



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

LÍVIO CAVALCANTE AZEVEDO

DESCRIMINALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DO PARTO NOS CASOS
EM QUE O FETO É PORTADOR DE ANENCEFALIA

SOUSA - PB
2008

LÍVIO CAVALCANTE AZEVEDO

DESCRIMINALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DO PARTO NOS CASOS
EM QUE O FETO É PORTADOR DE ANENCEFALIA

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 Esp. Leonardo Figueiredo de Oliveira.

SOUSA - PB
2008

Lívio Cavalcante Azevedo

Descriminalização da antecipação do parto nos casos em que o feto é portador de anencefalia.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Centro de Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade Federal de Campina Grande, em cumprimento dos requisitos necessários para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovado em de de 2008

Leonardo Figueiredo
Professor Orientador

|Nome –Titulação-Intituição
Professor (a)

|Nome –Titulação-Intituição
Professor (a)

Sousa-PB
Novembro/2008

A meu pai Antônio Cirilo Neto, o qual apesar do pouco estudo foi meu principal "Professor Doutor" em matéria de como vencer na vida com honestidade e trabalho in memoriam,
A minha mãe, hoje a razão de minha existência.
A meus irmãos e sobrinhos os quais completam minha felicidade.
A minha namorada e futura esposa Alba a qual me faz muito feliz.

"Aspira-se a que o homem precise estar preocupado com o futuro, não somente com o futuro próximo, o do amanhã e depois, no qual nos encontramos, mas com o futuro remoto, depois do mediato".

(Giacóia Junior)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ser tão bom comigo, pois me deu a saúde que tanto almejava para tornar um de meus sonhos realizados.

A meu pai Antonio Cirilo Neto, o qual se foi tão cedo devido uma doença cruel e avassaladora. Mas deixou sua contribuição em forma de conhecimento, apesar de pouco estudo, me ensinou a como vencer na vida e ter uma vida digna com honestidade e sempre preservar as boas amizades.

A minha querida e magnífica mãe Maria Auxiliadora, hoje a razão do meu viver, pois cumula os cargos de pai e mãe e apesar da aparente fragilidade é uma rocha quando enfrenta problemas.

A meus irmãos Lúcio Flavo, o qual juntamente com Deus me deu a oportunidade de está vivo, ao doar um de seus rins provou o verdadeiro sentido das palavras família e amor entre irmãos. A Fábio Cavalcante e a Livia Maria os quais amo infinitamente e tenho certeza que o sentimento é recíproco.

A meus sobrinhos, Antonio Lucas, João Paulo e Kairo. Os quais tornam a vida muito mais alegre. Amo vocês!

A minha equipe médica em nome de Dra. Ana Cristina Gomes Duarte, pela dedicação e paciência que tiveram comigo.

A meus tios e tias que tanto me ajudaram durante minha jornada em busca de saúde. Agradeço a todos em nome de Márcia Maria do Nascimento Alcântara e Marcus Araújo.

A meus primos e primas que sempre estiveram do meu lado. Agradeço em nome do meu primo-irmão Paulo Sergio e minha querida prima Fátima Saraiva.

A meus amigos de infância que hoje já são profissionais em diversas áreas e por isso demoramos a nos reunir, mas quando estamos juntos parece que o tempo nunca passou. Meus amigos irmãos; Adalberto, Joel, Jolu'son, Hugo, Tarcisio,

A meus eternos amigos os quais tive o prazer de conhecer durante a faculdade, Carlo José (Carlin), Deusimar, Valério, Roberto Rael (Bebeto), Tales, Thiago (melocoton), Alison, Helladhyo, Pedro Ivo (ligerin), Rubens Augusto, Adriano (Baiano), Jobson, Ney marques, Sérvolo, Paulo, Hélio, Lamanda, Jacira, Julia, Walesca, Silvia (Silvinha), Yale, Thayane, Isabele (Bel), Geysiana enfim todos os que tornaram minha estadia em Sousa mais agradável e feliz.

As minhas grandes amigas em especial, Alice e Daiane as quais tenho um carinho especial e só eu sei o quanto elas contribuíram para minha vitória.

E por fim ao meu orientador Leonardo Figueiredo por ajudar na minha na minha formação acadêmica.

RESUMO

Um tema em pleno debate, ser ou não passivo de punição a antecipação do parto de feto anencefalo. Entretanto a nossa legislação penal só considera atualmente excludente de ilicitude, os casos de aborto que seja resultado de estupro, ou quando a gestação põe em risco a saúde da mulher. Por ser a anencefalia um mal congênito que leva o fechamento do tubo neural durante a gestação, essa anomalia neutraliza qualquer possibilidade de vida para o portador. Além de gerar uma grande ameaça à saúde da gestante podendo ocasionar doenças físicas como a hipertensão e psicológicas por ter a certeza que não poderá nem se quer amamentá-lo como tanto sonha e sim em pouco tempo após o nascimento, isso é se chegar a nascer, enterra-lo. A orientação médica, no entanto é a retirada do feto para melhor qualidade de vida da gestante. Contudo nossa legislação não autoriza a retirada do feto com esse tipo de anomalia, mesmo ferindo os princípios da dignidade da pessoa humana, legalidade, liberdade, autonomia da vontade e o direito à saúde da gestante. Esse trabalho tem como objetivo geral analisar os aspectos jurídicos e sociais da antecipação do parto de feto portador de anencefalia, tendo este absoluta certeza da anomalia por parte de uma junta médica. E como objetivos específicos analisar dados histórico e legal em relação ao aborto e informar causas e efeitos da anencefalia, destacando os efeitos psicológicos sofridos pela gestante; e por fim defender a antecipação do parto por gestante portadora de feto anencéfalo por esta acobertada pelas características do estado de necessidade que uma causa de exclusão da antijuridicidade. Foram utilizados os métodos exegético-jurídico, histórico evolutivo e dedutivo, essenciais para um bom desenvolvimento da presente pesquisa, a qual se refere a um tema atual e que está sendo discutida por diversos órgãos.

Palavras-chave: Anencefalia. Ponderação de interesses. Descriminalização estado de necessidade

ABSTRACT

theme in the debate, be liable to punishment or not the anticipation of duck from anencephalic fetus. Meanwhile our criminal law only considers currently exclusive of illegality, the cases of abortion that is the result of rape or when the pregnancy endangers a woman's health. As the anencephaly a congenital evil that causes the closing of the neural tube during pregnancy, this anomaly neutralizes any possibility of life for the holder. In addition to causing a major threat to the health of the pregnant woman can cause physical diseases such as hypertension and psychological because it can not be sure that no one wants amamentá it as both dream, but soon after birth, it is reaching birth , Bury it. The medical advice, however is the removal of the fetus to better quality of life of the pregnant woman. But our legislation does not authorize the removal of the fetus with this type of anomaly, even injuring the principles of human dignity, legality, freedom, freedom of choice and the right to health of the pregnant woman. This study aims to examine the general legal and social anticipation of the birth of the bearer of anencephalic fetus, with absolute certainty that the fault on the part of a medical. And as specific objectives and analyzing historical data in relation to legal abortion and inform causes and effects of anencephaly, emphasizing the psychological effects suffered by pregnant women, and finally defend the anticipation of childbirth by pregnant anencefalia bearer of a fetus covered up by the characteristics of this state the need for a cause for exclusion from antijuridicidade. We used the methods exegetic-legal, historical evolution and deductive. Essential for the proper development of this search, which refers to a current topic and that is being discussed by various bodies.

Key words: Anencephaly. Balance of interests. Decriminalization state of need

SUMÁRIO

RESUMO

ABSTRACT

| | |
|--|----|
| INTRODUÇÃO | 10 |
| CAPITULO I ABORTO E SUA LOCALIZAÇÃO JURÍDICA | 12 |
| 1.1 Precedentes históricos | 14 |
| 1.2 Regulamentação do aborto pela legislação penal brasileira | 16 |
| 1.2.1 Aborto terapêutico ou necessário (art. 128, I do CP) | 19 |
| 1.2.2 Aborto sentimental ou humanitário (art. 128 II do CP) | 21 |
| CAPÍTULO II ANENCEFALIA: CARACTERÍSTICAS SOCIAIS E JURÍDICAS.... | 24 |
| 2.1 Direito do feto anencéfalo | 26 |
| 2.2 A inaplicabilidade do conceito de morte encefálica ao anencéfalo e a aquisição de direitos por este ser humano | 26 |
| 2.3. Direito à vida | 30 |
| 2.4. Direito da gestante | 32 |
| 2.4.1 Dignidade da pessoa humana | 33 |
| 2.4.2 Direito à saúde | 35 |
| 2.4.3 Princípio da legalidade e direito à liberdade | 36 |
| CAPITULO III A DESCRIMINALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO | 40 |
| 3.1 A técnica da ponderação de interesses | 41 |
| 3.2 Aplicação da técnica da ponderação de interesses ao caso concreto: direito à vida do anencéfalo X direitos da gestante | 44 |
| 3.3 Descriminalização da antecipação do parto de feto anencéfalo com base no estado de necessidade | 49 |
| CONCLUSÃO | 52 |
| REFERÊNCIAS | 55 |

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como principal objetivo avaliar a questão da antecipação do parto em casos de feto portador de anencefalia, um verdadeiro desafio para os intérpretes e aplicadores do direito do mundo moderno, por apresentar uma temática polêmica.

É comprovado por métodos seguros, que nos casos que existe presença de anencefalia, não há nenhuma probabilidade de vida após o parto ou vida extra-uterina; proibida de desobedecer ao parecer legal, a gestante vê-se obrigada, sem lógica alguma, a prosseguir com a gestação, embora tal evento ataque satisfatoriamente os direitos os quais lhe são garantidos pela Lei Maior Brasileira.

A presente pesquisa tem a finalidade de ser justificada pela problemática exposta, destacando sua principal intenção que é proporcionar à sociedade a garantia jurídica proposta a todos os casos de feto com anomalia, nesse caso, especificamente em tela a enencefalia.

