



UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS

DANILLO MARQUES DA NÓBREGA

O ABORTO DO FETO ANENCEFÁLO À LUZ DO STF

SOUSA - PB
2010

DANILLO MARQUES DA NÓBREGA

O ABORTO DO FETO ANENCEFÁLO À LUZ DO STF

Monografia apresentada ao Curso de Ciências Jurídicas e Sociais do CCJS da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Jardel de Freitas Soares.

SOUSA - PB
2010

Danillo Marques da Nóbrega

O ABORTO DO FETO ANENCEFALO À LUZ DO STF.

Trabalho monográfico apresentado ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como exigência parcial da obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof.: Jardel de Freitas Soares

Banca Examinadora:

Data de Aprovação: 17/06/2010.

Orientador: Prof. Jardel de Freitas Soares

Examinador(a) interno

Examinador(a) externo

AGRADECIMENTOS

Ao meu pai (in memoriam) que infelizmente não pode estar presente comigo neste momento, mas que me ensinou tudo o que venho a ser e o que eu serei nesta vida.

A minha mãe por ensinar-me valores que levo até hoje comigo, valores esses essenciais para a vida.

As minhas irmãs e cunhados por estarem sempre presentes nos momentos mais difíceis.

A todos os meus familiares em geral por me dar uma base, um firmamento para suportar todas as dificuldades pelas quais eu passei em todos os anos de estudo e esforço pessoal.

A minha namorada Emanuelle, por me proporcionar grandes alegrias e por me dar apoio, me ajudando em momentos cruciais na minha vida.

A toda a minha turma, em especial a galera do “inho”, Basílio, Kleyner, Maria Eugenia, Ivanessa, Magda, Christiane, Sandra, Gilmar (baixim), Eraldo, por serem grandes amigos com quem posso contar sempre.

A todos os meus amigos pela compreensão.

Ao Colégio Nossa Senhora Auxiliadora e todos os seus professores, a quem devo toda a sabedoria que tenho.

Aos professores da faculdade por terem paciência durante todos esses anos, em especial, o Professor Doutor Jardel, que foi meu orientador.

A todos os funcionários da Universidade, que de forma direta ou indireta participaram da conclusão de um sonho.

A Deus, por me proporcionar mais um vitória em minha vida.

Enfim, quero agradecer a todos que se fizeram presentes em minha vida.

Dedico esta monografia ao meu pai (in memoriam), minha mãe, as minhas irmãs e cunhados, a minha namorada, a minha família, aos meus amigos e colegas que me ajudaram de diversas formas para a concretização de um sonho.

A tolerância é o preço que temos de pagar por nossa aventura de liberdade. Por nosso amor pela liberdade e pela dignidade, estamos comprometidos a viver em comunidades nas quais não se considera que nenhum grupo é inteligente, religioso ou numeroso o bastante para decidir questões essencialmente religiosas que dizem respeito a todos os demais. Se tivermos uma preocupação verdadeira com as vidas que os outros levam, admitiremos também que nenhuma vida é boa quando vivida contra as próprias convicções e que em nada estaremos ajudando a vida de outra pessoa, mas apenas estragando-a, se a forçarmos a aceitar valores que não pode aceitar, mas aos quais só se submete por medo ou por prudência.

(Ronald Dworkin)

RESUMO

A temática da legalização do aborto de fetos anencefálos vem sendo debatida de forma veemente na atualidade. Entretanto, a legislação penal pátria permite o aborto em apenas duas circunstâncias a seguir dispostas: quando a gravidez resulta de ato violento, o estupro, e nos casos em que a gestação coloca em risco à saúde da gestante. A anencefalia se diz de uma má formação congênita e irreversível, decorrente do mau fechamento do tubo neural, onde um feto acometido de tal anomalia torna-se potencialmente inviável para a vida extra-uterina. O feto quando chega a nascer possui funções meramente vegetativas, não sente dor, emoção, daí o considerar como natimorto. Desta feita, a gestante geralmente apresenta complicações em sua saúde, relacionadas principalmente a sua saúde psicológica, constituindo notável perturbação, uma vez que é obrigada a carregar consigo um ser condenado à morte. Desse modo, gestantes tem sido orientadas por seus médicos a realizarem a retirada do feto acometido de anencefalia, devido esta ser a única solução para esse problema. Contudo a norma brasileira não legalizou o aborto nesses casos, ferindo assim princípios tais quais: o da dignidade da pessoa humana, da liberdade, da legalidade, autonomia da vontade e o direito à saúde da gestante. Dessa forma, o objetivo geral desse trabalho é analisar o aborto de feto anencefálo sob os aspectos jurídicos e sociais, objetivando a legalização dessa conduta, a partir da constatação médica da deformidade, bem como da autorização válida da mãe. Os objetivos específicos são identificar os aspectos históricos e legais do crime de aborto, bem como traçar dados informativos a respeito da anencefalia, inclusive de seus efeitos, ponderar sobre a legalização do aborto anencefálo, se este constitui crime ou inexigibilidade de conduta diversa. Para tanto serão utilizados os métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e dedutivo, apropriados para o desenvolvimento da pesquisa bibliográfica e documental que respaldam o presente trabalho.

Palavras-chave: aborto, anencefalia, legalização, gestante.

ABSTRACT

The topic of legalization of abortion of an anencephalic fetus being debated in the strongest terms today. However, the criminal law country permits abortion in only two circumstances willing to follow: when the pregnancy results from violent acts, rape, and in cases where the pregnancy endangers the health of the pregnant woman. Anencephaly is said of a congenital malformation and irreversible, resulting from poor neural tube, where a fetus suffers from such abnormality becomes potentially viable for life outside the womb. The fetus when it is born has merely vegetative functions, does not feel pain, emotion, hence regarded as stillborn. This time, the woman usually presents complications in his health, mainly related to their psychological health, and is notable disturbance, since it is obliged to carry with one being sentenced to death. Thus, women have been guided by their doctors to carry out the removal of the fetus afflicted with anencephaly, because this is the only solution to this problem. However the Brazilian standard did not legalize abortion in such cases, thus injuring principles such as: the dignity of the human person, freedom, legality, freedom of choice and right to health of pregnant women. Thus, the aim of this study is to analyze the abortion of anencephalic fetus under the legal and social aspects, aiming to legalize this conduct, from the medical findings of deformity, as well as the existing authorization of the mother. The specific objectives are to identify the historical and legal aspects of the crime of abortion, as well as dashed informative data about the anencephaly, including its effects, consider how the legalization of abortion anencephaly, if this is a crime or enforceability of diverse behavior. For both methods are used legal-exegetical, historical, evolutionary and deductive, suitable for the development of research literature and documents that support this work.

Keywords: abortion, anencephaly, legalization, pregnant.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O ABORTO	12
2.1 Origem e evolução do aborto.....	14
2.2 Do aborto e suas formas	16
2.2.1 Aborto Espontâneo	17
2.2.2 Aborto Terapêutico ou Necessário	17
2.2.3 Aborto Sentimental ou Humanitário.....	18
2.2.4 Aborto Honoris Causa	18
2.2.5 Aborto Social ou Econômico.....	19
2.2.6 Aborto Eugênico.....	19
2.3 O aborto sob o enfoque no Direito Comparado.....	20
3 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E SOB OS ASPECTOS RELIGIOSOS, MÉDICOS E ÉTICOS	23
3.1 Tratamento dado ao aborto na legislação brasileira	24
3.1.1 Aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento	25
3.1.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante.....	27
3.1.3 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante	28
3.1.4 Aborto qualificado	29
3.1.5 Aborto legal	31
3.2 Aspectos Religiosos.....	34
3.3 Aspectos Médicos.....	37
3.4 Aspectos Éticos	43
4 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DO FETO ANENCEFÁLO	46
4.1 Posicionamento jurídico atual e o Direito Penal	46
4.2 Fundamentos jurídicos a favor do aborto de fetos anencefálos.....	50
4.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental	52
4.4 Livre Arbítrio x Aborto	60
CONCLUSÃO.....	64
REFERÊNCIAS	67
ANEXOS	69

I INTRODUÇÃO

Atualmente existem várias questões que suscitam dúvidas, angústias, perturbações, inquietações e até mesmo os sentimentos de dor e raiva diante do quão injusto e falho o sistema jurídico atual é.

Uma dessas questões será tratada aqui neste trabalho, realizado através de pesquisas bibliográficas e documentais, que tem como um de seus objetivos analisar e discutir o polêmico caso do aborto de fetos com anencefalia.

É sabido por todos que os fetos que detêm dessa doença, incurável, vale salientar, não tem qualquer possibilidade de vida extra-uterina, tendo em vista que essa doença se diz de uma malformação na caixa craniana do feto, trazendo assim a impossibilidade de vida após seu parto. Dito isto, a presente pesquisa justifica-se pela problemática trazida, tendo como principal fim proporcionar a aquisição, de maneira unânime, da segurança jurídica nos casos de gravidez de fetos anencefálos à sociedade.

Hodienamente nota-se a constante evolução da ciência, trazendo benefícios, e um desses benefícios é que hoje é possível detectar o quanto antes, se o feto possui algum tipo de doença e se essa doença é compatível com a vida ou não, desta feita poderia deixar a escolha da mãe, na hipótese de incompatibilidade, decidir levar a gravidez adiante ou não.

Embora no ordenamento jurídico não exista expressamente alguma lei proibindo que a mulher grávida de um filho que não venha a ter potencialidade de vida extra-uterina, venha a interromper sua gestação, essa conduta se mostra criminosa aos olhos da lei brasileira quanto ao crime de aborto regulado nos artigos 124 a 126 do Código Penal.

Visto isso se mostra-se necessário dizer que quantas mulheres se vêem forçadas a ir até um fim de uma gestação, correndo sérios riscos a sua saúde física e mental, por causa de um sistema que não acompanha o avanço tecnológico e da sociedade, que ainda mantém a letra original de sua publicação datado de 1940.

No segundo capítulo deste estudo será falado sobre a origem e evolução histórica do aborto, trazendo à tona as suas formas, e também o que o ordenamento jurídico diz a respeito do assunto, ponderando sobre os danos ligados, sobre o Direito Comparado, analisando diferentes visões como a do Canadá, EUA, Portugal, dentre outros países.

No terceiro capítulo adentrar-se-á em todas as situações do aborto tais quais, o aborto provocado por terceiros com o consentimento e sem o consentimento da gestante e o aborto provocado pela própria gestante, envolvendo também a problemática do tema sobre os

aspectos religiosos, médicos e éticos. Enfatizando o que vem a ser a anencefalia e suas consequências para a mãe, para o feto que vem a nascer, dentre outras consequências.

E, por último, no quarto capítulo, adentrar-se-á no problema em si, a legalização do aborto de fetos anencéfalos seria um direito de toda mulher em dispor de levar a diante uma gestação já comprometida por uma doença fatal, ou não? A incriminação pela adoção dessa conduta seria violar o princípio da Dignidade Humana? Seria ferir os direitos à liberdade e a autonomia da vontade uma vez que tenha seus direitos assegurados pela nossa Lei maior?

Diante de todas essas indagações este trabalho tem como objetivo precípua a de proporcionar aos cidadãos a obtenção da segurança jurídica, uma vez legalizando o aborto nos casos de anencefalia, e também em casos análogos, em que serão beneficiadas não apenas as gestantes envolvidas, mas toda a sociedade.

Através da legislação existente, da jurisprudência, da doutrina e do direito comparado, serão buscadas as orientações e os caminhos a serem percorridos no desenvolvimento desta Monografia.

Para a feitura do presente trabalho serão utilizados os métodos exegético-jurídico, histórico-evolutivo e dedutivo, apropriados para o desenvolvimento da pesquisa bibliográfica e documental que respaldam o mesmo.

2 ASPECTOS JURÍDICOS SOBRE O ABORTO

Muito se tem discutido sobre o aborto dos fetos com anencefalia, então para tratar bem do assunto é necessário saber os conceitos de aborto e anencefalia. Entende-se por aborto a ação que interrompe, de forma natural, provocada ou acidental, uma gestação, tendo como consequência a morte do feto, onde se pode inferir, desde já, a existência de algumas espécies do mesmo, a serem: os abortos naturais ou involuntários, os acidentais e os provocados ou voluntários, que por sua vez, pode ser criminoso ou legal.

Pode-se afirmar que o conceito de vida tem relação direta com o conceito de aborto, já que para se definir de forma correta o que seria aborto, é mister que se saiba quando se inicia, tanto a vida intra-uterina como a extra-uterina. Segundo Hercules (2004, p. 69):

a vida pode ser encarada sob vários ângulos, conforme o ponto de observação que se proponha. Começando elo nível celular, temos que entender o que é uma célula viva e quando ela deixa de viver. É muito difícil definir o que, em essência, torna diferente a célula viva da que já morreu.

Para que fique mais fácil a compreensão do presente estudo no que tange ao crime de aborto faz-se necessário conceituar o que seria “vida”. A palavra vida vem do latim *vita*, podendo ser conceituado de acordo com o Dicionário Aurélio (1999, p. 435) como:

Conjunto de propriedades e qualidades graças às quais animais e plantas, ao contrário dos organismos mortos ou da matéria bruta, se mantêm em contínua atividade, manifestada em função orgânica tais como o metabolismo, o crescimento, a reação a estímulos, a adaptação ao meio, a reprodução, e outras; existência; o estado ou condição dos organismos que se mantêm nessa atividade desde o nascimento até a morte; o espaço de tempo que decorre desde o nascimento até a morte.

A definição de Hygino demonstra o quão difícil é identificar o momento exato em que a vida intra-uterina se inicia. Rezende (2005, p. 122-123) defende que:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Para que isso ocorra. Necessário se faz o estado da gestação, que para os efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina, pois, a partir daí, o feto é viável. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando um ovo se forma na trompa, pela união dos

gametas masculino e feminino, a e partir daí de inicia a marcha do óvulo fecundado para o útero, com duração média de quatorze dias, dando-se a implantação no endométrio.

Existe um desentendimento entre a medicina e o meio jurídico em relação ao início da vida intra-uterina de acordo com o autor supramencionado. Segundo a medicina, a vida intra-uterina inicia-se com a formação do ovo na trompa, enquanto que para o Direito, com a implantação do ovo no útero. No mesmo sentido, tem-se a lição de Prado (2002, p. 97):

O termo inicial para a prática do delito em exame é, portanto, o começo da gravidez. Do ponto de vista biológico, o início da gravidez é marcado pela fecundação. Todavia, sob o prisma jurídico, a gestação tem início com a implantação do óvulo fecundado no endométrio, ou seja, com a sua fixação no útero materno.

Discussão essa que está longe de se chegar a um consenso, mas o Código Civil em seu artigo 2º reza que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, com isso, entende-se que a vida intra-uterina é um bem jurídico tutelado, no entanto, existem vários questionamentos se a vida inicia-se com a atividade cerebral ou se já existe um ser humano no zigoto como foi citado acima.

O que se sabe é que a vida intra-uterina, ou seja, o nascituro é protegido por nossas leis, e qualquer ato que venha a interrompê-la constitui o crime de aborto.

Aborto, a palavra aborto vem do latim *ab-ortus*, etimologia que transfere a idéia de privação do nascimento, alguns preferem o termo abortamento para designar o ato de abortar. Dessa forma, a prática do aborto, pode ser definida resumidamente como a detenção da gravidez, com a morte do nascituro.

Para Teles (2004) aborto é o ato pelo qual se interrompe de forma natural, acidental ou provocada uma gravidez. Para o professor e doutrinador Capez (2007, p. 110) o aborto nada mais é do que a interrupção da gravidez com a conseqüente destruição do feto diz ainda que, para que haja a configuração do crime em tela, é necessário que a gestante elimine o feto.

Jesus (2003) relata que o termo correto a ser utilizado seria o de “abortamento” para designar a interrupção da gravidez, por se referir ao ato de abortar em si, sendo o aborto fruto da concepção expelido em decorrência da interrupção. Mirabete (2001, p. 93) diz que o aborto é “a interrupção da gravidez com a destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses) não implicando necessariamente sua expulsão”, como defende Capez (2007).

Dentro do que já foi falado sobre o aborto, resta falar do aborto em um caso específico que é o do feto anencéfalo. Há controvérsias quanto aos conceitos de anencefalia, quando de suas formas de diagnóstico e a precisão do mesmo. A ciência evoluiu muito e ao longo do tempo vem ganhando muito mais experiência sobre o ser humano, e entendendo suas doenças, bem como diagnosticá-las com perfeição para tratá-las.

2.1 Origem e evolução do aborto

Muitas das sociedades antigas praticavam o crime de aborto, pois, entre os anos de 2.737 e 2.696 aC, o imperador chinês Shen Nung, cita em um texto médico um abortífero por via oral provavelmente a base de mercúrio, consoante Schor; Alvarenga (2010).

Ao se falar da história do aborto, vale salientar que nem sempre a decisão de abortar ficaria a cargo da mulher, muitas das vezes a decisão de se interromper a gestação, viria por motivos políticos, econômicos e religiosos.

Schor; Alvarenga (2010) diz que Aristóteles preconizava que na antiga Grécia, o aborto era a forma mais eficaz de se limitar os nascimentos e manter estável a sua população, deixando assim inalterado a quantidade de pessoas nas cidades gregas. Já Platão dizia que por motivos eugênicos o aborto era obrigatório para mulheres com idade superior a 40 anos e para preservar a raça pura dos guerreiros. Outrora Sócrates aconselhava às parteiras, por sinal profissão de sua mãe, que facilitassem o aborto às mulheres que assim o desejassem.

Na civilização dos gauleses, o aborto era um direito do pai, já que era incontestavelmente o chefe da família, podendo dispor da vida ou morte dos filhos nascidos vivos ou mortos. Uma situação idêntica acontecia em Roma, que primeiramente com as Leis da República, onde na época se tinha uma alta taxa de natalidade, o aborto não era visto como crime, ou seja, a mulher poderia praticar a conduta de abortar o feto, que era considerado simplesmente como produto da concepção, dispondo assim de seu corpo, vez que ia de encontro com os interesses da República. Fato esse que tempos depois mudou. O aborto agora seria visto como crime, sendo a mulher punida com castigo, pois, isto feria os direitos do pai à prole.

Vê-se que nesse momento os romanos não estavam preocupados com o direito do feto à vida, mas sim o direito do pai à prole. Com a ascensão do Império Romano, houve um forte

declínio da taxa de natalidade, o que repercutiu imediatamente na legislação sobre o aborto, sendo considerado crime contra a segurança do Estado.

Com o aparecimento do Cristianismo, o aborto passou a não ser tolerado pela sociedade, pelo Estado e muito menos pela Igreja que conforme evolução histórica da instituição, nem sempre foi tão rígida. São Tomaz de Aquino em sua tese pregava que o feto só estaria animado após quarenta ou oitenta dias de sua concepção, com isto, a mulher que praticasse o aborto dentre este lapso temporal, não deveria ser punida.

Ainda na fase do Cristianismo, no ano de 1969, a Igreja Católica pôs fim a tese de Tomaz de Aquino, dizendo que o feto já possuía alma a partir de sua concepção, sendo assim, a mulher que abortasse estaria praticando um crime, onde deveria ser punida, além de sofrer penitência pela prática de pecado mortal.

