



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

LADISLANE FERREIRA DA PAIXÃO

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM CASOS DE FETOS
ANENCEFÁLICOS

SOUSA - PB
2006

LADISLANE FERREIRA DA PAIXÃO

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM CASOS DE FETOS
ANENCEFÁLICOS

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 Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientadora: Professora Dr^a. Jônica Marques Coura Aragão.

SOUSA - PB
2006

LADISLANE FERREIRA DA PAIXÃO

A LEGALIZAÇÃO DO ABORTO EM CASOS DE FETOS ANENCEFÁLICOS

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Ms. Jônica Marques Coura Aragão

Examinador(a)

Examinador(a)

Sousa-PB
Junho-2006

Aos meus pais, à minha tia-madrinha, e a todos aqueles que, direta ou indiretamente, influenciaram na consecução deste sonho,

Dedico.

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente a Deus, que permitiu a realização deste momento.

Agradeço ainda aos meus pais, irmãos, tios e todos que, durante esses cinco anos e meio me deram força para continuar esta caminhada que agora chega ao seu final.

Também não poderia deixar de agradecer aos meus professores, nas pessoas de João de Deus Quirino Filho, Maria Marques Moreira Vieira, Jardel Freitas Soares, Maria da Luz Olegário, Misael Fernandes e, em especial, à minha orientadora, Jônica Coura Aragão.

De igual modo, sou deveras grata ao Núcleo de Prática Jurídica nas pessoas de João Mendes de Melo, Núbia e Rocilda, e a Jackson do LINJUR, que muito auxiliaram na materialização do trabalho.

Agradeço também a Consuelo e a Tico, bem como à Residência Universitária Feminina, principalmente à Marília, Denise, Gláucia e Banny, que atuaram de forma significativa neste resultado.

Por fim, agradeço ao professor Genival Veloso de França, a Dalton César Pereira, Maria de Lourdes Mesquita, Janaína Sousa, “Lica dos pastéis”, e a todos que, de uma forma ou de outra, contribuíram, por comissão ou omissão, na realização desta obra que representa o final de mais um fase da minha vida.

“Não pode haver preceito legal, princípio ético ou mandamento religioso que obrigue uma desditosa mulher a acalentar no ventre e na alma o fruto de uma dolorosa concepção definida pelo dicionário como ‘monstruosidade [...]’. Afinal, do parto deve surgir a vida e não a morte”.

René Ariel Dotti

RESUMO

A temática da legalização do aborto, em caso de fetos anencefálicos, tem sido alvo de muita polêmica na atualidade. Todavia, examinando o Código Penal pátrio, constata-se que o aborto é permitido em duas situações, quais sejam: quando resulta a gravidez de estupro, ou quando põe em risco a vida da gestante, pelo que constituem causas excludentes da ilicitude da conduta do agente. A anencefalia é uma malformação congênita e irreversível que, uma vez acometida ao produto da concepção, o torna potencialmente inviável para a vida extra-uterina. Com efeito, o feto portador de tal anomalia, quando chega a nascer com vida, não apresenta qualquer vitalidade, possuindo apenas funções meramente vegetativas, razão pela qual muitos o tem considerado como natimorto. Por essa razão, quase sempre, a gestante apresenta um delicado quadro clínico, constituído por uma notável perturbação à sua saúde, principalmente no que tange à psicológica, vez que tem de carregar em seu ventre um ser condenado à morte. Tal situação fere expressamente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, têm os médicos orientado as gestantes (ou o casal), quando do diagnóstico da anomalia, no sentido da realização da antecipação terapêutica do parto, vez que constitui esta a única solução ao problema, esgotados todos os recursos científicos disponíveis, haja vista a irreparável inviabilidade do feto. Apesar de ainda não legalizada, muitas mulheres têm conseguido, judicialmente, autorização para a prática desta conduta médica, mediante a concessão de alvarás autorizatórios para o aborto nesses casos. Entretanto, tais decisões são pontuais e não põem fim à problemática, antes geram insegurança jurídica. Assim, o objetivo geral desse trabalho é analisar os aspectos jurídicos do aborto em casos de fetos anencefálicos, visando a legalização dessa prática, a partir da constatação médica da anomalia, bem como da autorização válida da gestante. Os objetivos específicos são, respectivamente, identificar os aspectos histórico e legal do crime de aborto; traçar um quadro informativo acerca da anencefalia, inclusive quanto aos seus efeitos; avaliar a questão da possível legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos. Para tanto serão utilizados os métodos exegetic-jurídico e histórico-evolutivo, como apropriados para desenvolver a pesquisa bibliográfica e documental que respaldam o presente Trabalho de Conclusão de Curso. À guisa de resultados, busca-se alcançar os objetivos apresentados, à luz do seguinte problema e hipótese correspondente: Deve ser concedido à gestante o direito de dispor sobre o próprio corpo, autorizando-se legalmente o aborto em casos de fetos anencefálicos? Sim, em respeito ao princípio da autonomia da vontade e, principalmente, ao princípio da dignidade da pessoa humana. A conclusão a que se chega aponta para a constatação de que a legalização dessa espécie de aborto estaria garantindo a segurança jurídica e referendando a existência de princípios constitucionais de máxima importância.

Palavras-chave: aborto. anencefalia. legalização.

RÉSUMÉ

Le thématique de la légalisation de l'avortement, en cas d'embryons d'anencefálicos, a été blanc de beaucoup de polémique dans l'époque actuelle. Cependant, criminel examinant l'indigène de code, évidences une que l'avortement est permis dans deux situations, qui est : quand la grossesse de viol résulte, ou quand elle met en danger la vie du gestante, de ce qu'elles constituent des causes justificatives de l'illégalité du comportement de l'agent. L'anencefalia est une malformation congénitale et irréversible qui, une attaque de temps au produit de la conception, devient lui potentiellement inutilisable pendant la vie extra-utérine. Avec l'effet, l'embryon portant d'une telle anomalie, quand il arrive pour être soutenu avec la vie, ne présente aucune vitalité seule, possédant seulement les fonctions végétatives, dont la raison beaucoup l'ont considérée comme mort-né. Par conséquent, presque toujours, le gestante présente une image clinique sensible, se composant d'une perturbation notable à sa santé, principalement dans ce qu'il se rapporte à la psychologique, le temps qui doit charger dans son d'utérus condamné étant à la mort. De telles blessures exprès de situation le principe constitutionnel de la dignité de l'être humain de personne. Étant de ce fait, elles ont les médecins ont guidé les gestantes (ou les couples), quand du diagnostic de l'anomalie, dans la direction de l'accomplissement de l'anticipation thérapeutique de l'accouchement, le temps qui constitue ceci la seule solution au problème, épuisé toutes ressources scientifiques disponibles, a vu l'unfeasibility irréparable de l'embryon. Bien que pas encore légalisées, beaucoup de femmes ont obtenu, juridiquement, l'autorisation pour la pratique de ce comportement médical, au moyen de la concession des autorizatórios autorise pour l'avortement dans ces cas. Cependant, de telles décisions sont promptes et elles ne finissent pas le problématique, avant produisent du manque de fiabilité légal. Ainsi, l'objectif général de ce travail est d'analyser les aspects légaux de l'avortement dans les cas des embryons d'anencefálicos, visant la légalisation de ce pratique, du constatação médical de l'anomalie, aussi bien que de l'autorisation valide du gestante. Les objectifs spécifiques sont, respectivement, pour identifier les aspects historiques et légaux du crime d'avortement ; pour tracer une image instructive au sujet de l'anencefalia, aussi combien à son effet ; pour évaluer la question de la légalisation possible de l'avortement dans les cas des embryons d'anencefálicos. Pour dans une telle manière les méthodes exegetico-légales et la description-evolutivo seront employées, comme approprié pour développer la recherche bibliographique et le documentaire qui approuvent le travail actuel de la conclusion naturellement. Comme résultat, searchs un pour atteindre les objectifs présentés, à la lumière du problème suivant et de l'hypothèse correspondante : Est-ce qu'gestante on doit accorder la droite fait-elle légalement l'utilisation sur le corps approprié, authorizeing l'avortement dans les cas des embryons d'anencefálicos ? Oui, à l'égard au départ de l'autonomie de la volonté et, principalement, au départ de la dignité de l'être humain de personne. La conclusion celle qui si arrive les points en ce qui concerne le constatação de cela la légalisation du ce des espèces d'avortement garantirait la sécurité légale et authentifierait l'existence constitutionnelle des principes d'importance maximum.

Mot-clef : avortement. anencefalia. légalisation.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO 1 ABORTO E SEU ENFOQUE JURÍDICO	12
1.1 Contexto histórico	12
1.2 O aborto na legislação penal brasileira	16
1.2.1 Aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento	19
1.2.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante	21
1.2.3 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante	22
1.2.4 Aborto qualificado	23
1.2.5 Aborto legal	25
CAPÍTULO 2 ANENCEFALIA SOB UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA ..	29
2.1 Ponto de vista médico-legal	29
2.2 Perturbação da saúde da gestante	33
2.3 Antecipação terapêutica do parto	36
2.4 Questões jurídicas e sociais	39
CAPÍTULO 3 LEGALIZAÇÃO DO ABORTO X FETOS ANENCEFÁLICOS	42
3.1 Aborto X livre arbítrio	42
3.2 Posicionamento jurídico atual	47
3.2.1 Entendimento doutrinário e jurisprudencial	48
CONSIDERAÇÕES FINAIS	52
REFERÊNCIAS	55
GLOSSÁRIO	58
ANEXOS	60

INTRODUÇÃO

Ao despontar do século XXI, época de grandes transformações sociais e relevantes avanços tecnológicos, principalmente em se tratando da ciência médica, tem ainda a população se deparado com situações onde a dor e a angústia são provocadas por situações de malformação e irreversível inviabilidade da vida.

Com efeito, é sabido que, em casos de malformação do feto onde não existe qualquer viabilidade de vida extra-uterina, como é o caso dos anencefálicos, letal na totalidade dos casos de incidência, encontra-se a gestante completamente limitada pelas injunções do sistema que, apesar de não prever especificamente tal anormalidade gestacional, obriga a mesma a continuar a gravidez, pelo que, qualquer conduta diversa constituirá crime, devendo ser-lhe aplicada a sanção correspondente.

Sendo assim, tem-se conhecimento de que, na hodiernidade, é cada vez maior o número de mulheres que sofrem o íntimo drama da anencefalia do feto por elas gerado, e que são, até o dado momento, impelidas a continuarem a gestação, ainda que venha isso a ferir direitos assegurados pela Carta Magna, direitos esses inerentes à própria condição de ser humano. Como consequência, surge a temática da legalização do aborto em casos de gravidez de fetos anencefálicos, palco de muita polêmica e abrangentes discussões.

Tal fato, por si só, justifica a presente pesquisa, que tem como principal finalidade a de proporcionar aos cidadãos a obtenção da segurança jurídica, vez que dará solução jurídico-legal em sentido uno a todos os casos semelhantes, sempre que se buscar o judiciário.

Nesse escopo, convém indagar: deve ser concedido à gestante o direito de dispor sobre o próprio corpo, autorizando-se legalmente o aborto, em casos de fetos anencefálicos?

Será sempre afirmativa a hipótese que se atrelar à necessária aplicação do princípio da autonomia da vontade e, especialmente, do princípio da dignidade da pessoa humana, como base de toda existência digna da gestante, da parturiente, da mulher enfim.

O objetivo geral deste trabalho é analisar os aspectos jurídicos do aborto em casos de fetos anencefálicos, tendo por finalidade a legalização dessa prática, mediante constatação médica e válido consentimento da gestante. Quanto aos objetivos específicos, estes são, respectivamente: identificar os aspectos histórico e legal do crime de aborto; traçar um quadro informativo acerca da anencefalia, inclusive no tocante aos seus efeitos; avaliar a possibilidade de legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos.

Para este fim, utilizou-se a pesquisa bibliográfica e documental, e o método científico exegético-jurídico, fazendo também, não obstante, uso do método histórico-evolutivo como auxiliar.

Assim, no decorrer do estudo serão abordadas noções gerais acerca do aborto e, principalmente, antevendo uma possibilidade de descriminalização de tal conduta, através da inserção de uma nova justificativa legal em se tratando de casos de anencefalia fetal.

Nesse diapasão, o primeiro capítulo tratará da prática abortiva, enfatizando as visões legal e social no decorrer da história, bem como a posição da igreja ao longo dos tempos no que concerne a tal questão, que em muito variou e influenciou em sua tipificação, ou não, como ato criminoso.

