

ANENCEFALIA

ABORTO, PERSONALIDADE JURÍDICA E DIREITO À VIDA

Luís Fernando Cavalheiro MARQUEZANI¹

RESUMO: Anencefalia é um dos problemas mais graves envolvendo os seres humanos e é nada mais, nada menos, do que a má formação do cérebro na fase embrionária, impedindo a existência de qualquer atividade cerebral e, segundo o Direito, a existência de vida em potencial. Sendo assim, o aborto de fetos com tal doença é assunto muito tratado e discutido no ordenamento jurídico brasileiro, exigindo muita cautela e coerência do Supremo. Não apenas aborto vale discussão, como também as questões acerca do direito à vida e da personalidade jurídica de cada um. Estudar, analisar e ter muita precaução são fatores usados pelos ministros à fim de tomar decisões como essa e estabelecer a legalidade ou não destes temas, polêmicos e divergentes.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Vida. Personalidade. Concepção.

1. INTRODUÇÃO

Para a produção deste artigo e uma análise minuciosa da anencefalia e dos direitos humanos fundamentais, com enfoque na interrupção gestacional dos fetos anencefálicos, foram utilizadas doutrinas, artigos científicos do tema, e internet, bem como os conhecimentos do Direito e dos códigos positivados.

O principal objetivo deste artigo foi apresentar os conceitos de anencefalia e aborto, bem como seus percursos históricos e suas relações diretas com os direitos de personalidade e da vida. Além disso, buscou – se aqui estabelecer os escritos dos códigos penal e civil, e da Constituição Federal, e também as divergências nas decisões dos ministros do Supremo quanto ao tema em questão, com ênfase no Direito Civil.

¹ Discente do 2º termo D do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Ifcm0403@gmail.com

Como encerramento, buscou – se deixar registrado as diversas visões e opiniões acerca da interrupção da gestação do anencefálico, com vista especial aos escritos do novo Código Civil, de 2002. Ainda, tentou – se estabelecer uma possível conclusão plausível quanto ao tema aqui discutido e apresentado da forma mais clara possível.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O ABORTO

Quando se fala em aborto, geralmente vem à mente a ideia de ilegalidade e crime. Entretanto, não é bem assim. A palavra aborto remete a duas noções distintas, a criminosa e a natura, ou melhor, acidental e, por isso, deve ser estudada antes de quaisquer conclusões.

2.1 - O que é aborto: conceito e o fato social de Durkheim

O aborto é a expulsão, espontânea ou provocada, do embrião ou feto, do útero, antes do momento em que ele se torna viável. O feto é considerado inviável antes de 20 semanas completas de gestação, sendo o aborto considerado espontâneo quando interrompido natural ou acidentalmente; e provocado, quando causado pela ação humana.

Relacionando o aborto com o fato social, o sociólogo Émile Durkheim (2002, p.11) afirma, em uma de suas teorias, que:

É fato social toda a maneira de agir fixa ou não, suscetível de exercer sobre o indivíduo uma coerção exterior: ou então ainda, que é geral na extensão de uma sociedade dada, apresentando uma existência própria, independente das manifestações individuais que possa ter.

Deste modo, trabalhando com sua ideia de sociedade, considerava-se que o aborto era um fato social, assim como vários outros existentes, já que o homem não viveria fora de uma sociedade e não só ele, como também suas ações, seriam resultados da sociedade em que estivesse vivendo, bem como o aborto em si.

2.2 - Evolução histórica do aborto: no mundo e no Brasil

Tem-se registro de que o aborto acontecia desde a antiguidade, sendo mencionado no Código de Hamurabi, criado pela civilização babilônica no século V a.C. “O Código de Hamurabi (1700 a.C) considerava o aborto um crime contra os interesses do pai e do marido, e também uma lesão contra a mulher. ” (UEDA, 2001, p.45)

Na Grécia, o aborto era realizado como forma de limitar o crescimento populacional e mantê-lo estável. Era uma prática bastante utilizada pelas prostitutas e defendida pelos principais pensadores da época, como Platão e Aristóteles. “Na visão de Aristóteles, nos casos de aumento excessivo de população, deveria ser autorizado o aborto antes, do que ele chamava de animação do feto. ” (UEDA, 2001, p.46).