No entanto, afirma Silva, N. apud (Del Priore, 2010) que, não obstante tamanha rigidez, a Igreja via com mais benevolência o caso da mulher enferma, a saber:

que estando a mulher com enfermidade perigosa e não havendo outro remédio para a curar, se lhe poderá dar remédio de sangria, purga ou outro semelhante ordenado directe a saúde da enferma, ainda que por accidens, se siga o aborto de feto animado ou não animado. E a razão é porque a mãe tem o direito de conservar sua vida.

A partir do século XIX com a chegada da Revolução Industrial e êxodo rural proveniente desta, as cidades tiveram um super crescimento populacional ao passo que não tinham estrutura física e social para suprir tal população, com isto, houve uma superlotação, e diversos problemas surgiram como: miséria, desemprego, fome, violência, e também houve um grande aumento na prostituição, que trouxe um crescente numero de adultérios, gerando, assim, um aumento no número de abortos, oriundos em sua maior parte de relações extraconjugais.

Com tudo isso ocorrendo a sociedade se dividiu em duas classes: a burguesia e o proletariado. A burguesia era composta da classe alta e o proletariado da baixa. Com o crescente número de abortos ocorridos, houve um declínio na taxa de natalidade acarretando na queda da mão de obra barata, o que nada agradou a classe burguesa, pois era o que mais interessava as indústrias.

No século seguinte, a luta contra a prática abortiva foi ainda maior, principalmente em sua primeira metade, devido a grande baixa populacional ocorrida durante a Primeira Guerra Mundial que devastou grande parte dos países europeus, com exceção da União Soviética que

não considerava o aborto como crime com a Revolução Industrial, sendo o primeiro país a legalizá-lo, onde não se utilizava a Teoria Malthusiana do controle populacional, e sim, única e exclusivamente a questão da emancipação das mulheres.

Após a Segunda Guerra Mundial manteve-se rígida a proibição no tocante a prática do aborto, em virtude, do grande número de soldados mortos que deveriam ser “substituídos” pelos nascimentos seguintes, deixando equilibrada a taxa populacional.

Em 1960, através de grupos feministas, a corrente que queria a liberalização do aborto, ganhou mais força. Eles visavam o livre arbítrio da mulher para que pudessem decidir sobre questões como levar uma gravidez adiante ou não, mostrando assim a força da mulher na sociedade, em razão da sua emancipação na estrutura social e na evolução dos costumes da sociedade.

Sendo assim, pode-se observar que com a evolução humana, a tendência à liberalização da prática abortiva vem crescendo e se fortalecendo cada vez mais, vários países já possuem esse entendimento, não incriminando o aborto até o terceiro ou quarto mês, como é o caso da Alemanha, Áustria, Dinamarca, Hungria, Japão, etc., o que ainda não é o caso do Brasil.

2.2 Do aborto e suas formas

Para uma melhor compreensão desta pesquisa científica, torna-se imprescindível analisar o crime de aborto a partir de uma visão tradicional exposta pelos penalistas clássicos, como também uma visão mais arcaica, pois é necessário que se elucide todas as questões pertinentes a este crime para que posteriormente se possa adentrar no tema específico proposto. Diante disto são expostas as modalidades de aborto a seguir:

2.2.1 Aborto Espontâneo

Um aborto espontâneo é a perda da gravidez devido a causas naturais antes da vigésima semana de gestação. A maioria dos abortos espontâneos acontece no começo da gravidez, muitas vezes antes até da mulher saber que está grávida. A causa mais comum é um defeito cromossômico no embrião ou feto que impede seu desenvolvimento natural. O defeito pode ser hereditário, causado pela exposição da mãe a certos medicamentos ou radiação, ou resultar de doenças infecciosas.

Existem dois tipos de aborto espontâneo: o aborto iminente e o inevitável.

O aborto iminente se diz uma ameaça de aborto. A mulher tem um pequeno sangramento seguido de dores nas costas e outras semelhantes às cólicas menstruais, enquanto que o aborto inevitável é quando a mulher tem dilatação do útero para expulsão do feto seguido de dores muito fortes e hemorragia.

2.2.2 Aborto Terapêutico ou Necessário

O aborto terapêutico ou necessário acontece quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Deste modo sacrifica-se o feto em favor da gestante, sopesam-se duas vidas, decidindo-se pela vida da gestante; é caso de estado de necessidade. Isto acontece em decorrência de diversos fatores como anemias profundas, cânceres, má formação da mulher, diabetes, gravidez extra-uterina etc. Em se tratando de perigo de vida iminente, é dispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, o médico estará agindo em estrito cumprimento do dever legal, note que a tomada do consentimento da gestante ou de seu representante não era possível. Deve-se ressaltar que apenas o médico está autorizado a fazê-lo, a excludente não pode ser alegada por parteiras, enfermeiros ou qualquer outro profissional.

2.2.3 Aborto Sentimental ou Humanitário

O aborto sentimental, também conhecido como ético ou humanitário, ocorre quando a concepção foi feita mediante estupro ou atentado violento ao pudor (apesar de não constar da lei, a doutrina e a jurisprudência, por analogia, também permite neste caso). O consentimento prévio da gestante ou de seu representante legal é indispensável. Note que a lei, neste caso, não exige autorização judicial, o estupro é crime de ação penal pública condicionada à representação, portanto, não se poderia exigir a existência de um processo contra o autor do crime sexual, muito menos, uma sentença condenatória. O médico, para sua própria segurança, evitando futuros aborrecimentos judiciais deve tomar este consentimento por escrito, na presença de duas testemunhas idôneas, fazendo constar a causa da possibilidade do aborto ser legal, isto é, o estupro, e, quando for possível, deve certificar-se da veracidade do alegado.

2.2.4 Aborto Honoris Causa

Antes de apresentar a definição, cumpre salientar, que esta modalidade de aborto é considerada crime no sistema jurídico brasileiro, vez que não participa do rol taxativo do artigo 128 do Código Penal.

O conceito de aborto *honoris causa* é bastante simplório, sendo aquele que permite que a mulher ponha fim a gestação para que não tenha sua honra abalada. Por motivos óbvios essa modalidade de aborto é punida no Brasil como em diversos outros países, isso ocorre, pois a mulher não pode levar um mero capricho sobre um bem jurídico valioso para a sociedade. Ademais, com as mudanças dos paradigmas sociais não há que se falar em desonra, atualmente, em decorrência de uma gravidez indesejada. Portanto, de modo inquestionável, o aborto *honoris causa* é punido.

2.2.5 Aborto Social ou Econômico

Assim como o aborto *honoris causa*, o aborto social ou econômico também é considerado crime segundo Código Penal. O aborto social ou econômico seria aplicado nos casos de família numerosas, para não lhe agravar a situação social e econômica. Em outras palavras, se aplicaria nos casos em que as famílias passam por diversas dificuldades financeiras e que o aparecimento de um novo ser somente traria mais miséria para aqueles membros, bem como para a nova vida que surgiria.

2.2.6 Aborto Eugênico

O aborto eugênico também conhecido como eugenésico é aquele que permite que a mulher interrompa gravidez quando há a possibilidade de que a criança nasça com anomalias hereditárias. Vale ressaltar que não é necessário que o feto não consiga sobreviver, bastando anomalias graves. Essa modalidade de aborto esteve em vigor na Alemanha no ano de 1933, na época de Hitler, em sua busca por seleção de raças superiores.

Tal espécie de aborto pretende não expor os pais ao sacrifício de ter um filho anormal, com deficiências que acabam por transtornar toda a vida dos progenitores, vez que precisariam de muitos recursos para que a vida de seus filhos pudesse ser prolongada. Em decorrência disso, teria a gestante o direito de decidir a respeito da interrupção ou não da sua gestação. Neste contexto, Gomes entende que:

A interrupção da gravidez para evitar o nascimento de um ser monstruoso, ou apenas deficiente, malformado, ampara na maioria dos códigos dos países desenvolvidos, continua sendo considerada como crime em nosso meio. Mesmo que haja probabilidade de fetopatias graves, tal como ocorre na gravidez em que a mulher contrai rubéola no primeiro trimestre, a realização do aborto não é permitida no Brasil. Nossos legisladores entendem que a probabilidade de nascer um indivíduo defeituoso não autoriza o médico a eliminá-lo. Muito menos a sacrificar a vida dos que não nasceriam incapacitados.

Ademais o aborto de feto anencéfalo identifica-se e até se enquadra nos casos de aborto eugênico. Porém, vale frisar que este segundo é mais vasto, englobando todas as possibilidades de anomalias hereditárias, incluindo casos em que o feto possui rubéola, síndrome de *down* e outras anormalidades. Todavia, faz-se necessário esclarecer que o enfoque do presente trabalho é somente o da descriminalização dos fetos que padecem de anencefalia, já que é sabido que não há chances destes sobreviverem fora do útero.

2.3 O aborto sob o enfoque no Direito Comparado

Em uma publicação feita no *World Atlas of Birth Defects* (Atlas Mundial de Nascimento Imperfeitos), após um estudo que foi realizado entre os anos de 1993 e 1998 em 41 países, onde foi feito um levantamento de dados que se referem ao número de nascidos vivos ou mortos, é possível traçar um mapa da anencefalia, como fez a OMS (Organização Mundial de Saúde).

Este estudo mostra que em relação ao número de nascidos com anencefalia, os países que possuem as taxas mais elevadas são respectivamente, o México, Chile, Paraguai e Brasil, sendo que o Brasil possui índice de 8,62 casos para cada 10.000 (dez mil) nascimentos. Por outro lado, países como a Croácia, França, Itália, Hungria, Cuba, Suíça e Bélgica possuem baixo índice de casos de feto anencéfalos, chegando apenas a 0,1 casos a cada 10.000 (dez mil), caso bem diferente ao anterior que chega a ser várias vezes superior a este, onde se pode explicar que tal diferença se dá diante de que estes países desenvolvidos permitem a interrupção da gravidez quando essa anomalia é diagnosticada.

Com o Brasil, em relação a esta resistência a liberação do aborto nos casos de anencefalia, encontra-se também as nações africanas, islâmicas e grande parte da América Latina. Mas, o Brasil, dentre os países contra o aborto de feto anencéfalos, é o que possui as leis mais rígidas quanto ao tema. Já em países como Canadá, EUA, Portugal e Espanha, foi dado à mulher o direito de levar a diante ou não, a gestação, a partir do momento em que é diagnosticada a anomalia fetal.

Um sentimento de reprovação moral e religiosa vem sendo estigmatizado por isso algumas legislações preferem adotar a nomenclatura de Interrupção Voluntária da Gravidez (IVG) ao invés de aborto.

Na Alemanha, o Código Penal, na seção dos crimes e delitos contra a vida, disciplina o auto-aborto, o aborto provocado com ou sem o consentimento da gestante e o anúncio de produtos e práticas abortivas onde o aborto terapêutico é consentido desde que realizado até o terceiro mês de gravidez. Após decisão da mãe e do médico, a gestante será submetida a um acompanhamento psicológico, sendo que a interrupção da gestação deverá acontecer num prazo mínimo de três dias após esse acompanhamento. Quando a mãe for motivada por malformação do feto, a interrupção da gestação poderá ser feita nas primeiras 22 semanas. Se for em razão de dano à saúde da mesma, esta não está condicionada a nenhum prazo. Conta-se com a gratuidade por parte do Estado para esta cirurgia.

Na França, a interrupção poderá ser feita em até (06) seis meses de gestação. Quando a gestante for menor de 18 (dezoito) anos, torna-se necessário o consentimento dos pais. Quando se tratar de malformação fetal e risco de saúde ou vida da mulher, é preciso um certificado médico, que deverá ser reconhecido por um tribunal administrativo. O Estado custeia 80% (oitenta por cento) das despesas hospitalares.

Na Itália, há a necessidade de certificado médico e do consentimento dos pais para menores de 18 (dezoito) anos, que pode ser suprido judicialmente, além de acompanhamento psicológico. A lei estabelece que as interrupções por motivos sociais e econômicos deverão ocorrer nos primeiros 3 (três) meses de gestação. Para os demais casos de malformação fetal ou de risco de vida da gestante a interrupção poderá ocorrer fora desse prazo.

Em Portugal, após reforma do Código Penal de 1997, o prazo para que seja interrompida a gestação quando se tratar de preservação da vida ou da saúde física ou psíquica da mãe deverá proceder-se nas primeiras 12 semanas. Quando a gestação for caracterizada pela má formação ou padecimento de grave doença por parte do feto, o limite será de 24 semanas.

Muitos outros países adotam procedimentos semelhantes, só diferenciando na maneira da execução da interrupção em função do tempo e da gravidade da situação. Desta feita, percebe-se, portanto, num exame do direito comparado varias formas de tutela jurídica do nascituro, caso semelhante acontece na Espanha, quando o Código Civil Espanhol diz que o recém nascido só possuirá personalidade se possuir forma humana.

Em contrapartida, o Código Civil Argentino atribui personalidade, a partir de sua concepção, mas alguns direitos ficam condicionados à dependência do nascimento. Dito isto, o art. 70 de tal diploma reza que:

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

Diante disto, muito se tem discutido atualmente em relação ao tratamento que é dado à questão do aborto nos casos de anencefalia em nossa legislação, devido muitas pessoas acreditarem que o Estado brasileiro é que deve dar apoio às mulheres no que diz respeito às suas decisões reprodutivas.

3 O ABORTO NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA E SOB OS ASPECTOS RELIGIOSOS, MÉDICOS E ÉTICOS

Hodiernamente a anencefalia consiste numa doença de grande repercussão social, tendo em vista que é caracterizada pela má formação congênita e irreversível decorrente do mau fechamento do tubo neural que geralmente ocorre entre o 23º e 28º dias da gestação, atingindo aproximadamente um bebê em cada mil, que nascem em todo o mundo, mais significativamente em países subdesenvolvidos. No Brasil a taxa é alta e vem preocupando o governo e também a população, a cada 10.000 nascidos vivos, 18 deles acabam por ter essa anomalia e na maioria são do sexo feminino (PINOTTI, 2004).

Alguns autores dizem que é imprópria a terminologia que se usa para falar da anencefalia, pois grafologicamente significa sem encéfalo, o que não acontece com quem é atingido por essa anomalia. Visto isso, muitos propõem outros termos, tais quais: meroanencefalia e holoanencefalia, para que se possa diferenciar respectivamente, os casos em que há a presença parcial ou total do encéfalo. A definição de anencefalia pode ainda ser encontrada em doutrinas jurídicas, neste sentido Diniz (2001, p. 281) a conceitua da seguinte forma:

pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por mal formação congênita, não possui uma parte do sistema nervoso central, ou melhor, faltam-lhe os hemisférios cerebrais e tem uma parcela do tronco encefálico (bulbo raquidiano, ponte e pedúnculos cerebrais). Como os centros de respiração e circulação sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencéfalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Nesse mesmo diapasão o professor Barroso em sua petição inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 54, com base na literatura médica defende que a anencefalia consiste na má formação 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.

Agora a celeuma gira em torno da interrupção da gravidez nos casos em que a anencefalia é comprovada, denotando com isso o conflito existente entre os âmbitos científicos e religiosos, uma vez que a ciência de que se fala não diz respeito apenas a medicina, mas engloba também as ciências jurídicas e sociais, mostrando que os costumes

religiosos e morais se contrapõem aos avanços tecnológicos, trazendo assim vários debates na seara jurídica e na sociedade.

Além disso, o que se busca tanto de um lado como de outro é que os atos e decisões sejam revestidos de ética por parte das pessoas envolvidas, uma vez que para cada âmbito a ética tem um significado próprio e os interesses defendidos por eles são diferentes.

3.1 Tratamento dado ao aborto na legislação brasileira

Consta de 1830 a primeira menção ao crime de aborto praticado no Brasil, quando somente criminalizava o aborto praticado por terceiros, no então Código Criminal do Império, deixando assim o aborto praticado pela própria gestante sem previsão legal, visto que este só passou a ter previsão legal em 1890.

No que diz respeito à tipificação da figura do aborto, este veio a acontecer no ano de 1940 com o Código Penal, que está em vigor até esta data. O aborto encontra-se previsto no Título I “Dos Crimes Contra a Pessoa” e Capítulo I “Dos Crimes Contra a Vida”.

Quando a gestante pratica o auto-aborto, delito conhecido como crime de mão própria, apenas a própria gestante pode ser autora do crime, por ser tratado como crime especial, embora admita a participação de terceiros, em hipóteses de concursos de pessoas, mas quando o aborto é provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da mesma, qualquer pessoa pode ser o autor, já que se trata de crime comum.

No que se refere as duas primeiras figuras do aborto, o sujeito passivo será o feto, nessa mesma idéia raciocina Fragoso *apud* (Mirabete, Lições. Ob. Cit. V.1, p. 127), ao dispor que: “Não é o feto, porém, titular de bem jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo é o Estado ou a Comunidade Nacional”. De outro lado, quando o aborto é praticado sem o consentimento da mãe, segundo Damásio (1999, p. 118), o sujeito passivo será o feto e a mãe.

Deve-se destacar que a norma penal não faz qualquer distinção entre ovo (três primeiras semanas de gestação), embrião (de três semanas a três meses) ou feto (após três meses de gestação), uma vez que, em qualquer dessas fases, havendo a interrupção da gestação antes do início do parto, estará caracterizado o crime de aborto.

Capez (2007) ensina que para ser caracterizado o crime de aborto, se faz necessário que se prove a vida do feto ao tempo da conduta abortiva, pois se o mesmo já se encontrava

morto ou não existia gravidez, tem-se um crime impossível em razão da absoluta impropriedade do objeto. Da mesma forma, os meios que foram utilizados devem ser absolutamente idôneos a obtenção do resultado – morte do feto – pois, se forem ineficazes, ter-se-á também um crime impossível, agora diante dos meios inúteis para a obtenção do resultado.

O crime de aborto apresenta como tipo subjetivo o dolo consistente na vontade livre e consciente de causar a morte do feto. Dessa forma, “deve o agente estar consciente da existência da gravidez, fazer a previsão de que com a conduta poderá interrompê-la, matando o ser humano em formação e agir com vontade livre de alcançar esse resultado” (TELES 2004, p. 177). Podendo ainda o dolo ser direto que é aquele feito intencionalmente a causar determinado resultado e o dolo indireto ou eventual, quando o agente assume o risco de causar certo resultado, como exemplo, um homem que agride uma mulher sabendo que ela está grávida, onde o sujeito responderá em concurso formal, por aborto e lesão corporal.

No que diz respeito à efetiva consumação do crime, sendo este um delito material, o mesmo se dará no momento da obtenção do resultado, não se fazendo necessária a expulsão do feto para que se caracterize o delito, basta apenas que o produto da concepção esteja morto, isto porque, nem todos os casos o feto é expelido do organismo da gestante.

No diploma legal pátrio, o delito de aborto apresenta cinco figuras típicas, quais sejam: aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento – auto-aborto (CP art. 124); aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (CP art. 125); aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (CP art. 126); aborto qualificado (CP art. 127) e aborto legal (CP art. 128), que serão expostos a seguir.

3.1.1 Aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento

A primeira figura típica denominada pela legislação sendo o aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento denominado auto-aborto, configurando-se em duas modalidades previstas no artigo 124 do Código Penal. O primeiro tipo está disciplinado na primeira parte do artigo, onde fala na gestante provocar o aborto em sim mesma, e o segundo tipo, disciplinado na segunda parte, fala na gestante consentir que outrem lho provoque.