Também analisará o capítulo primeiro, mesmo que de forma superficial, haja vista a abrangência do tema, a interrupção da gravidez no âmbito da Legislação Penal atual (Decreto-Lei nº 2.848, de sete de dezembro de 1940), enfocando desde a genérica tipificação do ato como crime, prevista nos artigos 124 a 126 do referido Código Penal Brasileiro, até suas normas permissivas, elencadas no artigo 128, incisos I e II, do mesmo diploma legal, que excluem a ilicitude da conduta. Trará ainda as espécies de qualificação do delito e os requisitos para sua configuração, quais sejam: a ocorrência de lesão corporal grave ou morte para a gestante, em razão da conduta do agente.

Não obstante, versará o segundo capítulo da obra sobre a anomalia fetal denominada anencefalia. Neste, serão feitas importantes considerações do ponto de vista médico-legal, a fim de situar o leitor no tocante ao diagnóstico, conseqüências, prevenção, possibilidade ou não de tratamento para a má formação, bem como se cogitará da própria existência de vida, legalmente considerada, para o feto acometido desta enfermidade.

De igual modo, far-se-á, ainda no segundo capítulo, considerações acerca dos riscos à saúde da gestante, física e psíquica, quando de uma gestação desse tipo, e da possibilidade de se conseguir autorização judicial para a realização da antecipação terapêutica do parto, caso a mesma deseje e, trazendo, inclusive, os requisitos necessários à sua pretensa consecução.

Também serão enfocadas no mesmo capítulo as repercussões político-sociais desse contexto, aliadas às questões juridicamente envolvidas. Tratar-se-á ainda acerca das manifestações religiosas, principalmente no que diz respeito à posição da igreja católica, ressaltando, todavia, o pensamento de outras religiões, vez que constitui o Brasil um Estado laico, tudo isso como forma de discussão e análise da mencionada descriminalização da conduta abortiva nesses casos.

Dando-se seqüência, abordará o capítulo terceiro a necessidade da legalização do aborto neste tipo de gravidez, mediante a concessão do direito ao exercício do livre arbítrio da mulher, que passaria a, licitamente, decidir sobre seu próprio corpo, vez que somente esta, ao passar por tal infortúnio, tem a real consciência do problema e da solução que menos lhe afetará. Serão também feitas menções aos abortos terapêutico e sentimental, permitidos pela atual legislação, numa espécie de comparação analógica à obtenção de uma terceira espécie também permitida.

Nessa ótica, serão analisados no referido capítulo direitos constitucionalmente protegidos em possível conflito de valores entre si, haja vista que, ao observar tal questão, se perceberá um choque entre o direito à vida do feto e o direito da gestante de preservar a sua integridade física e psíquica, além da observância de outros princípios já delineados que, se postos de lado, podem reduzir a pessoa à situação idêntica à da tortura, o que se tem expressamente vedado pela Constituição Federal.

Trará ainda o entendimento da doutrina, bem como da jurisprudência acerca do tema, onde se constatará a inconstância do mesmo na atualidade, e inclusive o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, como forma de adequá-los à realidade social enfrentada por muitas famílias nos últimos tempos, e que necessitam da tutela jurisdicional para, se não resolver, ao menos confortar-lhes o sofrimento. Mostrará ainda a existência de Projetos de Lei que tramitam no Congresso Nacional, e têm por exclusiva finalidade a inserção de mais um inciso no mencionado art. 128 do CP, criando, assim, mais uma causa que excluirá a ilicitude e, portanto, a criminalidade da interrupção da gravidez em casos de fetos portadores de anomalia que o tornem inviável, como é o caso da anencefalia.

Desta feita, observar-se-á a importância do tema, e não só para as gestantes, lamentavelmente envolvidas com a dramática situação da anencefalia, mas para toda a sociedade, que não pode estar submetida à insegurança jurídica advinda da omissão do Poder Legislativo, que não cumpre o seu papel de forma satisfatória. Afinal, os que procuram a justiça, ao invés de seguir os meios da clandestinidade, devem ser saciados em sua pretensão, não podendo tal concessão ser negada em razão de critérios meramente legalistas.

CAPÍTULO 1 ABORTO E SEU ENFOQUE JURÍDICO

Tem-se por aborto o ato pelo qual se interrompe, de forma natural, acidental ou provocada, uma gravidez, tendo como resultado a conseqüente morte do feto, pelo que se pode inferir, desde logo, a existência de três espécies do mesmo: os abortos natural ou involuntário, acidental e o provocado ou voluntário, que, por sua vez, desdobra-se em criminoso ou legal. (TELES, 2004).

Na realidade, segundo De Jesus (2003), o termo “abortamento” seria, tecnicamente, o mais apropriado para designar a interrupção da gravidez, vez que se refere à conduta de abortar; o aborto é, em verdade, o fruto da concepção que será expelido em razão desta interrupção. Todavia, a expressão “aborto” é a mais utilizada para se referir ao ato de abortar, sendo esta a considerada na Legislação Penal Brasileira e, por conseguinte, também a adotada no decorrer desta pesquisa.

Por aborto natural entenda-se a interrupção da gravidez de forma espontânea e totalmente alheia à vontade da gestante, geralmente ocasionado por problemas de saúde desta, sustos, ou má formação fetal; já o aborto acidental, como o próprio nome indica, decorre de algum traumatismo causado por acidentes, geralmente quedas; o aborto provocado, por sua vez, é aquele induzido pela gestante, ou por terceiro, com ou sem o seu consentimento, podendo ser criminoso ou legal, a depender do caso concreto e da legislação analisada. Ressalte-se que os abortos natural e acidental não constituem crime.

Não obstante a classificação corriqueiramente utilizada, a doutrina e a jurisprudência têm admitido outras espécies de aborto, a saber: o terapêutico - para salvar a vida da gestante ou livrá-la de um mal sério e iminente - ; o eugênico - quando há possibilidade de que a criança seja portadora de alguma deformidade ou enfermidade incurável -; o social ou econômico - para limitar o número de filhos de uma família numerosa, e que não tem como prover à alimentação de todos. (DE JESUS, 2003). No caso do Código Penal Brasileiro, este elenca taxativamente os casos de legalização, sendo quaisquer outros considerados criminosos e estando, portanto, passíveis de punição através do *jus puniendi* estatal.

1.1 Contexto histórico

Ao contrário do que se possa imaginar, o aborto não constitui uma inovação da modernidade, sendo uma prática comum entre as mulheres desde a Antigüidade; relatos

apontam, consoante Schor; Alavarenga (2006), inclusive, que por volta de 2.737 e 2.696 (a.c.), o imperador chinês Shen Nung revela a receita de um abortífero por via oral, que provavelmente continha mercúrio. De igual modo, ao passo em que na atualidade, por questões políticas, econômicas ou religiosas, seja este proibido em grande parte das legislações, em determinados momentos históricos, porém, a interrupção da gravidez foi tratada de forma diversa, chegando até mesmo a ser considerada obrigatória, levando-se em conta os mais diversos fatores.

Conforme Vinhas (2005), para o filósofo Aristóteles, que preconizou o aborto na antiga civilização grega, tal método era o mais apropriado para equilibrar a população, vez que limitava os nascimentos, diminuindo a concentração de pessoas nas cidades; já para Platão, a interrupção da gravidez deveria ser obrigatória para as mulheres com idade superior a quarenta anos, bem como para preservar a pureza da raça dos guerreiros, ou seja, para este filósofo, o aborto deveria se realizar por motivos eugênicos, a fim de melhor garantir a reprodução e aperfeiçoamento da raça humana.

Na civilização dos gauleses, por sua vez, o aborto era tido como um direito do pai, que tinha o poder de decidir sobre a vida e a morte dos filhos e, por conseguinte, se estes deveriam ou não nascer. (SCHOR; ALVARENGA, 2006).

Ressalte-se que a discussão sobre o aborto, nesse contexto histórico, não se refere ao direito à vida do feto, mas sim à questão da propriedade exercida pelo chefe da família, proibindo ou obrigando a interrupção da gravidez conforme lhe fosse conveniente.

Sendo assim, o aborto não constituía crime por violar o direito à vida do feto, mas sim por afrontar a autoridade do pai de família, a quem era dado o poder de decidir sobre a vida e a morte de seus filhos.

Fato parecido acontecia em Roma, onde, segundo Schor; Alvarenga (2006), os debates e posicionamentos acerca do aborto variaram consoante os interesses da classe dominante: no início da República, quando se tinha uma alta taxa de natalidade, a prática abortiva, apesar de não legalizada, foi bem tolerada, vez que ia ao encontro dos interesses desta; todavia, com a ascensão do Império, houve um forte declínio dessa natalidade, o que repercutiu instantaneamente na severidade da legislação acerca do aborto, que passou a ser considerado um crime contra a segurança do Estado.

Neste diapasão, pode-se inferir que, regra geral, as legislações das diferentes épocas seguiam por uma vertente de criminalização e rigorosa punição das mulheres que praticassem o aborto. Contudo, o que se via, tal qual hodiernamente acontece, era a total

impunidade que pairava no tocante a essa questão, pelo que se tornavam inteiramente inaplicáveis e ineficazes tais medidas reprimendas.

Entretanto, consoante afirmam Schor; Alvarenga (2006), com o surgimento do Cristianismo, que pregava como mandamento maior o “não matarás”, a prática abortiva passou a ser reprovada pela igreja; não obstante, tal reprovação não se manteve sempre com a severidade que se apresenta na atualidade, tendo a própria igreja passado por transformações no que se refere ao seu posicionamento acerca do aborto.

São Tomás de Aquino, lançando mão da tese da “animação tardia do feto”, em muito colaborou para que a igreja mantivesse, na época, uma opinião menos rígida acerca da mulher que praticava o aborto, do que a presente na atualidade. Neste sentido, Larraga apud (Del Priore, 2006), o feto somente estaria animado depois de ultrapassados quarenta dias da concepção, pelo que, antes desta animação, não deveria ser a mulher punida, caso realizasse o aborto numa gravidez indesejada.

No entanto, no ano de 1869, a igreja católica pôs fim a esta teoria, declarando que a alma já faz parte do feto desde o momento de sua concepção, estando, por conseguinte, o mesmo “animado” a partir da fecundação, e da mesma forma considerando o aborto provocado um crime, devendo a mulher que o pratica ser devidamente punida por seus atos, além, é claro, da penitência divina que certamente sofreria em razão do pecado mortal.

Todavia, afirma Silva, N. apud (Del Priore, 2006) que, não obstante tamanha rigidez, a igreja analisava de forma mais branda 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 direito de conservar sua vida.

Ressalte-se que, em princípio, a igreja condena todo tipo de tratamento que possa atentar diretamente contra a vida do feto, embora admita possíveis conseqüências indiretas, como a morte do mesmo, que venham a suceder um tratamento indispensável à saúde e à vida da mulher.

A partir do século XIX, com o advento da Revolução Industrial e conseqüente êxodo rural, as cidades passaram por um exacerbado crescimento para o qual não estavam preparadas e, em virtude da superlotação das mesmas, começam a surgir problemas tais como desemprego, fome, miséria, condições subumanas de sobrevivência, violência

urbana, dentre outros; economicamente falando, a população se divide em duas classes: a classe alta liderada pela burguesia, e a baixa classe, composta pelo proletariado. Nesse contexto, surge também o aumento da prostituição, principalmente nas áreas mais pobres, o que terminou por acarretar na expansão considerável do número de abortos naquela época, muitos deles oriundos de relacionamentos extraconjugais, em geral concubinatos.

Tal fato não agradou à classe burguesa, vez que significava uma diminuição da mão-de-obra barata de que se precisava para trabalhar nas indústrias, motivo pelo qual esta, que detinha em suas mãos também o poder político, aderiu ao posicionamento da igreja e passou a condenar rigidamente a prática abortiva, mediante uma política de repressão sexual e fortes reprimendas. No mesmo sentido, Del Priore (2006):

Via de regra praticado por mulheres em estado desesperador diante de uma gravidez indesejada, numa situação de dificuldade ou miséria, o aborto significou nos tempos modernos [...] – a arma de controle dos casais ilegítimos.

Com a chegada do século XX, todavia, surge a antiga União Soviética como o primeiro país a legalizar o aborto; mas não foi uma fácil decisão, pelo contrário, restou da culminância de diversas transformações políticas e sociais. De acordo com informações obtidas on line¹, ao que parece, não obstante a teoria Malthusiana do controle populacional, a legalização do aborto neste país não constituiu nenhuma forma de controle de natalidade; pelo contrário, embasou-se estrita e especificamente à questão da emancipação das mulheres, principal objeto da tese de Lenine, que veio a defender o direito destas a obterem informações a respeito de métodos anticoncepcionais e do próprio aborto, numa tentativa de livrá-las da restrita função de reprodutoras.