Com isso, no decorrer deste trabalho, serão apontadas noções de aborto e anencefalia, com a pretensão de prever uma possível legalização da conduta das gestantes que decidirem pela realização da antecipação do parto.

Nesse sentido o primeiro capítulo abordara o aborto em seu aspecto jurídico; tendo como início a análise de seus aspectos históricos referente ao tema, dando uma pincelada na questão do aborto na legislação pátria, examinando varias posições as quais podem ocorrer na abundante e produtiva vida social: aborto provocado pela gestante; aborto provocado por terceiros com o consentimento da gestante; e aborto provocado por terceiros sem o consentimento da gestante.

Também, discorrendo sobre o aborto qualificado e o aborto legal, como se procede cada um deles e sua tipificação na legislação penal brasileira.

No segundo capítulo, serão estudados e analisados os aspectos sociais e jurídicos de feto portador de anencefalia, sua definição na literatura médica. A exposição do problema psicológico e emocional que a gestante fica submetida. Trará alguns direitos tanto do feto, como o direito a vida; como o direito da gestante, dignidade da pessoa humana, direito a saúde. Focalizando o princípio da legalidade e direito à liberdade

No terceiro e último capítulo adentrar-se-á numa temática-chave da atual pesquisa: a descriminalização da antecipação do parto por gestante portadora de feto encefálico.

Considerando-se que essa prática só é fato típico e antijurídico, somente permitido na ocasião de duas conjunturas (no caso da mulher que é vítima de estupro ou se a continuidade da geração trazer perigo inafastável para sua vida).

No terceiro capítulo foi utilizada a técnica da ponderação de interesses, para melhor definir as questões de valores e princípios constitucionais que envolvem a temática. Para melhor análise da questão em debate, ou seja, a antecipação do parto de fetos anencefalos a luz do conceito de estado de necessidade.

Cabe ressaltar que o tema em análise é bastante controverso, envolvendo sentimentos diretamente vinculados a convicções éticas, morais, políticas, religiosas e filosóficas. Entretanto, este estudo tratará da matéria tão-somente sob o enfoque jurídico, isso porque o certo ou o errado, o moral ou imoral, o humano ou desumano, enfim, o justo ou injusto, em se tratando de atividade jurisdicional em um Estado Democrático de Direitos, são aferíveis a partir do que suas Leis estabelecem.

CAPÍTULO 1 O ABORTO E SUA LOCALIZAÇÃO JURÍDICA

Aborto é a interrupção da gravidez pela morte do feto ou embrião, junto com os anexos ovulares. Pode ser espontâneo ou provocado. O feto expulso com menos de 0,5 kg ou 20 semanas de gestação é considerado abortado.

Há varios conceitos de aborto que se pode encontrar na seleta doutrina, assim, buscarei destacar os conceitos médico-legal e jurídico.

Em uma óptica médico-legal do conceito de aborto, mais direcionada na obstetricia, disciplina a qual se estuda as questões ligadas à procriação dos seres humanos, é a interrupção da gestação dentro de um lapso de tempo predeterminado. A interrupção da gestação antes de completar 20 semanas ou 139 dias, com expulsão parcial ou total dos produtos da concepção, com ou sem identificação do embrião ou feto vivo ou morto, pesando menos de 500g. Pode-se dividir em precoce, se ocorrer antes de 12 semanas, ou tardio, se entre 12 semanas e 20 semanas.¹

Na optica jurídica, a lei não estabelece limites para a idade gestacional, isto é: aborto é a interrupção da gravidez com intuito de morte do concepto, não fazendo alusão à idade gestacional.

Destacando essa qualidade pode-se destacar o conceito de aborto na doutrina de Mirabete (2002, p.93):

Aborto é a interrupção da gravidez com destruição do produto da concepção. É a morte do ovo (até três semanas de gestação), embrião (de três semanas e três meses) ou de feto (após três meses), não implicando necessariamente sua expulsão[...]

Neste mesmo sentido diz o textualmente Damásio (1998, p.115)

Aborto é a interrupção da gravidez com a consequência morta do feto (produto da concepção).

No sentido etimológico, aborto quer dizer privação de nascimento.

Advém de ab, que significa privação, e ortus, nascimento.

A palavra abortamento tem maior significado técnico que aborto.

Aquela indica a conduta de abortar; esta, o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida. Entretanto, de observar-se que a expressão aborto é mais comum e foi empregada pelo CP nas indicações marginais das incriminadoras.

Com isso podemos perceber a importância da integração entre os conceitos jurídicos e o médico jurídico, para melhor definição do aborto.

Tem-se como definição de aborto natural o seguinte. É a interrupção gravídica por diversas causas as quais fogem a vontade da gestante, tendo sua configuração por problemas de saúde ou má formação fetal; o aborto acidental tem entre suas características ser ocasionado por fatores externos, não ocorrendo nenhuma ligação decisiva e determinante sobre o fato, ocasionado geralmente por queda ou ingestão, de substância inadequada e que seja de desconhecimento da gestante o ato que possa vir a ocasionar; e por fim o aborto provocado, único destes que pode constituir crime, o qual provém de ação humana com finalidade de interromper o processo de gestação.

Entretanto, está em debate e já é admitido pela jurisprudência e doutrina, uma nova espécie de aborto eugênico e piedoso, realizado com a finalidade de antecipar o parto de feto que não possui condição de sobrevivência devido conter anomalias de natureza grave, como ausência de cérebro; tendo como intuito terapêutico a preservação da saúde e até mesmo resguardar a vida da gestante; social ou econômico feito com um único objetivo, de não agravar a situação financeira da família.

1.1 Precedentes Históricos

Atualmente existe a observação de situações de mulheres que passam por problemas, com relação a gerar ou não uma criança. No entanto tal situação já vem sendo discutida entre os anos 7.737 e 2696 Antes de cristo, no período do imperador chinês Shen Nung. Onde um texto já trazia uma receita de um chá de uso oral o qual serviria como meio para abortar.

O aborto no seu âmbito histórico, nem sempre teve uma característica incriminadora, pois o mesmo sempre sofreu forte influência. Com relação a interesses econômicos, políticos e religiosos sempre tiveram grande influência. Tendo grande participação e passando por momentos do decorrer da história.

Diversos filósofos expuseram sua opinião com relação ao tema aborto, dentre eles podemos destacar os seguintes; Platão que afirmava que o aborto deveria ser obrigatório, por motivos eugênicos, isso para as mulheres com a idade de superior a 40 anos e para dar continuidade a genética pura dos guerreiros. Na visão de Sócrates, as mulheres especializadas em parto que na época eram conhecidas como parteiras, ainda existente nos dias atuais, deveriam facilitar o aborto às mulheres que dessa forma quisessem.

Surge o império Romano com suas diversas fases e com ele acompanha a problemática do aborto, também seguindo suas fases. Na conjuntura da lei das XII Tábuas e as leis da Republica o aborto não era tido como um crime, pois se considerava o feto apenas um produto da concepção, dando livre arbitrio à mulher praticar o aborto, pois lhe era dado o direito de dispor do seu corpo como bem entendessem.

Surge uma nova fase do império Romano e com ele surge uma nova maneira de se analisar o aborto. Passou-se a castigar a prática do aborto por ser considerado uma lesão ao direito do marido, por que assim como a gestante, seu marido também tem direito à prole, destacando que nesse momento histórico tem se a proteção das garantias à propriedade do pai e não o direito do feto.

O aborto passou a ter sua reprovação pelo meio social no auge do cristianismo, chegando a ter um tratamento mais complacente através da tese de São Tomás de Aquino o qual acreditava na vivacidade tardia do feto, ao modo recomendado Aristóteles pregava a configuração do crime de aborto somente passados quarenta e oito dias da concepção, pois o mesmo pregava que era o momento que o feto teria recebido alma. No entanto a igreja católica apostólica romana só passou a considerar o crime de aborto a partir do ano de 1869, por entender que a alma era fruto do ser humano desde sua concepção.

No século XIX, no auge da revolução industrial, receoso com a diminuição da mão-de-obra advinda das classes menos favorecida. Houve a proibição do aborto por motivos econômico. Pois as indústrias a cada dia necessitavam de mais mão de obra barata encontrada na classe menos favorecida. E com a proibição do aborto a tendência seria aumentar essa mão de obra.

Adentrando no século seguinte, tendo em destaque sua primeira metade, as manifestações anti aborto se processou com toda força devido às percas populacionais sofridas pela primeira guerra mundial que atingiu grande parte dos países europeus, tendo como exceção a União Soviética. Tendo destaque pois foi o primeiro país a desconsiderar o aborto como crime e o primeiro a legalizá-lo.

Chega ao fim a Segunda Grande Guerra Mundial, apesar de seu término permanecera forte a reprovação da prática do aborto. Transformações substâncias

só foram aparecer a partir dos anos sessenta, decorrida modificações do modelo político-econômico juntamente com a nova visão da mulher perante sociedade, a qual passou a ter fortes decisões no que se referia a continuar ou não a gestação. Daí surgia uma forte tendência de grupos feminista impulsionado o debate para a liberação do aborto.

Tendo passado por farias transformações, as quais foram mais intensas a partir dos anos 60(sessenta), como já citadas. Após a emancipação da mulher no âmbito estrutural social, juntamente com a evolução nos costumes da sociedade, destacando o que diz respeito à sexualidade.

No tocante da atualidade após várias fases e transformações juntamente com a globalização vários países não mais considera crime o aborto provocado até o terceiro ou quarto mês de gestação.

1.2 Regulamentação do aborto pela legislação penal brasileira

O primeiro registro de crime de aborto no Brasil ocorreu em 1830, quando unicamente se considerava crime no do Código do Império, a conduta de terceiros, contudo sem determinar por nenhum dispositivo legal o crime de aborto praticado ela própria gestante. Dispositivo este que passou a ter uma previsão legal no ano de 1890.