Apesar das civilizações gregas e romanas permitirem o aborto, este poderia ser considerado crime quando ferisse o direito de propriedade do pai sobre um potencial herdeiro. Isso acontecia porque tais civilizações eram patriarcais, e o homem detinha o poder absoluto, havendo uma necessidade de um herdeiro para a sucessão do poder. Nesse sentido, o aborto era considerado crime devido a um interesse político e patriarcal, apenas. Ainda segundo Rosângela Teruko Ueda (2001, p.46):

Podemos observar claramente, que, no caso supracitado, não há proteção alguma sobre a vida e o direito de viver que possui o feto desde a concepção. O que havia na realidade, era o interesse do marido que sobrepunha ao da mulher, fazendo com que esta, abortasse ou não conforme a outorga marital.

Eis que surge e ganha força o cristianismo e o aborto passa a ser definitivamente condenado. No entanto, no século XIV, com as ideias de São Tomás de Aquino de que o feto não teria alma, ocorre uma maior tolerância da Igreja ao aborto.

De acordo com Giulia Galeotti, autora do livro “História do Aborto” (2004), existe um marco divisório na história do aborto, que seria o século XVIII, principalmente após a Revolução Francesa. Nesse período, passou-se a privilegiar o feto, pelo fato desse se tornar um futuro trabalhador e soldado.

No Brasil enfim, o aborto era feito desde a colonização. A prática do aborto já era realizada pelas mulheres indígenas. Segundo Mary Del Priore (1994), historiadora e professora brasileira, no período colonial existia uma política na qual se proibiam as relações mestiças ou relações que o Estado e a Igreja Católica não pudessem controlar, e o papel da mulher era somente o de reproduzir, para garantir o aumento da população.

Com o passar do tempo, a mulher foi ganhando mais força e notoriedade, bem como respeito, e, nos dias de hoje, muito ainda se discute a respeito do aborto.

2.3 - Aborto como crime no Brasil

Abortos vistos como crimes são aqueles que não se relacionam com estupro, nem com atentado violento ao pudor e nem com os casos em que não há outra alternativa para se salvar a vida da mulher grávida. O Código Penal prevê isso:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro (Aborto humanitário)

II – Se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

Exceto tais casos acima expostos, o Código Penal prevê o aborto como crime, situações em que não há nenhum dos casos previstos acima:

Aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento.

Art. 124 – Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 – Provocar aborto, sem o consentimento da gestante

Art. 126 – Provocar aborto com o consentimento da gestante

Além disso, há agravamento da pena em caso de lesões corporais, previsto em:

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.

A criminalização do aborto é um assunto que vem sendo muito tratado atualmente e vem exigindo maiores esforços e trabalho do sistema jurídico brasileiro, que julga os casos com base no Código Penal. O Código Penal, por sua vez, é antigo e sua criação data do período de Getúlio Vargas ainda, no ano de 1941.

3. ANENCEFALIA E O DIREITO À VIDA

Fetos anencefálicos: ter ou não direitos e personalidade civil e, o mais importante, o direito à vida? Um tema como esse é sempre muito delicado e exige muito do ordenamento jurídico brasileiro e da medicina, em primeiro lugar. É razoável pensar que uma pessoa sem cérebro dificilmente resistirá à vida e, mesmo que consiga sobreviver no parto, deve levar uma vida de muito sofrimento e de pouco tempo. Mesmo assim, a vida é um bem grandioso e inviolável em qualquer hipótese.

3.1 O que é anencefalia: conceito e seu diagnóstico

Anencefalia é uma má formação do cérebro durante a formação embrionária, que acontece entre o 16º e o 26º dia de gestação, caracterizada pela ausência total do encéfalo e da caixa craniana do feto.