Ainda no primeiro tipo leciona Damásio (1999, p. 120) que a gestante provoca em si mesma a interrupção da gravidez, causando a morte do feto, através de meios executivos químicos, físicos ou mecânicos. No segundo tipo ela é de acordo, presta consentimento para que um terceiro o faça.

Como já analisado anteriormente o auto-aborto é crime de mão própria, e por isso, somente a gestante pode cometê-lo, não impedindo, contudo, que um terceiro participe. Nesse sentido Teles (2004, p. 176) ensina que: “o terceiro que induz ou instiga a gestante a provocar o auto-aborto ou ainda colaborar de modo secundário sem inferir na execução do procedimento típico, sem ter, portanto, poder de decisão, domínio do fato, será partícipe”. Há ainda uma questão bem interessante no que diz respeito a uma possibilidade de concurso de agentes nos casos de auto-aborto e aborto consentido em que a doutrina se divide.

Jesus (2003, p. 124) posiciona-se da seguinte forma:

é admissível a participação na hipótese em que terceiro induz, instiga ou auxilia de maneira secundária a gestante a provocar aborto em si mesma. Se porém o terceiro executar ato de provocação, não será partícipe do crime do art. 124 do CP, mas sim autor do fato descrito no art. 126 (provocação do aborto com consentimento da gestante).

Já para outros doutrinadores não existe a possibilidade de concurso de agentes para o delito de auto-aborto, vez que “quem participa do fato, ainda que apenas induzindo ou auxiliando a agente, por exemplo, responde sempre como partícipe do crime do art. 126 do Código Penal”. (MIRABETE, 2001, p. 96).

Há também um entendimento jurisprudencial que relata que mesmo o terceiro atuando como partícipe, este seria enquadrado no art. 126 do CP; entretanto, este necessita de fundamentação, uma vez que é impossível o concurso de pessoas na modalidade da co-autoria, sendo assim, responderá apenas por participação. Neste diapasão, elucida Capez (2007) que jamais pode haver co-autoria, uma vez que, por se tratar de crime de mão-própria, o ato permissivo é personalíssimo e só cabe à mulher.

Ressalte-se que quando se trata de crime de ação múltipla, mesmo a gestante consentindo que o aborto lhe seja provocado por terceiro e ainda lhe ajude a empregar os meios necessários para a execução do delito, responderá apenas pelo art. 124 do CP, ao passo que, o mesmo não acontece com o terceiro que responderá pelo art. 126 do CP, por executar materialmente a ação provocadora do aborto.

Considerando tal possibilidade, Capez (2007) leciona que se têm uma exceção a regra da teoria monística adotada pelo Código Penal, que reza em seu art. 29: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, uma vez que neste delito, não raro, pode acontecer de a conduta do partícipe enquadrar-se numa figura típica diversa da do autor da ação.

3.1.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante

O aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante é a segunda modalidade de aborto previsto no CP, sendo esta a forma mais gravosa, podendo o agente que cometer tal ato, ser punido com pena de reclusão de três a dez anos. Prevista no art. 125 do CP, dispondo: “provocar aborto, sem o consentimento da gestante. Pena – reclusão de três a dez anos”. Aqui se mostra que o legislador foi mais rígido, pois atinge dois sujeitos passivos: o feto e a gestante, que por não ter consentido com tal prática, é tão vítima quando aquele. Teles (2004, p. 176) defende que: “nela o agente realiza a intervenção no corpo da gestante, contra ou sem sua vontade, provocando a interrupção da gravidez e matando o ser em formação”.

Contudo, se o consentimento da gestante se encontrar presente, a conduta do agente não será atípica será enquadrado em outra figura típica do CP, no art. 126 (aborto com o consentimento da gestante), já examinado anteriormente.

Sob a ótica de Capez (2007), não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, basta apenas o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu consentimento. Neste sentido, têm-se um exemplo bastante falado na doutrina, que é o agente ministrar doses de determinada substância abortiva em alimentos da gestante. Esse dissenso pode ser real ou presumido.

Será real quando o agente empregar meios fraudulentos, de violência ou de grave ameaça contra a gestante. Define-se por violência o emprego força física, contrariando assim a vontade da gestante, como por exemplo, o homicídio da gestante com o conhecimento da gestação pelo agente; por fraude, o emprego de artifícios levando a gestante ao cometimento de erro, como o médico que realizaria métodos abortivos fazendo a gestante acreditar que estaria fazendo exames de rotina; e por grave ameaça a imposição de algum possível mal, que se torne inevitável, como por exemplo, o namorado que ameaça terminar o namoro caso a

namorada não aborte. Para Capez (2007) a fraude é o emprego de ardil capaz de induzir a gestante ao erro.

Será presumido o dissentimento quando a gestante for menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, presume-se que essas pessoas não possuem discernimento necessário para consentir, validamente, com a realização do aborto. Contudo, se o terceiro acredita haver o consentimento válido da gestante, sendo tal motivo justificado pelas circunstâncias, tal fato constitui erro de tipo, onde será enquadrado na norma do art. 126 do CP. (CAPEZ, 2007).

3.1.3 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante

A terceira modalidade do crime de aborto seria o delito do aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, encontrando-se previsto no art. 126 do CP, que dispõe: “Provocar aborto com o consentimento da gestante. Pena – reclusão de um a quatro anos”. Este delito absorve duas figuras típicas, a do art. 124 do CP no que diz respeito ao consentimento e outra no próprio art. 126 na figura do provocador.

Só será caracterizado o delito previsto no art. 126 quando com o consentimento da gestante, devendo esta ter capacidade para consentir, sendo assim o ato válido, por ser a vontade real da gestante. Contudo, se esta capacidade estiver ausente, o delito em tela não será o do art. 126 e sim do art. 125 do CP (aborto provocado sem o consentimento da gestante). Dessa forma, quando houver dissentimento real, ou seja, o emprego de violência, fraude ou grave ameaça; ou dissentimento presumido, nos casos em que a gestante não é maior de quatorze anos, é alienada ou débil mental, será configurado o consentimento inválido. Não obstante leciona De Jesus (2003, p. 126):

O CP quando fala em alienada ou débil mental, refere-se à vítima que se encontra nas condições previstas no art. 26, *caput*, do CP. Isso porque a gestante, que é doente mental ou portadora de desenvolvimento mental incompleto ou retardado, não tem capacidade de consentir que outrem lhe provoque o aborto. [...] As expressões ‘alienada’ e ‘débil mental’ não se referem à gestante portadora de simples perturbação da saúde mental (CP, art. 26, parágrafo único). Neste caso, o sujeito continua a responder pelo delito previsto no art. 126.

É mister que se ressalte que o consentimento pode não ser verbal ou expresso mas segundo Capez (2007, p. 122):

O consentimento da gestante deve perdurar durante toda a execução do aborto, de modo que se houver revogação por parte dela em momento prévio ou intermediário e, a despeito disso, prosseguir o terceiro na manobra, haverá para este, o consentimento do delito mais grave (CP, art. 125).

Ensina ainda De Jesus (2003) que a conduta da gestante deve ser o de apenas consentir com a prática do ato, pois se ela auxilia no ato da provocação, não responderá pelo aborto consentido, e sim pela prática do auto-aborto, visto que foi ela que provocou o resultado. Porém, tal distinção do ponto de vista prático, é irrelevante, pois o art. 124 do CP é um tipo alternativo, então, se a gestante praticar uma das condutas ou ambas responderá apenas pelo delito em tela.

3.1.4 Aborto qualificado

Em relação ao aborto qualificado pode-se afirmar que o Código Penal brasileiro em seu artigo 127 prevê as formas qualificadas do delito de aborto, a dizer que:

as penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas 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 sobrevêm a morte.

Conforme se verifica, esta forma qualificada aplica-se tão somente aos artigos 125 e 126 do CP, excetuando-se assim o auto-aborto e o aborto consentido, ao passo que não há como punir, de acordo com a legislação brasileira, a autolesão e o ato de provocar a própria morte. Dito isto, responderá pelo artigo 124 do CP, a gestante que provocar aborto em si mesma, e a que em consequência dessa sua prática abortiva vier a falecer, não será punida, por o ato de matar-se ser atípico.

Nesse mesmo entendimento, não sendo a gestante punida com a qualificadora pelo ato de provocar o aborto em si mesma, o partícipe também não pode ser punido por tal prática. É mister que se ressalte que há discordância a respeito dessa questão, pois para uma corrente, a

pessoa que instiga ou auxilia o delito de auto-aborto e dos meios que foram aplicados para esta conduta, sobrevier lesão corporal de natureza grave ou morte esta será punida por lesão corporal culposa ou homicídio culposo, conforme o caso, já para outra corrente, aquele responderá apenas como partícipe no delito do artigo 124 do CP, Capez (2007, p. 123) leciona:

o sujeito deve responder por homicídio culposo ou lesão corporal culposa, conforme o caso, na qualidade de autor mediato, pois a gestante funcionou como instrumento (*longa manus*) de sua atuação imprudente. Além disso, responde por participação em auto-aborto em concurso formal.

Ainda para Capez (2007) as figuras de lesão corporal de natureza grave ou morte constituem causas especiais de aumento de pena, agindo apenas como majorantes na aplicação da mesma e não como qualificadoras, pois incidem sobre a própria cominação da pena, definindo os limites máximo e mínimo da pena imposta. A maior parte da doutrina as considera como qualificadoras.

No que tange as formas típicas qualificadas pelo resultado estas constituem delitos preterdolosos, onde a primeira conduta do agente (no caso o aborto) é dolosa e a segunda (lesão corporal de natureza grave ou morte) é culposa, ou melhor, o agente tem a vontade livre e consciente de provocar o aborto, mas por negligência, imprudência ou imperícia, acaba por causar um resultado não pretendido, um resultado mais grave.

Faz-se necessário que para a produção do resultado o agente não tenha tido vontade de causar tal resultado, pois caso isso aconteça, não terá mais um crime preterdoloso, e estará presente um concurso formal de dois crimes, a saber o aborto e a lesão corporal de natureza grave ou o aborto e o homicídio culposo. Neste entendimento preleciona Teles (2004, p. 179): “é claro que o resultado mais grave não pode estar alcançado pelo dolo do agente, nem mesmo eventualmente, pois se isto acontecer, se o agente, além do aborto, previu a lesão corporal ou a morte, e a aceitou haverá um concurso formal de dois crimes”.

Vale salientar também que para que possa existir a qualificadora, o agente provocador deve ter contribuído ao menos na forma culposa para a produção do resultado mais grave, contudo, se este age tão somente com a vontade de praticar o aborto, utilizando-se de meios de cautela necessários para a prática abortiva, e apesar disso, vier a ocorrer a lesão corporal ou homicídio da gestante, este não responderá pela forma qualificada do artigo, tendo em vista o artigo 19 do CP que reza: “pelo resultado que agrava especialmente a pena só responderá o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Também faz-se necessário que haja um nexo causal entre o aborto ou os meios empregados para a sua prática e a ocorrência do resultado mais grave para que incida a qualificadora, pois este resultado mais grave pode ter ocorrido em razão de qualquer outra conduta diversa da prática abortiva ou de seus meios empregados, onde o agente responderá pela forma simples. (Teles, 2004),

A respeito dos partícipes do delito de auto-aborto, quando ocorre o resultado da lesão corporal de natureza grave ou morte para a gestante, têm-se diversos posicionamentos doutrinários: uns defendem que o agente deverá responder pela lesão corporal culposa ou homicídio culposo; outros dizem que o agente responderá apenas pela sua forma simples no art. 124 do CP. Mirabete (2001, p. 98) fala que é uma solução forçada, onde o agente tem que responder pelo aborto simples, uma vez que ele não participou da execução.

Se por acaso a lesão corporal provocada pelo agente for de natureza leve, este responderá apenas pelo aborto, sem a qualificadora do art. 127, pois o rol é taxativo a dizer que das conseqüências da conduta devem ter lesões corporais de natureza grave, pois as de natureza leve constituem meio executório para a consecução do crime.

3.1.5 Aborto legal

No artigo 128 e incisos I e II do Código Penal estão as causas de exclusão da ilicitude, a saber:

Não se pune o aborto praticado por médico:

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

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

No que diz respeito às causas excludentes de ilicitude, há divergentes posicionamentos, pois para alguns se trataria de causas extintivas da punibilidade ou extintivas da culpabilidade do agente. Com isso, para tal questão não se vê importância, diante do que foi dito por De Jesus (2004), que haveria causa especial de exclusão de pena somente se o Código Penal dissesse que não se pune o médico, mas diz o inverso, a legislação fala que não se pune o aborto.

Ao se falar do aborto necessário ou terapêutico (CP, art. 128, I), este se identifica por ser possível a interrupção da gestação nos casos em que a gestante estiver correndo perigo de

morte ou ser desconhecido ou meio para salvá-la, como já foi dito anteriormente. Contudo, segundo entendimentos doutrinários, não se faz necessário que o perigo seja atual, podendo ser iminente ou futuro, desde que, neste caso, o médico tenha condições de diagnosticar, “com segurança e certeza, pela impossibilidade de sua reversão” (TELES, 2004, p. 183), concluindo com extrema exatidão pela existência do perigo de vida para a gestante.

Note que o legislador o fez assim, por ter que optar entre dois bens jurídicos (a gestante e o feto), e achou por melhor garantir a vida da genitora, por este ainda não estar formado completamente e ser apenas uma expectativa de vida. Note também que o legislador é bem taxativo ao dizer que tal conduta só é permitida quando não há outro meio de salvar a gestante, ou seja, se existe outro meio de salvar a gestante sem ter que sacrificar o ser em formação, ou se ainda, tal gravidez tão somente oferecer perigo a saúde, a conduta do aborto torna-se ilícita.

Para que se realize alguma interferência médica em casos que a gestante corra risco, não é necessária a autorização da mesma ou de seu representante legal, sendo isto assegurado pelo artigo 146, § 3º, I do CP que autoriza a intervenção médica ou cirúrgica nos casos em que há iminente perigo de vida, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal. Capez (2003, p. 125) defende:

É indispensável à concordância da gestante ou de seu representante legal, podendo o médico intervir à revelia deles, até porque muitas vezes a mulher se encontra em estado de inconsciência e os familiares podem ser impedidos por motivos outros, como o interesse na sucessão hereditária, no momento de decidir sobre o sacrifício da vida da genitora ou do feto.

Em posicionamento contrário defende Marrey apud (Mirabete, 2001, p. 99), ao dizer que: “depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara a intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente”. Em resposta, Teles (2004, p. 183) demonstra sua ótica: “o médico é o único juiz, não exigindo a norma à obtenção do consentimento da gestante ou de qualquer outra pessoa”.

Obstante o artigo se referir apenas à conduta do médico, têm-se entendido que, mesmo a enfermeira ou parteira, podem realizar a prática abortiva para salvar a gestante. Contudo, neste caso o perigo deve ser atual, estando os mesmos acobertados pela excludente de ilicitude no estado de necessidade, onde suas condutas serão lícitas. Neste sentido, preleciona Teles (2004, p. 183): “na hipótese de não ter sido possível obter o socorro médico e depois

que o perigo tornar-se atual, poderá o não-médico intervir, sacrificando a vida do ser em formação”. (TELES, 2004, p. 183 e 184).

Quanto ao aborto sentimental, este é caracterizado pela gravidez decorrente do crime de estupro. Esta é uma válvula de escape mais do que justificável, que o Estado deu a mulher para que ela não seja obrigada a prosseguir com uma gravidez indesejada. O ente estatal viu que mais do que o direito social da preservação da vida do fruto da concepção é a mulher ter a liberdade de não prosseguir numa gravidez onde seus direitos mais sagrados foram violados, o direito da liberdade sexual. Diante disto, Teles (2004, p. 184) ensina:

A violência seria inominável e se perpetuaria, refletindo-se no tempo. Uma vez no ato sexual. Depois quando a mulher se descobre grávida. Durante toda a gestação estará sendo submetida àquilo que não desejou. E depois ainda estaria obrigada a receber o filho que não queria, pelo menos da forma como ele aconteceu. E ainda que ser mãe, por todo o tempo de sua vida, de um filho que lhe foi imposto. Não, o Direito jamais poderia exigir isso de uma mulher.

Diferentemente do aborto necessário, no aborto sentimental, a lei, expressamente, permite tão somente que seja feito por um médico. Do contrário, a enfermeira ou parteira que o fizer, responderá pelo crime. Um posicionamento contrário tem Bitencourt *apud* Capez (2007) ao dispor que mesmo a enfermeira não estando abrangida pela excludente de ilicitude, pode estar presente um excludente de culpabilidade consistente na inexigibilidade de conduta diversa. Aqui têm-se que observar a vontade da gestante, que pode querer levar adiante essa gestação, não realizando assim o aborto. Com isso, deve-se verificar se a gestante é capaz de expressar a sua vontade, pois tal consentimento deve ser válido, onde se a mesma for incapaz, o consentimento deve ser dado por seu representante legal. Ademais, salienta Capez (2007, p. 127):

A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto sentimental, ficando a intervenção a critério do médico. Basta prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos pela autoridade policial, atestado médico relativo às lesões defendidas sofridas pela mulher, e às lesões próprias a submissão forçada à conjunção carnal.

Outra questão interessante que está pacificada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, é a permissão para praticar o aborto nos casos de atentados violento ao pudor. Pois é sabido que a gravidez nem sempre resulta de conjunção carnal, mas também de atos

libidinosos, aplicando dessa maneira a analogia *in bonam partem* (em benefício da parte), pois como leciona Teles (2004, p. 185): “o que importa é o ato violento do homem contra a mulher, impondo-lhe uma gravidez indesejada”.

Neste mesmo sentido, Capez (2007) salienta que tão repugnante e odioso quanto o estupro é o atentado violento ao pudor, onde não se pode impor a mulher, nesses casos, que ela leve adiante uma gravidez involuntária.

Devem-se ver também os casos em que o médico é levado ao erro, e pratica o aborto, quando só depois vem constatar que não houve um estupro, neste caso, o médico não cometerá crime, visto que, o que aconteceu foi um erro de tipo, estando previsto no artigo 20, § 2º do CP, no qual o dolo é excluído.

3.2 Aspectos Religiosos

Quando se perde um filho, esta perda não afeta apenas os seus genitores, mas afeta todo o seio familiar, nesse sentido leciona Eugênia Ponce de León Álvarez (2008):

Em todas as pessoas que vivenciaram a perda de um filho - não importa a idade dele ou em que condições tenha ocorrido - o fato se caracteriza pela complexidade e grande sofrimento causado nos pais sobreviventes. Este tipo de perda é considerado avassalador, origem da desunião e até da destruição do vínculo matrimonial, inclusive familiar.

Em outro trecho do mesmo artigo têm-se a seguinte passagem:

Muitos genitores, ao se depararem com a morte de um filho, relatam que em várias ocasiões tinham pensado: “eu planejava como deveria ser o batismo de minha filha, chegava mesmo a imaginar cada uma das festas de aniversário que eu lhe faria, mas nunca fui capaz de conceber como deveria ser seu funeral.

Vale ressaltar que este *site* de onde foram retiradas essas passagens, é formado por religiosos que condenam o aborto nos casos de gravidez de fetos com anencefalia, mas pode-se notar que até mesmo para os que se dizem contrários ao aborto dos acometidos por essa anomalia, se mostram sensibilizados ao ver a dor dos pais ao ter que planejar o enterro do filho que foi planejado com alegria.