O crime de aborto teve sua tipificação no Código Penal Brasileiro de 1940 o qual está em vigor até os dias de hoje. O crime de aborto é abordado em sua Parte Especial, tipificado no Título I "Dos Crimes Contra a Pessoa" e no Capítulo I "Dos Crimes Contra a Vida".

No auto-aborto e consentimento para o aborto, se tratando de crime especial ou também denominado crime de mão-própria, onde apenas a gestante será autora; no entanto em se tratando de aborto provocado por terceiros, tendo ou não o consentimento da gestante, qualquer pessoa pode ser autora do delito, por se tratar de crime comum.

No que tange auto-aborto e consentimento para o aborto, o sujeito passivo do crime é o feto. Discorre nesse sentido Mirabete apud (Fragoso, Ligações. Ob. Cit. V.1, p. 127), ao dispor: "Não é o feto, porem titular de jurídico ofendido, apesar de ter seus direitos de natureza civil resguardados. Sujeito passivo é o estado ou a comunidade nacional".

Por outro lado, o aborto praticado sem o consentimento da gestante, tem-se como sujeito passivo, segundo Damásio (1999, p. 118) o feto e a gestante.

Com relação à comprovação do crime de aborto, por se tratar de crime material, será realizado o exame de corpo de delito. Sendo analisado o material extraído do útero como também do corpo da mulher. Não havendo condições de exame direto, poderá ser substituído pela prova testemunhal ou documental.

O dolo, no referido crime de aborto é fato indispensável na conduta do agente como tipo de aborto subjetivo. Consubstanciado na vontade do agente em plena consciência interromper a gravidez e provocar a morte do produto da concepção. Destacando que o agente necessariamente deverá estar consciente da existência da gravidez. Também tendo em vista que o crime de aborto só se faz possível na condição do feto estar vivo e sua morte seja decorrência do emprego de meios que de forma idônea provocaria seu óbito.

Nosso Código Penal trás cinco configurações de aborto, são eles: aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento – auto-aborto (CP, artigo 124);

aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante (CP, artigo 126); aborto qualificado (CP, artigo 127) e aborto legal (CP, artigo 128), que serão analisados a seguir.

O artigo 124 tem em seu tipo a forma mais ampla do crime de aborto. Trata do aborto provocado pela gestante ou com seu consentimento; os artigos 125 e 126 referem-se ao aborto provocado por terceiro, sem e com o consentimento da gestante, respectivamente; o art. 127 diz respeito à forma qualificada; e, por fim, o art. 128 que trata das excludentes de ilicitude do referido crime, artigo este que será explorado neste trabalho, pois se busca incluir neste rol a hipótese do aborto de feto anencefálico.

Sendo assim, os artigos 124 a 127 do Código Penal referem-se às formas de interrupção da gravidez que são punidos, constituindo crime de aborto, enquanto que o artigo 128 trata dos casos em que se pode interromper a gravidez, ou seja, o aborto permitido (aborto necessário ou terapêutico e aborto no caso de gravidez resultante de estupro, o denominado aborto ético ou humanitário).

A nomenclatura acolhida por Bitencourt (2002. p.158) diferencia muito bem as modalidades do crime de aborto, bem como suas exceções, para o autor o artigo 124 trata do aborto provocado, o 125 aborto sofrido, 126 aborto consentido, e ainda as excludentes de ilicitude como aborto necessário (art. 128, I) e aborto humanitário (art. 128, II). Já Delmanto leciona da seguinte forma:

Podem ser apontadas seis figuras: aborto provocado pela própria gestante ou auto-aborto (art. 124, 1ª parte); consentimento da gestante a que outrem lhe provoque o abortamento (art. 124, 2ª parte); aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125); Idem, com o consentimento ou consensual (art. 126); aborto qualificado (art. 127); aborto legal (art. 128), que é impunível.

Verifica-se de plano que os autores não se diferenciam em relação ao conceito do crime nem sequer como ele se configura. A única diferença que pode ser vislumbrada trata das nomenclaturas adotadas por cada um.

Cabe agora verificar as modalidades de aborto, tanto as que configuram crime como as conhecidas por aborto permitido, constantes no artigo 128 do Código Penal pátrio. São elas: se não houver outro meio de salvar a vida da gestante, chamado de aborto terapêutico ou necessário; e a segunda, se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante.

1.2.1 Aborto Terapêutico ou Necessário (Art. 128, I do C.P.)

Ab initio, vale atentar para o fato de que este tipo de aborto na legislação pátria configura-se como uma excludente de ilicitude, ou seja, é o chamado aborto permitido, aquele em que a prática não é punida. O aborto terapêutico é aquele em que a gestante possui o direito de abortar. Ocorre quando a gestação traz perigo de vida à mulher. Vale atentar que este perigo deve ser direto à vida e não somente à saúde da gestante. Um outro requisito é a inexistência de outro meio para salvar a vida mulher. Só atendendo esses requisitos é que se poderá praticar o aborto terapêutico sem que tal conduta incorra como ilícito penal, conforme preceitua o mencionado art. 128, inciso I, do Código Penal brasileiro: "Art. 128. Não se pune o aborto praticado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante".

Lecionando sobre o tema, Delmanto (2002, p.269/270) expõe da seguinte forma:

Aborto necessário (inciso I) também conhecido como terapêutico, é o aborto praticado quando não há outro meio de salvar a gestante. São, pois, seus requisitos: 1. Que corra perigo a vida (e não apenas de saúde) da gestante.

2. Inexistência de outro meio para salvar sua vida. Note-se que o CP, a nosso ver, de forma errônea, não legitima o aborto chamado eugenésico, ainda que seja provável ou até mesmo certo, que a criança, nasça com deformidade ou enfermidade incurável. No caso do inciso I, é indispensável a concordância da gestante ou de seu representante legal, se o perigo de vida for iminente.

Além de conceituar as hipóteses em que o aborto é permitido, Delmanto, ao final da citação, demonstra sua opinião a cerca do aborto eugênico. Depreende-se desta afirmativa que ele também defende a interrupção da gravidez nos casos em que o feto padece de anencefalia. Contudo, tal assunto será vislumbrado posteriormente no momento oportuno. Seguindo o conceito do mencionado autor, porém divergindo quanto à necessidade de consentimento da gestante, tem-se Bitencourt:(2002,p.156) "O aborto necessário pode ser praticado mesmo contra a vontade da gestante. A intervenção médico-cirúrgica esta autorizada pelo dispositivo nos artigos 128, I(aborto necessário) e 24 (estado de necessidade).".

A mesma opinião é defendida por Hélio Gomes: (2004, p.69)

Assim, para realizar este tipo de aborto, o médico deverá documentar a evolução do caso por meios de registros periódicos dos dados da clínica e dos exames complementares, de modo a poder caracterizar a evolução desfavorável da paciente, apesar das tentativas de tratamento. Demonstrada a impossibilidade de manutenção da gravidez face o risco de vida da mãe, só então pode realizar a intervenção. A recusa da gestante em fazer o aborto não deve ser considerada se existir o iminente perigo de vida da mãe, a que alude o art. 3º do art. 146 do C.P.

Depreende-se que vida da gestante prepondera sobre a do feto, pois, uma vez que existe o risco de vida para a aquela, diretamente relacionado, tem-se o perigo deste alcançar o feto, pois há grandes chances da mulher não sobreviver à gestação. Desta forma, o feto também não sobreviveria. Por motivos óbvios, não se põe em risco à vida da mulher e o aborto deverá ocorrer ainda que esta não consinta.

1.2.2 Aborto Sentimental ou Humanitário (Art. 128, II do C.P.).

O aborto humanitário, também chamado de sentimental não é considerado crime na legislação brasileira, pois se encontra inserido no artigo que trata das excludentes de ilicitude do crime de aborto.

Esse tipo de aborto tem sua justificativa no fato de que a gestação é conseqüência de estupro. Assim, nos casos em que a mulher for vítima de estupro poderá abortar sem que lhe seja atribuída qualquer penalidade. Desta forma, tem-se no inciso II do art. 128 do Código Penal que “Não se pune o aborto praticado por médico se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Segundo Celso Delmanto,(2002,p.269/270) esta modalidade de aborto inclui tanto o estupro praticado com violência real como presumida. Atualmente se entende que a permissão também alcança, por analogia, a gravidez resultante de atentado violento ao pudor. O autor afirma que se faz necessário o prévio consentimento da gestante ou de seu representante legal para interromper a gestação nesses casos, não sendo necessária a autorização judicial, in verbis:

(...) A lei não exige autorização judicial para a pratica do aborto sentimental, ficando a intervenção ao inteiro arbítrio do médico. Não é necessário que exista processo contra o autor do crime sexual; nem, muito menos, que haja sentença condenatória. O próprio médico deve procurar certificar-se da veracidade do alegado pela gestante ou seu representante.

Desse modo, tem-se como fundamento para não aplicação de sanção, nestes casos, o fato de não obrigar à mulher uma maternidade que lhe é odiosa e que possa lhe trazer recordações que acabam por abalar seu psicológico, tendo em

vista que o estupro é um crime em que incide uma grande carga de violência, não só física como mental.

Porém, diferente do entendimento a respeito da gestação que traz risco de vida à mulher, no que tange à sua liberdade de escolha, nos casos de aborto sentimental fica a disposição da mulher, manter ou não, a gravidez resultante do crime de estupro.

Aspectos que poderíamos considerar de terapêuticos, já que a finalidade do aborto é poupar à mulher da tortura que seria manter viva a presente, por nove meses seguidos, marca da violência. Poucas mulheres têm condições emocionais de enfrentar este problema sem abalo de saúde mental. Algumas até podem desenvolver surtos psicóticos. Entretanto, enquanto no Aborto Terapêutico o médico pode decidir até contra a vontade da mulher, neste ele só pode atuar após tácito assentimento da gestante, feito por escrito.