Com a ocorrência da Segunda Guerra Mundial e, principalmente, logo após esta, a severidade no tocante à proibição da prática abortiva continuou intensa, em virtude, inclusive, do elevado número de soldados mortos, e que deveriam, de certa forma, ser “substituídos” mediante os nascimentos, equilibrando, assim, a taxa populacional. Tal pensamento perdurou até a década de sessenta, quando só então houve relevantes modificações. Vale ainda ressaltar que, bem antes desse marco, certos países como os socialistas, os escandinavos e o Japão já se insurgiam na luta a favor da descriminalização do aborto, e este em especial, pois já em 1948 apresentava tais ideais em sua legislação.

¹ Site aborto.com/historia

Não obstante as referidas exceções, foi mesmo a partir de 1960 que a corrente da liberalização do aborto ganhou fortalecimento, isso em razão da evolução dos costumes, que já viam uma outra noção de sexualidade que não a meramente reprodutiva, como também da própria emancipação da mulher como peça fundamental na estrutura social, além de outros interesses políticos e econômicos.

Salientam ainda Schor; Alvarenga (2006), que nada disso ocorreu brandamente, mas constituiu-se do resultado de transformações político-sociais oriundas, principalmente, da organização e atuação de grupos feministas, onde mulheres de muitos países adotaram uma política de pressão frente ao governo, com a finalidade precípua de conceder à mulher o direito de dispor do próprio corpo, ou seja, o livre arbítrio para decidir, segundo suas condições, se deve continuar ou interromper uma gravidez indesejada. Deste modo, a tendência para a descriminalização do aborto ganhou força, sendo este o entendimento da maior parte dos países na atualidade.

1.2 O aborto na legislação penal brasileira

Nos dias atuais, apenas 26% dos países do mundo insistem na política da criminalização do aborto, não obstante o número de mortes daí decorrentes, principalmente nas classes mais baixas e nas camadas mais jovens da população. No que tange à legislação brasileira, a situação não é diferente, senão vejamos, conforme Vinhas (2006): “no Brasil, existem leis que garantem o direito ao aborto em casos especiais, mas sabemos que o processo é tão longo que, muitas vezes, as mulheres desistem de esperar e acabam recorrendo ao aborto clandestino”.

No Código Penal atual, o crime de aborto encontra-se tipificado no Título “Dos Crimes Contra a Pessoa” e no Capítulo “Dos Crimes Contra a Vida”. Por tratar-se de um delito de mão própria, o auto-aborto somente pode ser cometido pela gestante, apesar de admitir a participação de terceiros, em hipóteses de concurso de pessoas; já as demais figuras, ou seja, o aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante ou sem o consentimento da mesma, podem ser praticadas por qualquer pessoa.

De ver-se que na figura do auto-aborto, bem como no aborto consentido, apenas o feto é sujeito passivo do crime, ao passo em que naquele provocado sem o consentimento da gestante, além do produto da concepção, também a mulher se encontra no pólo passivo da ação criminosa.

É de se ressaltar que não faz a Lei Penal qualquer distinção entre ovo – três primeiras semanas de gestação -, embrião – de três semanas a três meses de gestação - ou feto – a partir de três meses de gestação, pelo que, em quaisquer destas fases, havendo interrupção provocada da gravidez, antes do início do parto, caracterizado estará o delito de aborto.

Não obstante, leciona Capez (2004) que, para a caracterização do crime, faz-se necessária a prova de que o feto se encontrava com vida no momento da realização da conduta abortiva, pois se o mesmo já estava morto ou se inexistia a gravidez, tem-se um crime impossível em razão da absoluta impropriedade do objeto. Da mesma forma, os meios utilizados devem ser absolutamente idôneos à obtenção do resultado – morte fetal – pelo que, se ineficazes, como rezas ou práticas supersticiosas, ter-se-á também um crime impossível, desta vez pelo emprego de meios absolutamente inidôneos.

Note-se que não há necessidade de se demonstrar a vitalidade do feto, ou seja, sua viabilidade, mas tão-somente a existência de vida no momento da conduta. Todavia, é extremamente relevante considerar a existência de um produto fisiologicamente normal, pois, consoante De Jesus (2003, p.122): “não há tutela penal específica na denominada gravidez molar, em que há desenvolvimento anormal do ovo (mola), e na gravidez extra-uterina, que representa um estado patológico”.

De fato, pois a gravidez extra-uterina não apresenta condições de desenvolvimento completo, ao passo em que na molar não existe possibilidade de forma humana. (MIRABETE, 2001). Compartilhando dessa idéia, surge o julgado RT 397/101 apud (Mirabete, 2001, p.94), afirmando: “Não importa ter havido prática tipicamente abortiva se o laudo pericial concluiu que a gravidez não era viável por se tratar de uma concepção frustrada que gerou embrião degenerado, inapto para produzir uma nova vida”.

Questão interessante, ressalte-se, é a dos embriões mantidos em laboratórios, fora do útero da mulher. Sabendo-se que o bem tutelado pela norma, neste tipo penal, é a vida humana intra-uterina, e sendo a Lei omissa no que concerne a esta situação, deveria o agente se enquadrar, no caso de destruição destes embriões, na conduta delitativa do aborto?

A doutrina dominante entende pela negativa, por não satisfazer aos requisitos previstos no tipo penal do referido crime. No mesmo sentido, Capez (2004, p.109-110):

Sua eliminação não configura aborto, uma vez que não se trata de vida intra-uterina [...] e o Direito Penal não admite analogia em norma incriminadora – nem homicídio, pois o embrião não pode ser

considerado pessoa humana. Como também não se trata de coisa, não se pode falar em crime de dano, razão pela qual o fato é atípico [...].

Quanto à execução por omissão, embora existam entendimentos de que não há possibilidade, esta é perfeitamente cabível, desde que o sujeito ativo seja garantidor, nos moldes do art. 13, § 2º, alínea “b” do CP, ou seja, segundo Welzel apud (Capez, 2003, p.150): “aquele que tem uma posição de garante efetivo a respeito do bem jurídico e, nesta posição, não evita o resultado típico, apesar de poder fazê-lo”.

No mesmo sentido, preleciona Capez (2004, p.110):

O delito também pode ser praticado por conduta omissiva nas hipóteses em que o sujeito ativo tem a posição de garantidor; por exemplo, o médico, a parteira, a enfermeira que, apercebendo-se do iminente aborto espontâneo ou acidental, não tomam as medidas disponíveis para evitá-lo, respondem pela prática omissiva do delito.

Por se tratar de um crime material, a comprovação do resultado dar-se-á mediante exame de corpo de delito, o qual deverá ser direto, avaliando-se o útero da mulher e, inclusive, observando se existia vida no feto no momento da conduta abortiva, e ainda se não se tratava de gravidez molar ou extra-uterina, conforme anteriormente analisado. Entretanto, não sendo possível o exame direto, este poderá ser suprido pela prova testemunhal ou documental (exame indireto), exceto se consistir na mera palavra da gestante. (DE JESUS, 2003).

O delito de aborto apresenta, como tipo subjetivo, o dolo, consistente na vontade livre e consciente de provocar a morte do feto (produto da concepção). 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). Pode o mesmo ser direto ou eventual, quando assume o agente o risco da produção do resultado como, por exemplo, agredir mulher grávida sabendo desta condição, pelo que responderá, em concurso formal, com o delito de lesão corporal.

No que concerne à efetiva consumação, sendo este um delito material, tal se dará no momento da obtenção do resultado – morte do produto da concepção. Não obstante, não se faz necessária a expulsão do feto do corpo da mulher para que se caracterize o crime, isto porque, não raro, surgem casos em que o feto, apesar de morto, não é expelido do organismo da gestante. Nesse diapasão, dispõe Capez (2004, p.108):

Não faz parte do conceito de aborto a posterior expulsão do feto, pois pode ocorrer que o embrião seja dissolvido e depois reabsorvido pelo organismo materno em virtude de um processo de autólise; ou então suceder que ele sofra processo de mumificação ou maceração, de modo que continue no útero materno.

Sendo assim, pode-se inferir que, para efeitos consumativos no delito de aborto, basta a efetiva interrupção da gravidez, advindo a morte do feto, constituindo a excreção do mesmo mero exaurimento do crime.

Não obstante, o evento desejado deve advir, necessariamente, da utilização de manobras abortivas, pelo que, ainda que utilizados meios idôneos para a interrupção da gravidez, esta vem a ocorrer por causa diversa, responderá o agente apenas por tentativa. Neste caso, por não haver um nexa causal entre a conduta e o resultado, ambos, a mulher e o médico, responderão por tentativa de aborto. (CAPEZ, 2004). No mesmo sentido, afirma Teles (2004, p.178):

Se o agente, a própria gestante ou terceiro, realizar práticas abortivas, mas a interrupção da gravidez e a morte do feto tiverem decorrido de outra causa, *preexistente, concomitante ou superveniente*, absolutamente independente da conduta, o resultado não poderá lhe ser imputado.

De igual modo, se mesmo utilizando-se dos meios necessários, o aborto não vem a se efetivar, ou tão-somente ocorrer a aceleração do parto, mas o neonato sobrevive naturalmente, o crime não se consuma, devendo o agente ser punido apenas pela tentativa.

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

1.2.1 Aborto provocado pela própria gestante ou com seu consentimento

Também denominada auto-aborto, tal conduta apresenta-se sob a forma de duas figuras típicas, a saber: provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. De ver-se que, no sentido técnico da palavra, o auto-aborto somente se configura na primeira hipótese, visto que na segunda a gestante não pratica ato executório de abortar, mas tão-somente consente que um terceiro o realize.

De fato. No auto-aborto, Capez (2004, p.115), “é a própria gestante quem executa a ação material do crime, ou seja, ela própria emprega os meios ou manobras abortivas em si mesma”; já no aborto consentido, tal não acontece, sendo toda a execução realizada pelo terceiro, ao passo que à gestante compete apenas prestar o devido consentimento para que este lhe provoque o aborto. Quanto ao terceiro, este incidirá na pena cominada no artigo (art.) 126, do Código Penal (CP), adiante abordado. Neste sentido, dispõe o art. 124 do referido dispositivo: “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque. Pena - detenção, de um a três anos”.

Segundo Capez (2004, p.115): “trata-se de crime de mão própria, vez que somente a gestante, mediante tal condição, pode realizá-lo”. Não obstante, no tocante à possibilidade do concurso de pessoas, a doutrina se divide, dando ensejo a vários posicionamentos. Para De Jesus (2003, p.124):

É admissível a participação na hipótese em que o 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).

Ressalte-se que, embora participando do ato de provocar o aborto, se o agente auxilia, mas não tem o domínio do fato, este será enquadrado no referido artigo (126 do CP), mas não como autor, e sim como partícipe.

Já para outra corrente, no entanto, não existe possibilidade de participação no auto-aborto, pois “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 ainda um entendimento jurisprudencial no sentido de que o terceiro, mesmo atuando como partícipe, teria sua conduta enquadrada no art. 126 do CP; porém, este carece de fundamentação, uma vez que sendo um crime de mão própria, é impossível a ocorrência do concurso de pessoas na modalidade co-autoria, pelo que deve responder a título de participação. Neste sentido, dispõe Capez (2004, p.116): “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”.

Vale ainda salientar que, tratando-se de delito de ação múltipla ou conteúdo variado, pode ocorrer de a gestante consentir que terceiro realize o aborto e, não obstante, preste ao mesmo auxílio na prática abortiva em si mesma. Nesse caso, tem-se um tipo

misto alternativo, pelo que, praticando a gestante uma conduta ou ambas, estará enquadrada no art. 124 do CP; já o terceiro, como já visto, responderá pelo crime do art. 126 do mesmo Código.

De ver-se que considerando tal possibilidade, tem-se na visão de Capez (2004), uma exceção à regra da teoria monística adotada pelo nosso Código Penal, que dispõe em seu art. 29: “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, visto que neste delito não raro pode ocorrer de a conduta do partícipe enquadrar-se numa figura típica diversa da do autor da ação.

No que se refere, todavia, à realização do auto-aborto em casos de aborto necessário ou sentimental, entende De Jesus (2003) que no primeiro caso não constitui crime, vez que se encaixa nos casos de exclusão da ilicitude, fundamentada no art. 24 do CP (estado de necessidade), desde que o perigo seja atual; entretanto, tal não ocorre no aborto sentimental, subsistindo o delito, pois nesse caso, como se verá adiante, o tipo exige que a provocação do aborto seja feita por um médico.