A grande maioria das religiões cristãs, todas com influência indubitável do judaísmo, tendo como sua representante maior a Igreja Católica, dizem que a vida começa com a concepção, ou seja, no momento em que o esperma penetra no óvulo. O aborto aparece explicitamente condenado desde os textos apócrifos. Na primeira página do Didaké, escrito cristão datado dos anos 75 a 150, pode se ler nos preceitos de conduta “ *não matarás a uma criança com aborto, não matarás a uma criança que tenha nascido*”. O Concílio Vaticano II classifica o aborto de “crime abominável (fandum crimen, GS, 51). Desta feita, interromper uma gravidez seria um ato contra a vida, portanto um pecado sujeito a todas as conseqüências diante de Deus.

Os religiosos fundamentam sua defesa no artigo 5º da Constituição Federal que assegura o direito fundamental a vida, onde estará sendo violada tal seguridade ao se permitir que a gestação seja interrompida, pois mesmo estando diante de um diagnóstico de anencefalia, existe vida ou qualquer possibilidade desta naquele feto.

No entanto, há situações fáticas que nos mostram que a anencefalia é fatal em todos os casos. E, mesmo assim os religiosos ainda defendem a existência de vida mesmo que seja por alguns minutos, horas ou dias, do bebê anencéfalo, desconsiderando assim toda a dor e sofrimento da gestante e da família, em face do bebê vir a falecer pouco tempo após seu nascimento, uma vez que são contrários a possibilidade de a gravidez ser interrompida.

Pode-se ver que para a Igreja mais vale pouco tempo de vida, do que evitar o sofrimento daquela família, em especial da genitora, onde seu direito de escolha é cerceado, sendo-lhe imposto que o certo é levar adiante a gestação e o errado é ir contra os dogmas religiosos, fazendo-a passar por uma dor que só ela sabe a grandeza.

A Igreja Católica mostra seu perfil conservador quando relacionada a questões sobre sexo e ciência. Quando se fala da liberação da interrupção da gravidez por o feto ter anencefalia, a mesma mostra-se rígida, baseada no argumento da inviolabilidade do direito à vida do embrião, que independentemente de apresentar potencialidade de vida ou não, é para ela, uma pessoa desde o momento da concepção.

A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) demonstra o referido posicionamento da Igreja em uma carta endereçada ao Conselho de Defesa dos Direitos da pessoa humana, com o argumento de que o Estado brasileiro deve reconhecer a posição da Igreja como expressão da vontade de seus cidadãos, na medida em que sua maioria seja católica.

A Igreja mostra manifesto desejo de reportar-se a Idade Média, quando seus desejos de que as decisões do Estado sejam influenciadas pela religião, onde a mesma detinha plenos

poderes e influências sobre as decisões do Estado, de tal forma que a lei vigente àquela época eram dogmas trazidos pela mesma.

O direito possui diversas fontes, dentre elas, a lei, os costumes e a moral, os preceitos religiosos estão inseridos neste último, formando assim a consciência do indivíduo. A estrutura organizacional de uma sociedade é determinada pelo conjunto de tais fontes, que deverá ser guiada pelo resultado congruente de tais ditames, onde se seguir apenas uma delas, acarretaria numa total desorganização social. Deve-se ressaltar que essas fontes devem acompanhar o desenvolvimento da sociedade, ao passo que a mesma está dando grandes saltos tecnológicos, enquanto que a lei, a moral e os costumes estão arraigados a valores antiquados.

No Brasil, no entanto, mesmo sendo um Estado laico e possuir grande tradição católica, em uma discussão como a da interrupção da gravidez em casos de anencefalia as opiniões oscilam entre o direito à vida do feto, defendido pela Igreja e o direito ao livre arbítrio da mulher grávida de um feto com anencefalia, dispor sobre seu corpo, defendido por aqueles favoráveis à antecipação do parto.

Desta forma, a Igreja contrapõe os direitos do feto aos direitos da mulher, colocando um contra o outro, onde o direito da mulher grávida ao seu bem estar é inferiormente importante em relação ao direito do feto anencefálo à sua vida. Entretanto fazendo isso, a Igreja demonstra discriminar dados médicos-científicos apresentados, que dizem que, em sua totalidade dos casos onde foi diagnosticada a anencefalia, o feto veio a óbito dentro do útero da mulher, ou, vindo a gestação a termo, o bebê sobreviveu por um ínfimo lapso temporal.

Destarte, a inevitável morte do feto é o que sustenta a tese sobre a interrupção da gravidez nos casos de anencefalia, uma vez que tal conduta não pode ser enquadrada nos casos de criminalização previstos no Código Penal que se baseiam na idéia de crime contra a vida e contra uma pessoa em potência.

A Igreja Católica durante o pontificado de João Paulo II demonstrou estar mais próxima da ciência, reconhecendo que a mesma tem um grande valor para o desenvolvimento da sociedade, entretanto, no que diz respeito aos aspectos morais o conservadorismo prevaleceu. No pontificado de Bento XVI, o que se espera é que ele siga nas mesmas premissas. E, se de um lado espera-se que a religião se aproxime cada vez mais da ciência, de outro lado, a Igreja ainda encara, com certa intolerância, aspectos morais como o da interrupção da gravidez de fetos anencefálos. Vale ressaltar que a Igreja não se impõe apenas a interrupção da gravidez em casos de fetos anencefálos, mas de outros como, à união de

homossexuais, a contrariedade à concepção e a intransigência quando se trata do celibato clerical e da ordenação das mulheres na Igreja.

Para a Igreja Católica, a mulher mostra-se apenas como uma figura reprodutora para multiplicar a espécie cuja saúde e o direito de tomar suas próprias decisões não são respeitados, com o pretexto de salvar uma vida, mesmo que esta não apresente nenhuma potencialidade de sobrevivência.

Afastados os debates religiosos, há de se observar que o Brasil é um Estado laico, em que vige o princípio maior da dignidade da pessoa humana, cuja interpretação não permite vislumbrar-se que uma mulher seja compelida a carregar em seu ventre um feto inviável, sem o mínimo potencial necessário para viver e tornar-se um indivíduo. Sendo assim, o que se procura é que o Estado e a Igreja se desvinculem e que uma não possa interferir na outra e vice-versa, de maneira a garantir a liberdade de crença dos cidadãos.

3.3 Aspectos Médicos

Dentre as más formações fetais, as mais frequentes acontecem devido uma falha no fechamento do tubo neural embrionário, durante o 23º e 28º dia de gestação, uma dessas más formações seria os casos de anencefalia que a moderna medicina conceitua como sendo a má formação fetal congênita por defeito no fechamento do tubo neural durante a embriogênese, de modo que o feto não apresenta os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Pontes (2006, p. 32) reza que:

A anencefalia é uma alteração na formação cerebral resultante de falha no início do desenvolvimento embrionário do mecanismo de fechamento do tubo neural e que se caracteriza pela falta dos ossos cranianos (frontal, occipital e parietal), hemisférios e o córtex cerebral. O tronco cerebral e a medula espinhal estão conservados, embora, em muitos casos, a anencefalia se acompanhe de defeitos no fechamento da coluna vertebral. Aproximadamente 75% (setenta e cinco por cento) dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% (vinte e cinco por cento) que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 (vinte e quatro horas) e o resto dentro da primeira semana.

Para Pinott (2006) o reconhecimento de um feto com anencefalia é de imediato, pois não há os ossos frontal, occipital e parietal, sendo a face delimitada pela borda superior das

órbitas que contém globos oculares bem salientes, onde muitas vezes esses fetos são descritos como sendo rãs. O restante do cérebro se encontra exposto e o tronco cerebral mal formado.

As características do feto anencefálo não se resumem apenas as que já foram ditas, inclui-se também a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, onde as estruturas faciais são alteradas e dão ao mesmo uma aparência grotesca, os olhos de um modo geral parecem normais, mas o nervo óptico quando existente não se estende até o cérebro, impossibilitando assim que o feto desenvolva o sentido da visão.

Por esta razão se descrevem os fetos anencefálos como sendo rãs, onde este é desprovido totalmente da calota craniana e da cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana. Diante de todas estas características, é fácil diferenciar a anencefalia de outras doenças causadas pelo não fechamento do tubo neural.

Por apresentar certa relação com o cromossomo X, a maioria dos casos incide sobre os fetos do sexo feminino. (ANDALAF NETO, 2006). O aumento dos casos de anencefalia está ligado à diminuição da ingestão de ácido fólico e também ligada a falta de vitaminas B12. Diante disto, o primeiro mês de gestação tanto os fatores genéticos, como também os ambientais, tais quais a exposição de irradiação e a produtos químicos, desenvolvem papéis importantes na etiologia.

No entanto, evidências mostram que a diminuição de ácido fólico tem se mostrado a causa mais comum para um diagnóstico de casos de fetos anencefálos, com isto, para as mulheres em idade fértil, principalmente as que já tiveram filhos com tal anomalia, é recomendado a ingestão deste ácido nos três meses antes da concepção e os três meses subsequentes.

No mesmo diapasão Neto (2006, p.13) afirma que:

o risco de anencefalia aumenta 5% a cada gravidez subsequente. Inclusive, mães diabéticas têm 6 vezes maior probabilidade de gerar filhos com este problema. Há também maior incidência de casos de anencefalia em mães muito jovens ou nas de idade avançada.

De ver-se que, apesar de carecer das estruturas cerebrais, bem como do córtex cerebral, que ocasiona que o feto encontre-se totalmente desprovido das funções superiores do SNC (Sistema Nervoso Central), funções estas relacionadas à comunicação, cognição, percepção, afetividade e emotividade, o mesmo por apresentar tronco cerebral, preserva de forma temporária funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções

vasomotoras e as dependentes da medula espinhal, desta feita, a criança não apresenta qualquer sensação de vitalidade. Pontes (2006) diz que por o feto anencefálo apresentar todas essas carências, quase sempre nasce cego, surdo e sem consciência, ou seja, sem nenhuma expressão de identificação humana.

O diagnóstico de anencefalia pode ser obtido mediante exames como da sonda transvaginal a partir da 11^a semana de gestação, período em que se observa a ausência da calota craniana, ficando o tecido cerebral exteriorizado, na 15^a semana os aspectos da anencefalia são vistos com precisão através de ultra-sonografia. Vê-se com precisão porque o tecido cerebral vai sendo eliminado gradativamente em face do contato com o líquido amniótico e desaparece totalmente na 13^a semana, restando assim as veias intracranianas, conforme dados obtidos pela pesquisa realizada no site da , FEBRASCO (Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia). Para Pinotti (2006, p. 176):

Com os equipamentos modernos de ultra-som, o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples e pode ser realizado a partir de 12 semanas de gestação. A possibilidade de erro, repetindo-se o exame com dois ecografistas experientes, é praticamente nula. Não sendo necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfafetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese.

Diante disto, a medicina, que em todos os tempos é uma das atividades mais brilhantes desenvolvidas pelo homem, onde valoriza sem igual, a vida e a saúde do mesmo, não conseguiu mostrar uma saída para a sobrevivência do feto anencefálo, onde a sua grande maioria sobrevive por um curto período de vida que geralmente chega a no máximo 48 (quarenta e oito) horas.

Neste diapasão, Shinzato e Gaiott (2004) nos ensinam que a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100% (cem por cento) de que nos casos de anencefalia não há sobreviventes, e em mais de 50% (cinquenta por cento) do casos, no período intra uterino, ocorre a morte do feto, e aqueles que chegam a nascer, nascem cegos, surdos e sem consciência, vindo a falecer posteriormente, no máximo poucos dias depois.

Com efeito, a mulher, por muitas vezes, de forma dolorosa, é obrigada a manter uma gestação devido a ditames e reprimendas que a religião prega. Uma vez que, optar por interromper a gravidez é bem menos angustiante que a espera por um filho morto, vez que a gestante terá que se submeter a um processo judicial para que possa ser autorizada a

interromper a gestação, ficando assim a mercê da decisão de terceiros, pessoas essas que não sabem a imensidão de sua dor.

No mesmo sentido, tem-se também a figura dos médicos que embasados em constatações científicas procuram o bem estar de seus pacientes, protegendo sua saúde e dignidade, mas que por vez e outra se vêem impedidos de exercer sua profissão de forma íntegra, pois é considerado crime de aborto pelo Código Penal a antecipação terapêutica do parto nos casos de crianças com anencefalia, pois a legislação considera o aborto legal em apenas duas situações, uma no caso de risco da gestante perder a vida e o outro se a gravidez resultar de estupro como foi falado anteriormente.

Muito se tem feito para que seja aprovada a antecipação do parto nos casos de feto com anencefalia, pelo fato da impossibilidade de vida do portador de tal anomalia. No entanto, muitos entendem como fato atípico a retirada do feto do útero da mulher, não sendo assim, considerado como aborto, visto que o mesmo não possui atividades cerebrais, então não há que se falar em possibilidade de vida. Diante disto, pelas características apresentadas e por saber que é primordial a atividade cerebral para a distinção entre a vida e a morte, é que se tem buscado de forma incessante por um posicionamento legal para que a partir dessa solução seja possível o que se tem pretendido neste estudo, que é a legalização do aborto de fetos com anencefalia.

Com isso, constata-se que as discussões em torno dos casos de anencefalia vêm atingindo grandes proporções, inclusive, pode-se dizer, em torno da saúde da gestante, que sofre tanto psicologicamente quanto fisicamente.

A Carta Magna em seu artigo 196 reza a respeito de um direito basilar, fundamental ao afirmar que: a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

No mesmo diapasão a OMS (Organização Mundial de Saúde) conceitua saúde como sendo o estado de completo bem estar físico, mental e social e não apenas a ausência de enfermidades. Embora lamentável, o diagnóstico de anencefalia é tanto penoso para o feto, considerado natimorto, quanto perigoso para a mãe. Se não bastasse gerar em seu ventre uma criança com total impossibilidade de sobrevivência, a gestante ainda tem que conviver com o iminente perigo de vida que corre, devendo esta ser compreendida em *lato sensu*, haja vista a possibilidade de morte psicológica e/ou física, conforme será analisado.

Quando se refere ao perigo da saúde física, este existe em qualquer gravidez, inclusive de fetos normais, apresentando divergências conforme caso a caso, ou seja, quando se fala de

gravidez, existe sempre um risco, ao passo que para a maioria das mulheres este se mostre pequeno, para outras é grande, como por exemplo, mulheres tendenciosas a apresentarem eclampsia (estado convulsivo que surge no parto ou após este), principal responsável pela morte de mulheres durante o parto.

Neto (2006) diz que a própria má formação fetal, por si só, contribui muito para aumentar os riscos à saúde da mulher, uma vez que a anencefalia se encontra associada com doença hipertensiva específica da gravidez (DHEG), que compromete o seu bem estar físico. Afora isso, conforme foi abordado, em mais de 50% por cento dos casos de anencefalia, o feto vem a óbito dentro do útero da mãe, podendo ocasionar assim infecções, caso a morte do feto não seja diagnosticada imediatamente, configurando um alto nível de perigo.

Nesse sentido Shinzato e Gaiott (2004) dizem que a permanência do feto anormal no útero da mãe é muito perigosa, podendo ocasionar danos a saúde da gestante e até perigo de vida, em face do grande número de mortes intra-uterinas desses fetos. Contudo a questão não se mostra completamente pacificada, tendo em vista que muitos casos de gravidez de fetos anencefálos não oferecem grandes problemas, tratando-se do ponto de vista físico, ao menos esse é o entendimento majorante, todavia, deve-se ressaltar que a saúde da mulher não se detém apenas ao lado físico, mas principalmente ao seu aspecto psicológico, dessa forma não restam dúvidas que uma gravidez de tal espécie ofereça grandiosos riscos à sua integridade. É indiscutível que nos casos em que uma gravidez desse tipo seja diagnosticada, não se mostre de imediato os danos sofridos pela mulher, ao passo que esta tem como conseqüências graves, o transtorno em si e a todos que a cercam. Para muitas, conviver com uma gestação acometida de tal anomalia é tão doloroso, que tem se tornado motivo suficiente para uma tentativa de suicídio.

Para a psicologia médica, considerando os avanços tecnológicos na modernidade, a saúde mental é tanto quanto, se não mais, importante que a saúde física, devendo ser conservada, para que seja evitada a chamada “morte psíquica do ser humano”, ocasionadas em razão de distúrbios mentais irreversíveis, na maioria das vezes causados por situações de angústia e tortura, à qual muitos não são capazes de suportar. Ainda complementando, a Revista Consulex (2004, p. 25) dispõe: “a morte psíquica é, sem dúvida, pior que a morte física”.

Com isto, pode-se dizer que não raras às vezes que poder-se-á chegar a um diagnóstico de “morte psíquica”, dependendo das circunstâncias, visto que, em casos de gravidez de fetos anencefálos, há a total perturbação da saúde psicológica da gestante, pois como falado anteriormente, a gravidez por si só transforma fisicamente a mulher, assim como também o

seu psicológico, atuando sobre sua mente no sentido de esperar ansiosamente pela chegada de seu filho, mas nos casos de anencefalia fetal, a mãe sofre muito, devido carregar um ser com total impossibilidade de vida. Neste diapasão Pinotti (2006) nos ensina que para esses tipos de mães as alegrias de pensarem em berços e enxovais de seus filhos serão substituídos pela dor de preparar a sepultura e mortuária dos seus filhos. No mesmo sentido, a revista Consulex (2004, p. 25) relata que:

exigir que uma mãe carregue em seu ventre um ente, sem qualquer chance de sobrevivência, [...], é não só matá-la psicologicamente como constrangê-la ao sofrimento dramático que ninguém tem o direito de impor-lhe.

Além do mais, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988, dele devendo ser interpretados todos os demais direitos, a nossa legislação consagrou como fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, onde o Estado, bem como as ações coletivas, não podem se sobrevir de maneira que possam reduzir a dignidade da pessoa. Atitude correta, pois impor a uma mulher que continue com uma gestação nestas condições, sabendo que a mesma corre sérios riscos a perdas psicológicas irreparáveis, notória violação de preceito constitucional de valor inestimável e essencial.

Neste sentido Shinzato e Gaiotti (2004) dispõem como um ser humano teria uma vida digna tanto física quanto psicológica, se em casos de gestantes de fetos anencefálos, ela esta sendo vitimada nestes dois sentido, pois seu corpo se transformará inutilmente com uma gestação de um bebê que morrerá em seus braços. Qual direito a dignidade a gestante poderia ter?

Diante disso, tem-se que falar que o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único que se afronta a friezda da norma. O Estado ao obrigar a mulher a continuar com uma gestação desse tipo, sem se preocupar com sua integridade física e principalmente psíquica, está violando outro princípio fundamental da nossa Constituição Federal, abordado em seu art. 5º, inciso III, e que reza que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, ao passo que causará na mulher um choque emocional sem dimensões que fará parte dela por toda sua vida. De igual modo Vieira (2004, p.32) ensina que:

Este estado de luto certamente a acompanhará pelo resto de seus dias, abalando o seu equilíbrio emocional, causando depressão, fobias, etc., pois terá também o sentimento de culpa pela malformação. *Ela queria dar a vida, não a morte.* (grifo nosso)

Vistos tantos argumentos, pode-se dizer que a saúde psicológica é uma questão muito subjetiva, variando muito de mulher para mulher, pois ao passo que algumas conseguem

tolerar o problema, outras se desesperam, entram em depressão, onde para estas a melhor solução seria a antecipação terapêutica do parto. Sendo assim, observa-se que todo esse problema não é de solução simples, de forma que envolve vários aspectos, onde se deve buscar uma solução que tenha um mínimo de equidade, dignidade, humanidade, solidariedade e principalmente argúcia para que se chegue a uma forma razoável.