Conforme Cezar Roberto Bitencourt,(2004,p.439) para que não haja problemas para o médico que pratica o aborto nestes casos, é imperioso que o consentimento da gestante ou de seu representante legal se obtido por escrito ou na presença de testemunhas idôneas. A questão referente ao aborto humanitário será vista mais profundamente em seguida, em momento oportuno, uma vez que se mostra necessário traçar um paralelo a respeito do aborto humanitário e do aborto de anencéfalo, sendo o primeiro pertencente às excludentes de ilicitudes previstas no art. 128 do Código Penal Brasileiro e o segundo considerado crime pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Além das excludentes de ilicitude vistas no artigo 128 do Código Penal, existem ainda outras modalidades de aborto que são lícitas em outros ordenamentos jurídicos, tais como o aborto honoris causa, o aborto social ou econômico, o aborto

eugênico e a interrupção da gestação em caso de anencefalia, sendo este último, o ponto principal do presente trabalho. Todavia é imprescindível salientar que o Direito Penal brasileiro pune o aborto praticado com essas justificativas.

CAPÍTULO 2 ANENCEFALIA: CARACTERÍSTICAS SOCIAIS E JURÍDICAS

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 do 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 setenta e cinco por cento dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos vinte e cinco por cento que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de vinte e quatro horas e o resto dentro da primeira semana.

Na anencefalia, a inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex) provoca a ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vaso motoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de *morte neocortical*, enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a *morte cerebral* ou *encefálica*.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende do suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vaso motora, nutrição, hidratação). Há vinte anos, um feto era considerado viável quando completava vinte e oito semanas, enquanto que hoje, bastam vinte e quatro semanas ou menos. Faz dez anos que um neonato de um quilo estava em um peso

limite, mas hoje sobrevivem fetos com 600 gramas. A viabilidade não é, pois, um conceito absoluto, mas variável em cada continente, cada país, cada cidade e cada grupo sociocultural. Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente sãos ou potencialmente sãos. O feto anencefalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de *morte neocortical*, carece de toda lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

Também pode ser encontrada em doutrina jurídica a definição a respeito de anencefalia.

Nesse padrão, relata Maria Helena Diniz (2001, p.281):

Pode ser um embrião, feto ou recém-nascido que, por malformação 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 sanguínea situam-se no bulbo raquidiano, mantém suas funções vitais, logo o anencefalo poderá nascer com vida, vindo a falecer horas, dias ou semanas depois.

Na petição inicial de arguição de descumprimento de preceito fundamental N.º54, o professor Luis Roberto Barroso (2004, p.4) usou a definição da anencefalia no contexto da literatura médica como sendo a má-formação fetal congênita por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, de modo que o feto não apresente os hemisférios cerebrais e o córtex, havendo apenas resíduo do tronco encefálico. Conhecido vulgarmente como "ausência de cérebro", a anomalia importa na inexistência de todas as funções superiores do sistema nervoso central, responsável pela consciência, cognição, vida relacional, comunicação, afetividade e emotividade. Restam apenas algumas funções inferiores que controlam parcialmente a respiração, a função vasomotoras e a medula espinhal. Como é

intuitiva, a anencefalia é incompatível com a vida extra-uterina, sendo fatal em 100% dos casos. Não há controvérsia sobre o tema na literatura sobre o tema científico ou na experiência médica.

2.1 Direito do feto anencefalo

Um dos assuntos que tem sido empregado para fundamentar, nas decisões judiciais, a concessão de antecipação terapêutica do parto, em hipóteses de feto anencefálico, é a equiparação da anencefalia (ausência de cérebro) à morte encefálica, prevista na Lei n.º 9.434/97, para fins de transplantes *post mortem* de órgãos e tecidos humanos. Neste contexto, não haveria direito à vida a ser preservado no que tange ao feto anencefálico e, portanto, seria viável a interrupção da respectiva gestação.

Este capítulo proporcionará uma análise pela qual se comprovará de que este argumento não procede. E, para tanto, examinará a suposta equiparação da anencefalia à morte encefálica, a obtenção de direitos pelo anencéfalo e o direito à vida a ele garantida desde a concepção.

2.2 A inaplicabilidade do conceito de morte encefálica ao anencéfalo e a aquisição de direitos por este ser humano

Com relação ao contexto de que a anencefalia caracterizaria situação semelhante à da morte encefálica, deve-se ressaltar que, uma coisa é empregar a idéia de morte encefálica para permitir a extração de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento; outra coisa, bem diferente, é

aplicar este conceito para alimentar que o feto anencéfalo não tem o direito a qualquer proteção jurídica.

O Conselho Federal de Medicina (CFM), em consulta realizada pelo Ministério Público do Estado do Paraná acerca da viabilidade do uso de órgãos de anencéfalos para transplante, afirma que a razão de ser da inaplicabilidade do conceito de morte encefálica aos fetos anencefálicos está em que a morte não é um evento, mas sim parte de um processo, sendo o conceito de morte uma convenção que considera um determinado ponto desse processo. Isto é, "vida e morte constituem um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como processo, têm um desenrolar encadeado no tempo".

A morte encefálica não se dá apenas com a ausência ou suspensão definitiva das atividades do sistema nervoso superior ou cortical, mas de todas as funções do encéfalo. O que não configura o caso do anencéfalo, que, apesar daquela espécie de ausência, possui resíduos do tronco encefálico e, conseqüentemente, desenvolve funções vitais, como a respiratória e a cardiovascular.

Igualmente, o que se pretende com o conceito de morte encefálica é apenas determinar um momento a partir do qual é segura a retirada de órgãos do corpo humano para fins de transplante, não sendo possível aduzir que mesmo a partir dele não haja vida, ainda que minguante. Trata-se, pois, de conceito de morte para uma finalidade específica.

De acordo com o art. 1º da Resolução n.º 1.480, do Conselho Federal de Medicina, "a morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias". Acontece que os exames complementares necessários

para constatação de morte encefálica só são realizados em seres humanos com no mínimo sete dias de vida e, geralmente, os anencéfalos que chegam a nascer morrem clinicamente durante a primeira semana de vida, não sendo possível a realização destes testes com eles.

Portanto, é importante salientar que para a afirmação final de morte encefálica é indispensável à ausência de respiração sem o auxílio de respiradores mecânicos, o que confirma a necessidade de lesão total de todo o encéfalo. No entanto, em alguns casos, dependendo do grau de lesão do tronco cerebral pela anencefalia, os fetos portadores desta anomalia são capazes de respirar sem o auxílio de qualquer tipo de aparelho.

Deste modo, levando-se em conta tudo o que foi exposto até agora, conclui-se que os critérios de morte encefálica são inaplicáveis com relação ao feto anencefálico, ou seja, não cabe ver, no anencéfalo, um morto no ventre materno ou sequer um ser com morte encefálica na existência extra-uterina. Isto porque, não se pode pretender que um ser humano que padece da falta de parte do tecido cerebral, mas que mantém as demais funções vitais, seja considerado morto por antecipação.

A natureza de ser humano, desde a concepção e até a morte, não se altera pela má-formação encefálica, que atinge parte das funções encefálicas de nível superior ou cortical. Pois, como expôs Pontes de Miranda,(1999.p. 217) "o Código Civil desconhece monstros, *monstra*. Quem nasce de mulher é ser humano". Ainda neste sentido, observam-se as palavras do filósofo australiano Peter Singer:(2002,p. 26).

Não há dúvida de que, desde os primeiros momentos de sua existência, um embrião concebido do esperma e dos óvulos humanos é um ser humano; e o mesmo se pode dizer do ser humano com as mais profundas e irreparáveis deficiências mentais, até mesmo de um bebê que nasceu anencefálico – literalmente, sem cérebro.

O art. 2º do Novo Código Civil estabelece que "a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Analisando este dispositivo, percebe-se que o sistema jurídico brasileiro requer, para a obtenção de direitos pelo nascituro, apenas o nascimento com vida. Implica, desta forma, que todo produto gerado da união de um espermatozóide com um óvulo é um ser humano por excelência e que não é a viabilidade ou potencialidade de vida que tornam um feto mais ou menos digno da proteção do Estado e da aquisição de direitos.

Sancionando tal explanação, utilizar-se-á dos ensinamentos de Pontes de Miranda:

Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa. Não é preciso que se haja cortado o cordão umbilical; basta que a criança haja terminado de nascer (= sair da mãe) com vida. A viabilidade, isto é, a aptidão a continuar de viver, não é de exigir-se. Se a ciência médica responde que nasceu vivo, porém seria impossível viver mais tempo, foi pessoa, no curto trato de tempo em que viveu.

No entanto, se o feto vem a falecer logo após o parto, como é comum acontecer com os anencéfalos que chegam a nascer, como saber se efetivamente viveu? Nestes casos, a Medicina Legal responde que a vida será comprovada pela respiração do bebê. Havendo dúvidas a respeito da ocorrência da respiração, realiza-se o exame clínico denominado Docimasia de Galeno, através do qual os pulmões do feto são imersos em água. Caso os pulmões flutuem, constata-se que se encheram de ar pelo menos uma vez. Assim, o bebê viveu e, conseqüentemente, adquiriu todos os direitos daí decorrentes. Contudo, se os pulmões afundarem, não houve troca de gases entre o feto e o meio ambiente, logo, não há que se falar em vida e em aquisição de direitos.

Portanto, se, após terem decorrido os nove meses de gestação, se opera o parto de feto anencefálico (nascimento) que respira (vida), é evidente que ele adquire personalidade civil, tornando-se sujeito de direitos e obrigações. Tanto é assim, que nascido o feto, não importando a duração de sua vida, ele terá que ser registrado, emitido seu atestado de óbito e enterrado.

Outrossim, examinando-se a segunda parte do dispositivo acima transcrito (art. 2º do NCC), percebe-se que também é lícito afirmar que o ser humano, mesmo antes de se separar do corpo da mãe, já é titular de direitos. Pois, mesmo erigindo o nascimento como requisito indispensável à aquisição da personalidade, o ordenamento jurídico pôs a salvo os direitos deste ser em formação desde a concepção. Trata-se de vida intra-uterina, que também merece proteção jurídica por dizer respeito a um ser humano.