1.2.2 Aborto provocado por terceiro, sem o consentimento da gestante

Sem dúvidas, dentre as formas simples do delito em comento, esta constitui a mais gravosa, prevista no art. 125 do CP, dispondo: “provocar aborto, *sem* o consentimento da gestante. Pena – reclusão de três a dez anos”. (grifo nosso). Com efeito, tal conduta é vista de maneira mais rígida pelo legislador, vez que atinge, ao mesmo tempo, dois sujeitos passivos: o feto e a gestante que, não tendo conhecimento da prática abortiva, é tão vítima quanto aquele.

Segundo Teles (2004, p.176): “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”.

Entretanto, apesar de constituir a ausência de consentimento uma elementar do tipo, se esta se encontrar presente, a conduta do agente não será atípica, devendo apenas enquadrar-se em outra figura típica, qual seja a do art. 126 do CP (aborto com o consentimento da gestante).

De igual modo, entende Capez (2004, p.117), que “não é preciso que haja o dissenso expresso da gestante, bastando o emprego de meios abortivos por terceiro sem o seu conhecimento”. Nesse sentido, exemplo tradicional na doutrina é de ministrar o sujeito, doses de determinada substância abortiva na sopa da gestante. Tal dissentimento

pode ser real ou presumido. Será real quando o agente se utilizar de fraude, violência ou grave ameaça contra a gestante.

Para Capez (2004, p.117), fraude “é o emprego de artil capaz de induzir a gestante em erro”. Trata-se de simulação destinada a realizar manobras abortivas na gestante, fazendo-a acreditar ser conduta normal e rotineira. Ressalte-se que, muitas vezes, a mulher sequer tem conhecimento da gravidez, que dirá da prática abortiva.

No que se refere à violência física ou grave ameaça contra a gestante, por sua vez, esta tem conhecimento da manobra, mas nada pode fazer para impedir o resultado que não deseja, pois se encontra impelida, física ou psiquicamente, a ceder à conduta do agente. Perceba-se que na fraude, o sujeito age sem o conhecimento e, portanto, sem a vontade da gestante, ao passo em que na violência e na grave ameaça, este age contra a vontade da mesma.

Será presumido o dissentimento quando a gestante for menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, isso porque tais pessoas não possuem o discernimento necessário (presume-se) para consentir, validamente, com a realização do aborto, devendo incidir o terceiro provocador na pena cominada no art. 125 do dispositivo penal brasileiro. Porém, se o terceiro acredita haver o consentimento válido da gestante, movido a erro justificado pelas circunstâncias, tal fato constitui erro de tipo, deslocando-se sua conduta para a norma do art. 126 do CP. (CAPEZ, 2004).

1.2.3 Aborto provocado por terceiro, com o consentimento da gestante

Tal conduta encontra-se tipificada no art. 126 do CP, que dispõe: “Provocar aborto *com* o consentimento da gestante. Pena – reclusão de um a quatro anos”. (grifo nosso).

Perceba-se que, ao contrário do delito anterior, nesta figura típica é a presença do consentimento da gestante que constitui elemento do tipo; porém, o consenso desta não exclui o delito para o provocador, que deverá responder pelo crime do art. 126, em análise, e a mulher pelo art. 124, conforme já observado.

Ressalte-se que tal consentimento deve ser válido, pelo que, tratando-se de menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, bem como daquele obtido mediante fraude, violência ou grave ameaça, como já visto acima, a conduta do sujeito deverá ser enquadrada no art. 125 do CP, por tratar-se de dissentimento presumido. Não obstante, salienta 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.

Segundo Capez (2004), o concurso de pessoas é perfeitamente possível, desde que haja o efetivo auxílio á conduta do terceiro provocador como, por exemplo, a enfermeira que auxilia o médico numa clínica de aborto.

Ademais, o consentimento da gestante, que pode ser expresso ou tácito, mediante seus atos, deve persistir durante toda a fase de execução do aborto, pelo que, existindo revogação por parte da gestante antes ou no decorrer da prática abortiva e, ainda assim, o terceiro insiste na continuidade das manobras, neste caso responderá o provocador pelo delito do art. 125 do CP, ao passo em que a gestante não responderá por nenhum crime. (CAPEZ, 2004).

Salienta ainda De Jesus (2003) que a conduta da gestante deve se limitar ao consentimento para a prática do aborto, de modo que se a mesma auxilia no ato da provocação, não responderá por aborto consentido, mas sim por auto-aborto, visto que provocou o resultado. Entretanto, tal distinção, do ponto de vista prático, não constitui maior relevância, visto que, sendo o art. 124 do CP um tipo misto alternativo, é irrelevante que a gestante pratique uma das condutas, ou ambas, pelo qual responderá uma única vez pelo delito deste artigo.

1.2.4 Aborto qualificado

Assim dispõe o art. 127 do Código Penal:

As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte.

Para Capez (2004), estas figuras, lesão corporal de natureza grave ou morte, na realidade constituem causas especiais de aumento de pena, agindo como majorantes na fase de aplicação da mesma, e não qualificadoras, pois estas incidem sobre a própria

cominação da pena, fixando os limites mínimo e máximo da pena cominada. Não obstante, a maior parte da doutrina as considera como qualificadoras, tal qual descrita no dispositivo penal, pelo que esta posição será a adotada para fins deste trabalho.

Conforme se verifica na análise do dispositivo supra-citado, a forma qualificada pelo resultado somente se aplica às figuras dos arts. 125 e 126 do CP, não se aplicando ao auto-aborto nem ao consentimento para o aborto, vez que a legislação penal brasileira não pune a autolesão, tão pouco a conduta de matar-se. Neste sentido, Capez (2004, p.119):

Assim, se a gestante ao praticar o auto-aborto lesiona-se gravemente, ela não terá a sua pena majorada em virtude da autolesão, mas só responderá pelo delito do art. 124. Da mesma forma, é inconcebível em nosso ordenamento jurídico punir a morte da gestante decorrente de auto-aborto, na medida em que o ato de matar-se é atípico.

Vale salientar que tais figuras típicas constituem delitos preterdolosos, onde a primeira conduta do agente (o aborto) é dolosa, e a segunda (lesão corporal grave ou morte) culposa, ou melhor, o sujeito tem a vontade livre e consciente de provocar o aborto, mas por negligência, imprudência ou imperícia, acaba provocando o resultado mais grave.

Ressalte-se que o resultado gravoso não pode ser desejado pelo agente, nem tão pouco ter o mesmo assumido o risco de produzi-lo, pois se o quis, ou seja, se o sujeito “além do aborto, previu a lesão grave ou a morte e a desejou, ou a aceitou, então haverá concurso formal de dois crimes: aborto e lesão corporal de natureza grave, ou aborto e homicídio doloso”. (TELES, 2004, p.179).

De igual modo, para que possa incidir a qualificadora, o terceiro provocador deve ter contribuído ao menos de forma culposa para a produção do resultado maior. Se, todavia, este age tão somente com o dolo de praticar aborto, utilizando-se dos meios e do poder geral de cautela necessários à conduta abortiva e, não obstante, vierem a ocorrer lesão grave ou morte na gestante, este não responderá pelo resultado qualificado, tendo em vista a norma do art. 19 do CP, assim disposta: “pelo resultado que agrava especialmente a pena só responderá o agente que o houver causado ao menos culposamente”.

Segundo Teles (2004), é também indispensável para a incidência da qualificadora a existência de um nexos causal entre o aborto ou os meios empregados para sua prática e a ocorrência do resultado mais grave. Isto porque tal resultado pode ter ocorrido em razão de alguma causa diversa da prática abortiva ou de seus meios, pelo que responderá o agente pela forma simples.

No tocante aos partícipes do auto-aborto, se deste ato resultou lesão grave ou morte para a gestante, ocorrem divergentes posicionamentos doutrinários: uns defendem a idéia de que estes respondem por lesão corporal culposa ou por homicídio culposo; outros entendem que devem responder somente pela participação do art. 124.

Para De Jesus (2003, p.124):

O partícipe de auto-aborto, além de responder por este delito, pratica homicídio culposo ou lesão corporal de natureza culposa, sendo inaplicável o disposto no art. 127 do CP, uma vez que esta norma exclui os casos do art. 124.

Todavia, na visão de Mirabete (2001, p.98), “trata-se de solução forçada, respondendo o agente por aborto simples, uma vez que não participou do ato de execução”.

Sendo, porém, a lesão provocada de natureza leve, o agente somente responderá pelo aborto, sem a qualificadora do art. 127, pois esta constitui meio executório para a consecução do crime. De igual modo, também não incidirá tal qualificadora se as lesões, ainda que graves, eram necessárias para a consumação do aborto, estando nesse caso, absorvidas por esse delito. Partindo dessa premissa, bem preleciona Capez (2004, p.120): “a lei, na verdade, teria em vista as lesões graves extraordinárias, ou seja, não necessárias à causação do aborto, como, por exemplo, infecções; do contrário, o crime de aborto seria sempre qualificado”.

1.2.5 Aborto legal

O Código Penal, em seu art. 128, incisos I e II, prevê duas hipóteses de exclusão da ilicitude, apesar de alguns entendimentos de que se tratariam de causas extintivas da punibilidade ou extintivas da culpabilidade do agente. Todavia, como bem salienta De Jesus (2003), dispõe o Código não ser punido o aborto, pelo que, se constituísse causa pessoal de exclusão da pena, tal dispositivo certamente afirmaria não ser punido o médico. Sendo assim, dispõe o referido artigo:

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 tange ao aborto necessário ou terapêutico (inciso I), trata-se da “interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salvá-la”. (CAPEZ, 2004, p.121). Não obstante, segundo entendimento doutrinário, não se faz necessária a atualidade do perigo, podendo este ser iminente ou até mesmo futuro, desde que, neste caso, o médico possa diagnosticar, “com segurança e certeza, pela impossibilidade de sua reversão” (TELES, 2004, p.183), concluindo com exatidão pela existência do perigo de vida para a gestante.

Note-se que o Código permite o aborto necessário apenas quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. Desse modo, se a gravidez tão-somente oferecer perigo à saúde ou, ainda, se haviam outros meios de se salvar a vida da mulher, sem sacrifício do ser em formação, a conduta torna-se ilícita.

Isso porque o dispositivo penal, ao autorizar o aborto, o faz com o intuito de preservar um bem maior por ele considerado, ou seja, teve o legislador que optar entre dois bens juridicamente protegidos pela norma penal: as vidas humanas intra e extra-uterinas, tendo este decidido pela já existente e independente, pois, conforme salienta Teles (2004, p.182), o feto possui “uma tão só expectativa de existência. Pode nem nascer, por força de causas puramente naturais”. Entretanto, tal escolha somente deve ser realizada em último caso, pois, do contrário, se o médico age com dolo, mesmo o eventual, realizando o aborto quando não necessário, este responderá pelo art. 125 (aborto sem o consentimento da gestante), não existindo, portanto, a justificativa legal.

Apesar de o artigo se referir apenas à conduta do médico, tem-se entendido que, mesmo a parteira ou enfermeira podem, em último caso, realizar a prática abortiva para salvar a vida da mãe. Todavia, neste caso o perigo deve ser atual, estando os mesmos acobertados pela excludente do estado de necessidade, pelo que suas condutas serão lícitas. Nesse sentido, salienta 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.183-184).

De igual modo, não se faz necessário autorização judicial, tão pouco o consentimento da gestante para que o médico possa realizar o aborto terapêutico, visto que a norma não prevê tal obrigatoriedade. Posicionamento contrário defende Marrey apud (Mirabete, 2001, p.99), ao dispor: “depende o aborto necessário do consentimento da gestante, pois não se equipara à intervenção cirúrgica, que pode ser levada a efeito contra a vontade do paciente”. Não obstante, tem-se notória a visão de Teles (2004, p.183): “o

médico é o único juiz, não exigindo a norma a obtenção do consentimento da gestante ou de qualquer outra pessoa”.

Em qualquer caso, só deve o médico intervir, provocando o aborto, após ouvir parecer de mais dois colegas; uma vez realizado, deve-se lavar a taça em três vias, devendo uma ser remetida ao Conselho Regional de Medicina e outra ao diretor clínico do hospital onde fora provocado o aborto.