O diagnóstico pode ser feito a partir do terceiro mês de gestação por meio de uma ultrassonografia.

As gestações com fetos anencefálicos apresentam alguns riscos. Primeiro, como a criança não tem reflexos para engolir o líquido amniótico, ele fica retido no útero, que pode não contrair na hora do parto, podendo provocar hemorragias. Outros problemas podem ocorrer, como desenvolvimento de hipertensão e deslocamento da placenta.

Assim sendo, o feto anencefálico terá chances remotas de sobreviver. Há casos excepcionais em que a criança cresce e consegue se manter na vida com tal problema.

3.2 O que é direito à vida: conceito legal

A Constituição Federal, no seu artigo 5º, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, garante 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:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade

O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.

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

O direito à vida é absoluto e livre de qualquer distinção ou condição, ou seja, todos o têm, desde a concepção no ventre materno, até a morte, não importando se tem deficiência ou não, a vida é um direito físico e inerente ao ser humano. “Esse direito estende – se a qualquer ente trazido a lume pela espécie humana, independentemente do modo de nascimento, da condição do ser, de seu estado físico ou de seu estado psíquico” (BITTAR, 2008, p.71).

4. CÓDIGO CIVIL

Como se não bastasse a Constituição Federal tratar do direito à vida como um direito individual inviolável, o Código Civil de 2002 protege tal direito, esclarecendo – o. Segundo ele, a vida começa no ventre materno ainda, e, portanto, deve ser protegida desde lá e assegurada ao feto, sem quaisquer distinções.

A pessoa, então, desde de sua concepção no ventre materno, tem seu direito à vida protegido e garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, sendo cabível notar que isso não deve ser confundido com a aptidão para outros direitos e deveres, esclarecida no Código Civil, uma vez que se trata de algo a ser concebido após o nascimento do ser em questão, com vida em potencial, e pessoa de fato.

No Código Civil de 2002, há ainda as previsões acerca da personalidade civil ou jurídica, da capacidade civil, das condições de nascituro e natimorto, bem como a proteção jurídica ao primeiro, todos a serem tratados detalhadamente neste artigo.

4.1 Da aquisição de direitos

Reza o art. 1º do Código Civil de 2002 que “toda pessoa é capaz de direitos e de deveres.” O conceito de pessoa trazido pela norma civil abrange o conceito de pessoa natural (ou ente humano), mas com ele não se confunde. Isso porque é pessoa tanto o ente humano como o ser criado pelo homem que, de uma forma ou de outra, possa ser sujeito de direitos (pessoa jurídica).

No artigo 2 do Código Civil, trata – se de um termo muito importante: a personalidade civil. O atributo jurídico da pessoa passa a existir a partir do momento em que o feto sai do ventre da mãe, quer por parto natural, induzido ou artificial, e tenha vida. É a vida em potencial e plena que dá a personalidade jurídica da pessoa.

Personalidade civil é entendida como a aptidão para se ter direitos e deveres, e passa a existir quando há vida legítima, ou seja, quando o feto se transforma em pessoa de fato.

4.2 Da capacidade

Para Sílvio Rodrigues, docente de Direito na USP, “afirmar que o homem tem personalidade é o mesmo que dizer que ele tem capacidade para ser titular de direitos”. O direito civil pátrio encaixou o conceito de capacidade ao de personalidade, assim pode-se dizer que a capacidade é a medida da personalidade, ou seja, para alguns a capacidade é plena e para outros é limitada:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - Os menores de dezesseis anos;

II - Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I - Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - Os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III - Os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;

IV - Os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Assim sendo, segundo Antônio Chaves, outro docente, mas já falecido, da USP:

Para ser pessoa basta que o homem exista, e, para ser capaz, o ser humano precisa preencher os requisitos necessários para agir por si, como sujeito ativo ou passivo de uma relação jurídica. Eis porque os autores distinguem entre capacidade de direito ou de gozo e capacidade de exercício ou de fato.