Neste instante, passar-se-á a análise do direito à vida de que é titular o anencéfalo.

2.3 Direito à vida

O Art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, garanti a todos os brasileiros e estrangeiros residentes no Brasil, o direito à vida. Classificando este direito, o mais fundamental de todos os direitos, aquele direito principal que todos os outros existem e estão submetidos. Assim, seria inteiramente desnecessário afirmar outros direitos fundamentais, como a igualdade, a liberdade, a intimidade, o bem-estar, se não edificasse a vida humana num desses direitos.

Além do art. 5º, a Carta Magna impõe o respeito à vida em diferentes outros dispositivos. Ao assegurar o direito à saúde (art. 196), a proteção à criança e

ao adolescente (art. 227), o amparo aos idosos (art. 230), por exemplo, a Lei Maior demonstra que a proteção à vida assume caráter de verdadeiro princípio, a nortear todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Ao tratar do tema, Ives Gandra Martins leciona:(2006,p. 59)

O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro, impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente, o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da 'teoria do suprimento'. Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes.

A expressão 'direito à vida' compreende uma dupla acepção: 1ª) o direito de permanecer vivo, que já pressupõe a existência do indivíduo; e 2ª) o direito de nascer vivo, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Qualquer indivíduo gerado no ventre de uma mulher tem esse direito, não importando para isso o modo de nascimento, seu estado físico ou psíquico. Por isso, cumpre ressaltar que a Carta Constitucional protege a vida de forma geral, desde a concepção até a morte.

A vida humana encontra seu principal amparo nas leis penais. Para materialização desta proteção, o ordenamento jurídico divide a vida em três estágios: o primeiro inicia-se na concepção e vai até o momento anterior ao início do trabalho de parto; o segundo situa-se entre o início do trabalho de parto até os momentos seguintes ao nascimento; e o último inicia-se quando o momento imediato ao parto é concluído e perdura por toda a vida do homem. As diferentes fases há diferentes crimes contra a vida: aborto, infanticídio e homicídio, respectivamente.

Embora constitucionalmente resguardado, o direito à vida não é absoluto, havendo hipóteses nas quais ele pode ser violado. A primeira delas é a previsão constitucional da pena de morte, admitida somente no caso de guerra externa declarada, nos termos do art. 5º, inciso XLVII, alínea "a". Nestas situações, a Carta Maior considera que a sobrevivência da nacionalidade é um bem mais valioso do que a vida individual de quem porventura venha a trair a pátria por motivos bélicos.

A legítima defesa estabelece outra conjuntura legitimadora da violação ao direito à vida, uma vez que não se pode impedir que uma pessoa, injustamente agredida, se defenda, empregando os meios necessários e suficientes para repelir a agressão, mesmo que para isso acabe por tirar a vida de outrem. Em estado de necessidade, também é aceitável eliminar a vida de alguém, desde que para salvar de perigo atual e inevitável, não provocado involuntariamente, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício não era razoavelmente exigível, e desde que não haja outra forma de evitar o dano. Neste momento, pode-se citar como modelo o aborto necessário ou terapêutico, no qual se salva a vida da mãe em detrimento da vida do concebido.

2.4 Direitos da gestante

Os fundamentos jurídicos a favor da antecipação do parto por gestante portadora de feto anencefálico levantados pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, que foi apresentada ao Supremo Tribunal Federal pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, versar na afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da liberdade e da autonomia da vontade, além do desrespeito ao direito à saúde, em virtude da estrita

subsunção da tipificação criminal do aborto, previsto nos arts. 124 e seguintes do Código Penal, mesmo nos casos em que verifica a má formação do cérebro no feto.

A finalidade do presente capítulo é avaliar cada um dos direitos assegurados constitucionalmente as gestantes, quais sejam, respeito à dignidade da pessoa humana, direito à saúde e direito à liberdade.

2.4.1 Dignidade da pessoa humana

A Constituição Federal de 1988 elevou, no art. 1º, inciso III, o princípio da dignidade da pessoa humana à posição de fundamento da República Federativa do Brasil e, conseqüentemente, do Estado Democrático de Direito. Passou, ainda, a considerar que é o Estado que existe em função da pessoa e não esta em função daquele. Assim, toda e qualquer ação estatal deve ser avaliada, sob pena de ser declarada inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando-se cada pessoa como um fim em si mesmo ou como meio para outros objetivos.

A dignidade da pessoa humana concebe um complexo de direitos que são características da espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisas. São direitos como a vida, lazer, saúde, educação, trabalho, cultura, que devem ser propiciados pelo Estado e, para isso, o contribuinte paga uma elevada carga tributaria. Esses direitos dão uma fortaleza ao direito à dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana possui duas estruturas que lhe são características: uma negativa e outra positiva. A primeira denota que a pessoa não pode ser objeto de ofensas ou humilhações. Com isso o nosso texto constitucional veio a dispor, no art. 5º, III, que "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante". Já na dimensão positiva entende-se

que o Estado deve gerar ações reais que, além de evitar agressões, criarão condições efetivas de vida digna a todos, como recomendado por um projeto constitucional inclusivo.

Nos casos que a gestante porta um feto com anencefalia, a violação à dignidade da pessoa humana incidir no fato de se impor que ela prossiga com a gestação de um feto destinado a morrer momentos após o parto, causando-lhe dor, angústia e frustração. Neste contexto, muitas mulheres comparam a experiência da obrigatoriedade da gravidez de um feto portador de anencefalia à tortura.

Imagine a condição psicológica da mãe que faz milhares de planos para quando seu filho nascer, adquire móveis e enxoval, escolhe o seu nome, idealizando as características físicas e psicológicas que o bebê terá após o nascimento e que, de repente, sem aviso prévio, se descobre grávida de um feto que não possui qualquer tipo de chance de sobrevivência extra-uterina, mas, ao contrário, tem grandes chances de morrer antes de a gestação chegar ao fim.

Com esse entendimento, observa-se um excerto do voto proferido pelo Ministro do STF, Carlos Ayres Britto, nos autos da ADPF n.º 54:

Embora como um desvio ou mais precisamente um desvario, não há como recusar à natureza esse episódico destrambelhar. Mas é cultural que se lhe atalhe aqueles efeitos mais virulentamente agressivos de valores jurídicos que tenham a compostura de proto-princípios, como é o caso da dignidade da pessoa humana. De cujos conteúdos fazem parte a autonomia de vontade e a saúde psico-físico-moral da gestante. Sobretudo a autonomia de vontade ou liberdade para aceitar, ou deixar de fazê-lo, o martírio de levar às últimas consequências uma tipologia de gravidez que outra serventia não terá senão a de jungir a gestante ao mais doloroso dos estágios: o estágio de endurecer o coração para a certeza de ver o seu bebê involucrado numa mortalha. Experiência quiçá mais dolorosa do que a prefigurada pelo compositor Chico Buarque de Hollanda ("A saudade é o revés de um parto. É arrumar o quarto do filho que já morreu"), pois o fruto de um parto anencéfalo não tem sequer um quarto previamente montado para si. Nem quarto nem berço nem enxoval nem brinquedos, nada desses amorosos apetrechos que tão bem documentam a ventura da chegada de mais um ser humano a este mundo de Deus.

2.4.2 Direito à saúde

O conceito de saúde formulado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), abrangendo aspectos sociais e emocionais, além da simples ausência de doença, engloba o completo bem-estar físico, mental e social. Seguindo esta conceituação, o direito à saúde, garantido constitucionalmente nos arts. 6º, caput, e 196 a 200, impõem ao Estado a obrigação de atendimento às demandas que possam propiciar aos cidadãos uma vida sem nenhum comprometimento que afete seu equilíbrio físico ou mental.

Destacando o caso em que a mulher grávida é obrigada a dar seguimento a gestação de um feto anencefálico, seu direito à saúde é violado pelos mesmos motivos pelos quais se argumentou, logo acima, que haveria violação à sua dignidade pessoal, ou seja, a lesão à sua integridade física e moral.

Do ponto de vista da preservação da integridade física da gestante, verifica-se que a anencefalia aumenta significativamente o risco da gravidez e do parto por várias razões. Em primeiro lugar, há pelo menos 50% (cinquenta por cento) de chance de polidrâmnio, ou seja, excesso de líquido amniótico que causa maior distensão do útero, hemorragia e, no esvaziamento do excesso de líquido, a possibilidade de descolamento prematuro da placenta, que é um acidente obstétrico de relativa gravidade.

Apesar de todas essas complicações, ainda podemos destacar que os fetos anencefálicos, por não terem o pólo cefálico, podem iniciar a expulsão antes da dilatação completa do colo do útero e ter a chamada destoca do ombro, porque nesses fetos, com freqüência, o ombro é grande ou maior que a média, podendo haver um acidente obstétrico na expulsão do feto.

Por outro lado, como já foi explanado no tópico acima, é inquestionável, na hipótese da anencefalia, que a saúde psíquica da mulher passa por graves transtornos. O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar. São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável.

Forçar uma mulher a conservar no ventre, por longos meses, o filho que não poderá ver crescer e se desenvolver como ser humano impõe a ela sofrimento desnecessário e cruel. Adiar o parto, que não será uma celebração da vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante, em situação análoga à da tortura.

2.4.3 Princípio da legalidade e direito à liberdade

O princípio da legalidade vem estampado no inciso II do art. 5º da CF/88: "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". Trata-se da base fundamental do Estado Democrático de Direito, a submissão de todos, Poder Público e cidadãos, ao império da lei. Assim, somente a lei pode limitar a vontade individual, por ser o produto da vontade geral, e obrigar alguém a fazer ou não fazer alguma coisa. Fazendo a leitura em sentido inverso, pelo princípio da legalidade, um indivíduo pode fazer tudo que a lei não proíbe.