Quanto ao aborto sentimental ou ético, por sua vez, este se encontra justificado pelo inciso II do art. 128, constituindo-se da realização do aborto por um médico, em situação de gravidez decorrente de estupro. Neste caso, apesar de o feto ser bem juridicamente protegido, tem-se como bem significativamente relevante a violência que põe em choque a liberdade sexual da mulher, como bem salienta Capez (2004, p.122) ao dispor: “o Estado não pode obrigar a mulher a gerar um filho que é fruto de coito vagínico violento, dados os danos maiores, em especial psicológicos, que isso lhe possa acarretar”.

Desse modo, mais importante do que o direito social da preservação da vida do fruto da concepção é a liberdade da mulher de não gerar uma vida proveniente da violação de um dos seus direitos mais sagrados, qual seja o da liberdade sexual. No mesmo sentido, discorre Teles (2004, p.184):

A violência seria inominável e se perpetuaria, repetindo-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 ter 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.

Ao contrário do aborto necessário, neste há que se observar o consentimento da gestante, pois esta poderá optar em levar à frente a gestação, não realizando o aborto. De igual modo, tal consentimento deve ser válido, pelo que, se esta é incapaz, deve ser prestado por seu representante legal. De ver-se que exige a própria lei que a realização do aborto seja feita por médico, sendo que, se é a enfermeira, por exemplo, quem o provoca, sua conduta é ilícita, devendo responder pelo crime.

Questão interessante a ser observada é a referente à licitude ou ilicitude do aborto quando a gravidez é resultante de atentado violento ao pudor, vez que a lei refere-se expressamente aos casos de estupro. De ver-se que tal questionamento encontra-se pacífico, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, tendo-se admitido a legalidade do

aborto naquele caso, aplicando-se aí a analogia *in bonam partem*, pois “o que importa é o ato violento do homem contra a mulher, impondo-lhe uma gravidez indesejada” (TELES, 2004, p.185), tenha ou não havido conjunção carnal, vez que a gravidez, embora raro, pode ser proveniente de certos atos libidinosos.

Ademais, salienta Capez (2004, p.122-123): “não há que se duvidar que o atentado violento ao pudor é um crime tão repugnante e odioso quanto o estupro, não se podendo impor à mulher, nesses casos, que suporte uma gravidez involuntária”.

Porém, tratando-se da gestação resultante dos crimes de sedução e posse sexual mediante fraude, bem como da obtida mediante a aplicação de técnicas de reprodução assistida, a questão é bastante polêmica, mas a doutrina majoritária tem entendido pela não aplicação da analogia nestes, por defenderem o direito à vida do feto, que só lhe deve ser negado em situações muito especiais.

Não exige, no entanto, a lei, autorização judicial para que o médico realize a prática abortiva, tão pouco a existência de sentença condenatória em desfavor do autor do estupro ou do atentado violento ao pudor, conforme o caso. Todavia, além do consentimento da gestante, deve ter o médico a prova idônea e incontestável da violência sexual, como o boletim de ocorrência, ou em sua falta depoimento testemunhal que comprove a veracidade do fato. Da mesma forma, não faz a norma do art. 128, inciso II, nenhuma distinção entre violência real ou presumida, pelo que se pode inferir tratar-se de qualquer forma de estupro, inclusive o presumido, decorrente das hipóteses previstas no art. 224 do CP, quais sejam: vítima menor de quatorze anos, alienada ou débil mental, ou que não tenha nenhuma capacidade de resistência; nestes casos, basta para o médico a comprovação da conjunção carnal ou do ato libidinoso diverso.

De ver-se que, apesar de ainda não legalizados, existem outros tipos de aborto, como, por exemplo, o proveniente de gravidez em que o feto é portador de anencefalia, onde a total inviabilidade da vida extra-uterina, além do efetivo perigo à saúde, principalmente, psíquica da gestante, tem estimulado grandes debates na sociedade brasileira hodierna.

CAPÍTULO 2 ANENCEFALIA SOB UMA ABORDAGEM SÓCIO-JURÍDICA

Considerada a enfermidade de maior repercussão social da atualidade, consiste a anencefalia numa anomalia fetal, caracterizada por uma malformação congênita e irreversível, atingindo aproximadamente um em cada mil bebês em todo o mundo, principalmente nos países menos desenvolvidos. No Brasil, a taxa de incidência é muito alta, o que vem preocupando o governo, bem como a população, inclusive no que se refere às questões juridicamente envolvidas.

Em verdade, tem-se por imprópria a terminologia anencefalia, vez que significa, grafologicamente, sem encéfalo. Todavia, tal não se verifica na realidade concreta, visto que não existe ausência de todo o encéfalo², mas de apenas uma porção (a maior) deste, que compreende os hemisférios cerebrais. Dessa forma, o feto portador deste defeito nasce sem a maior parte do cérebro, mas o cérebro tronco subsiste, apesar de deformado. A porção remanescente, porém, encontra-se exposta, sem nenhuma proteção do crânio ou do tecido epitelial. (FOLHA ON LINE)³.

Muitos pesquisadores têm se dedicado ao estudo dessa trágica deficiência; porém, até o momento ainda não se tem qualquer possibilidade de cura, ou mesmo de condições de sobrevivência para o feto acometido desta enfermidade, cabendo aos médicos, tão-somente o poder de diagnosticar, com precisão, sua existência logo no início da gestação, o que não vem a ser muita coisa, haja vista a grandiosidade do problema.

2.1 Ponto de vista médico-legal

Segundo Ramos (2006): “A anencefalia, assim é definida pelos médicos: ‘uma malformação congênita que se caracteriza geralmente pela ausência da abóboda craniana e massa encefálica reduzida’”.

Tal deformidade tem sua origem na formação do embrião, aproximadamente entre o 23º e o 28º dia da gestação, em decorrência de um defeito no fechamento do tubo neural.

² Segundo Ramos (2006, site www.direitonet.com.br), este compreende várias partes, dentre as principais o telencéfalo (que abarca o cérebro ou hemisférios cerebrais), o diencéfalo (composto pelo tálamo e hipotálamo), e o tronco encefálico (do qual fazem parte o mesencéfalo, a ponte e a medula oblonga).

³ Site www.1folha.uol.com.br

A maioria dos casos incide sobre fetos femininos, pelo que se pode inferir que apresenta certa relação com o cromossomo X. (ANDALAFI NETO, 2006).

Por sua vez, para Pinott (2006):

O reconhecimento de conceito com anencefalia é imediato. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. [Por isso mesmo, as crianças anencéfalas são, muitas vezes, descritas como parecendo rãs]. O cérebro remanescente encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado.

No mesmo sentido, preleciona Pontes (2006):

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 75% dos fetos afetados morrem dentro do útero, enquanto que, dos 25% que chegam a nascer, a imensa maioria morre dentro de 24 horas e o resto dentro da primeira semana.

De ver-se que, em razão da inexistência dos hemisférios cerebrais, bem como do córtex cerebral, encontra-se o feto totalmente desprovido das funções superiores do Sistema Nervoso Central, funções estas intrinsecamente relacionadas com a consciência, a cognição, a percepção, a comunicação, a afetividade e a emotividade. Desse modo, quase sempre a criança nasce cega, surda e sem consciência, ou seja, sem qualquer expressão de identificação humana. (PONTES, 2006).

Com efeito, a criança portadora da anencefalia não apresenta qualquer sensação de vitalidade, possuindo tão-somente funções meramente vegetativas, que a fazem apenas sobreviver, e ainda assim por muito pouco tempo.

Não obstante, não se pode falar, em princípio, de morte cerebral, haja vista que esta é decorrente da paralisação de toda a função encefálica, o que não ocorre, pois, segundo Ramos (2006): “os critérios para diagnosticar a morte encefálica não são aplicáveis cientificamente a crianças menores de dois anos, muito menos a crianças intraútero, quando nem se pode fazer os testes necessários ao diagnóstico”.

Compartilhando da mesma opinião, dispõe Pontes (2006):

Na anencefalia [...] há apenas uma efêmera preservação de funções vegetativas que controlam parcialmente a respiração, as funções

vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de *morte neocortical* (high brain criterion), enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a *morte cerebral* ou *encefálica* (whole brain criterion).

Não se pode precisar, com eficácia, a etiologia desta enfermidade, sabendo-se apenas tratar-se de um tipo de patologia multifatorial, sendo causada por vários meios e/ou fatores, ainda estranhos ao conhecimento da ciência. Segundo Fonseca apud (Gamboa, 2005); porém, “parece que fatores genéticos/raciais e nutricionais podem estar envolvidos na sua gênese”.

Ⓢ Sendo assim, muitas opiniões têm surgido neste sentido, afirmando que decorre a anencefalia, dentre outros fatores, da deficiência de vitamina B12, bem como de folatos (ácido fólico) na gestante, não oferecendo, assim, condições para o perfeito desenvolvimento do embrião. De igual modo, além do fator nutricional, também é fato causador da referida anomalia certos fatores ambientais, como, por exemplo, exposição da mulher grávida a locais muito poluídos, a produtos químicos, solventes e a irradiações, principalmente nos primeiros dias da gestação. O alcoolismo e o tabagismo também aparecem como possíveis causas provocadoras da anencefalia, claro que tudo isso levando-se em conta o organismo de cada gestante. (ANDALAFT NETO, 2006).

Ⓢ Todavia, a deficiência do ácido fólico é, sem dúvida, o fator mais freqüente na análise dos casos de gravidez de feto anencéfalo, pelo que é utilizado como método de prevenção, devendo ser receitado às mulheres em idade fértil, que deverão ingeri-lo três meses antes da concepção, continuando até o terceiro mês de gestação, principalmente se estas já geraram bebês anencéfalos.

Vale salientar ainda, de acordo com Andalaft Neto (2006):

Ⓢ O risco de incidência 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.

Ⓢ No que se refere ao diagnóstico, por sua vez, este pode ser obtido, com certeza e precisão, a partir de doze semanas, ou três meses, de gestação, pois a partir deste momento já se pode visualizar o chamado segmento cefálico fetal. Tal parecer é alcançado através de um exame de ultra-sonografia, que constitui hoje um grande avanço da medicina no que diz respeito à agilidade, haja vista que a radiografia não é aconselhável nos primeiros

meses da gestação, pelo que, anteriormente, somente se detectava a malformação num estágio muito avançado da gravidez.

Regra geral, uma vez constatada a existência da anomalia, os ultra-sonografistas optam por repetir o exame em uma ou duas semanas depois para só então, se constatada, divulgar o diagnóstico. Com efeito, pois que tal parecer médico é, sem dúvida, um choque mortal para a mulher, ou o casal, conforme o caso, que não devem ser alarmados sem que haja um diagnóstico preciso. Complementando tal informação, Andalaft Neto (2006):

A ressonância magnética, ao lado da ultra-sonografia de nível três, tem se mostrado importante meio diagnóstico na identificação desta e de outras malformações dos fetos. Ainda, constitui valioso auxiliar na identificação de outras afecções associadas, como a espinha bífida e a raquisquise, presentes em grande parte dos casos. Outras malformações freqüentemente associadas à anencefalia são as cardiopatias congênitas e as alterações do sistema gênito-urinário fetal.

Ressalte-se que a precisão no que tange ao diagnóstico por ultra-sonografia avançada deve-se ao fato de se encontrarem extremamente elevados os níveis de alfafetoproteína no líquido amniótico. Ademais, não obstante as malformações associadas acima elencadas, não raro se apresentam na gravidez de feto anencefálico a incidência de polihidrâmnio (50%), em virtude de o feto não apresentar os reflexos que o habilitam a deglutir o líquido amniótico, o que se dá em razão da perda do controle pelo Sistema Nervoso Central, além de sua própria apresentação anômala, decorrente da insinuação do pólo fetal no estreito inferior da bacia. (ANDALRAFT NETO, 2006).

Deste modo, pode-se inferir, segundo Fonseca apud (Gamboa, 2005), que “a anencefalia se associa a um prognóstico fetal muito ruim, evoluindo para o óbito espontâneo intra-uterino ou após o nascimento na sua totalidade dos casos”.

No que se refere ao posicionamento legal, por sua vez, este constitui tema bastante polêmico e de abastada discussão na atualidade, conforme se verá adiante.

Isto porque, conforme já analisado, a legislação penal em vigor só admite o aborto em dois casos: em se tratando de risco de vida para a gestante, ou quando se trata de gravidez resultante de estupro, o que, em termos técnicos, torna ilícita a interrupção da gravidez em casos de anencefalia fetal, por ausência de previsão legal.

Todavia, opiniões divergem quanto a essa questão, inclusive no que tange ao Conselho Nacional de Medicina que, por maioria absoluta de votos, aprovou a antecipação do parto em hipóteses de fetos anencefálicos. Do mesmo entendimento compartilham

ainda a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), o Conselho Federal de Medicina (CFM) e o Conselho Nacional dos Direitos da Pessoa Humana. (FORMENTI, 2006).