3.4 Aspectos Éticos

A ética sempre esteve ligada a questões que envolvam igualdade, justiça, liberdade, direitos e principalmente respeito à dignidade, porém, tais valores precisam ser garantidos por um universalismo moral, ou seja, pontos em comum para que todos possam viver de forma harmoniosa, respeitando assim as diferenças, desigualdades, raças, culturas, etc., que outrem venha a ter.

Entretanto, esse universalismo está longe de ser atingido, principalmente quando se refere a questões polêmicas, causas que trazem controvérsias, onde cada um defende seu ponto de vista e não está aberto a uma alternativa sobre tal discussão, como é o caso do aborto de fetos anencefálos. Como foi falado anteriormente, do ponto de vista médico, tem-se a certeza que o feto não tem expectativa de vida, devido a tantas conseqüências que má formação ocasiona. Foi falado também do ponto de vista religioso, onde as religiões condenam, discordam de qualquer posição científica que venha a defender o aborto, mesmo nos casos de anencefalia, onde o feto não tem nenhuma possibilidade de vida. Diante disso, a ética tem que se posicionar diante da gestação de um feto anencefálo como também da interrupção da mesma.

É notório os interesses defendidos pela religião e pela medicina, da mesma forma vê-se a disparidade entre ambas, a primeira defende o direito à vida do feto anencefálo, a segunda defende a preservação da saúde da mãe, tanto psíquica quanto física, defende também sua liberdade, autonomia e dignidade. Desta feita é mister que sejam considerados os dois valores em conflito para que se possa dar um posicionamento a cerca do ponto de vista ético. A gravidez não é um episódio qualquer na vida da mulher, segundo Aguilar (apud FRANCO, 2005, p. 09):

É uma duplicação, um fazer-se dois, outra pulsação e minha pulsação, outra respiração e minha respiração. Já não é a mesma porque não é uma; é ela transformada em dois. Junto a outro que agora é uma pulsação, uma respiração, mínimos sinais vitais. (...) Estar grávida não é, pois, assunto trivial. Nem enfermidade, nem assunto de órgão corpóreo: é uma situação existencial limite que coloca a mulher diante do supremo ministério de ser um e ser outro. Desta forma, o embrião aparece para a mãe como um ser outro formando-se dentro do corpo materno.

A morte para todo e qualquer ser humano e/ou animal é certa e inquestionável, entretanto, para que a mesma ocorra, é imprescindível que haja antes de tudo vida, vida esta que não se forma apenas de horas, minutos, mas sim, de uma vida inteira vivida, por mais breve que seja vida não é apenas estar vivo, mas sim viver, é um processo que flui no tempo e que de nenhuma forma pode ser desconsiderado por seu inevitável fim.

Então, não há como afastar que essa duplicação que existe na mulher não traga transformações, mesmo quando há uma normalidade em sua gestação, sendo agravada ainda mais quando acometida de uma concepção que ela tem certeza que não sobreviverá, uma vez que o feto anencefálo é inviável em qualquer fase da gestação, estando assim, incondicionalmente, condenado à morte.

Dentro desse contexto de vida, não há motivos suficientes, para que se possa afirmar que um feto anencefálo possui a mesma, visto que o tempo que ele consegue manter-se fora do útero da mãe não caracteriza o processo de vida, anteriormente falado, que antecede à morte.

Não obstante o agravo à sua saúde, tanto física, social e psíquica, resta à mãe grávida o seu direito de escolher entre dar continuidade ou não a gestação de um feto anencefálo. Ao se utilizar desse direito a mãe exercita, na sua plenitude, do direito da autonomia da vontade e da liberdade, uma vez que, lhe impor a acolher em seu útero, um feto sem nenhuma possibilidade de vida, constitui uma depreciação brutal a este princípio, causando assim, uma situação semelhante à tortura. Deste modo, ensina Stella Martinez (apud FRANCO, 2005, p.11):

Ao aceitar-se a manifestação da gestante, respeitou-se a *autonomia* de quem, livre e devidamente informada, deu a solução que considerava mais adequada para si mesma e para seu grupo familiar. O princípio de *justiça* alude à proporcionalidade das contribuições das partes, à equidade. No caso, desafortunadamente, a ciência médica somente podia efetuar sua contribuição para aliviar o dano de que padecia a gestante, uma vez que nada podia fazer, nem nesse momento, nem em qualquer outro para otimizar as possibilidades de sobrevivência do *nasciturus*. Sob este ângulo, o justo é dar ajuda à única pessoa que pode ser auxiliada. O princípio da *beneficência* versa sobre a realização de um bem. Adotar a solução reclamada por quem a

pleiteia era autorizar um bem que não apenas atingia a quem solicitava, mas também a todo um grupo familiar que, com ela, padecia. Desconsiderar seu pedido entraria em colisão com o princípio da *não-maleficência*, já que, indubitavelmente, lhe causaria um sensível prejuízo. A partir da ótica do anencéfalo, não se violava o princípio da não- maleficência na medida em que o adiantamento do parto não aumentava as possibilidades de um desenlace fatal que era uma conseqüência inevitável de sua gravíssima patologia.

Ao ponto de vista ético, devem ser atribuídos para a mulher os direitos que lhe são garantidos pela Constituição Federal, quais sejam: liberdade, autonomia, vida digna e saúde, facilitando-lhe a escolha em levar adiante ou não uma gravidez, utilizando-se de sua consciência como forma de ajudar-lhe na decisão e não a determiná-la.

Desta feita, vê-se que o corpo da mulher é coisificado, transformado em mera incubadora.

4 A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO DO FETO ANENCEFÁLO

No Brasil os casos de gravidez de fetos anencefálos vêm crescendo muito, e em decorrência disto, vem crescendo também a quantidade de processos judiciais requerendo a autorização da interrupção de tal gravidez, uma vez que, como já foi dito, o sistema jurídico brasileiro, permite apenas duas situações de aborto previstas no artigo 128 do Código Penal.

O deferimento destes processos, visando à autorização da antecipação terapêutica do parto, bem como posicionamentos favoráveis, tanto jurisprudencial como doutrinários, têm sido muito importantes para a legalização do aborto neste tipo de gestação, estando, inclusive, em conformidade com o anteprojeto de reforma do CP, que legaliza expressamente tal procedimento.

As mulheres que são aconselhadas pelos seus médicos a interromperem a gestação são personagens principais de um árduo dilema. Em primeiro lugar, vêem-se em conflito por não aceitarem que o ser que está em formação em seu ventre não possa viver, depois os diagnósticos médicos juntamente com as estatísticas atestam que em 100% (cem por cento) dos casos a anencefalia é fatal.

Vê-se que tal descriminalização não se restringe apenas à aquisição da segurança jurídica e do princípio da equidade, conduz ainda no respeito à dignidade da pessoa humana e à livre decisão, tão fundamentais à classe de cidadão defendida pela Constituição Federal.

4.1 Posicionamento jurídico atual e o Direito Penal

Conforme foi exposto no presente trabalho, a atual legislação permite o aborto em apenas dois casos: em que há perigo de vida para a gestante e no caso da gravidez resultar de estupro.

Contudo, sabe-se que o Código Penal brasileiro foi publicado em 1940 logo após tendo sido reformada sua parte geral no ano de 1984, e mesmo assim conservou em sua redação conceitos antiquados, envelhecidos e equivocados, esquecendo de se atualizar com os novos avanços tecnológicos e científicos, entrando aí, os avanços alcançados pelas ciências médicas, que cada vez mais cedo é capaz de diagnosticar situações que jamais poderiam ser previstas àquela época.

O que se busca é um resultado desde logo a respeito desse problema que vem ganhando cada vez mais importância nas discussões no meio médico e jurídico, onde se deve observar que cabe ao direito conduzir todas as relações que se alargam e que tem reflexo na seara humana, uma vez que se torna indispensável manter o equilíbrio entre as duas ciências, cada uma respeitando aquilo que lhe é específico.

Percebe-se que não há razões plausíveis para que as mesmas normas continuar a valer, deve-se buscar uma adaptação da lei à nova realidade vivida pela sociedade, em proporção ao surgimento de novas situações da vida social. Afinal, a sociedade é quem cria a norma, que também é causadora do fato, uma vez que, via de regra, os fatos sociais antecedem as leis, e tal lei é elaborada para ela mesma.

Desta feita, mostra-se necessário que o Código Penal, buscando uma adaptação aos novos costumes da sociedade, tenha como escopo a criação de um motivo legal para uma nova modalidade de aborto, como a legalização do aborto trazida pelo Anteprojeto de Lei apud (Teles 2004, p.187), logrando atingir todas as anomalias que pudessem causar inviabilidade do feto, assim:

Art. 128: Não constitui crime de aborto provocado por médico, se:
I – [...];
II – [...];
III – há fundada probabilidade, atestada por dois outros médicos, de o nascituro apresentar graves e irreversíveis anomalias que o tornem inviável.

Entretanto, há outro Projeto de Lei nº 4834/2005 que se refere apenas à anencefalia, fundamentado no fato de a mulher correr sérios riscos à saúde, tanto físicos quanto psíquicos, o mesmo sugere a criação de um inciso no art. 128 do CP, dispondo da seguinte redação: III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos. Desta forma, com o acréscimo desse inciso, o que se pretende é a exclusão da criminalidade, permitindo assim à gestante, a interrupção de sua gestação, se assim desejar, e não necessariamente à prática do aborto.

No mesmo entendimento, Luis Flávio Gomes (2004, p. 35 e 36) expõe:

Os que sustentam (ainda que com boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. E até em caso de estupro em que o feto está formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto de anencefalo. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso

constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito ao abortamento pra que aquelas que não querem padecer de tanto sofrimento.

Em relação ao entendimento doutrinário e jurisprudencial, tem-se percebido que o tema tem sido tratado, várias vezes, de forma favorável em relação à antecipação do parto nos casos de gestantes de feto anencefálos.

No que diz respeito ao entendimento doutrinário, há quem entenda que o aborto nos casos de anencefalia é um fato típico, mas não culpável, visto a impossibilidade de sobrevivência do feto. Capez (2007, p.128) opina que:

A vida intra-uterina perfeita ou não, saudável ou não, há de ser tutelada, não só por força do direito penal, mas por imposição direta da Carta Magna, que consagrou a vida como direito individual inalienável. No entanto, mediante prova irrefutável de que o feto não dispõe de qualquer condição de sobrevivência, consubstanciada em laudos subscritos por juntas médicas, deve ser autorizada sua prática.

Para outra parte da doutrina, a descriminalização do aborto deve ser estendida não apenas para os casos de fetos anencefálos, mas para todos os outros casos análogos, em que os fetos não apresentem potencialidade de vida. Nesse posicionamento, Teles (2004, p.118) reza que: “impor a uma mulher a continuidade de uma gestação da qual resultará em um ser condenado à morte logo ao nascer, é injusto e desumano”. Nesse sentido, pode-se aferir o posicionamento tomado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em duas decisões, que diz:

MANDADO DE SEGURANÇA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA A INTERRUPTÃO TERAPÊUTICA DA GRAVIDEZ (fetotomia). É de se deferir tal autorização, ainda que o caso não se enquadre nas hipóteses previstas pelo artigo 128, do CP. A vida da gestante corre sério risco, levando a gravidez a termo, além do que é nula a possibilidade do conceito sobreviver, tendo em vista a anencefalia diagnosticada. SEGURANÇA CONCEDIDA. (Mandado de Segurança Nº 70005577424, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 20/02/2003).

E outra decisão que o mesmo tribunal tomou a favor da livre decisão da mulher:

APELAÇÃO CRIME. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENÉSICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVÊNCIA APÓS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTAÇÃO A IMPLICAR SÉRIO RISCO DE VIDA À GESTANTE. CUNHO TERAPÊUTICO DA INTERVENÇÃO. A anencefalia ou acrania é uma doença caracterizada pela ausência de ossos do crânio e do encéfalo fetal na vida intra-uterina, o que torna impossível a sobrevivência após o nascimento. E, como patologia de risco, é causa de morbimortalidade materna. Em que pese não estar o aborto eugenésico incluído no art. 128 do Código Penal, como mais uma indicação de causa excludente de ilicitude, tal circunstância não impede a sua realização quando se está a tratar de caso de malformação fetal, especialmente a anencefalia, pois esta acarreta a absoluta inviabilidade de vida extra uterina e implica gravidez de alto risco. No caso concreto, a indicação da interrupção precoce da gravidez da autora tem caráter não apenas eugênico, mas também terapêutico, pois visa salvar, conforme parecer médico juntado aos autos, a vida da gestante. Apelo defensivo provido para deferir o pedido, com fulcro no art. 128, inciso I, do Código Penal. Decisão unânime. APELACAO CRIME. AUTORIZACAO JUDICIAL PARA ABORTO EUGENESICO. ANENCEFALIA DO FETO. IMPOSSIBILIDADE DE SOBREVIVENCIA APOS O NASCIMENTO. PROLONGAMENTO DA GESTACAO A IMPLICAR SERIO RISCO DE VIDA A GESTANTE. CUNHO TERAPEUTICO DA INTERVENCAO. A ANENCEFALIA OU ACRANIA E UMA DOENCA CARACTERIZADA PELA AUSENCIA DE OSSOS DO CRANIO E DO ENCEFALO FETAL NA VIDA INTRA-UTERINA, O QUE TORNA IMPOSSIVEL A SOBREVIVENCIA APOS O NASCIMENTO. E, COMO PATOLOGIA DE RISCO, E CAUSA DE MORBIMORTALIDADE MATERNA. EM QUE PESE NAO ESTAR O ABORTO EUGENESICO INCLUIDO NO ART. 128 DO CODIGO PENAL, COMO MAIS UMA INDICACAO DE CAUSA EXCLUDENTE DE ILICITUDE, TAL CIRCUNSTANCIA NAO IMPEDE A SUA REALIZACAO QUANDO SE ESTA A TRATAR DE CASO DE MALFORMACAO FETAL, ESPECIALMENTE A ANENCEFALIA, POIS ESTA ACARRETA A ABSOLUTA INVIABILIDADE DE VIDA EXTRA-UTERINA E IMPLICA GRAVIDEZ DE ALTO RISCO. NO CASO CONCRETO, A INDICACAO DE INTERRUPCAO PRECOCE DA GRAVIDEZ DA AUTORA TEM CARATER NAO APENAS EUGENICO, MAS TAMBEM TERAPEUTICO, POIS VISA SALVAR, CONFORME PARECER MEDICO JUNTADO AOS AUTOS, A VIDA DA GESTANTE. APELO DEFENSIVO PROVIDO PARA DEFERIR O PEDIDO, COM FULCRO NO ART. 128, INCISO I, DO CODIGO PENAL. DECISAO UNANIME. (12 FLS) (Apelação Crime Nº 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002)

Foi tomado também posicionamento do Supremo Tribunal Federal, tendo visto esta matéria pela primeira vez, quando chegou até ele um pedido de *habeas corpus* (HC 84025) tendo sido impetrado contra o Superior Tribunal de Justiça que indeferiu o pedido de interrupção da gravidez de feto anencefalo, vindo o STF a decidir em tempo incabível, pois diante de tanta burocracia do processo, só veio a apreciar o mesmo quando o feto (registrado de Maria Vida), já havia morrido, faltando-lhe assim, objeto.

Desta feita percebe-se que a anencefalia tem causado bastante polêmica e até agora nenhuma decisão unânime foi tomada, entretanto, a justiça não pode se afastar dos avanços científicos, devendo acompanhar as mudanças da sociedade, sejam éticas ou culturais, para que não haja mais momentos inoportunos e decisões tardias.

4.2 Fundamentos jurídicos a favor do aborto de fetos anencefálos

O artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil diz que quando a lei for omissa, o juiz tomará sua decisão de acordo com a analogia e princípios gerais do direito. No artigo ulterior diz que o juiz na aplicação da lei, atenderá aos fins a que a mesma se dirige e às exigências da sociedade em geral.

De acordo com o artigo 126 do Código de Processo Civil, o juiz não está livre de sentenciar ou despachar alegando lacunas, brechas ou obscuridades na lei. No julgamento das contendas judiciais cabe ao mesmo, aplicar as normas legais, não as havendo, deve-se utilizar da analogia, dos princípios gerais do direito e dos costumes.

Neste sentido, com o fim de que a norma alcance sua total efetividade, deve-se buscar dispositivos que sejam capazes de suprir a eficácia definidora de direito através da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito.

Assim sendo, as brechas no ordenamento jurídico seriam supridas pelos princípios, que funcionariam como um elemento integrador, ou uma forma de complementação das mesmas. Nesse mesmo diapasão Clóvis Beviláqua (1980, p.44), complementa: “o jurista penetra em um campo mais dilatado, procura apanhar as correntes diretoras do pensamento jurídico e canalizá-la para onde a necessidade social mostra a insuficiência do Direito Positivo”.

Cabe ao juiz adequar à norma jurídica em face das evidentes lacunas presentes e que vão surgindo mais e mais dia após dia. Com isso, vê-se a precisão de o magistrado fazer valer de outros elementos do sistema, e não apenas do texto positivo, diante desses fatos novos ou que acontecem de forma rara.

Com isso, para os casos em que a lei não oferece soluções para todas as situações e conflitos existentes, cumpre ao jurista buscar meios eficazes para o preenchimento das lacunas em nossa lei. E um desses meios seria através do uso dos princípios do direito, que

são fundamentos jurídicos para a legalização da antecipação terapêutica do parto nos casos de fetos com anencefalia.

Pode-se então, citar os seguintes princípios como alicerces: o da legalidade, da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da liberdade e ainda do direito à saúde.

No caso em tela é incontestável que a presença de normas de cunho religioso, ético e culturais, estarão sendo questionadas incessantemente. Desta feita, cabe ao Direito, por mais axiológico e complexo que seja, não se limitar apenas a redação da lei, mas saber adequar padrões anteriormente estabelecidos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

O artigo 1º, III, da Constituição Federal, mostra como princípio basilar, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se repõe a ser assegurado um espaço de integridade moral a todas as pessoas por sua existência. Ligados ao direito da personalidade estão: o direito à vida, à integridade física, o direito ao corpo e ao próprio cadáver, e de outro lado o direito à honra, à imagem, à vida privada, à liberdade, à intimidade, dentre outros.

Entretanto, forçar uma mulher a levar sua gestação adiante, sabendo ela, que aquela gravidez não têm nenhuma viabilidade de vida do feto, é violar o princípio fundamental da Constituição Federal, causando frustração, dor e angústia à mulher. Desta forma, pelos fatores de risco causados à mulher em face da gravidez de feto anencefalo e pelo convívio com a doentia probabilidade de vida do nascituro, uma grande ameaça à sua integridade física e psíquica, podendo ser comparado à condição de tortura, onde a Carta Maior em seu art. 5º, III, proíbe toda e qualquer forma desta e definida também pela legislação infraconstitucional (LEI nº 9455/ art. 1º): a tortura como estado de intenso sofrimento físico e mental.

No que concerne aos princípios da legalidade, da autonomia da vontade e da liberdade, estes formam um único princípio, no qual legalidade entende-se como sendo a possibilidade de fazer tudo o que não seja proibido em lei, e como não há nenhuma proibição do aborto de fetos com anencefalia no ordenamento jurídico, o que acontece é apenas uma limitação à liberdade de escolha no direito brasileiro.