Entretanto, capacidade jurídica não é o mesmo que personalidade jurídica. Personalidade jurídica é conceito absoluto, ou seja, ela existe ou não existe, enquanto capacidade jurídica é conceito relativo, ou seja, pode ter-se mais capacidade jurídica, ou menos. Concluindo, a personalidade jurídica é a potencialidade de adquirir direitos e contrair obrigações; a capacidade jurídica é o limite dessa potencialidade.

Capacidade de direito ou de gozo: é a que todos têm e adquirem ao nascimento com vida, não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de se negar sua qualidade de pessoa. Pode ser chamada também de capacidade de aquisição de direitos.

Todo ser humano possui a capacidade de direito, indistintamente, estendendo-se aos privados de discernimento e as crianças, independentemente do seu grau de desenvolvimento mental, podendo assim herdar, receber doações, etc.

Capacidade de fato ou de exercício ou de ação é a aptidão para exercer por si só, os atos da vida civil. Por faltarem para algumas pessoas requisitos como a

maioridade, saúde ou desenvolvimento mental, a lei, no intuito de protegê-las, exige a participação de outra pessoa, que as represente ou assista.

4.3 Dos nascituros

Até então, desde a concepção até o nascimento com vida, o embrião é um nascituro, gerado e concebido com existência no ventre materno; nem por isto pode ser considerado pessoa de fato.

No caso dos nascituros, como ainda não se tornaram efetivas pessoas, possuem apenas expectativas de direitos e deveres. A vida, entretanto, já é um direito garantido, segundo o Direito brasileiro. O nascituro, cuja existência é intrauterina, não deve ser confundido com outra figura, a do natimorto, que é a criança que nasceu morta. Ou seja, todo natimorto foi antes um nascituro, mas nem todo nascituro será um natimorto. Mas, deve ser feita uma observação: os nascituros têm expectativa de direitos e deveres, mas a lei já põe a salvo essa expectativa, garantida, desde sua concepção. “Alcançam esses direitos, de outro lado, os nascituros, dentro da regra geral do novo Código Civil, que lhes reserva direitos desde a concepção.” (BITTAR, 2008, p.13)

Os nascituros possuem apenas capacidade de direito, não de fato.

5. INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL NAS ESFERAS HUMANAS

O Código Civil de 2002, em seu artigo 2, deixa implícito, de certa forma, quando há o início da personalidade civil, e para se chegar a conclusões sobre isso, deve sempre distinguir as possibilidades existentes.

5.1 Nascituros

Para o nascituro, utiliza-se o termo pessoa condicional, se nascer com vida legítima, adquire a personalidade. É como se a personalidade estivesse suspensa:

Discute-se se o nascituro é pessoa virtual. Seja qual for a conceituação, há para o feto uma expectativa de vida humana, uma pessoa em formação. A lei não pode ignorá-lo e por isso lhe salvaguarda os eventuais direitos. Mas para que estes se adquiram, preciso é que ocorra o nascimento com vida. Por assim dizer, nascituro é pessoa condicional; a aquisição da personalidade acha-se sob a dependência de condição suspensiva, o nascimento com vida. (MONTEIRO apud SILVA, 2014)

Ainda sobre a figura do nascituro:

O nascituro é um ente já concebido que se distingue de todo aquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo do nascimento, tratando-se de uma prole eventual. Essa situação nos remete à noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade, de formação, para quem nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido. Por isso, entende-se que a condição de nascituro extrapola a simples situação de expectativa de direito. (VENOSA apud OLIVEIRA, 2014)

A legislação brasileira adotou como regra para início da personalidade civil o nascimento com vida, o qual é verificado por meio da respiração e da atividade cerebral, mas garante ao nascituro expectativa de aptidão.