⊗ Não obstante, há entendimentos propriamente jurídicos, no sentido de que tal interrupção constitui fato atípico, não podendo sequer ser considerado aborto, vez que o feto anencéfalo, por não apresentar cérebro, não possui potencialidade de vida. Nesse sentido, salienta Barroso apud (Gaiotti; Shinzato, 2004): “A interrupção terapêutica da gravidez do feto anencefálico não configura aborto, para o qual o pressuposto é que haja viabilidade de vida, o que não existe devido à ausência de cérebro”.

⊗ E ainda, Barroso apud (Formenti, 2006): “Pela lei, a morte ocorre quando há morte cerebral. E nesse caso, como não há cérebro, devemos considerar o feto como natimorto”.

⊗ Sendo assim, pode-se inferir que as discussões em torno da anomalia vêm atingindo grandes proporções, inclusive no que diz respeito à preservação da saúde da gestante, que sofre grande abalo, tanto de ordem física quanto psíquica.

2.2 Perturbação da saúde da gestante

Embora lamentável, a anencefalia fetal consiste num diagnóstico tanto penoso para o feto (considerado natimorto), quanto perigoso para a mulher grávida. Com efeito, pois não bastasse gerar em seu ventre um ser sem viabilidade alguma de sobrevivência, a futura mãe tem ainda que conviver com o iminente risco de vida, devendo este ser compreendido *lato sensu*, haja vista a possibilidade da morte física e da psicológica, conforme será analisado adiante.

No que se refere ao perigo da saúde física, este subsiste em qualquer gravidez, ainda que de feto normal, apresentando variações caso a caso, ou seja, ao passo em que para a maioria das mulheres o risco é pequeno, para algumas, porém, é muito elevado, como ocorre, por exemplo, naquelas tendenciosas a apresentarem eclampsia, principal responsável pela morte de mulheres durante o parto.

Não obstante, segundo alguns posicionamentos médicos, a própria má formação fetal, por si mesma, já contribui para aumentar os riscos à saúde da mulher, vez que geralmente a anencefalia se encontra associada com doença hipertensiva específica da gravidez (DHEG), que compromete seu bem-estar físico. (ANDALAF NETO, 2006).

Nesse sentido, complementa Pinotti (2006): “As gestações de anencéfalos causam, com maior frequência, patologias maternas como hipertensão e hidrâmnio (excesso de líquido amniótico), levando as mães a percorrerem uma gravidez com risco elevado”.

Ademais, conforme já abordado, cerca de 50% dos fetos portadores desse defeito morrem ainda dentro do útero da mulher, o que configura alto nível de perigo, haja vista as infecções que podem vir a provocar, caso a morte não seja imediatamente diagnosticada. Compartilhando desta informação, prelecionam Gaiotti; Shinzato (2004):

A permanência do feto anômalo no útero da mãe é potencialmente perigosa, podendo gerar danos à saúde da gestante e até perigo de vida, em razão do alto índice de óbitos intra-uterinos desses fetos [...].

Todavia, a questão não é unânime, visto que em muitos casos a gravidez de feto anencefálico, do ponto de vista da saúde física, não oferece maiores problemas, pelo menos esse é o entendimento predominante. De ver-se, porém, que a saúde da mulher não se restringe ao aspecto físico, mas envolve, principalmente, o aspecto psicológico e, nesse caso, não restam dúvidas de que tal espécie de gravidez oferece grandes riscos à sua integridade. Nesse sentido, salienta Andalaft Neto (2006):

O direito à saúde é também um direito constitucional, e um dever do Estado promovê-lo. Não se restringe simplesmente a atender uma necessidade, mas de promover um completo bem-estar físico e psíquico.

Para a psicologia médica, considerando os avanços tecnológicos da atualidade, a saúde psíquica é tão fundamental quanto a saúde física, devendo ser conservada em seu estado perfeito, a fim de evitar-se perturbações que possam acarretar na chamada “morte psíquica do ser humano”, ocorrida em razão de distúrbios mentais irreversíveis, muitas vezes provenientes de situações de angústia ou tortura, à qual não são capazes de suportar. Complementando dispõe a Revista Consulex (2004, p.25): “a morte psíquica é, sem dúvida, pior que a morte física”.

Deste modo, pode-se inferir que, a depender das circunstâncias, não raro poder-se-á chegar a um prognóstico de “morte psicológica” do paciente, haja vista a completa perturbação da sua saúde psíquica e que, no caso de gravidez de feto anencefalo, equivale, analogicamente, segundo Wambier (2004, p.26), à “‘morte psicológica’ da mãe, literalmente ‘forçada’, pelas injunções do sistema, a conviver com gravidez que carrega em si mesma a idéia de aborto”.

De fato, vez que o estado de gravidez, além de transformar fisicamente a mulher, também modifica o seu psicológico, atuando sobre sua mente no sentido de esperar, ansiosamente, pela chegada do seu filho. Tratando-se de casos de anencefalia fetal,

entretanto, a futura mãe carrega um fardo pesado, sofrido, pois tem ela plena consciência de que traz em seu ventre um fruto inviável, e que nada poderá mudar o destino dessa criança: ela vai nascer para, em seguida, morrer, isso se conseguir nascer com vida.

Partindo dessa premissa, categoricamente enfoca Pinotti (2006): “Para essas mães, a alegria de pensar em berço e enxoval será substituída pela angústia de preparar vestes mortuárias e sepultamento”.

Note-se o drama psíquico enfrentado por uma mãe, que já o é, pois o ato de gerar já a torna mãe, ainda que de feto inviável, que não tem a quem ou a que se apegar para ver sua dor diminuída e que tem, por muitas vezes, que conviver com essa amargura até os nove meses de gestação, quando então verá seu filho nascer deformado, sem consciência, quase sempre cego e surdo, e sem qualquer viabilidade de vida. É só esperar: esperar para ver quantos minutos ou, quando muito, horas, ele vai viver. Definitivamente, nenhuma mulher merece passar por tal situação e, acima de tudo, nenhuma mãe sairá ileso desse drama.

Nesse sentido, corrobora a Revista Consulex (2004, p.25):

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, a legislação brasileira consagrou como valor fundamental o princípio da dignidade da pessoa humana, pelo qual o Estado, bem como as ações coletivas, não podem sobrevir de maneira tal que venham a reduzir a dignidade da pessoa. Tal princípio encontra-se previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, dele devendo ser interpretados todos os demais direitos. Não obstante, segundo Andalaft Neto (2006): “na anencefalia não há sequer interesse da coletividade em preservar um sofrimento na esfera psíquica das mulheres”.

Com efeito, pois que, ao impor que uma mulher nestas condições prossiga com uma gestação, ainda quando é sabido que a mesma está propensa a perdas psicológicas irreparáveis, tem-se neste caso notória a violação de preceito constitucional de valor fundamental e inestimável.

No mesmo sentido, dispõem Gaiotti; Shinzato (2004):

Como podemos dizer que um ser humano tem direito à vida digna tanto física quanto psicológica, se nos casos de gestantes de bebês anencefálicos, ela está sendo agredida nesses dois aspectos, pois seu

corpo irá transformar-se inutilmente com a gestação de um bebê que, se concebido, ela tem a certeza de que morrerá em seus braços. Qual direito à dignidade que uma gestante desse tipo pode vir a ter?

No entanto, o princípio da dignidade da pessoa humana não é o único a ser afrontado levando-se em conta a frieza da norma, totalmente obsoleta no que tange às hodiernas transformações sociais. De fato, ao obrigar o Estado a continuidade da gestação, sem preocupar-se com a integridade psíquica da gestante, está o mesmo violando outro princípio fundamental da Carta Magna, constante do seu art. 5º, inciso III, e que reza: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, posto que fatalmente causará na mulher um “choque emocional repulsivo” (VIEIRA, 2004, p.33), que fará parte da sua personalidade por toda a vida.

Continua Vieira (2004, p.32):

Este estado de luto certamente a acompanhará pelo resto dos 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).

Considerando tais possibilidades, pode-se inferir que a saúde psicológica é questão de foro íntimo, intrinsecamente ligada a cada mulher em particular, pois, ao mesmo tempo em que para algumas enfrentar o drama da anencefalia é tolerável, para outras, porém, é motivo de desespero, depressão e remorso, pelo que, para estas, a melhor solução, ou a menos dolorosa, consiste na antecipação terapêutica do parto, pois, conforme orientação de Nogueira (2006): “Adiar o parto, que não será uma celebração de vida, mas um ritual de morte, viola a integridade física e psicológica da gestante, em situação análoga à da tortura”.

2.3 Antecipação terapêutica do parto

Uma vez detectada, com certeza e precisão, a existência da anomalia, é dever do médico obstetra aconselhar e orientar a gestante (ou o casal), inclusive informando-os sobre todas as possibilidades e, principalmente, acerca da irreversível inviabilidade do feto. Ressalte-se que, segundo Andalaft Neto (2006): “O diagnóstico de anencefalia é sempre seguido de grande angústia por parte de médicos e das pacientes. O médico precisa estar suficientemente preparado para notificar o casal e orientá-los de forma segura”.

Desse modo, deverá o profissional de saúde, de forma sutil, porém enfática, esclarecer o casal acerca da realidade do problema e de suas conseqüências físicas e psíquicas, indicando, sobretudo, a alternativa da antecipação terapêutica do parto que, nesse caso, mostra-se, do ponto de vista médico, a melhor e única solução, ainda que dolorosa. Nesse sentido, dispõem Gaiotti; Shinzato (2004):

[...] a antecipação do parto nessa hipótese constitui indicação terapêutica médica, sendo exclusivamente a única possível e eficaz para o tratamento da gestante, já que para tal situação não há possibilidade de reversão.

De ver-se que a antecipação terapêutica do parto, apesar de indicação médica, é apenas uma alternativa, cabendo à gestante, ou ao casal, conforme o caso, realizá-la ou não, pelo que se pode inferir ser imprescindível para sua efetuação o consentimento válido da gestante ou de seu representante legal, se esta for incapaz. Note-se que tal procedibilidade, nesse sentido, se equipara à interrupção da gravidez proveniente de estupro, prevista no art. 128, inciso II, do Código Penal, que, ao contrário do aborto necessário, como já visto, exige tal consentimento para sua realização, a fim de que seja acobertado pela excludente da ilicitude.

De igual modo, também a ausência das causas de dissentimento presumido, também já estudadas (item 1.2.3), serão analisadas para que se possa autorizar a antecipação do parto em casos de anencefálicos, afinal “o intuito da interrupção é a redução do sofrimento e da agonia da mãe” (VIEIRA, 2004, p.33), e não impor-lhe mais um transtorno emocional.

Ressalte-se, porém, que embora seja esta a solução mais indicada em pareceres médicos, no campo do Direito, todavia, tal questão não é incontroversa, gerando amplas discussões e distintos posicionamentos que variam desde a punibilidade do ato até sua completa indicação, o que vem se tornando um grande problema, haja vista a inconstância do sistema que, ora admite, ora pune a referida conduta, gerando, acima de tudo, sofrimento para as pessoas que, infelizmente, encontram-se dependentes de tamanha insegurança jurídica.

Note-se que tal divergência entre a medicina e o Direito no que concerne à anencefalia e à antecipação do parto não tem razão de ser, visto que acarreta diretamente no prejuízo da sociedade, que necessita da tutela jurisdicional. Dessa forma, tem-se um grande paradoxo, pois se a existência do Direito se deve, originalmente, em razão de

atender aos interesses sociais, promovendo a harmonia e a pacificidade do sistema, não deveria o mesmo oferecer a essa sociedade a resposta de que precisa, ao invés de lutar contra os próprios interesses desta, ferindo, inclusive, a dignidade da pessoa humana?

Para Diniz apud (Nogueira, 2006), a antecipação do parto é um direito da mulher, e negá-lo é afrontar sua própria dignidade como pessoa, assim dispondo:

[...] o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser considerado fundamental para a ética da antecipação terapêutica. O diagnóstico da má formação fetal incompatível com a vida é uma situação de extremo sofrimento para as mulheres e os futuros pais. São situações em que todos os recursos científicos disponíveis para reverter o quadro da má-formação são nulos.

Ademais, de ver-se que, na área em comento, tem a medicina, sem sombra de dúvidas, maior legitimidade para avaliar, de maneira cientificamente comprovada, a melhor solução, ou a que menos prejudicará a saúde da gestante, em razão da irreversível inviabilidade do feto.