Quanto ao direito à saúde da gestante, este obviamente, seria assegurado pela efetivação do aborto de feto anencefalo, sendo que sem tal possibilidade, a mulher sofreria uma violação à sua integridade, seja física ou psíquica. Desta feita, proibir a antecipação do parto de feto anencefalo resulta numa limitação ao direito à saúde da gestante.

Destarte, diante de um quadro tão polêmico e penoso, a sociedade tem buscado um entendimento unânime e uma norma regulamentada capaz de auxiliar juridicamente a interrupção da gestação em casos de fetos anencefálos. Enquanto a sociedade convive com

um vazio, várias decisões serão tomadas, buscando meios, como os que já foram citados, porém, nunca deixando de buscar a melhor solução possível, ocasionando dessa maneira, uma qualidade de vida bem melhor para a população.

4.3 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental conhecida por ADPF consiste numa ação constitucional prevista no artigo 102, § 1º da Constituição Federal de 1988 sendo regulamentada pela Lei nº 9.882/1999. Segundo o art. 1º de tal lei, esta ação tem como objetivo evitar ou reparar lesão à preceito fundamental, devido a atos do Poder Público, *in verbis*:

Art. 1º A arguição prevista no parágrafo 1º do artigo 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

No art. 3º desta lei são elencados os requisitos necessários para que a ação seja proposta:

Art. 3º A petição inicial deverá conter:
I - a indicação do preceito fundamental que se considera violado;
II - a indicação do ato questionado;
III - a prova da violação do preceito fundamental;
IV - o pedido, com suas especificações;
V - se for o caso, a comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado.

No dia 17 de junho de 2004, a CNTS (Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde) impetrou uma arguição de descumprimento de preceito fundamental em busca de uma posição do STF (Supremo Tribunal de Justiça) com relação a antecipação do parto nos casos de fetos com anencefalia e as implicações jurídicas para os profissionais da saúde.

Luis Roberto Barroso, um advogado constitucionalista, é o representante da Confederação. Na inicial, em nota prévia, ele buscou fazer a diferença entre aborto e antecipação terapêutica do parto, logrando com isso, mostrar de maneira clara que a antecipação do parto nos casos de fetos anencefálos está situada na seara da Medicina e do senso comum, diferentemente do que acontece na interrupção voluntária da gestação de feto com viabilidade de vida, chamada aborto.

Argumentos como a certeza do diagnóstico, o aumento do risco para a saúde das gestantes e a total inviabilidade de vida do feto foram suscitados, em concordância com um parecer dado pela FEBRASGO.

Na fase do mérito, fundamentou-se a ação nos princípios da dignidade da pessoa humana, da autonomia da vontade, da garantia da saúde da gestante e também da liberdade, todos previstos nos artigos, 1º, 5º, 6º e 196 da CF de 1988.

A argumentação basilar trazida foi o fato de que a punição imposta aos profissionais da saúde reguladas nos artigos 124, 126 e 128, I e II, do CP, afasta a adoção de tais preceitos constitucionais, nos casos de comprovada anencefalia fetal.

O principal pedido foi o da declaração de inconstitucionalidade da interpretação dos artigos 124, 126 e 128 do CP, como impeditivos da antecipação do parto nos casos de fetos anencefálos, reconhecendo assim o direito da gestante se submeter a tal procedimento sem que haja obrigação de antecedente apresentação de autorização judicial.

O pedido secundário solicita que, se julgado que a ADPF não seja cabível, o STF a receba como ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade). A ação foi distribuída ao Ministro Marco Aurélio para que fosse relator do processo.

A CNBB (Confederação Nacional dos Bispos do Brasil), a Associação Pró-vida e Pró-família, entre outros, defenderam sua aceitação no processo como *Amicus Curiae*. Entretanto, o pedido da Confederação e das demais associações foi rejeitado pelo relator do processo, onde cabe ao mesmo a decisão em relação à conveniência de intervenções no mesmo, de acordo com o artigo 7º, § 2º da Lei nº 9.882/99.

No dia 1º de julho de 2004, o Ministro deferiu os pedidos estabelecidos na inicial, reconhecendo a importância do litígio e o risco de manter-se o ambiente de discordâncias de pronunciamentos judiciais.

Decidiu-se não ir adiante das demais ações e decisões não transitadas em julgado, relacionadas a este tema, e também pelo reconhecimento de a gestante poder submeter-se à antecipação do parto, segundo laudo médico que assegure a mesma ter tal anomalia (Anexo

A). O mencionado Ministro (LOPES, 2008), demonstrou o seu entendimento a respeito do tema ao afirmar:

O Código Penal viabiliza a interrupção terapêutica da gravidez quando há risco de vida para a mulher. No meu entender, o risco de vida não é apenas uma questão relacionada à integridade física, mas à saúde num sentido muito mais amplo. Estou me referindo aqui à saúde psicológica da gestante. A gravidez de um feto anencéfalo traz danos irreversíveis à mulher tanto do ponto de vista físico quanto do psicológico. E digo mais: quando o Código Penal foi elaborado, em 1940, não havia tecnologia médica para detectar malformações fetais. Se esse tipo de diagnóstico fosse possível naquele tempo, muito provavelmente a interrupção da gestação de fetos anencéfalos já estaria prevista no Código Penal.

Não obstante seja esse o entendimento do Ministro Marco Aurélio, relator do processo, no dia 30 de setembro, do mesmo ano, a medida limitar que ele havia proferido foi revogada sob a justificativa de que a repercussão da decisão sob o ponto de vista precário e passageiro da medida liminar resultou na emissão de diversos entendimentos.

Afirmou-se então a relevância da realização de audiência pública e a aceitação no feito como *Amicus Curiae* de várias entidades. Ao dia 31 de julho de 2008, o Ministro se pronunciou, realizando a intimação e indicando as respectivas datas para que as partes interessadas comparecerem em audiência pública.

Devidamente intimadas, apresentaram-se ao 1º dia de audiência a CNBB, a Igreja Universal do Reino de Deus, entre outras. Dando início aos trabalhos, a Srª Maria José Fontelas Rosado Nunes, representando a ONG (Organização Não-Governamental) Católicas Pelo Direito de Decidir, pronunciou-se defendendo o direito da mulher poder interromper sua gravidez nos casos de anencefalia.

A Srª Maria José mesmo sendo professora, disse em sua exposição que estava ali não como pesquisadora, mas “como católica, feminista, mulher e cidadã brasileira”¹. Ela ainda observou que o Brasil, dito um estado laico, permeia a pressão religiosa, onde obriga a mulher gestante de feto anencefalo a levar a gravidez adiante, uma vez que está pecando em um preceito fundamental que é o direito de igualdade e autodeterminação da mulher em face de sua gestação.

Ela também lembrou que 15 mil mulheres brasileiras tiveram, nos últimos anos, que percorrer “uma peregrinação judicial dolorosa”, para que seu direito de interromper uma

¹ Disponível em www.stf.gov.br

gestação de feto com anencefalia fosse respeitado, estabelecendo um verdadeiro “desrespeito à mulher”.

Observou que é uma questão de justiça social a necessidade de que a legislação seja modificada para que se permita que a mulher interrompa a gravidez de feto anencefalo, pois assim, as mulheres pouco favorecidas economicamente, que formam a maioria das mulheres atingidas, e que não possuem condição para recorrer à justiça, possam fazê-lo.

Ao final de sua apresentação, Maria José leu uma carta de uma mulher, que se dirigia ao STF, fazendo um apelo ao mesmo, pedindo a legalização da interrupção da gestação nos casos de anencefalia.

A mulher em sua carta relatava que teve uma gravidez de feto anencefalo e queria muito interromper sua gravidez, onde recorreu à justiça, mas seu pedido foi negado em primeira instância. O Ministério Público apelou para segunda instância, mas o processo acabou sendo arquivado por falta de objeto, onde sua gestação acabou sendo levada até o fim com a conseqüente morte do bebê.

Para finalizar a mulher em sua carta afirma: “Viver uma gravidez sem esperança é acordar e dormir no desespero. Nunca vou esquecer do caixão com a filha que me obrigaram a enterrar. Não escolhemos essa tragédia, mas gostaríamos de ter o direito de não prolongá-la”.

Conforme as exposições eram apresentadas, a Igreja Universal do Reino de Deus apontou seu posicionamento como favorável à antecipação do parto, nos casos em que o bebê possua má formação cerebral, onde foi representada pelo Bispo Carlos Macedo de Oliveira, e afirmou que “a questão diz respeito à saúde e aos direitos da mulher, portanto a mãe é quem deve decidir sobre a possibilidade de antecipar ou não o parto”. O mesmo ainda disse que “talvez nenhum de nós consiga dimensionar os agravos de uma gravidez acometida de anencefalia”.

Já a CNBB, que foi representada pelo Padre Luiz Antônio Bento, mostrou-se defensora da humanidade do feto, ainda que acometido de anencefalia. Em sua perspectiva cristã expôs:

Não é possível fugir da realidade de que o aborto é a morte deliberada direta, independentemente da forma como é realizada, de um ser humano na fase inicial da sua existência. Ninguém pode autorizar que se dê a morte a um ser humano inocente, seja ele embrião, feto, ou criança sem ou com má formação, adulto, velho, doente, incurável ou agonizante.

Em contrapartida, o representante da CNBB lembrou que todos se sensibilizam com o sofrimento da gestante, porém, tal sofrimento não justifica e nem autoriza que a vida do feto seja sacrificada.

Logo após a defesa da CNBB, o advogado da CNTS, o Dr. Luiz Roberto Barroso, perguntou ao padre sobre o seu ponto de vista em relação a quando ocorre a morte de um ser humano, onde vale ressaltar que no direito brasileiro, a morte se caracteriza quando o cérebro para de funcionar. O padre ao responder a pergunta do advogado disse que “não se pode declarar morta uma pessoa que ainda está viva, que tem o sistema em funcionamento”.

Ao segundo dia de audiência, a Pós-Doutora em Bioética e também professora da UnB (Universidade de Brasília), Débora Diniz, foi ouvida, representando a ANIS, e iniciou sua exposição defendendo o direito da mulher nos casos de gravidez anencefálica, e também aproveitou a oportunidade para fazer um apelo ao STF para darem provimento à ADPF nº 54. Ela mostrou que a obrigatoriedade da mulher levar uma gestação desse tipo até o fim caracteriza o crime de tortura, ressaltando que “a tortura não está no acaso de uma gravidez de um feto com anencefalia, mas no dever de se manter grávida para enterrar o filho após o parto”. Ela ainda afirmou que:

O conceito de antecipação do parto é um retrato antropológico de como as mulheres grávidas de fetos com anencefalia descrevem o procedimento médico. Nenhuma delas o descreve como aborto. O diagnóstico de anencefalia lança uma situação ética inesperada. E elas querem descrevê-la em termos acolhedores para suas próprias vidas, e não em nome de dogmas religiosos ou verdades absolutas, distantes de suas realidades.

Defendendo ainda mais o direito de escolha da mulher assegurou:

Cuidar seriamente do caráter implacável (da anencefalia) pressupõe liberdade de escolha. A ADPF não as obriga. Cada uma deverá ser protegida em suas escolhas (levar ou não a gestação até o fim). Hoje, infelizmente, a gestação de feto com anencefalia não é escolha, mas um dever – de prolongar o luto, transformar sofrimento involuntário em experiência mística, dever de uma espera sem qualquer sentido.

Ela também alegou que não existe confusões entre anencefalia e outras má-formações, alegando que a anencefalia não consiste em mera deficiência.

Não é deficiência, insistiu. Não há crianças com anencefalia no mundo. ADPF 54 só diz respeito à anencefalia, não a outro caso de malformação.

Não há risco de renascimento de eugenia entre nós. Vivemos em um Estado democrático, que reconhece e protege as liberdades individuais, a diversidade, e protege a vulnerabilidade. Não há confusão médica, a anencefalia é letal em todos os casos

O médico e deputado federal José Pinotti, integrante da Academia Nacional de Medicina, afirmou que “a anencefalia é uma patologia letal em 100% dos casos”, “na medicina há poucas certezas, mas ela é possível em diagnósticos de anencefalia e óbito fetal”. Durante sua apresentação e defesa dos direitos da mulher ele disse:

O que se quer é simplesmente garantir a dignidade da pessoa humana, permitindo que a mulher escolha levar ou não esse tipo de gravidez até o fim, sempre de uma maneira bastante informada. Quem tem dinheiro faz isso com toda a segurança. As mulheres pobres ficam num verdadeiro dilema: ou elas levam a gravidez até o fim sem querer e, em vez de preparar o berço preparam um enterro, ou se submetem a um aborto ilegal que as criminaliza e as expõe a um risco imenso.

Logo após foi feita uma oitiva com vários médicos e especialistas na área da saúde, dentre eles o médico Everton Neves Pettersen, da Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, que mostrou quão tamanha é a precisão no diagnóstico da anencefalia ao dizer:

Basta termos a imagem do feto, um corte transversal no pólo cefálico, e teremos a imagem ultra-sonográfica bem clássica da formação correta do desenvolvimento do sistema nervoso central. Se temos dúvida, podemos usar de alta tecnologia dentro da ciência, como a ressonância magnética. Podemos mostrar claramente o desenvolvimento do feto, o desenvolvimento de toda a calota craniana e do encéfalo deste feto, e podemos ver a total ausência da formação do encéfalo e da formação da calota craniana.

No final de sua apresentação, após ter discutido sobre a anencefalia, ele se mostrou favorável a antecipação de parto nos casos de anencefalia, a dizer que:

Nós consideramos o feto anencéfalo um natimorto neurológico. Porque, do ponto de vista técnico, ele não tem sequer o desenvolvimento do sistema nervoso central. Por isso, seria uma tortura psicológica obrigar a mãe levar até o fim a gestação de um feto que nascerá morto.

Logo em seguidas aos debates o médico geneticista Salmo Raskin comentou sobre o índice de ocorrência de fetos com anencefalia, dizendo “ser algo extremamente freqüente”.

Explicou também do porque de os fetos anencefálos não poderem ser doadores de órgãos, “eles, geralmente, morrem muito rápido e não dá tempo, pois o transplante em recém-nascidos não é feito antes do sétimo dia de vida”, e ainda ressaltou, “mesmo que dê para retirar os órgãos, eles estarão comprometidos”.

Em seguida o Dr. Luis Roberto Barroso, perguntou-lhe o porquê de tal impossibilidade, onde o médico respondeu que “a doação não pode ser feita porque os fetos são portadores de múltiplas más formações, sem falar naqueles que não podem ser detectadas. Além disso, os órgãos são muito pequenos e não podem ser aproveitados para o transplante”.

Em destaque das exposições apresentadas foi a do médico Roberto Luiz D’Ávila, representante do Conselho Federal de Medicina, onde o mesmo defendeu a possibilidade da mãe decidir levar adiante ou não sua gravidez. Falou também que os médicos entendem os seus sofrimentos e lhes dão a possibilidade de continuar a gravidez se assim o quiserem, em contrapartida, se a mulher demonstra manifesto interesse em interromper a gravidez, ele defende que “ela deve ter liberdade de escolha”.

Asseverou também que quando perguntado por suas pacientes sobre o que elas devem fazer, ele fala para as mesmas procurarem o Poder Judiciário.

Ele desabafou dos médicos estarem “absolutamente reféns das decisões judiciais”, a chamada “judicialização da Medicina”.

Estamos reféns e precisamos de uma decisão definitiva com o entendimento que estamos agindo em benefício da paciente respeitando aquelas que desejam manter a gravidez até o final e respeitando aquelas que não desejam. Entendemos que é atípico, que não é crime e que estamos fazendo o bem e pretendemos que esta questão seja resolvida.

Logo em seguida, finalizando seu apelo disse:

Em nome do respeito à autonomia da vontade das pessoas, em nome de uma boa prática médica, em nome da manutenção desse exercício profissional que trabalha buscando a beneficência das pessoas, entendemos que o Supremo deve considerar esse caso definitivamente para que não fiquemos mais a mercê dos humores do Poder Judiciário e do juiz de plantão.

Ao dia 04 de setembro de 2008, foi realizada a terceira audiência, onde foi ouvido o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, defendendo o direito de a mulher poder escolher

levar sua gravidez adiante ou não. Ele alegou o apoio do Ministério da Saúde em virtude da ADPF nº 54:

O Ministério da Saúde defende essa garantia fundamentado, entre outras razões, na dolorosa experiência de manejo de situações em que mães são obrigadas a levar sua gestação a termo mesmo sabendo que o feto não sobreviverá após o parto.

Alegou também que o SUS possui toda uma estrutura assistencial para as gestantes de fetos anencefálos, desde o prognóstico até a orientação ao Judiciário. Finalizando afirmou:

A tarefa de trabalhar por uma sociedade composta por brasileiros saudáveis física e mentalmente requer, no início desse terceiro milênio, sustentar a defesa da saúde como um processo que promove a civilidade. Está absolutamente dependente do processo democrático e quase todos os países democráticos do mundo autorizam a antecipação do parto em caso de anencefalia.

Lia Zanotta, a representante da Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, apresentou depoimentos de quatro mulheres que vivenciaram a experiência de gerar um filho anencefalo: Camila, Michele, Érica e Dulcélia.

Érica recebeu o diagnóstico da anencefalia em seu filho, que de imediato indagou se haveria solução, obtendo uma resposta negativa. Em seguida, recebeu consolo de um funcionário da clínica que disse para ela ter esperança, onde Érica respondeu instintivamente “nunca um cérebro apareceria do nada”.

Conforme os meses iam passando Érica via sua barriga crescendo e o sofrimento aumentando, a cada dia que passava sentia-se mais torturada, até apoiada na liminar do Ministro Marco Aurélio, em 2004, ela interrompeu sua gestação, dizendo hoje não ter se arrependido, “se fosse para ser saudável, seria desde o começo”.

Dulcélia ao receber a notícia teve um sentimento de culpa muito forte, pela anormalidade que acometeu seu filho, sentindo-se assim a pior pessoa do mundo.

Camila ao ficar sabendo que seu filho tinha anencefalia, não teve mais interesse em sua própria vida, “não me penteava, não me levantava, era como se eu não quisesse mais viver”.

Ela relata que sentir o bebê mexendo dentro de sua barriga, vivendo com a idéia de registrá-lo, e ao mesmo tempo saber que logo após iria enterrá-lo, era muito doloroso.

Passados alguns meses ela conseguiu a autorização judicial para a interrupção de sua gestação.

Michele, cujo sua primeira gestação foi acometida da anencefalia, relata ter se tranqüilizado após ter passado o sétimo mês de sua segunda gestação.

Jacqueline Pitanguy, socióloga e cientista política, representando o Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, foi a última a se pronunciar na audiência do dia 04 de setembro, apoiando a antecipação do parto nos casos de anencefalia.

Ela defendeu o direito de escolha da mulher ao dizer que “o direito da mulher é um ato de proteção e solidariedade à dor e sofrimento das mulheres que vivenciam uma gravidez de feto anencefálico, anomalia incompatível com a vida em 100% dos casos”.