5.2 Natimortos e anencefálicos

Em estudos de comparação entre os fetos anencefálicos e os natimortos, o ginecologista e obstetra Thomaz Rafael Gollop afirma que a morte cerebral é rigorosamente igual ao que acontece no caso de bebês anencefálicos. Segundo ele e seu estudo, o anencefálico é um morto cerebral que tem batimento cardíaco e tem respiração.

Ser um morto cerebral e apenas ter batimentos e respiração não possibilita ao feto ter a aptidão para ter direitos, e, assim, não lhe existe a personalidade civil. Agora, nos casos em que o feto nasce vivo, mas logo já morre,

houve personalidade civil, ainda que muito breve. Não ter cérebro significa falta de vida em potencial, segundo o Direito brasileiro.

“O feto anencefálico é um natimorto cerebral”. (GOLLOP, Thomaz). Essa frase deixa claro o entendimento do nosso ordenamento jurídico, após a resolução do Conselho Federal de Medicina, que considerou o anencefálico um natimorto cerebral, na lei dos transplantes, acerca da condição do anencefálico de que ele é um morto cerebral, e, por isso, seu direito à vida, ainda que protegido em lei, para todos, poderia ser sacrificado em prol da vida da mãe e sua dignidade e autonomia de vontade. No caso, o ordenamento entende que o anencefálico é como natimorto, que não tem aptidão para direitos e deveres, e nem vida, sendo, então, exceção quanto à proteção do direito à vida acima de tudo. Segundo o informativo “Anencefalia e o pensamento brasileiro em sua pluralidade” (2004, p.32):

Esse é o conceito do ordenamento jurídico brasileiro após a lei dos transplantes. Com a morte cerebral, não há razão para que a mãe, não querendo esperar que a gestação chegue a termo, seja obrigada a mantê-la até o fim, pois ela está gerando um morto cerebral.

Para o Direito brasileiro e seus Códigos, o anencefálico não tem aptidão para direitos e deveres, nem capacidade de fato ou de ato, visto que não possui o órgão chave do corpo humano. Assim sendo, na barriga da mãe, visto já como anencefálico, tornou -se motivo de discussões acerca do seu aborto ser legalizado, já que, mesmo sem nascer, é possível notar que não virá com vida.

A falta de aptidão dos anencefálicos exclui, segundo o Direito brasileiro, a proteção e a importância ao direito à vida dos mesmos, que em tese prevaleceria sobre todas as outras questões, tais como a dignidade da mãe e a sua autonomia de vontade, uma vez que se trata de um bem maior de todos, e inviolável. A vida é protegida desde a concepção até a morte, mas para o ordenamento, parece claro que o anencefálico é uma exceção a isso. Assim, o Supremo Tribunal Federal buscou tratar das polêmicas acerca da interrupção e do direito da mãe de ter sua dignidade preservada, afinal, trata – se de um supra princípio, presente no artigo 1º da

Constituição Federal, inciso III. A discussão será tratada nos itens seguintes deste artigo.

6. PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA – DIREITO À VIDA

O Pacto de San José da Costa Rica é conhecido também por Convenção Americana de Direitos Humanos e é um tratado internacional entre os países membros da Organização dos Estados Americanos, com vigor desde 1978, presente no ordenamento brasileiro como norma constitucional, acima das infraconstitucionais. Nele, busca – se a proteção ampla dos Direitos Humanos, direitos de todos, sem distinções.

No artigo 4 trata – se do direito à vida e, no seu inciso I, está claro:

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

Além dele, a Convenção sobre os Direitos da Criança também busca proteger e garantir, de forma clara, logo em seu preâmbulo, o direito à vida: “A criança, por falta de maturidade física e mental, necessita de proteção e cuidados especiais, aí incluída a proteção legal, tanto antes, quando depois, do nascimento”

Portanto, os pactos ou tratados internacionais de Direitos Humanos protegem, além do ordenamento interno brasileiro, o direito à vida de todos, logo na sua concepção, no ventre materno. Isso, contudo, ainda mantém a ideia do ordenamento jurídico de que o feto anencefálico é juridicamente morto e sem personalidade civil ou capacidade.