Nesse sentido, preleciona Vieira (2004, p.32):

Nossos julgadores não podem basear suas decisões em conceitos superados ou em suas crenças.[...].Esta matéria é da competência da área da saúde e os médicos já haviam atestado a certeza da incompatibilidade da vida extra-uterina.

Vale ainda salientar que o Conselho Regional de Medicina, como já afirmado, colocou-se a favor da antecipação do parto, levando em conta, principalmente, a preservação da saúde física e psíquica da gestante, haja vista a potencial inviabilidade do feto. Compartilhando dessa decisão, infere Pontes (2006):

O feto anencéfalo, [...], 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.

Não obstante a existência da celeuma doutrinária e jurisprudencial acerca da antecipação terapêutica do parto, já foram expedidos, segundo Andalaft Neto (2006), cerca de 3000 autorizações judiciais para realização da interrupção da gravidez de feto anencefálico. Desse modo, uma vez tendo conhecimento da anomalia fetal e, decidindo o

casal interromper a gestação, deve o mesmo munir-se dos documentos necessários⁴ à consecução do referido alvará autorizatório e posterior antecipação legal do parto.

Uma vez obtida a autorização, deverá a gestante dirigir-se ao hospital, onde será internada, devendo o parto ser induzido através de medicamentos. Ressalte-se que os fetos detentores de peso superior a 500g deverão ser, consoante determina a legislação brasileira, registrados e sepultados. De igual modo, deverá o médico obstetra emitir atestado de óbito. (ANDALAF NETO, 2006).

De ver-se que, embora seja a antecipação do parto terapeuticamente aconselhada, inclusive considerando-se a saúde psíquica da mulher, tal perturbação mental já ocorreu no exato momento do diagnóstico da anomalia, pelo que a interrupção da gravidez tão-somente evitará que se prolongue o sofrimento e se agrave esse estado. Por isso, deve ser oferecida a essa mulher uma orientação psicológica especial, no intuito de torná-la menos depressiva, o que certamente ocorrerá. Tal atenção deve se ater, inicialmente, no cuidado de não colocá-la junto a puerperas amamentando, pois, em razão do bloqueio de sua lactação e da realização de um “parto” onde não se deu a vida, está a mesma muito mais propensa a distúrbios e depressões, muitas vezes irreversíveis.

2.4 Questões jurídicas e sociais

Consoante analisado no tópico anterior, a interrupção da gravidez em se tratando de fetos anencéfalos, embora ainda não legalizada, suscita muitas discussões no campo jurídico-social, tendo sido, inclusive, consentida, em muitos casos, mediante a expedição de alvarás autorizatórios.

Além disso, posicionamentos favoráveis à antecipação terapêutica do parto têm surgido, como forma de pressionar os legisladores a manifestarem uma opinião fixa acerca do dilema. Nesse diapasão, tem destaque a OAB/BA, conforme dispõem Gaiotti; Shinzato (2004):

A OAB da Bahia decidiu por maioria de votos dos seus conselheiros, que a interrupção da gravidez em casos de anencefalia do feto não deve ser considerado como aborto nem, portanto, como crime. Essa decisão representa mais uma vitória do movimento que pede a legalização da

⁴ Segundo Andalaft Neto (2006, site www.febrasgo.org.br), tais documentos compreendem: “relatório médico, solicitando ao senhor juiz da vara a autorização judicial, explicando no relatório que a patologia é letal em 100% dos casos; exame de ultra-som morfológico com avaliação de idade gestacional e descrição da patologia; avaliação psicológica e assinatura do casal”.

interrupção da gravidez nesses casos, tentando exaustivamente conscientizar a sociedade da necessidade de fazer valer esse direito.(sic).

Não obstante, a própria sociedade se divide no que tange a tal posicionamento, o que termina por acarretar no caos da incerteza e da insegurança jurídica, fatores que só tendem a agravar ainda mais a dor enfrentada pelos envolvidos nesse trágico diagnóstico.

A igreja católica tem sido a principal arma do movimento contra a legalização da antecipação do parto, tendo sido a responsável por diversas suspensões de alvarás autorizatórios do aborto, em grau de recurso, sendo, inclusive e ironicamente, segundo informações on line⁵, impetrado *habeas corpus* em favor do feto, requerendo a obtenção do seu direito de ir e vir e, diga-se, sendo este deferido, obrigando a gestante a esperar posterior decisão, ao mesmo tempo em que, juntamente com a barriga, crescia a angústia pela espera do bebê que morreria.

Todavia, tamanha é a subjetividade da questão referente à anencefalia que a própria igreja católica não apresenta um posicionamento unânime. Com efeito, uma vez que existe dentro da mesma um movimento, as “Católicas pelo Direito de Decidir”, que tem por finalidade proporcionar a reflexão e formação de uma nova ética acerca da sexualidade e da reprodução, buscando-se, principalmente, obter o respeito à dignidade da pessoa humana e à qualidade de vida das mulheres. A esse respeito, salienta Vieira (2004, p.32):

Com a interrupção da gravidez por anomalia fetal as mulheres não estão renunciando à sua fé em Deus. Estão reafirmando sua crença na autonomia e capacidade para escolher o rumo de suas vidas, sem limitações ao exercício de seus direitos e liberdades fundamentais. O judiciário deveria ser solidário a elas.

Ademais, com o estabelecimento da República, surgiu no Estado Brasileiro a liberdade de religião, com a conseqüente separação entre a igreja e o Estado. Com isso, a Constituição Federal de 1891 consolidou os princípios básicos da liberdade religiosa, tornando o Brasil um Estado laico, ou seja, “admitindo e respeitando todas as vocações religiosas”. (SILVA, J., 1999, p.254).

Dessa forma, são igualmente consideradas e respeitadas todas as religiões desta nação, não podendo os princípios de uma se sobrepor aos das outras, visto que não há hierarquia entre estas. Sendo assim, como basear uma decisão de tamanha importância, como é o caso da antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos,

⁵ Site portugues.iwhc.org

fundamentando-se em aspectos religiosos se, sendo um Estado laico, existem diversas religiões, cada uma com princípios próprios e distintos?

De fato, as opiniões a esse respeito em muito divergem. Para a igreja católica, o aborto é crime, não importa a causa que o acarrete; segundo esta, não tem a mulher o poder de decidir a hora em que seu filho vai morrer, ainda que certa e iminente seja a morte do mesmo. Já a igreja protestante, por sua vez, apresenta uma postura menos rígida, admitindo sem reservas o aborto terapêutico e, tratando-se de anencefalia do feto, tem apoiado suas servas, aceitando a decisão que melhor lhes conforte. No que concerne à religião judaica, outrossim, seu posicionamento é ainda mais flexível, vez que para esta o feto só é ser humano quando nasce, não constituindo o aborto, portanto, qualquer tipo de pecado. (SCHOR; ALVARENGA, 2006).

De ver-se que, estando ciente dos diferentes posicionamentos acerca da interrupção da gestação de feto anencéfalo, não pode o Direito ater-se à questão meramente religiosa, devendo, portanto, analisar os aspectos sociais intimamente relacionados com o tema, principalmente no que diz respeito à desigualdade entre as classes, pois ao passo em que a classe baixa sofre o constrangimento e a dor da espera pela autorização do aborto, é sabido que nas altas classes, embora ilegal, tal procedimento é de imediato realizado, visto que podem pagar por um ambiente higiênico, sigiloso, e com certa segurança do ponto de vista tecnológico. (Palácios apud Gamboa, 2005).

No mesmo sentido, preleciona Pinotti (2006):

A situação atual se reveste não só de perversidade mas também de hipocrisia, pois neste país pratica-se cerca de 1,5 milhões de abortos ilegais ao ano, que variam em conforto e segurança segundo os recursos despendidos, de tal modo que as gestantes que forem bem aquinhoadas economicamente poderão ter sua gravidez interrompida, se assim o desejarem. Obrigar-se-á, entretanto, as mulheres pobres a levarem a gestação com anencéfalo adiante, mesmo que não o desejem, e com todas as conseqüências perversas já assinaladas.

Diante desse panorama, pode-se inferir que a gestação de feto anencéfalo suscita ainda muita polêmica na hodiernidade, seja no campo político, moral, religioso ou social. Todavia, mais do que discussões sem fundamento, tem-se extremamente necessária uma maior dedicação do legislador no que concerne a essa questão, o que vale dizer conceder às gestantes, em se tratando da dolorosa decisão de interromper ou manter a gravidez, o devido e merecido amparo legal.

CAPÍTULO 3 LEGALIZAÇÃO DO ABORTO X FETOS ANENCEFÁLICOS

Conforme se pôde observar na análise do capítulo anterior, a gravidez de feto anencéfalo tem sido objeto de inúmeras discussões do ponto de vista jurídico, principalmente no sentido de oferecer à mulher o direito de escolher, diante da trágica fatalidade que a cerca, a alternativa que melhor a conforte, tendo em vista suas crenças, convicções e, principalmente, seu preparo emocional.

④ O deferimento da autorização terapêutica do parto, bem como o posicionamento favorável, tanto doutrinário como jurisprudencial, têm sido importantes elementos na busca pela legalização do aborto neste tipo de gestação, estando, inclusive, em consonância com o anteprojeto de reforma do Código Penal, que prevê, expressamente, a licitude do referido procedimento.

De ver-se que tal descriminalização não se restringe, tão-somente, à obtenção da segurança jurídica e do princípio da equidade; acarreta ainda no respeito à livre decisão e à dignidade da pessoa humana, tão essenciais à condição de cidadão defendida pela atual Constituição Federal.

3.1 Aborto X livre arbítrio

Sem sombra de dúvidas, muito se cogita na hodiernidade acerca do direito, ou não, da mulher decidir sobre seu próprio corpo, máxime em se tratando de situações especiais, como é o caso da anencefalia do feto.

Ressalte-se que, embora possa apresentar alguma semelhança, não se refere o tema à legalização do aborto eugênico *lato sensu*, tratado no primeiro capítulo desta obra, mas de um caso específico de anomalia fetal, irreversível e letal em 100% dos casos.

Para a corrente manifestamente contrária à interrupção da gravidez, mesmo nestes casos, o principal argumento utilizado é a defesa do direito à vida, tutelado pela Constituição Federal, em seu art. 5º, *caput*, pelo que tem o feto a garantia do seu direito de viver, ainda que o útero da mãe funcione tão-somente como uma Unidade de Terapia Intensiva (UTI) que, uma vez desligada, lhe sobrevirá a morte.

De fato, o direito à vida deve ser penalmente protegido de qualquer violação humana, pois que dele decorrem todos os demais direitos fundamentais. Todavia, tal não pode ser compreendido *strictu sensu*, devendo estar aí envolvidos outros direitos, conforme salientam Gaiotti; 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.

Dessa forma, pode-se inferir que, em caso de feto portador de anencefalia, o direito à vida deve ser apreciado de forma mais restrita, haja vista que, conforme já observado (item 2.1), mesmo se chegarem a nascer com vida, não terão qualquer “vitalidade”, pois não apresentam emotividade, sensibilidade ou consciência, possuindo apenas funções meramente vegetativas.

Nesse sentido, pode-se indagar: é o feto anencéfalo detentor de vida, ou é, como muitos o consideram, um natimorto? Não obstante seja a resposta positiva ou negativa, deve-se ressaltar que, se há vida, esta não pode ser gozada pelo ente acometido dessa enfermidade, vez que não sente, não pensa, nem tem sequer forma humana assim definida.

Corroborando esse entendimento, dispõe Vieira (2004, p.33): “de que adianta viver, se não pode sentir-se viva?”.

Ademais, conforme delineado no capítulo anterior, a gestação de feto anencéfalo provoca sérias perturbações de ordem psíquica na mulher, podendo chegar, inclusive, ao quadro da “morte psicológica”, em razão do trauma emocional por ela enfrentado ao saber gerar um filho que não viverá.

Sendo assim, deve a gestante, ao enfrentar um drama de tal complexidade, encontrar-se plenamente à vontade para escolher qual a melhor solução a seguir, sem limitações de ordem legal ou quaisquer outras que possam interferir em sua decisão.

Com efeito, pois que a mulher que gera um feto anencefálico, ciente de sua potencial inviabilidade, vive dia após dia a angústia da malformação, afinal, “‘desfazer os sonhos’ e derrubar o castelo que estava sendo construído são situações difíceis, encruzilhadas perigosas” (ANDALRAFT NETO, 2006), e por isso mesmo deve esta encontrar-se autorizada para exercer o seu “livre arbítrio”, conforme suas convicções.