Neste argumento, surgir o direito à liberdade. Liberdade é a faculdade que uma pessoa tem de fazer ou não fazer alguma coisa. Envolve sempre um direito de

escolha entre duas ou mais alternativas, de acordo com a sua própria vontade. De acordo com José Afonso da Silva:(1993,p. 182).

O conceito de liberdade humana deve ser expresso no sentido de um poder de atuação do homem em busca de sua realização pessoal, de sua felicidade. É boa, sob esse aspecto, a definição de Rivero: "a liberdade é um poder de autodeterminação, em virtude do qual o homem escolhe por si mesmo seu comportamento pessoal". Vamos um pouco além, e propomos o conceito seguinte: liberdade consiste na possibilidade de coordenação consciente dos meios necessários à realização da felicidade pessoal. Nessa concepção, encontramos todos os elementos objetivos e subjetivos necessários à idéia de liberdade; é poder de atuação sem deixar de ser resistência à opressão; não se dirige contra, mas em busca, em perseguição de alguma coisa, que é a felicidade pessoal, que é subjetiva e circunstancial, pondo a liberdade, pelo seu fim, em harmonia com a consciência de cada um, com o interesse do agente.

Contudo, o direito à liberdade não é integral, pois a nenhuma pessoa é dada à faculdade de fazer tudo o que bem entender. Essa concepção de liberdade importaria na trituração dos mais fracos pelos mais fortes. Para que uma pessoa seja livre é necessário que os outros respeitem a sua liberdade. Nesse pensamento, levando em consideração o princípio da legalidade, apenas as leis podem limitar a liberdade individual.

O procedimento de interrupção da gestação será configurada como crime de aborto, descrito nos arts. 124 e seguintes do Código Penal, quando tiver como resultado prático a subtração da vida do feto, sendo este elemento (morte do feto) indissociável do delito ali tipificado. Todavia, o legislador, no campo da exclusão de antijuridicidade, apresentou duas exceções a essas regras dos arts. 124 e seguintes: 1ª) o aborto necessário ou terapêutico (art. 128, I), quando a vida da mãe está em perigo; e 2ª) o aborto humanitário ou sentimental (art. 128, II), quando a gravidez resulta de estupro.

Destacando que em ambos os casos, a lei apenas exclui a antijuridicidade da conduta, permitindo que a mãe decida se quer continuar ou não com a gestação,

não punindo sua conduta caso opte pela interrupção da gravidez. Ou seja, a lei preserva o direito de escolha da mulher, não atentando para a viabilidade ou inviabilidade do feto. A norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação.

Tomando como base um exemplo onde o feto é portador de anencefalia, não existe possibilidade alguma deste feto sobreviver fora do útero materno, uma vez que, qualquer que seja o momento do parto ou a qualquer momento em que se interrompa a gravidez, o resultado será invariavelmente o mesmo: a morte do embrião. O debate em tela nos leva a uma pergunta, uma mãe que opta por antecipar o parto, essa atitude pode ser considerada crime, responde o Ministro do STF, Joaquim Barbosa:

Em casos de malformação fetal que leve à impossibilidade de vida extra-uterina, uma interpretação que tipifique a conduta como aborto (art. 124 do Código Penal) estará sendo flagrantemente desproporcional em comparação com a tutela legal da autonomia privada da mulher, consubstanciada na possibilidade de escolha de manter ou de interromper a gravidez, nos casos previstos no Código Penal. Em outras palavras, dizer-se criminosa a conduta abortiva, para a hipótese em tela, leva ao entendimento de que a gestante cujo feto seja portador de anomalia grave e incompatível com a vida extra-uterina está obrigada a manter a gestação. Esse entendimento não me parece razoável em comparação com as hipóteses já elencadas na legislação como excludente de ilicitude de aborto, especialmente porque estas se referem à interrupção da gestação de feto cuja vida extra-uterina é plenamente viável.

Configuraria um contra-senso chancelar a liberdade e a autonomia privada da mulher no caso do aborto humanitário, permitindo nos casos de gravidez resultante de estupro, em que o bem jurídico tutelado é a liberdade sexual da mulher, e vedar o direito a essa liberdade nos casos de malformação fetal incompatível com a vida extra-uterina, em que inexiste um real conflito entre bens jurídicos detentores de idêntico grau de proteção jurídica.

Existe a legítima vontade da gestante em ver respeitada sua vontade de dar continuidade à gravidez ou de interrompê-la, cabendo ao direito permitir essa escolha, respeitando o princípio da liberdade, da intimidade e da autonomia privada da mulher.

CAPITULO III A DESCRIMINALIZAÇÃO DA ANTECIPAÇÃO DO PARTO DE FETO ANENCÉFALO

Ao avaliar a questão concernente à possibilidade ou não de interrupção do parto de um feto anencefálico, percebe-se, claramente, a existência de um conflito de interesses. De um lado, o feto que tem assegurado, desde a concepção, o direito à vida, ainda que esta seja breve. E, de outro, uma mulher abalada psicologicamente a se ver obrigada a conservar uma gestação, cujo feto é portador de uma anomalia incompatível com a vida extra-uterina, tendo, assim, sua dignidade de pessoa humana, sua liberdade e seu direito à saúde violados.

Direitos que naturalmente se completam, vida e dignidade humana, agora entram em conflito, reclamando conciliação por parte do intérprete do Direito para preservar seus núcleos mínimos de existência. Não há dúvida que a solução para a questão passa evidentemente pela técnica da ponderação do valor de tais bens a partir da observância do princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade que deve pautar a atividade de interpretação do direito.

O núcleo da questão é justamente saber qual é o ponto de equilíbrio entre estes direitos em aparente tensão. Deve prevalecer o direito do feto anencefalo de viver, ainda que somente de forma intra-uterina ou por alguns instantes após o parto, mas sem perspectiva de desfrutar efetivamente da vida extra-uterina, porquanto desprovido de massa encefálica e, pois, de consciência, inconsciência e de todos os sentidos que, ao que tudo indica, dão razão à vida.

Ou, por outro lado, deve prevalecer o direito à dignidade da mãe, que sabe por comprovação médico-científica que o ser que gera não poderá viver fora de seu ventre, de modo que deve ser colocada a salvo da dor e sofrimento que o

prolongamento do processo de gestação lhe causará. Neste embate entre vida e dignidade, direitos igualmente fundamentais do homem, qual deve preponderar sobre o outro, são essas dentre outras questões que este texto vai se aprofundar. Este capítulo se encarregará de buscar uma resposta para estes questionamentos. Neste propósito, antes de adentrar no mérito da questão, Analisar-se-á conflito apresentado, explicando o funcionamento da técnica de ponderação de interesses.

3.1 A técnica da ponderação de interesses

A ponderação de interesses consiste no método utilizado para resolução dos conflitos constitucionais. Este método caracteriza-se pela sua preocupação com a análise do caso concreto que deu origem ao conflito, pois as variáveis fáticas presentes no problema enfrentado constituem determinantes para a atribuição do peso específico a cada princípio em confronto, sendo, conseqüentemente, essenciais à definição do resultado da ponderação.

No direito brasileiro a técnica da ponderação de valores sai de uma posição tímida ao longo dos anos, e vem ganhando cada vez mais importância no “dia-a-dia da atividade jurisdicional” Barroso (2004, p.358) No entanto, ainda não é muito freqüente o emprego dessa técnica no Brasil, diferentemente do que ocorre nos EUA, na Alemanha, e outros países. Até porque o modelo da ponderação empregada nestes países estão condicionados a algumas variáveis que não estão presentes no cenário brasileiro.

Quanto às críticas, a doutrina atenta para o fato de que, na atualidade, a ponderação não possui ainda um grau de objetividade desejável e seguro, dotada

que está de um amplo subjetivismo ou discricionariedade, por parte do julgador. Entre as diferentes críticas existentes, essa é a quem maior dimensão.

Em resumo, a ponderação de valores (interesses) constitucionais é a técnica utilizada pelo Poder Judiciário, aplicável aos casos difíceis, quando se mostrarem insuficientes para tal os elementos clássicos de hermenêutica jurídica (semântico, lógico, histórico, sistemático e teleológico) e a moderna hermenêutica constitucional (princípios de interpretação propriamente constitucional, interpretação orientada pelos princípios).

Essa técnica só será aplicada quando necessariamente, de fato, estiver caracterizado o choque entre pelo menos dois princípios constitucionais incidentes sobre o caso concreto. Discorrendo sobre o assunto Sarmento (2000, p.99)

a primeira tarefa que se impõe ao interprete, diante de uma possível ponderação, é a de proceder a interpretação dos cânones envolvidos, para verificar se eles efetivamente se confrontam na resolução, ou se, ao contrario, é possível harmonizá-los.

Ou seja, quando se deparar com um possível choque entre interesses constitucionais, a primeira missão do intérprete será tentar delinear as fronteiras imanentes dos princípios que os consagram, para verificar se, de fato, ocorre o embate. Caso se observe que determinada hipótese é de fato tutelada por dois princípios constitucionais, que apontam para soluções divergentes, passar-se-á à segunda fase do processo, que envolve a ponderação propriamente dita entre os interesses em disputa.

Nesta segunda etapa, o operador do Direito terá de confrontar o peso genérico que a ordem constitucional confere, em tese, a cada um dos interesses envolvidos. E, para isso, ele deverá adotar como norte o conjunto de valores subjacente à Constituição. É fato que as constituições não costumam apresentar

uma escala rígida de interesses ou valores, não havendo uma hierarquia entre normas constitucionais. No entanto, isto não significa que a Carta Magna confere a mesma relevância a todos os interesses que se abrigam sob o seu manto.

Na realidade, o peso genérico é tão só um indiciário do peso específico que cada princípio irá assumir na resolução do caso concreto. O estado de compreensão a ser imposto a cada um dos princípios em jogo na questão dependerá da intensidade com que o mesmo esteja envolvido no caso concreto.