7. DISCUSSÃO DO STF FRENTE AO DIREITO À VIDA E ANENCEFALIA

O ordenamento jurídico brasileiro, com sua função de decisão sobre os fatos e assuntos do cotidiano, busca se posicionar e tomar uma frente sobre o caso do aborto e o direito à vida dos anencefálicos.

O tema é delicado e exige muita compreensão, não para menos, está sendo tratado o maior e mais essencial bem do ser humano, a vida.

Assim então, o Supremo Tribunal Federal, poder maior do Judiciário brasileiro, trabalha no assunto e busca chegar a uma conclusão, pensando no melhor, de preferência, aos seres envolvidos em gestações como essa, analisando os riscos e seguindo os escritos da Constituição, no que se chama de hermenêutica. Tudo, por sua vez, deve ser visto e interpretado à luz da Constituição Federal de 1988.

7.1 A discussão do STF – decisão

STF declarou inconstitucional qualquer interpretação do Código Penal no sentido de penalizar a antecipação terapêutica de parto de fetos anencefálicos e, em consequência, reconheceu o direito da gestante de optar pelo aborto do feto anencefálico, sem a necessidade de autorização judicial prévia, quando a anomalia for devidamente diagnosticada por médico habilitado.

Todos os ministros, exceto Lewandowski e Cesar Peluso, votaram a favor da interrupção da gestação, por entenderem que o direito à vida do feto anencefálico, que não tem chance de sobreviver e, se sobreviver, o será por pouco tempo, não pode prevalecer a qualquer custo, em detrimento dos direitos constitucionais da gestante: dignidade da pessoa humana, autonomia da vontade, integridade física, psicológica e moral.

Afirmaram os ministros que obrigar a gestante a manter a gestação de um feto portador de anencefalia equivale a uma espécie de “cárcere privado em seu próprio corpo, assemelha – se à tortura”.

Entenderam, em suma, que os direitos da mulher devem prevalecer frente ao direito do anencefálico, vez que não se trata de vida em potencial, mas de

um natimorto por não ter atividade cerebral, aplicando-se a Resolução nº 1480/97 do Conselho Federal de Medicina, por analogia.

É cabível entender que a mulher gestante deve ser sempre preservada e sua dignidade e sua vida devem estar acima de um morto cerebral, sem vida em potencial, como prevê a Constituição Federal, em seu artigo 1, inciso III: “III - a dignidade da pessoa humana; ” Portanto, nos casos das gestações de fetos anencefálicos, é compreensível a adoção do inciso acima, em que a dignidade humana da mulher como princípio fundamental e sua vida, em potencial, precisam ser preservados. Ao Direito brasileiro e STF em específico, a vida da mãe é mais importante e relevante em caso de morto cerebral, visto desde sua concepção, podendo a mãe optar por não querer geri – lo de vez. Assim sendo, torna – se inconstitucional qualquer punição à mãe que opte pelo aborto nesses casos.

7.2. Os votos contrários

O ministro Ricardo Lewandowski, sexto a votar no julgamento, destacou os limites objetivos do controle de constitucionalidade das leis e da interpretação das normas, conforme a Constituição Federal, a serem desempenhados pelo STF. Afirmou o ministro que o STF só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo a função de tirar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com a Constituição. Com isto, quis o ministro deixar claro que a Corte abusou dos poderes atribuídos aos integrantes do Congresso Nacional, ou seja, jamais pode promover inovações no ordenamento jurídico brasileiro – cabe ao Congresso Nacional alterar a legislação penal para incluir, dentre os casos em que o aborto não é criminalizado, o dos fetos anencefálicos. Destacou, também, que a decisão do Tribunal de descriminalizar o aborto de feto anencefálico, ainda que a legislação penal não contemple esta hipótese, pode dar acesso à interrupção da gestação em inúmeros outros casos.