No último dia de audiência o médico Talvane Marins de Moraes, especialista em Psiquiatria Forense e Medicina Legal, posicionou-se favorável ao aborto nestes casos, alegando ser uma tortura obrigar a mulher a levar adiante tal gestação: “é como se o Estado estivesse promovendo a tortura em uma mulher, que mais tarde pode apresentar um quadro grave de estresse pós-traumático que a leve, em situações extremas, à tentativa de auto-extermínio ou suicídio”

Destarte tudo que foi exposto, sendo uma questão que suscita interesses éticos, médicos, religiosos e principalmente individuais, o âmbito jurídico mostra-se como sendo apenas mais um entre vários abrangidos por tal polêmica. Espera-se que o STF possa dirimir e pacificar tal questão.

4.4 Livre Arbítrio x Aborto

Não restam dúvidas que o aborto de feto anencefálo é um assunto polêmico, muito se tem discutido se a mulher teria ou não o direito de dispor sobre o seu próprio corpo.

Vale salientar que o presente trabalho, embora possa apresentar semelhanças à legalização do aborto eugênico *lato sensu*, na verdade, trata-se de um caso específico de anomalia fetal, irreversível e em 100% dos casos, letal.

Para a maioria contrária à interrupção da gravidez, mesmo para estes casos, onde é utilizado como principal argumento, a defesa do direito à vida, tutelado no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, mesmo que o ventre da mãe funcione apenas como UTI (Unidade de Terapia Intensiva), que uma vez desligada, lhe restará à morte.

Em verdade, a vida é o bem jurídico mais precioso que se tem, daí, deve-se protegê-la de toda e qualquer violação humana, pois a partir dela surgem os demais direitos fundamentais. Contudo, tal não deve ser compreendida *strictu sensu*, devendo outros direitos estar envolvidos, como salienta Gaiott e Shinzato (2004):

O direito à vida é o principal direito individual tutelado pela Constituição, pois o exercício dos demais direitos depende de sua existência. Contudo o direito à vida deve ser compreendido de forma extremamente abrangente, incluindo o direito de nascer, de permanecer, de defender a própria vida, de ter integridade moral e física e mais uma série de direitos que dele decorrem.

Portanto, pode-se dizer que, nos casos de um feto ser portador da anencefalia, o direito à vida deve ser visto de forma mais restrita, pois conforme observado anteriormente, mesmo que chegue a nascer com vida, não possuirá “vida”, não apresentando consciência, emotividade ou mesmo sensibilidade, sendo um ser, em estado vegetativo.

Desta feita podemos indagar: o feto anencefálo seria um detentor de vida ou meramente ou natimorto? Irrelevante seja positiva ou negativa a resposta, tem-se que salientar que, se há vida, esta não pode ser usufruída por tal ser, uma vez que o mesmo não pensa, não sente, e nem sequer tem uma forma humana definida.

Vieira (2004, p.33) confirma esse entendimento ao dizer: “de que adiante viver, se não pode sentir-se viva?”

Com isso, uma gestante acometida de tal gravidez, deve encontrar-se plenamente a vontade para decidir se deve ou não levar a gestação adiante, sem que haja limitações de ordem legal ou outras quaisquer que interfiram em sua decisão.

Segundo Neto (2006), são encruzilhadas perigosas, situações difíceis derrubar um castelo de sonhos que havia sido feito, por isso, a mulher tem o direito de exercer o seu “livre arbítrio”.

Numa mesma posição, Gaiott e Shinzato (2004) ensinam:

A mãe deve ter o direito de optar por interromper a sua gravidez ou não, ciente dos riscos que corre, mas essa prerrogativa deve estar sempre em aberto nesses casos, ou seja, o direito de livre arbítrio deve ser exercido, por que somente ela e aqueles que estão ao seu lado têm a consciência da dor e dos transtornos que este tipo de gravidez acarreta.

Em verdade, ao exercer tal direito, a gestante nem sempre opta pela interrupção da gestação, seja porque é de sua vontade ou em razão de sua religião, mas assim, sua decisão é respeitada, mantendo até o fim sua gestação.

No entanto, o direito de escolha das mulheres é importantíssimo àquelas que não se encontram psicologicamente convencidas a levar adiante essa situação. Nesse entendimento preleciona Melaré (2006)²:

A defesa do direito ao exercício do livre arbítrio das gestantes acarretará, para muitas, a remoção de uma pena cruel, ilegítima e dolorosa a elas imposta pela própria condição de conduzir a gravidez de um filho inviável.

Nem todas as mães suportam ver seus filhos nascerem com tantas deformidades, entre as mais marcantes, a aparência de sapo e os olhos arregalados. É com certeza uma terrível realidade, mas que acontece frequentemente nos dias atuais. Nesse sentido Vieira (2004, p.32) salienta:

Neste caso, a decisão deve caber à mulher e ao marido, [...]. Os médicos que realizam a interrupção nestes casos estão respeitando a autonomia da mulher, causando-lhe um bem, sem causar mal ao feto, pois este morto já está infelizmente.

É importante ressaltar que, embora se diga que pertence ao casal o direito de decidir sobre a interrupção ou não da gravidez, na realidade, tal não se aplica, uma vez que, é o livre arbítrio exercido pela mulher, embora a opinião do seu parceiro ser levado em conta.

O importante mesmo é a sintonia do casal, compartilhando de uma mesma opinião, diante de uma situação tão complexa e tão grande sofrimento. Porém, se houver divergências entre as opiniões do casal, deve-se levar em consideração a decisão da mulher por possuir maior legitimidade, afinal, quem passa por várias transformações, tanto físicas como psicológicas, e que a deixam mais vulnerável a perturbações psicológicas, é ela.

Entendendo dessa mesma forma, Melaré (2006)³ reza:

Somente a gestante, com tranquilidade, liberdade e sem dúvidas médicas, sopesando seus próprios e íntimos conceitos e valores, devidamente cotejados com os elementos exógenos de seu próprio meio social, deve decidir o rumo tomar.

² http://www.conjur.com.br/2005-jan-18/mulher_decidir_aborto_feto_cerebro

³ http://www.conjur.com.br/2005-jan-18/mulher_decidir_aborto_feto_cerebro

É mister ressaltar que no que se refere à legalidade do livre arbítrio nos casos de anencefalia, o mesmo encontra fundamentos na própria legislação penal em vigor, onde é admitido o aborto sentimental. O art. 128, II do referido diploma, conforme visto anteriormente autoriza o aborto feito por médico na situação em que a gravidez resultou de estupro ou, de atentado violento ao pudor, considerando que tal violência sexual faz emergir perdas psicológicas a gestante.

Diante do que foi falado anteriormente, a pergunta que surge é: como autorizar o aborto de um feto perfeito, completamente viável, saudável, resultante de violência sexual e negar que as mulheres pratiquem o aborto diante de um ser mal formado e potencialmente inviável?

Gomes apud (Nogueira, 2006)⁴ diz:

Os que sustentam (ainda que com muita boa-fé) o respeito à vida do feto devem atentar para o seguinte: em jogo está a vida ou a qualidade de vida de todas as pessoas envolvidas com o feto mal formado. Se até em caso de estupro, em que o feto está bem formado, nosso Direito autoriza o aborto, nada justifica que idêntica regra não seja estendida para o aborto anencefálico. Lógico que a gestante, por suas convicções religiosas, pode não querer o aborto. Mas isso constitui uma decisão eminentemente pessoal (que deve ser respeitada). De qualquer maneira, não pode impedir o exercício do direito ao abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento.

De fato, não existem razões para tal diferenciamento, em ambos os casos o que se procura proteger é a saúde psíquica da mãe, de forma mediata ou imediata, que diante ao direito à livre decisão, será preservado.

Destarte, diante dos avanços tecnológicos da psicologia, não mais se faz distinção entre morte física e psicológica, assim sendo, a Lei Penal deveria equiparar as duas, pois se para uma é permitido por existir o perigo de vida para a gestante, deve permitir para outra pela probabilidade de morte psíquica, deixando a escolha da gestante a continuidade da gestação.

⁴ <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11625/11190>

CONCLUSÃO

Como visto a partir de uma crítica hipotética da legalização do aborto nos casos de anencefalia fetal, procurou-se evidenciar aspectos sociais e jurídicos a cerca da interrupção da gestação quando o produto de tal concepção for potencialmente inviável, para os quais não exista tratamento, por ser uma anomalia letal em 100% dos casos.

No início da pesquisa, o aborto foi focado nos seus precedentes históricos, bem como sua aplicabilidade na Legislação Penal, demonstrando as modalidades de aborto que são tidas em nosso ordenamento como excludentes de ilicitude, tanto da gestante, como de terceiro provocador.

Deste modo, pôde-se notar que para o atual Código Penal, o direito à vida do feto nem sempre é tratado de maneira primordial, podendo ser preterido, desde que haja, embora equiparados, preferências em relação ao feto, como exemplo, a vida da gestante e a sua liberdade sexual.

Ao decorrer do trabalho, foi abordado também que a anencefalia é uma doença (anomalia) incurável e irreversível, abordando também suas características e conseqüências. Também foram observados os efeitos que advêm de uma gestação em que o feto possui tal anomalia, principalmente no que se relaciona à saúde da mulher.

Nestes termos, não resta dúvidas que esse tipo de gestação acarreta, não raro, sérios danos de ordem física e psíquica à gestante. Ainda se discute sobre os danos de ordem física, mas verificou-se que eles aparecem, causando perigo de vida à mulher, o mesmo acontece com os danos causados pela hipertensão e pelo hidrânio, que se intensificam quando a gestante possui predisposição, como exemplo as que sofrem de eclampsia.

Contudo, na há o que se discutir, no que se refere a contestar a existência da perturbação psíquica sofrida pela gestante, ao ser diagnosticada uma gravidez de feto sem nenhuma viabilidade de vida. É por esse motivo que se têm comparado tal gravidez à tortura, aumentando ainda mais por a gestante ser obrigada a levar a termo sua gravidez, onde além do abalo emocional e da depressão de se preparar para gerar a morte, ser obrigada a esperar nove meses para ver seu filho nascer mal formado, e logo após vê-lo morrer em poucos minutos.

No entanto, mesmo com tantas perturbações à sua saúde, a gestante não encontra a chamada segurança jurídica, diferente do que ocorre quando a mulher é estuprada, por exemplo, pois o legislador nesse caso, assegurou não só sua liberdade sexual, mas também sua saúde psicológica, dando à mulher a possibilidade de retirar o feto, mesmo sendo perfeitos

e potencialmente viáveis. Diante disto o questionamento que surge é: porque o legislador preocupando-se tanto com a saúde psicológica da mulher, mesmo quando se trata de fetos perfeitamente viáveis, não utiliza deste mesmo argumento nos casos de fetos anencefálos, em que desde o início é comprovada a inviabilidade extra-uterina?

Foi tratada ainda a possibilidade de consecução de permissões para a realização da antecipação terapêutica do parto, no caso em tela, pois, da ótica médica, é a única solução eficaz do problema, uma vez que a anomalia é irreversível. Na verdade, não há um entendimento unânime acerca do assunto, mas alguns entendimentos jurídicos vêem o caso, não sendo nem mesmo um aborto, visto que, devido total inviabilidade, é considerado natimorto, pois ao nascer com vida, como falado anteriormente, não apresenta qualquer consciência, vitalidade, emotividade, por isso serem favoráveis a descriminalização do aborto, tomando com embasamento o direito da gestante à saúde e ao bem estar, e também com base em preceitos constitucionalmente consagrados. Seria um crime impossível.

Abordou-se das questões jurídico-sociais acerca do tema, focalizando o posicionamento da igreja em face da descriminalização da prática abortiva nesses casos. Foi percebida opiniões distintas existentes, a estar sujeito da religião, na qual a igreja católica é a mais rigorosa, sendo assim, um grande obstáculo à concessão de autorizações para interrupção de gravidez, mesmo sendo de feto inviável. No entanto, não se pode entender como sendo esse um argumento aceitável a não legalização do aborto de fetos anencefálos, sendo o Brasil um estado laico, não se pode basear em preceitos meramente religiosos os ditames jurídicos, visto que há um grande número de religiões, cada uma com seus próprios princípios.

De ver-se que, uma vez diagnosticada com precisão e máxima certeza a presença de tal anomalia, a nosso entender, deve-se conferir a gestante plena e total liberdade, para dispor sobre o seu próprio corpo, pois cabe somente a ela saber o seu limite psíquico, diante da anomalia acometida ao feto que carrega em seu ventre, avaliando os prós e contras, pra aí sim, decidir o que irá fazer.

Dentre outras palavras, o legislador deve reavaliar seus conceitos, observando os projetos de lei analisados nesta pesquisa, para que seja inserido no art. 128 do CP, mais um inciso que trate dos casos de gestação de fetos inviáveis, dentre eles o anencefálo, pois assim, estaria concedendo à mulher o direito de exercer o livre arbítrio, diante de uma situação tão difícil, e sendo assim, sua conduta seria acobertada pela excludente de ilicitude, não constituindo nenhum crime.

Quanto aos posicionamentos dos Tribunais, estes não apresentam uma opinião unânime, dependendo de caso a caso, mas pode-se dizer que há uma pré-disposição para a descriminalização do aborto nestes casos.

Diante de tudo que foi exposto, pode-se concluir, que o que se busca com urgência diante de uma situação como essa é a previsão na legislação, de modo que a gestante possa interromper sua gravidez se assim o desejar, pois vê-se que depois do feto, a maior vítima é a mulher, que levando uma gravidez deste tipo sofre danos físicos sérios e irreversíveis abalos psicológicos. Cabe também aos cidadãos que não admitem tal procedimento, analisarem a questão, afinal, é desumano, insensível, cruel e bárbaro desprezar a dor e angústia da mulher que sabe que jamais terá em seus braços o fruto daquela gestação. Não deve ser exigido que a mulher continue com essa gestação quando a mesma não possui condições psicológicas de suportar essa tortura tão pesada e sufocante.

Para finalizar, pode-se concluir que o aborto de fetos anencefálos trás a tona muita discussão na hodiernidade, no entanto, deve ser concedido a mulher o direito a livre decisão, sendo observados os princípios da dignidade da pessoa humana e autonomia da vontade, não apenas em favor do feto, mas também de sua genitora.

REFERÊNCIAS

Aborto: feto com má formação congênita – anencefalia. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII – nº 174, 15 de abril de 2004.

ANDALRAFT NETO, Jorge. *Anencefalia: posição da FEBRASGO*. Disponível em: <http://www.bioeticaefecrista.med.br/textos/anencefalia_febrasgo.pdf>. Acesso em 14 de março de 2010.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: parte especial*. 7. ed. São Paulo. Saraiva, 2007.

Código Civil Argentino. Disponível em: <<http://www.chubut.gov.ar/policia/documentos/Codigo%20Civil%20de%20la%20Republica%20Argentina.pdf>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2010.

DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: parte especial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DEL PRIORE, Mary Lucy Murroy. A árvore e o fruto: um breve ensaio histórico sobre o aborto. Disponível em: <<http://www.portalmedico.org.br/revista/bio1v2/arvore.html>>. Acesso em 24 de Janeiro de 2010.

Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 3 ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia, Breves considerações médicas, bioéticas, jurídicas e jurídico-penais. Disponível em: <http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco.pdf>. Acesso em 20 de fevereiro de 2010.

GAIOTT, Thais Tech; SHINZATO Simone. Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/1773/Visao-juridica-a-respeito-do-aborto-de-fetos-portadores-de-anencefalia>>. Acesso em 14 de março de 2010.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*, 33: Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004.

LOPES, Adriana Dias. *Pelo fim da Hipocrisia*. Disponível em: <http://planetasustentavel.abril.com.br/noticia/desenvolvimento/conteudo_299067.shtml>. Acesso em 01 de Março de 2010.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. Livre arbítrio: a mulher deve decidir sobre aborto de feto sem cérebro. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2005-jan-18/mulher_decidir_aborto_feto_cerebro. Acesso em 05 de abril de 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte especial*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

NOGUEIRA, Sandro D'amato. Ainda sobre a antecipação terapêutica do parto nos casos de anencefalia e a visão do STF – novas considerações em face da dignidade da pessoa humana, da legalidade e da autonomia de vontade. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/11625/11190>. Acesso em 05 de abril de 2010.

PINOTTI, José Aristodemo. *Anencefalia: opinião*. Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=61117>>. Acesso em 14 de março de 2010.

PONTES, Manoel Sabino. *A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade*. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/Doutrina.htm>>. Acesso em 18 de fevereiro de 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol. 2 – Parte Especial. 2 ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REZENDE, Jorge de **Obstetrícia**, 10 ed. São Paulo: Guanabara, 2005.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. *O aborto: um resgate histórico e outros dados*. Disponível em: <<http://www.fsp.usp.br/SCHOR.HTM>>. Acesso em: 24 de Janeiro de 2010.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte especial*. 1. ed. São Paulo. Atlas, 2004.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Aborto por anomalia fetal e o direito atual. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII – nº 174, 15 de abril de 2004.

ANEXOS

ANEXO A

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 54-8
DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
ARGÜENTE(S) : **CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS**
TRABALHADORES NA SAÚDE - CNTS
ADVOGADO(A/S) : **LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)**
DECISÃO

PROCESSO -
SANEAMENTO -
AUDIÊNCIA PÚBLICA.

1. Em substituição ao Colegiado, porque véspera das férias coletivas de julho de 2004, sem possibilidade de submissão do pleito de liminar ao Plenário, prolatei a seguinte decisão (folha 158 a 164):

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL - LIMINAR - ATUAÇÃO INDIVIDUAL - ARTIGOS 21, INCISOS IV E V, DO REGIMENTO INTERNO E 5º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/99. LIBERDADE - AUTONOMIA DA VONTADE - DIGNIDADE A PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUPÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO.

1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta argüição de descumprimento de preceito fundamental considerada a anencefalia, a inviabilidade do feto e a antecipação terapêutica do parto. Em nota prévia, afirma serem distintas as figuras da antecipação referida e o aborto, no que este pressupõe a potencialidade de vida extra-uterina do feto. Consigna, mais, a própria legitimidade ativa

a partir da norma do artigo 2º, inciso I, da Lei nº 9.882/99, segundo qual são partes legítimas para a argüição aqueles que estão no rol do artigo 103 da Carta Política da República, alusivo à ação direta de inconstitucionalidade. No tocante à pertinência temática, mais uma vez à luz da Constituição Federal e da jurisprudência desta Corte, assevera que a si compete a defesa judicial e administrativa dos interesses individuais e coletivos dos que integram a categoria profissional dos trabalhadores na saúde, juntando à inicial o estatuto revelador dessa representatividade. Argumenta que, interpretado o arcabouço normativo com base em visão positivista pura, tem-se a possibilidade de os profissionais da saúde virem a sofrer as agruras decorrentes do enquadramento no Código Penal. Articula com o envolvimento, no caso, de preceitos fundamentais, concernentes aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, em seu conceito maior, da liberdade e autonomia da vontade bem como os relacionados com a saúde. Citando a literatura médica aponta que a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivida de, no máximo, algumas horas após o parto.

A permanência de feto anômalo no útero da mãe mostrar-se-ia potencialmente perigosa, podendo gerar

danos à saúde e à vida da gestante. Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante dor, angústia e frustração, resultando em violência às vertentes da dignidade humana - a física, a moral e a

psicológica - e em cerceio à liberdade e autonomia da vontade, além de colocar em risco a saúde, tal como proclamada pela Organização Mundial da Saúde - o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença. Já os profissionais da medicina ficam sujeitos às normas do Código Penal - artigos 124, 126, cabeça, e 128, incisos I e II -, notando-se que, principalmente quanto às famílias de baixa renda, atua a rede pública.