As limitações aos interesses em disputa devem ser arbitradas através do emprego do princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Neste sentido, assim se manifesta Daniel Sarmiento (2000, p.104 e 105):

O julgador deve buscar um ponto de equilíbrio entre os interesses em jogo, que atenda aos seguintes imperativos: (a) a restrição a cada um dos interesses deve ser idônea para garantir a sobrevivência do outro (b) tal restrição deve ser a menor possível para a proteção do interesse contraposto e (c) o benefício logrado com a restrição a um interesse tem de compensar o grau de sacrifício imposto ao interesse antagônico.

Ao realizar uma ponderação de interesses, o intérprete deverá levar em consideração os resultados da sua decisão. Entre várias alternativas possíveis, ele deve eleger aquela cujo resultado se lhe afigure mais justo. Ele estará sempre adstrito aos limites postos pela ordem jurídica, que não poderá jamais transcender.

Por fim, cabe lembrar que as ponderações devem respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais. No entanto, a identificação do núcleo essencial só pode ser realizada diante do caso concreto.

3.2 Aplicação da técnica da ponderação de interesses ao caso concreto: direito à vida do anencéfalo X direitos da gestante

Primeiramente, torna-se necessário realizar uma resumida apresentação do caso em tela. Os fetos portadores de anencefalia são fetos que não possuem os hemisférios cerebrais nem o córtex, mas que possuem resquícios do tronco cerebral e, por isso, desenvolvem, entre outras, as funções cardiorrespiratórias. Em decorrência da ausência do cérebro, aproximadamente 65% (sessenta e cinco por cento) dos anencéfalos nascem mortos e os 35% (trinta e cinco por cento) restantes só logram sobreviver umas poucas horas, dias ou semanas. O óbito do anencéfalo deriva da necessária interdependência entre o cérebro e o tronco.

Contudo, apesar de estarem destinados a falecer tão logo se separem do organismo materno, estes seres têm assegurado, desde a concepção, o direito à vida.

Mais no que tange ao lado da gestante, a qual tomando conhecimento de que seu filho é portador desta anomalia, mergulha num estado de dor, angústia, sofrimento e decepção tremendos, pois sabe que seu filho, se não falecer dentro do seu útero, falecerá ao deixá-lo. Perante esta situação, ela se desespera ao saber que, ao invés de escolher um belo berço para o seu bebê, deverá adquirir uma urna funerária mais conhecida pelo nome de caixão, para enterra seu filho tão esperado.

Na verdade a sina do feto anencefálico já está desenhada, havendo antecipação ou não do parto, a certeza que a medicina atual trás é que ele morrerá sem chorar nem sentir o beijo ou o abraço da sua mãe. No entanto, o Código Penal Brasileiro não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses de aborto em que o feto seja portador de anencefalia, obrigando-se, assim, as

gestantes a darem continuidade a esta gravidez, mesmo que para isso, tenham sua dignidade, sua liberdade e seu direito à saúde violados.

Perante este conjunto de observações, percebe-se que o direito à vida assegurado ao anencéfalo entra em conflito com os direitos da gestante, sendo impossível harmonizá-los, uma vez que a opção pelos interesses de um deles implicará, necessariamente, no suprimento dos interesses do outro. Destarte, o que convém ao operador do Direito passar à segunda etapa da técnica de ponderação, qual seja, aquela que envolve a ponderação propriamente dita entre os interesses em disputa. Daniel (2000.p.196)

Neste momento, cumpre ressaltar que o princípio da dignidade humana desempenha múltiplas funções, entre as quais a de servir de critério material para a ponderação de interesses. Entretanto, a dignidade da pessoa humana, sendo um fim e não um meio para o ordenamento constitucional, não se sujeita a ponderações.

Diante dessa apresentação, o conflito já estaria solucionado, prevalecendo a dignidade da mãe em face da vida do filho. Ocorre que, do outro lado do conflito, está presente o direito à vida que é o mais fundamental de todos os direitos, já que sem vida não há que se pensar em sociedade ou mesmo em Direito de espécie alguma. Por isso, tendo em mente que a ponderação de interesses tem de ser concretizada à luz das circunstâncias concretas do caso, o mais indicado nesses casos será proceder a ponderação, mesmo sendo a dignidade da pessoa humana um dos interesses envolvidos.

Anteriormente foi abordada a expressão 'direito à vida' que compreende uma dupla acepção: o direito de permanecer vivo, que já pressupõe a existência do indivíduo; e o direito de nascer vivo, o qual precede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Todavia, o que se constata no caso do anencéfalo é que mais da

metade deles não chegam nem a nascer e os que têm o privilégio de nascer com vida morrem dentro de pouco tempo. Logo, mais da metade não faz uso do direito de nascer vivo e todos os que nascem com vida não fazem jus ao direito de permanecer vivo.

Assim não tem sentido e considero injusto, sacrificar a saúde física e mental da mãe, expondo-a ao risco de morrer antes, durante ou logo após o parto, em favor de um embrião, o qual se nascer, terá pouco tempo de sinais de vida e não tomara conhecimento do que acontece ao seu redor, ou seja, não irá chorar ao sair do ventre materno, não sentirá o quanto é delicioso o abraço e o beijo carinhosos de sua mãe, não sentirá fome ou frio.

Assim, discorre sobre o tema em tela, onde está se apreciando uma vida que já está em pleno desenvolvimento e outra que não irá prosperar, deve prevalecer aquela. Claus Roxin (2003, p.17), ao analisar a tutela da vida humana durante a gravidez, expõe:

Se a vida daquele que nasceu é o valor mais elevado do ordenamento jurídico, não se pode negar à vida em formação qualquer proteção; não se pode, contudo, igualá-la por completo ao homem nascido, uma vez que o embrião está somente a caminho de se tornar um homem e que a simbiose com o corpo da mãe pode fazer surgir colisões de interesse que terão de ser resolvidas por meio de ponderações.

Entendendo que neste sentido, se fica difícil igualar a vida de um embrião considerado pela medicina moderna saudável a vida de um ser humano vivo, imagine comparar a de um embrião, o qual não terá a mínima chance de nascer com vida e sim mesmo assim conseguir nascer, permanecerá em estado vegetativo por pouco tempo. Vindo a morrer minutos, horas e se muito perpetuar dias depois. Aumentando a cada momento o sofrimento da mãe.

Mantendo esta linha de raciocínio de que o ser humano vivo é possuidor de um maior valor em relação ao embrião, observem-se as palavras de Prado (2004, p.115) ao analisar o aborto terapêutico:

O mal causado (morte do produto da concepção) é menor do que aquele que se pretende evitar (morte da mãe). E essa assertiva resulta da própria valoração feita pelo Código Penal brasileiro, que confere maior valor à vida humana extra-uterina que à intra-uterina: a pena do homicídio simples é de reclusão, de seis a vinte anos (art. 121, *caput*, CP), enquanto a pena do aborto praticado por terceiro sem o consentimento da mulher é de reclusão, de três a dez anos (art. 125, CP).

Destacando, o caso do aborto humanitário, em que o legislador autoriza a antecipação do parto de um feto saudável tendo em vista que os nove meses de gestação representam uma suprema exigência e sofrimento da mãe que a cada instante estará revendo as cenas horrendas a qual foi iniciada esta gravidez.

Se o legislador autoriza abortar um feto com plena capacidade de se desenvolver e se transformar numa pessoa na vida extra-uterina, por que é proibido abortar um feto portador de anomalia incompatível com a vida fora do útero materno e que, ainda por cima, acarreta riscos para saúde da gestante, tanto mental quanto física. Implicando dizer que a gravidez de um anencéfalo, no que tange ao período gestacional, também produz aflição psicológica na mulher, que a cada dia estará vendo o desenvolvimento agônico de um ser que dá mais um passo no inexorável caminho da morte.

É sabido que a antecipação do parto de um anencéfalo não finaliza a dor, à angústia e ao sofrimento da gestante e de sua família, mas os ameniza consideravelmente, uma vez que a aflição psicológica a qual é acometida a gestante que constata que gera um anencéfalo é permanente e crescente na medida em que

se aproxima o final traumático da gestação. Ademais, a antecipação do parto elimina os riscos à saúde e, até mesmo, à vida da gestante.

Obrigar uma mulher ao sofrimento de gerar por nove meses um ser que não tem a mínima condição de sobreviver fora do útero, e certamente irá morrer logo após o parto, proibindo-a de interromper este processo, é negar-lhe uma gestação digna. Foi com esse pensamento, que Nucci (2006, p.596) alega que "nenhum direito é absoluto, nem mesmo o direito à vida. Por isso, é perfeitamente admissível o aborto em circunstâncias excepcionais, para preservar a vida digna da mãe".

Apreciando os dispositivos acima, entende-se que os direitos da gestante se sobressaem ao direito a vida do anencéfalo. No mesmo sentido, se manifestou o Procurador Federal Kleber Tagliaferro(2004. p.378).

Neste conflito entre o direito a vida de um ser que inevitavelmente morrerá em pouquíssimo tempo - muitas vezes até no próprio ventre materno - sem, pois, qualquer potencialidade de vida extra-ulterina, e o direito a dignidade de uma pessoa humana, psíquica, física e espiritualmente formada, cuja dor da lembrança dos acontecimentos ela carregará consigo por toda sua existência, parece razoável que a falta de perspectiva de vida do feto imponha que se mitigue a reivindicação deste direito, de sorte que ceda espaço à preservação daquele relativo à dignidade, como forma de se minimizar o sofrimento que o prolongamento do contato materno com o feto certamente lhe proporcionará.

Contudo, não estou falando na possibilidade do Estado impor a interrupção da gestação nos casos de feto portadores dessa anomalia. E sim assegurar-lhes a livre manifestação da mãe de prosseguir ou não com a gestação.

3.3 Descriminalização da antecipação do parto de feto anencéfalo com base no estado de necessidade

Juntamente com a ponderação de interesse, há vários argumentos a favor da descriminalização da antecipação do parto no caso de feto portador de anencefalia, estes argumentos atacam os diversos elementos da Teoria jurídica do Crime, entre eles vamos destacar como foco principal desse trabalho o estado de necessidade.