O ministro Cezar Peluso, por sua vez, destacou seu entendimento de que o feto anencefálico é portador de vida, ainda que não previsto plenamente no ordenamento brasileiro e, em consequência, deve ter os seus direitos tutelados, com

personalidade civil. Afirmou o ministro que, para que o aborto possa ser considerado crime, basta a eliminação da vida, abstraída toda especulação quanto à sua viabilidade futura ou extrauterina e, portanto, o aborto de feto portador desta anomalia é uma conduta vedada pela legislação penal.

A dignidade da gestante fica em segundo plano para estes ministros acima, pensando em preservar o bebê, mesmo que sem cérebro. Para eles, a vida do bebê vai além da presença ou não do cérebro, pois teria ainda uma dignidade, uma vez que o ordenamento dá a garantia de proteção à vida desde a concepção, em contraponto com o entendimento do mesmo, quanto aos casos de anencefalia, em que o feto seria como um natimorto cerebral e, portanto, sem aptidão para deveres e direitos e sem ter seu direito à vida acima do da mãe, ainda que seja mesmo protegido por lei.

7.3. Marco Aurélio – o relator

Marco Aurélio, um dos relatores e ministros favoráveis ao aborto de fetos anencefálicos, buscou explicar e destacar seu voto dizendo que os fetos em questão são apenas biologicamente vivos, sendo, porém, juridicamente mortos, sem personalidade civil, nem proteção jurídica. Assim, ele relaciona o caso às palavras de Padre Antônio Vieira, que dizia:

E como o tempo não tem, nem pode ter consistência alguma, e todas as coisas desde o seu princípio nasceram juntas com o tempo, por isso nem ele, nem elas podem parar um momento, mas com perpétuo moto, e resolução insuperável passar, e ir passando sempre. (VIEIRA, apud, MELLO, 2015)

A partir da frase de Vieira, o ministro Marco Aurélio fez uma relação e explicou sua posição, também, com base nela:

No ponto, são extremamente pertinentes as palavras de Vieira com as quais iniciei este voto. O tempo e as coisas não param. Os avanços alcançados pela sociedade são progressivos. Inconcebível, no campo do pensar, é a estagnação. Inconcebível é o Misoneísmo. (MELLO, 2015)

Marco Aurélio, portanto, vai a favor da legalização do aborto dos anencefálicos e vai além, como outra forma de justificar sua posição frente ao caso, afirmando que como juridicamente eles são considerados mortos, a interrupção não configura crime contra a vida, mas apenas conduta atípica.

8. CONCLUSÃO

O sistema ou ordenamento jurídico brasileiro não considera vida legítima àqueles sem atividade cerebral e, portanto, aos fetos anencefálicos, assim sendo possível determinar a não existência de personalidade civil aos mesmos.

O cérebro é a parte do corpo mais importante e é o órgão de manutenção do que chamamos de vida, sendo inviável de levar uma vida digna de ser humano sem ele, afinal, é o controle do corpo humano e tudo o que fazemos, desde o pensamento, até aos movimentos mais bruscos, remete à sua função de impulsão.

A ignorância dos conceitos de anencefalia, personalidade civil e aborto é a precursora das tomadas de decisões mais equivocadas e absurdas. Ser ignorante é um retrocesso ao desenvolvimento humano e aos desenvolvimentos das próprias ciências que o rodeiam.

Afirmar ser legal o aborto dos fetos anencefálicos é uma decisão cabível em um ponto e polêmica em outro, pensando não só na mãe do bebê, mas também no próprio. Apesar de deixar a dignidade da mãe de lado, o direito à vida segue sendo o maior de todos e o que deve prevalecer, em todos os casos. Mas, ainda que o direito à vida seja protegido e garantido ao anencefálico como feto desde sua concepção, sua mente seria como uma simples folha em branco, sem nada produzindo e, se não causando a morte imediata dele, um estado vegetativo até que ela venha. E não demora muito. Por isso, considerado natimorto pelo ordenamento brasileiro.

