento e ao julgamento, situação que deveria ser vivenciada apenas na relação médico-paciente.

Portanto, ante a conclusão de que o feto anencéfalo não detém de personalidade jurídica e de que em razão da sua condição congênita este não é considerado pessoa, restou determinado que o médico e a mãe não devem ser punidos criminalmente pela antecipação do parto.

CONCLUSÃO

Conclui-se através da pesquisa que o aborto é visto de diferentes formas por diversas culturas. Conciliar as discussões é algo impossível, mas não cabe ser analisado sob a ótica de prós e contras, mas como uma questão de saúde pública, pois pelas restrições, falta de conhecimento, estrutura financeira e psicológica, centenas de mulheres morrem anualmente pelas complicações dos procedimentos clandestinos.

No Brasil, o aborto é permitido no caso de risco de vida à mulher ou quando a gravidez é resultado de violência sexual, assim é dado a mulher o direito de escolha, pois seguir em frente com uma gravidez que foi fruto de um ato hediondo, traria muito

sofrimento durante a gravidez e mais ainda quando a criança nascer, estaria sujeita ao desprezo da mãe, que poderia não dar o afeto e atenção necessária a criança, que estaria correndo o risco de abandono. Desse modo, busca-se a proteção da gestante e consequentemente, a decisão de antecipar o parto, através dos direitos e princípios que tratam da dignidade, saúde, liberdade e autonomia da vontade.

Este estudo demonstra que o ordenamento jurídico brasileiro tutela os direitos do embrião desde a sua concepção, tanto no âmbito do direito civil como no direito penal. Entretanto a partir do momento em que se diagnostica uma anomalia que não faz gerar expectativa de vida do bebê fora do útero materno - como é o caso da anencefalia fetal - o Direito deixa de proteger os valores atribuídos ao feto e passa a estimar os valores fundamentais da mãe.

Assim sendo, os direitos inerentes à gestante se sobressaltam e sua vida passar a ser considerada como de maior estima do que a do embrião, visto que inserida no meio social, e ante a inviabilidade de sobrevivência fetal. Prevalecendo os direitos da mulher sobre o feto, que comprovadamente não adquire personalidade jurídica ante a certeza da morte do feto, promove-se o respeito à personalidade da mulher e ao seu projeto de vida.

A arguição declaratória de preceito fundamental garantiu dignidade e respeito à mulher que já se encontra em sofrimento por saber que o feto que está em seu ventre não viverá e nem se desenvolverá, evitando que esta tenha que se submeter e se expor ao Poder Judiciário para que seja feita a antecipação do parto.

Por fim, vale ressaltar, que o aborto não deve ser visualizado pela ótica moral e religiosa ante a laicidade do Estado, eis que nosso ordenamento jurídico não permite que tal concepção gere consequências na vida de todos os cidadãos, tendo em vista a liberdade religiosa e as diversas religiões existentes no país.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Karla Ferraz dos *et al*. Aborto e saúde pública no Brasil: reflexões sob a perspectiva dos direitos humanos. **Saúde em Debate**, Rio de Janeiro, v. 37, n. 98, p. 504-512, set. 2013. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/sdeb/v37n98/a14v37n98.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Gestação de fetos anencefálicos e pesquisas com células-tronco: dois temas acerca da vida e da dignidade na constituição. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 241, n. 8, p. 93-120, set. 2005. Disponível em:

<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43329/44670>. Acesso em: 20 nov. 2019.