Sobre a inexistência de outro meio eficaz para viabilizar a antecipação terapêutica do parto, sem incompreensões, evoca a Confederação recente acontecimento retratado no *Habeas Corpus* n° 84.025-6/RJ, declarado prejudicado pelo Plenário, ante o parto e a morte do feto anencefálico sete minutos após. Diz da admissibilidade da ANIS - Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero como *amicus curiae*, por aplicação analógica do artigo 7°, § 2°, da Lei n° 9.868/99.

Então, requer, sob o ângulo acautelador, a suspensão do andamento de processos ou dos efeitos de decisões judiciais que tenham como alvo a aplicação dos dispositivos do Código Penal, nas hipóteses de antecipação terapêutica do parto de fetos anencefálicos, assentando-se o direito constitucional da gestante de se submeter a procedimento que leve à interrupção da gravidez e do profissional de saúde de realizá-lo, desde que atestada, por médico habilitado, a ocorrência da anomalia. O pedido final visa à declaração da inconstitucionalidade, com eficácia abrangente e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal - Decreto-Lei n° 2.848/40 - como impeditiva da antecipação terapêutica do parto em casos de gravidez de feto anencefálico, diagnosticados por médico habilitado, reconhecendo-se o direito subjetivo da gestante de assim agir sem a necessidade de apresentação prévia de autorização judicial ou qualquer outra forma de permissão específica do Estado. Sucessivamente, pleiteia a argüente, uma vez rechaçada a pertinência desta medida, seja a petição inicial recebida como reveladora de ação direta de inconstitucionalidade. Esclarece que, sob esse prisma, busca a interpretação conforme a Constituição Federal dos citados artigos do Código Penal, sem redução de texto, aduzindo não serem adequados à espécie precedentes segundo os quais não cabe o controle concentrado de constitucionalidade de norma anterior à Carta vigente.

A argüente protesta pela juntada, ao processo, de pareceres técnicos e, se conveniente, pela tomada de declarações de pessoas com experiência e autoridade na matéria. À peça, subscrita pelo advogado Luís Roberto Barroso, credenciado conforme instrumento de mandato - procuração - de folha 26, anexaram-se os documentos de folha 27 a 148.

O processo veio-me concluso para exame em 17 de junho de 2004 (folha 150). Nele lancei visto, declarando-me habilitado a votar, ante o pedido de

concessão de medida acauteladora, em 21 de junho de 2004, expedida a papeleta ao Plenário em 24 imediato.

No mesmo dia, prolatei a seguinte decisão:

**AÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL -
INTERVENÇÃO DE TERCEIRO - REQUERIMENTO -
IMPROPRIEDADE.**

1. Eis as informações prestadas pela Assessoria:

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB - requer a intervenção no processo em referência, como *amicus curiae*, conforme preconiza o § 1º do artigo 6º da Lei 9.882/1999, e a juntada de procuração. Pede vista pelo prazo de cinco dias.

2. O pedido não se enquadra no texto legal evocado pela requerente. Seria dado versar sobre a aplicação, por analogia, da Lei nº 9.868/99, que disciplina também processo objetivo - ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade.

Todavia, a admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto. Fica a critério do relator, caso entenda oportuno. Eis a inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99, sob pena de tumulto processual.

Tanto é assim que o ato do relator, situado no campo da prática de ofício, não é suscetível de impugnação na via recursal.

3. Indefiro o pedido.

4. Publique-se.

A impossibilidade de exame pelo Plenário deságua na incidência dos artigos 21, incisos IV e V, do Regimento Interno e artigo 5º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, diante do perigo de grave lesão.

2. Tenho a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS como parte legítima para a formalização do pedido, já que se enquadra na previsão do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.882, de 3 de novembro de 1999. Incumbe-lhe defender os membros da categoria profissional que se dedicam à área da saúde e que estariam sujeitos a constrangimentos de toda a ordem, inclusive de natureza penal.

Quanto à observação do disposto no artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, ou seja, a regra de que não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade, é emblemático o que ocorreu no *Habeas Corpus* nº 84.025-6/RJ, sob a relatoria do ministro Joaquim Barbosa. A situação pode ser assim resumida: em Juízo, gestante não logrou a autorização para abreviar o parto. A viacrúcis prosseguiu e, então, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a relatora, desembargadora Giselda Leitão Teixeira, concedeu liminar, viabilizando a interrupção da gestação. Na oportunidade, salientou:

A vida é um bem a ser preservado a qualquer custo, mas, quando a vida se torna inviável, não é justo condenar a mãe a meses de sofrimento, de angústia, de desespero.

O Presidente da Câmara Criminal a que afeto o processo, desembargador José Murta Ribeiro, afastou do cenário jurídico tal pronunciamento. No julgamento de fundo, o Colegiado sufragou o entendimento da relatora, restabelecendo a

autorização. Ajuizado *habeas corpus*, o Superior Tribunal de Justiça, mediante decisão da ministra Laurita Vaz, concedeu a liminar, suspendendo a autorização. O Colegiado a que integrado a relatora confirmou a óptica, assentando:

HABEAS CORPUS. PENAL. PEDIDO DE AUTORIZAÇÃO PARA A PRÁTICA DE ABORTO.

NASCITURO ACOMETIDO DE ANENCEFALIA. INDEFERIMENTO. APELAÇÃO. DECISÃO LIMINAR DA RELATORA RATIFICADA PELO COLEGIADO DEFERINDO O PEDIDO. INEXISTÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. IDONEIDADE DO WRIT PARA A DEFESA DO NASCITURO.

1. A eventual ocorrência de abortamento fora das hipóteses previstas no Código Penal acarreta a aplicação de pena corpórea máxima, irreparável, razão pela qual não há se falar em impropriedade da via eleita, já que, como é cediço, o writ se presta justamente a defender o direito de ir e vir, o que, evidentemente, inclui o direito à preservação da vida do nascituro.

2. Mesmo tendo a instância de origem se manifestado, formalmente, apenas acerca da decisão liminar, na realidade, tendo em conta o caráter inteiramente satisfativo da decisão, sem qualquer possibilidade de retrocessão de seus efeitos, o que se tem é um exaurimento definitivo do mérito. Afinal, a sentença de morte ao nascituro, caso fosse levada a cabo, não deixaria nada mais a ser analisado por aquele ou este Tribunal.

3. A legislação penal e a própria Constituição Federal, como é sabido e consabido, tutelam a vida como bem maior a ser preservado. As hipóteses em que se admite atentar contra ela estão elencadas de modo restrito, inadmitindo-se interpretação extensiva, tampouco analogia *in malam partem*. Há de prevalecer, nesse casos, o princípio da reserva legal.

4. O Legislador eximiu-se de incluir no rol das hipóteses autorizativas do aborto, previstas no art. 128 do Código Penal, o caso descrito nos presentes autos.

O máximo que podem fazer os defensores da conduta proposta é lamentar a omissão, mas nunca exigir do Magistrado, intérprete da Lei, que se lhe acrescente mais uma hipótese que fora excluída de forma propositada pelo Legislador.

5. Ordem concedida para reformar a decisão proferida pelo Tribunal *a quo*, desautorizando o aborto; outrossim, pelas peculiaridades do caso, para considerar prejudicada a apelação interposta, porquanto houve, efetivamente, manifestação exaustiva e definitiva da Corte Estadual acerca do mérito por ocasião do julgamento do agravo regimental.

Daí o *habeas* impetrado no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, na assentada de julgamento, em 4 de março último, confirmou-se a notícia do parto e, mais do que isso, de que a sobrevivência não ultrapassara o período de sete minutos. Constata-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a desinteligência de julgados, sendo que a tramitação do processo, pouco importando a data do surgimento, implica, até que se tenha decisão final - proclamação desta Corte -, espaço de tempo bem superior a nove meses, período de gestação. Assim, enquadra-se o caso na cláusula final do § 1º em análise. Qualquer outro meio para sanar a lesividade não se mostra eficaz. Tudo recomenda que, em jogo tema da maior relevância, em face da Carta da República e dos princípios evocados na inicial, haja imediato crivo do Supremo Tribunal Federal, evitando-se

decisões discrepantes que somente causam perplexidade, no que, a partir de idênticos fatos e normas, veiculam enfoques diversificados. A unidade do Direito, sem mecanismo próprio à uniformização interpretativa, afigura-se simplesmente formal, gerando insegurança, o descrédito do Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional. Atendendo a petição inicial os requisitos que lhe são inerentes - artigo 3º da Lei nº 9.882/99 -, é de se dar seqüência ao processo.

Em questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. Conforme ressaltado na

inicial, os valores em discussão revestem-se de importância única. A um só tempo, cuida-se do direito à saúde, do direito à liberdade em seu sentido maior, do direito à preservação da autonomia da vontade, da legalidade e, acima de tudo, da dignidade da pessoa humana. O determinismo biológico faz com que a mulher seja a portadora de uma nova vida, sobressaindo o sentimento maternal. São nove meses de acompanhamento, minuto a minuto, de avanços, predominando o amor. A alteração física, estética, é suplantada pela alegria de ter em seu interior a sublime gestação. As percepções se aguçam, elevando a sensibilidade. Este o quadro de uma gestação normal, que direciona a desfecho feliz, ao nascimento da criança. Pois bem, a natureza, entretantes, reserva surpresas, às vezes desagradáveis. Diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia-adia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar. No caso da anencefalia, a ciência médica atua com margem de certeza igual a 100%. Dados merecedores da maior confiança evidenciam que fetos anencefálicos morrem no período intra-uterino em mais de 50% dos casos. Quando se chega ao final da gestação, a sobrevida é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável, sendo nenhuma a chance de afastarem-se, na sobrevida, os efeitos da deficiência. Então, manter-se a gestação resulta em impor à mulher, à respectiva família, danos à integridade moral e psicológica, além dos riscos físicos reconhecidos no âmbito da medicina.

Como registrado na inicial, a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar -, trata-se de situação concreta que foge à glosa própria ao aborto - que conflita com a dignidade humana, a legalidade, a liberdade e a autonomia de vontade. A saúde, no sentido admitido pela Organização Mundial da Saúde, fica solapada, envolvidos os aspectos físico, mental e social. Daí cumprir o afastamento do quadro, aguardando-se o desfecho, o julgamento de fundo da própria arguição de descumprimento de preceito fundamental, no que idas e vindas do processo acabam por projetar no tempo esdrúxula situação.

Preceitua a lei de regência que a liminar pode conduzir à suspensão de processos em curso, à suspensão da eficácia de decisões judiciais que não hajam sido cobertas pela preclusão maior, considerada a recorribilidade. O poder de cautela é insito à jurisdição, no que esta é colocada ao alcance de todos, para afastar lesão a direito ou ameaça de lesão, o que, ante a organicidade do Direito, a demora no desfecho final dos processos, pressupõe atuação imediata. Há, sim, de formalizar-se medida acauteladora e esta não pode ficar limitada a mera suspensão de todo e qualquer procedimento judicial hoje existente. Há de viabilizar, embora de modo precário e efêmero, a concretude maior da Carta da República, presentes os valores em foco. Daí o acolhimento do pleito formulado para, diante da relevância do pedido e do risco de manter-se com plena eficácia o ambiente de desencontros em pronunciamentos judiciais até aqui notados, ter-se não só o

sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também o reconhecimento do direito constitucional da gestante de submeter-se à operação terapêutica de parto de fetos anencefálicos, a partir de laudo médico atestando a deformidade, a anomalia que atingiu o feto. É como decido na espécie.

3. Ao Plenário para o crivo pertinente.

4. Publique-se.

Reaberto o segundo semestre judiciário daquele ano, o Plenário deliberou, sem discrepância de votos, não adentrar o exame da medida acauteladora, sinalizando o julgamento de fundo - certidão de folha 167.

À folha 156, está o ato mediante o qual foi indeferida a participação, no processo, como terceira interessada, da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil - CNBB. O pedido de reconsideração não foi acolhido (folhas 171 e 172).

À folha 202, consta o indeferimento da admissibilidade como terceira, no processo, de Católicas pelo Direito de Decidir. Também ocorreu o indeferimento do pleito em idêntico sentido formulado pela Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família (folha 204).

O então Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, no parecer de folha 207 a 218, preconizou o indeferimento do pedido. Eis a síntese da peça:

1. O pleito, como apresentado, não autoriza o recurso à interpretação conforme a Constituição: considerações.

2. Anencefalia. Primazia jurídica do direito à vida: considerações.

3. **Indeferimento** do pleito.

A Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF buscou ser admitida no processo, tendo o requerimento a mesma sorte daqueles formalizados pelas entidades mencionadas (folha 224).

Pessoa natural buscou a reconsideração do ato por meio do qual deferida a liminar, fazendo-o mediante peça sem assinatura (folha 229).

Interposto agravo pela Associação de Desenvolvimento da Família, ressaltei o que previsto no artigo 7º da Lei nº 9.868/99 e a ele neguei seguimento (folha 231). Chamei o processo à ordem tendo em conta irregularidade da publicação de ato a envolver a citada Associação (folha 236).

À folha 239 à 241, prolatei decisão, acenando com a realização de audiência pública, mas revelando a necessidade de submeter ao Plenário o requerimento da Procuradoria Geral da República no sentido de mostrar-se inadequada a arguição. O Colegiado Maior, na sessão de 20 de outubro de 2004, concluiu pela adequação da ação ajuizada, seguindo-se proposta do ministro Eros Grau para que fosse exercido crivo quanto à liminar. Por maioria de votos, o Plenário referendou a primeira parte da medida, a alcançar o sobrestamento dos processos e decisões não transitados em julgado, e revogou a liminar na segunda parte, em que assentado o reconhecimento do direito das gestantes de submeterem-se, sem a glosa penal, à operação terapêutica de fetos anencefálicos.

À folha 249, ante requerimento de improcedência do pedido formulado na inicial, deixei registrada a circunstância de a Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF não participar da relação processual.

Por meio da decisão de folha 266, determinei fosse devolvida à Advocacia Cidadã pelos Direitos Humanos a peça por ela apresentada. O Procurador-Geral da República, Dr. Cláudio Fonteles, requereu a realização de audiência pública, indicando rol de professores a serem ouvidos, dos quais ficaria dispensada a intimação (folha 270). O citado Procurador requereu a juntada de documentos. Aberta vista à argüente, esta ressaltou a neutralidade das peças (folhas 275 e 284). À folha 286 à 500, está a documentação do incidente suscitado, com o acórdão relativo à concepção do Plenário.

2. Encontrando-se saneado o processo, devem ocorrer audiências públicas para ouvir entidades e técnicos não só quanto à matéria de fundo, mas também no tocante a conhecimentos específicos a extravasarem os limites do próprio Direito. Antes mesmo de a Procuradoria Geral da República vir a preconizar a realização, havia consignado, na decisão de 28 de setembro de 2004, a conveniência de implementá-las. Eis o trecho respectivo (folha 241):

Então, tenho como oportuno ouvir, em audiência pública, não só as entidades que requereram a admissão no processo como *amicus curiae*, a saber:

Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, Católicas pelo Direito de Decidir, Associação Nacional Pró-vida e Pró-família e Associação de Desenvolvimento da Família, como também as seguintes entidades:

Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia, Sociedade Brasileira de Genética Clínica, Sociedade Brasileira de Medicina Fetal, Conselho Federal de Medicina, Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sociais e Direitos Representativos, Escola de Gente, Igreja Universal, Instituto de Biotécnica, Direitos Humanos e Gênero bem como o hoje deputado federal José Aristodemo Pinotti, este último em razão da especialização em pediatria, ginecologia, cirurgia e obstetrícia e na qualidade de ex-Reitor da Unicamp, onde fundou e presidiu o Centro de Pesquisas Materno- Infantis de Campinas - CEMICAMP.

Já agora incluo, no rol de entidades, a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC.

Visando à racionalização dos trabalhos, delimito o tempo de quinze minutos para cada exposição - viabilizada a juntada de memoriais - e designo as seguintes datas das audiências públicas, que serão realizadas no horário matutino, a partir das 9h:

a) 26 de agosto de 2008: Conferência Nacional dos Bispos do Brasil; Igreja Universal; Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família e Católicas pelo Direito de Decidir.

b) 27 de agosto de 2008: Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero - ANIS; Associação de Desenvolvimento da Família - ADEF; Escola de Gente e Rede Nacional Feminista de Saúde, Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos.

c) 28 de agosto de 2008: Conselho Federal de Medicina; Federação Brasileira de Ginecologia e Obstetrícia; Sociedade Brasileira de Medicina Fetal; Sociedade Brasileira de Genética Clínica; Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência e, por último, o Deputado Federal José Aristodemo Pinotti.

3. Quanto ao requerimento do Ministério Público formalizado à folha 270, no sentido de serem ouvidos oito professores, sem especificação das respectivas áreas de atuação, indefiro o pedido. Faço-o tendo em conta o que viabilizado em termos de conveniência pela lei regedora da argüição de descumprimento de preceito fundamental. Vale frisar,

por oportuno, que a relação de entidades mencionadas já revela a audição sob os diversos ângulos envolvidos na espécie.

4. Providenciem as intimações cabíveis, devendo as entidades referidas designar, previamente, as pessoas naturais que as representarão. Dêem ciência do teor desta decisão ao Procurador-Geral da República e aos demais integrantes da Corte, especialmente ao Presidente, ministro

Gilmar Mendes. Encaminhem cópia às citadas entidades.

4. Publiquem.

Brasília, 31 de julho de 2008.

Ministro MARCO AURÉLIO
Relator

ANEXO B

PROJETOS DE LEI:**PROJETO DE LEI DO SENADO Nº183, DE 2004**

Altera a redação do art. 128 do Decreto-Lei nº2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para nele incluir o caso de aborto de feto anencéfalo.

O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

"Art. 128.

Aborto no caso de gravidez de feto com anencefalia.

III -se da gravidez resulta feto com anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (NR)"

Art. 2º Esta Lei entra vigor na data de sua publicação.

Sala das Sesses, Senador DUCIOMAR COSTA

ANEXO C

PROJETO DE LEI DO SENADO Nº 227, DE 2004

Altera o art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal, para não punir a prática do aborto realizado por médico em caso de anencefalia fetal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º O art. 128 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a Vigorar acrescido do seguinte inciso:

"Art. 128.

Aborto no caso de gravidez de feto com anencefalia.

III – se o feto apresenta anencefalia e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (NR)"

Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, 11 de agosto de 2004.

Mozarildo Cavalcanti

ANEXO D

PROJETO DE LEI N^o, DE 2004**(Do Sr. Dr. Pinotti)**

Acrescenta inciso ao artigo 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º É isenta de ilicitude a interrupção da gravidez em caso de gestante portadora de feto anencéfalo.

Art. 2º O art. 128 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940, passa a vigorar acrescido do seguinte inciso:

"Art. 128.....

I -.....

II -.....

III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos (NR)."

Art.3º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2004.

Deputado DR.PINOTTI

ANEXO E

PROJETO DE LEI N.º , de 2004**(Da Dep. Jandira Feghali e Outros)**

Acrescenta inciso ao art. 128 do Decreto - Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940 - Código Penal.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º - O art. 128 do Decreto – Lei 2848, de 07 de dezembro de 1940, Código Penal, fica acrescido do seguinte inciso III:

" Art. 128

Aborto Terapêutico

III – Houver evidência clínica embasada por técnica de diagnóstico complementar de que o nascituro apresenta grave e incurável anomalia, que implique na impossibilidade de vida extra uterina."

Art. 9º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

Sala das Sessões, em de Novembro de 2004.