Chegar a uma conclusão única acerca do tema polêmico aqui adotado é extremamente difícil. Ao mesmo tempo em que garante e protege a vida a todos os seres, antes mesmo de terem vida extrauterina, o ordenamento brasileiro permite, depois de decisão por maioria simples, pelo STF, que pode haver interrupção gestacional quando a mãe não quiser ter um filho sem cérebro, alegando, na decisão, ser ele um morto juridicamente falando e, portanto, sem vida a ser protegida e sem direitos e deveres. Para muitos, a decisão polêmica do STF pode ser um golpe duro aos Direitos Humanos, que buscam tratar e proteger bens como a vida a todos, sem qualquer distinção, física ou mental, mas sob o ponto de vista humano apenas. Porém, apesar de tudo, é compreensível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANIS - **Anencefalia e o pensamento brasileiro em sua pluralidade** - 2004

BITTAR, Carlos Alberto - **Os direitos da personalidade**. 7ªed. Forense Universitária, 2008

CHAGAS, Ângela. “**Anencefalia: quanto tempo é possível sobreviver sem cérebro?** ” Disponível em: <<https://noticias.terra.com.br/educacao/voce-sabia/anencefalia-quanto-tempo-e-possivel-sobreviver-sem-cerebro>>

Acesso: 16 de março de 2017

CHRISTINE, Giselle; PATRIARCHA, Malzac. Disponível em:

<[Http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10160&revista%20caderno=3](http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10160&revista%20caderno=3)>

Acesso: 17 de março de 2017

DEL PRIORE, Mary. **História das mulheres no Brasil**. 2ª ed. Contexto, 2004

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico: fato social**. 3ª ed. Martins Editora, 2014

GALEOTTI, Giulia. **História do aborto**. 1ª ed. 70 Edições, 2007

GOLLOP, Thomaz Rafael. **Grupo de estudos sobre o aborto – GEA**

Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/noticias/101626/medico-afirma-que-feto-anencefalo-e-um-natimorto-cerebral>>

Acesso: 16 de março de 2017

GUASQUE, Adriane; GUASQUE, Consuelo; FERRAZ, Maria Antonieta Pailo.

Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?>

Artigo_id=11924&n_link=revista_artigos_leitura

Acesso em: 15 de março de 2017

MELINA, Séfora Souza Rebouças: **“O aborto provocado como uma possibilidade na existência da mulher: reflexões fenomenológico-existenciais”**. Universidade

Federal do Rio Grande do Norte. Natal, 2010. Disponível em:

<<http://www.ibamendes.com/2011/02/breve-historico-do-aborto.html>>

Acesso em: 15 de março de 2017.

MELLO, Marco Aurélio. **Decisão histórica do STF permite aborto de feto anencefálico**. Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI221398,51045->

Marco+Aurelio+Mello+Decisao+historica+do+STF+permite+aborto+de+feto

Acesso: 17 de março de 2017

OLIVEIRA, Janaina Apolinário de. **Os direitos do nascituro**. Disponível em:

https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13977

Acesso: 23 de agosto de 2017

PAIVA, J. A. Almeida. **“A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida.”** <. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2003-nov-](http://www.conjur.com.br/2003-nov-24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida)

[24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida](http://www.conjur.com.br/2003-nov-24/personalidade_civil_comeca_nascimento_vida)>

Acesso: 15 de março de 2017

SILVA, Nathan Lino da. **“Nascituro: analisando suas especificidades”** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27400/nascituro-analisando-suas-especificidades/2>

UEDA, Rosangela Teruko - **Gestação de fetos anencefálicos e seus aspectos jurídicos** – Monografia. Presidente Prudente, 2001

Jus.com.br – o aborto no Brasil e o Tratado Internacional de São José da Costa Rica

Âmbito jurídico.com.br – aborto de anencefálicos – direito à vida e impacto sucessório

Migalhas.com.br – “o início da vida, segundo o STF”