BEZERRA, E. S. **Controvérsias sobre a legalização do aborto anencefálico**. Rede de Ensino Flávio Monteiro de Barros-FMB. Campina Grande, 2010. Disponível em: <http://www.jfpb.jus.br/biblioteca_trabalhos_academicos.jsp>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BORSARI, Cristina Mendes Gigliotti *et al*. O aborto inseguro é um problema da saúde pública. **Feminina**, Rio de Janeiro, v. 40, n. 2, p. 63-68, abr. 2012 *apud* TEODORO, FLM. **Aborto eugênico: delito qualificado pelo preconceito ou discriminação**. Curitiba: Editora Juruá; 2007. p. 61-73. Disponível em: <http://files.bvs.br/upload/S/0100-7254/2012/v40n2/a3094.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

BRANDÃO, Elaine Reis; CABRAL, Cristiane da Silva; AZIZE, Rogerio Lopes; HEILBORN, Maria Luiza. Homens jovens e aborto: a perspectiva masculina face à gravidez imprevista. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 36, n. 1, p. 1-120, fev. 2020. FapUNIFESP (SciELO). Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2020001305008&tlng=pt>. Acesso em: 29 jun. 2020.

BRASIL. Código Penal (1940). Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal nº 1988, de 05 de outubro de 1988. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL. Código Civil (2002). Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 21 nov. 2019.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADI nº 3510. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF. 29 de maio de 2008. **Diário de Justiça.** Brasília, 29 mai. 2008. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 54. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. **Diário de Justiça**. Brasília, 12 abr. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Adpf nº 54-8. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 31 de julho de 2008. **Diário Oficial da União**. Brasília, 31 jul. 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAdpf54/anexo/adpf54audiencia.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2019.

CANOTILHO, José Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA (CFM – Brasil). **Resolução Normativa nº 1.989/2012**. Publicada no D.O.U. de 14 de maio de 2012, Seção I, p. 308 e 309. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1989_2012.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2019.

COSTA, S. L. **O Aborto e suas concepções éticas**. Faculdade UNDB. São Luís, 2008. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos>. Acesso em: 20 nov. 2019.

DELTA. **Enciclopédia Delta Universal**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Delta, 1987.

FLORES, Alfredo de J. Uma reflexão sobre a ADPF 54: a condição jurídica do anencéfalo. **Revista Quaestio Iuris**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 173-205, jun. 2005. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11620/9104>. Acesso em: 20 nov. 2019.

GALUPPO, Marcelo Campos. Oque são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 233, *apud* FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional,** 8 ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 317.

GOLLOP, Thomaz Rafael. Por que despenalizar o aborto? **Revista Ciência e Cultura**, São Paulo, v. 61, n. 3, p. 4-5, jun. 2009. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252009000300002>. Acesso em: 22 nov. 2019.

LEAL, Jordânia Márcia Carvalho. **O Aborto, uma decisão da mulher e a polêmica nos debates para elaboração das leis brasileiras**: o caso Giovanna. 2013. Disponível em: <http://jordaniamarciacl.blogspot.com.br/2013_10_01_archive.html>. Acesso em: 20 nov. 2019.

MENDES, Gilmar. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Direito Público**, v. 5, n. 20, 2008.

NASCITURO. *In:* DICIONÁRIO Michaelis. Brasil: Michaelis, 2019. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/nascituro/>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SAHÃO, Maíra Priscinotti; PRADO, Martha Asuncion Enriquez. Antecipação do parto de feto anencefálico à luz dos direitos da personalidade e dos princípios constitucionais. **Revista Ciências Sociais e Humanas**, Londrina, v. 30, n. 2, p. 159-176, 2009 *apud* PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004. v. 1. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/seminasoc/article/view/3667>. Acesso em: 22 nov. 2019.

SANTOS, Vanessa Cruz; ANJOS, Karla Ferraz; SOUZAS, Raquel; EUGÊNIO, Benedito Gonçalves. Criminalização do aborto no Brasil e implicações à saúde pública. **Revista Bioética**, v. 21, n. 3, p. 494-508, 2013 *apud* ALMEIDA, H. B. **Aborto: o grande tabu no Brasil**. Católicas pelo Direito de Decidir. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n3/a14v21n3.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2019.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; OLIVEIRA, Cecília Barroso de. O direito à orientação sexual como decorrência do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. **Revista Novos Estudos Jurídicos,** 2009. p.117 *apud* SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLAVERDE, Roberta Marques Benazzi. **Personalidade jurídica do anencéfalo**. 2011. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2131/tde-11062013-112204/pt-br.php>. Acesso em 22 nov. 2019.