Definindo estado de necessidade, tem-se que, é uma causa de exclusão de antijuricidade prevista na Parte Geral do Código Penal (art. 23, I, e 24), sendo válida para todas as condutas típicas estabelecidas na Parte Especial ou em leis penais especiais. Ele consiste no sacrifício de um interesse juridicamente protegido, para salvar de perigo atual e inevitável direito do próprio agente ou de terceiro, desde que outra conduta, nas circunstâncias, não seja razoavelmente exigível.

No entanto para que se possa configurar essa situação de risco onde estar consubstanciada a excludente de ilicitude, é indispensável a presença dos seguintes requisitos: perigo atual, proteção a direito próprio ou de terceiro, involuntariedade na geração do perigo e inexistência do dever legal de enfrentar o perigo. Os quais atuam efetivamente no caso exposto.

Perigo atual não se caracteriza pelo que está ocorrendo, e sim de acordo com experiências já transcorridas, apresenta poder de produzir dano ao final ou durante a evolução de um processo causal determinado e identificado. No caso em tela verifica-se que a continuidade da gestação do feto portador de anencefalia é potencialmente perigosa, tendo uma grande probabilidade de gerar danos à saúde e até perigo de morte da mãe, por apresentar um alto índice de óbitos intra-uterino

desses fetos. É fato confirmado pela medicina que a gravidez de feto anencéfalo trás um risco considerável comparando com uma gestação normal, e destacando que a maioria dos casos, desenvolve grandes transtornos psicológicos.

O bem jurídico em perigo pode ser do autor da ação acobertada pelo estado de necessidade ou de uma terceira pessoa. Desta forma, tanto a mãe quanto o médico são abrangidos por esta excludente, no primeiro caso, há o estado de necessidade próprio e, no segundo, o estado de necessidade de terceiro.

A proibição que a lei trás nos casos de invocação do estado de necessidade é na condição em que a situação de perigo tenha sido causada intencionalmente pelo agente. No caso em discussão o agente seria a gestante, a qual não se enquadra nesta situação, por a anencefalia ser uma má-formação fetal congênita que implica que foi adquirida antes do nascimento. Não tendo condições de detectar a anomalia com antecedência, tanto por parte da gestante ou pelo profissional da saúde, caracterizando assim a involuntariedade da geração do perigo.

Com relação à inexistência do dever legal de enfrentar o perigo, deve-se salientar que nenhuma mulher é obrigada a manter em seu ventre um feto que põe em risco a sua saúde e, principalmente, a sua vida. Tanto é assim, que o Código Penal, no seu art. 128, I, autoriza o médico a efetuar o aborto quando não houver outro meio de salvar a vida da gestante.

O estado de necessidade para ter seu reconhecimento no caso concreto, existe a necessidade, juntamente com os outros requisitos já comentados, a existência da inevitabilidade da conduta, razoabilidade do sacrifício do bem e animo de conservação de um bem jurídico.

Para salvar o direito próprio ou de terceiros o qual está sofrendo a situação de risco, a lesão ao bem jurídico alheio deve ser absolutamente inevitável. Assim nos casos de gestação de feto portador de anencefalia, apenas a antecipação do parto é capaz de eliminar os riscos à vida da gestante, também reduzindo o desgaste emocional e o forte abalo psicológico enfrentados, tanto pela gestante quanto por sua família.

Para ser aplicada a hipótese do estado de necessidade ao caso concreto, é indispensável que o bem jurídico preservado seja no mínimo, do mesmo valor que o bem vitimado. Onde no caso exposto em discussão será sacrificado a curta e inviável vida do feto em benefício da vida e saúde mental e física, da dignidade humana e da liberdade da mãe.

Por fim, não se é aplicado à excludente quando o sujeito não tem conhecimento de que age para salvar um bem jurídico próprio ou alheio. No entanto no caso de antecipação do parto por gestante portadora de feto anencéfalo, tanto o médico quanto a gestante, após o diagnóstico da presença da anomalia, buscam a antecipação com o objetivo de preservar os direitos da gestante, dando um conforto a sua angústia.

Deste modo, se confirmando a presença de todos os requisitos já comentados pra se configurar o estado de necessidade, dar-se a gestante e a seu médico a validade desta excludente de ilicitude para justificar a realização da antecipação do parto de um feto anencéfalo.

CONCLUSÃO

Como visto, a partir da apreciação hipotética da legislação da antecipação do parto de fetos portadores de anencefalia, buscou-se apresentar aspectos jurídicos e sociais a respeito de interrupção da gravidez nos casos de anencéfalos. Pois não existe atualmente uma profilaxia para tal anomalia, levando a morte cem por cento dos casos.

Inicialmente, a referida pesquisa abordou o tema aborto, dando ênfase a seus precedentes históricos, assim como sua aplicabilidade na Legislação Penal, demonstrando as modalidades de aborto as quais são tratadas como excludentes de ilicitude, ou seja, quando o agente é a própria gestante e quando o agente responsável pertencer a classe dos profissionais da área de saúde.

Com isso é possível dizer que o direito a vida do feto nem sempre é tratado de maneira primordial, tendo em vista que o Código Penal Brasileiro dá prioridade a outros direitos, dando certa preferência com relação aos direitos do feto, tendo como exemplo, a vida da gestante ou sua liberdade sexual.

Foi discutido também a respeito da anencefalia ser uma anomalia incurável no momento além de ser irreversível dando por certo a morte do portador, destacando suas características e conseqüências, em relação à saúde da gestante. No tocante da saúde da gestante verificou-se que a portadora de feto com esse tipo de anomalia desenvolve graves danos à saúde física e psíquica. Os danos físicos são mais discutidos, mais não restam dúvidas que possam gerar um perigo de vida para a gestante. Como por exemplo, a hipertensão.

No entanto não se encontra nenhuma discussão em relação aos problemas psíquicos sofridos pela gestante ao ser detectado uma anomalia em seu

filho tão esperado. E se depara com um problema de tamanha proporção. Ser obrigada a gerar um feto que não terá nenhuma condição de sobrevivência, isso é se chegar a nascer. Entretanto mesmo a gestante sofrendo de problemas graves com a saúde ela não encontra na lei segurança jurídica, como acontece nos casos em que a mulher é vítima de estupro e lhe é assegurado o direito de interromper a gravidez mesmo sendo o feto portador de bom estado de formação, pois o legislador teve a preocupação de resguardar a saúde psicológica da mulher a qual foi submetida a tal crime.

Também foi analisado o posicionamento da medicina a qual deu seu parecer a favor da antecipação do parto nesses casos de anomalia, ou seja, feto com anencefalia. No que tange ao posicionamento dos tribunais e da doutrina, já é forte a tendência a descriminalização, tendo como embasamento o direito da gestante à saúde, ao bem-estar e com princípios constitucionais consagrados.

Deste modo, percebe-se que, nesta situação, não há bem jurídico a ser preservado, visto que, mesmo que o feto chegue a nascer, não terá potencialidade de se transformar numa pessoa e viver uma vida digna, estudando, se divertindo, trabalhando, se relacionando com outras pessoas. Se a antecipação terapêutica do parto de um feto anencefálico não é capaz de atingir o bem tutelado pelos arts. 124 e seguintes do CP, falta tipicidade material a essa conduta e, portanto, não há crime.

Neste sentido, verifica-se que, dentre os vários argumentos que atacam os elementos da Teoria Jurídica do Crime, o que prevalece é o que considera a conduta de antecipar o parto de um anencéfalo carente de tipicidade material. Isso porque, sendo a conduta atípica, não é necessário analisar se ela é antijurídica ou culpável, uma vez que as características componentes do crime encontram-se dispostas numa seqüência lógica fundamental, ou seja, apenas uma conduta

humana pode ser considerada típica; ao passo que unicamente uma conduta típica pode ser antijurídica e somente esta última tem a possibilidade de ser culpável.

Por fim, é importante salientar que, aqueles que são favoráveis à descriminalização do abortamento nos casos de fetos portadores de anencefalia, de maneira alguma visam obrigar as gestantes a procederem com a interrupção da gestação, eles defendem apenas o direito de escolha dessas mulheres, cabendo exclusivamente a elas, a partir de suas próprias convicções morais e religiosas, optarem ou não pela continuidade da gravidez.

REFERÊNCIAS

Anencefalia. Site: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=885>. Acessado em: 09/11/2008.

Apud NORBIM, Luciano Dalvi. *O direito do nascituro à personalidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2006, p. 59.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação de Constituição. Ponderação de interesses na constituição*, ob. cit, p.154, p. 358. 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal*. Vol 2 2ed; São Paulo: Saraiva, 2004, p.158

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n.º 84.025-6/RJ. Impetrante(s): Fabiana Paranhos e outro(a/s). Coator(a/s)(es): Superior Tribunal de Justiça. Paciente: Gabriela Oliveira Cordeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa, 04 de março de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acessado em: 10 nov 2008

BUSATO, Paulo César. *Tipicidade material, aborto e anencefalia*. Disponível em: www.pgj.ma.gov.br/ampem/artigos/25.%20Anencefalia_e_%20aborto.pdf. Acessado em: 12 nov. 2008.

DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 6 ed Rio de Janeiro. Renovar, 2002, p 269/270.

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. Acessado em: 05 nov 2008.

GOMES, Hélio. *Medicina Legal*, 33. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2004, p.69 Nova Fronteira, 1999, p.123

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 22ed São Paulo: Atlas.2002, p.93

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999, p. 217

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 593.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, volume 2: parte especial, arts. 121 a 183. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 115.

ROXIN, Claus. *A tutela penal da vida humana*. São Paulo: Damásio de Jesus, 2003, p. 17.

SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, p. 104/105.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1993, p. 182

SINGER, Peter. *Ética Prática*. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 96.

TAGLIAFERRO, Kleber. *Aborto ou terapêutica? Vida e dignidade: um conflito de direitos humanos fundamentais*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5476. Acessado em: 11 nov 2008