Nessa linha de pensamento, prelecionam Gaiotti; Shinzato (2004):

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. (sic).

De ver-se que não consiste a legalização do aborto em casos de fetos anencéfalos numa obrigatoriedade, ou mesmo em qualquer tipo de “apologia” a tal prática; outrossim, implica na obtenção do livre arbítrio da mulher que terá, não obstante o problema enfrentado, ao menos a possibilidade de decidir que rumo deve tomar.

Resta claro que, ao exercer tal direito, nem sempre opta a gestante pela interrupção da gravidez, “seja simplesmente porque deseja, ou em função de suas convicções religiosas que não a permitem abortar” (Palácios apud Gamboa, 2005), sendo de igual modo respeitada a sua decisão, mantendo a gestação até seu término natural.

Entretanto, a maior importância da asseguaração do “direito de escolha” diz respeito às mulheres que não se encontram psicologicamente convictas a levarem à frente tal situação. Nesse sentido, dispõe Melaré (2006):

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.

Com efeito, nem todas as mães são capazes de suportar ver o filho que acalentaram em seu ventre durante nove meses nascer assim:



Fonte: <http://images.google.com.br/imgres>

Ou, pior ainda, se manifestar, além das deformações próprias, inerentes à anencefalia, outras derivadas de enfermidades que, geralmente, se associam a esta, gerando um ente que, pode-se inferir, não apresenta qualquer forma humana, como estes:



Fonte: <http://images.google.com.br>



Fonte: <http://images.google.com.br>

É, sem dúvida, uma realidade cruel, mas que, infelizmente, acontece com alguma frequência nos dias atuais. Conforme salienta Vieira (2004, p.32):

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.

Vale salientar que, embora comumente se diga pertencer ao casal o direito de escolher entre a manutenção ou a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, na realidade tal não se aplica, vez que o livre arbítrio deve ser exercido pela mulher, apesar de geralmente levar em consideração a opinião do parceiro.

Na verdade, o ideal numa situação tão complexa e de tamanho sofrimento, é que o casal esteja unido, compartilhando da mesma opinião. Todavia, havendo divergências no que diz respeito a essa questão, deve-se entender possuir a mulher maior legitimidade para decidir sobre seu próprio corpo, afinal é ela quem passa pelas transformações oriundas da gravidez, tanto físicas quanto psíquicas, e que a tornam mais vulnerável e propensa a perturbações psicológicas.

Compartilhando desse entendimento, ressalta Melaré (2006):

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.(sic).

Não obstante, vale ainda ressaltar que, no que pertine à legalidade do livre arbítrio nos casos de anencefalia fetal, esta encontra embasamento na própria legislação penal em vigor, que admite o aborto sentimental.

Com efeito, pois que o art. 128, inciso II, do referido diploma legal, conforme já visto (item 1.2.5), considera lícita a interrupção da gestação feita por médico, se esta é proveniente de estupro ou, analogicamente, de atentado violento ao pudor, considerando-se as perdas psicológicas que poderiam se insurgir ao levar a gestante adiante uma gravidez resultante de violência sexual.

Não se questiona tal posicionamento legal, pois que justo e necessário. Porém, o que se indaga é: se a própria lei penal permite o aborto em casos em que, embora resultantes de violência, tenham como objeto um feto perfeito e viável, por que negar a mesma prerrogativa a mulheres que geram produtos potencialmente inviáveis?

Para Melaré (2006): “se a legislação brasileira já aceita o aborto de feto com potencialidade de vida, deve permitir os procedimentos médicos para a interrupção das gestações de fetos inviáveis”.

No mesmo sentido, dispõe Gomes apud (Nogueira, 2006):

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 há justificativa plausível para tal tratamento diferenciado, até porque em ambos os casos o que se pretende proteger, de forma mediata ou imediata, é a saúde psíquica da gestante, que deve ser preservada mediante o direito à livre decisão.

Ademais, consoante já salientado, em virtude dos avanços tecnológicos da psicologia, não se faz distinção entre a morte física e a psicológica, esta podendo acontecer mediante a ocorrência de traumas irreversíveis.

Sendo assim, deve a Lei Penal, de igual modo, equipará-las, pois se esta permite o aborto em casos onde existe o perigo de vida para a gestante (aborto terapêutico), deve também permiti-lo diante da possibilidade da morte psíquica, deixando ao livre arbítrio da mãe a continuidade da gravidez.

3.2 Posicionamento jurídico atual

Conforme vislumbrado no primeiro capítulo desta pesquisa, a atual legislação penal somente admite duas espécies de aborto, quais sejam: o terapêutico e o sentimental, sendo quaisquer outras consideradas criminosas.

Ⓜ Todavia, segundo Teles (2004), existe um anteprojeto de reforma do Código Penal, dos anos de 1997/1999, que tem por um de seus objetos a criação de uma nova justificativa legal, que seria denominada “aborto por indicação embriopática ou fetopática”. Dessa forma, assim estaria organizado o art. 128 do CP, conforme Anteprojeto de Lei apud (Teles, 2004, p.187):

Art. 128: Não constitui crime o 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.

Ⓜ Não obstante, tramita hoje na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4834/2005 (anexo A), que também tem por finalidade reformar o Código Penal, mais especificamente visando acrescentar ao art. 128 do referido diploma legal, um inciso que assim estaria disposto: “III – se o feto é portador de anencefalia, comprovada por laudos independentes de dois médicos”. Para este, a interrupção da gestação deve ser legalizada por representar graves riscos para a saúde da mulher, físicos e psíquicos, em razão de um fruto inviável.

Note-se que tal Projeto de Lei é algo mais específico que o mencionado anteprojeto, pois refere-se, exclusivamente, à anencefalia, ao passo em que o anterior abarcava todas as anomalias capazes de tornar o feto inviável.

Não obstante, para Teles (2004, p.187), a reforma do código é essencial, haja vista que “[...] não se trata de buscar a formação de seres perfeitos, de uma raça superior, mas tão-somente de facultar à mãe impedir o nascimento de um ser mal-formado, que não terá [...] nenhuma vida, por sua indiscutível inviabilidade”.

Ressalte-se, porém, que não tem tal modificação nenhum cunho de obrigatoriedade para a gestante na realização do aborto, mas tão-somente de excludente da ilicitude de sua prática, caso assim o deseje. Compartilhando desse entendimento, preleciona Cernicchiaro (2004): “O anteprojeto não impõe a interrupção da gravidez. Todavia, e aqui está a

finalidade do propósito, exclui a criminalidade de que, em tais circunstâncias, não aguardar (atendidas as cautelas impostas) o final da gestação”.(sic).

De ver-se que são apenas projetos, não constituindo, até o momento, o almejado amparo legal. Entretanto, muito se tem discutido acerca da legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos e, em consequência destes questionamentos, têm surgido, ainda em pequeno número, posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca da matéria, que vêm a servir de base para, quem sabe, futuras manifestações a esse respeito.

3.2.1 Entendimento doutrinário e jurisprudencial

No que tange ao entendimento da doutrina, tem-se, inicialmente, a posição de Capez (2004, p.124), que entende constituir o aborto neste tipo de gravidez um fato que, apesar de típico, é não-culpável, haja vista a impossibilidade de sobrevivência do feto. E assim dispõe:

Tecnicamente considerado, o aborto eugenésico dirá com a excludente da culpabilidade de conduta diversa, tanto por parte da gestante, considerando o dano psicológico a ela causado, em razão de uma gravidez cujo feto sabidamente não sobreviverá, como por parte do médico, que não pode ser compelido a prolongar o sofrimento da mulher.

Para outros doutrinadores, todavia, deve-se estender o rol de descriminalização do aborto, e não somente aos casos de anencefalia, mas a todos aqueles em que seja o feto portador de má formação congênita incurável.

Nesse sentido, preleciona Teles (2004, p.188):

Impor a uma mulher, a continuidade da gravidez da qual resultará um ser condenado à morte logo ao nascer [...] é injusto e desumano. O direito não pode conviver com a idéia de autoflagelação ou de purificação pelo sofrimento.

No que se refere ao posicionamento dos nossos tribunais, por sua vez, estes têm tratado o tema de maneira distinta, ora concedendo, ora proibindo a prática da antecipação terapêutica do parto.

Nesse diapasão, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a saber:

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.[...].

Em sentido contrário, favorável à interrupção da gravidez, decide o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que dispõe:

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 ainda o mesmo tribunal, decidindo 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 [...]. 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 1, do Código Penal. DECISÃO UNÂNIME. (12 FLS) (Apelação Crime Nº 70005037072, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator José Antônio Hirt Preiss, Julgado em 12/09/2002).

De igual modo, também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro é favorável à antecipação terapêutica do parto, tratando-se de fetos anencefálicos, dispondo:

HABEAS CORPUS
ANENCEFALIA

ABORTO
ALVARA DE AUTORIZACAO

"Habeas Corpus". **Anencefalia**. Alvara' de autorizacao para intervencao cirurgica. Presenca do "fumus boni iuris" e do "periculum in mora". Feto portador de **anencefalia**, observada a presenca de diversas anomalias. A Comissao de Etica Medica do Instituto Fernandes Figueira, vinculado `a Fundacao Oswaldo Cruz, emitiu parecer favoravel `a interrupcao da gravidez, por se tratar de concepto portador de graves mas formacoes no sistema nevoso central, incompativeis com a vida extra-uterina, tornando a gestacao frequentemente complicada por polidramnia, que acarreta graves consequencias `a saude da gestante. Precedentes jurisprudenciais. A intervencao se faz necessaria, justificada a realizacao da intervencao cirurgica para remocao de feto anencefalico pelo estado de necessidade, reconhecendo-se o perigo de grave dano `a pessoa, em face das consequencias morais, familiares e sociais do parto. Conduta atipica por nao atingir qualquer bem juridico penalmente tutelado. Ordem concedida. **2004.059.06681** - HABEAS CORPUS. DES. SUELY LOPES MAGALHAES - Julgamento: 27/01/2005 - OITAVA CAMARA CRIMINAL. (sic).

No que pertine ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), este deparou-se, pela primeira vez, com o tema, quando do julgamento do pedido de *habeas corpus* (HC 84025), impetrado contra decisao do STJ que impediu a interrupcao da gravidez de feto anenceflico. Nesta ocasio, julgou a Suprema Corte tal pedido prejudicado por falta de objeto, visto que a crianca anencefala ja havia nascido, e morrido, tendo vivido por apenas sete minutos.

Para o relator da decisao, o poder judiciario perdeu a grande oportunidade de dar a sociedade a resposta almejada no prazo esperado. E assim dispoe, Mello apud (Nogueira, 2006), dizendo lamentar:

Que o desfecho tragico, por em previsivel, do drama que envolveu uma jovem gestante, tenha impedido que esta pudesse, com o amparo do poder Judiciario, superar um estado de insuportavel pressao psicologica e de desnecessario sofrimento resultante do conhecimento de trazer em seu ventre alguem destituído de qualquer viabilidade, sem possibilidade de sobrevivencia apos o parto.

Todavia, cerca de quatro meses depois, chega ao STF a Arguicao de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n° 54, proposta pela Confederao Nacional dos Trabalhadores na Saude (CNTS), na qual o ministro Marco Aurelio concedeu liminar autorizando a antecipacao do parto, baseando-se, principalmente, nos principios da

autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, bem como nos riscos à saúde provenientes da manutenção da gravidez (anexo B).

Neste sentido, ressalta Aurélio apud (Nogueira, 2006):

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-a-dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.

Não obstante, passados três meses desta decisão, novamente se reuniu a Alta Corte para discutir o assunto, momento em que foi cassada a referida liminar, com efeitos *ex nunc*, tendo porém sido mantida a suspensão de processos e decisões não transitadas em julgado, que tenham relação com o caso. (NOGUEIRA, 2006).

Dessa forma, pode-se inferir que, jurisprudencialmente, a questão da anencefalia tem sido tratada de forma polêmica, sendo avaliada caso a caso e, o que é pior, com divergentes entendimentos. O STF ainda não decidiu o mérito da questão, mas espera-se que venha a proferi-la o quanto antes, haja vista a urgência da matéria, que põe em risco a ocorrência de danos irreparáveis, expondo a sociedade aos temores da insegurança jurídica e, por vezes, da própria injustiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise hipotética da legalização do aborto em casos de fetos anencefálicos, procurou-se evidenciar aspectos jurídicos acerca da interrupção da gravidez quando o produto da concepção é potencialmente inviável, como é o caso dos portadores de anencefalia.

No início da pesquisa, tratou-se do aborto, enfocando seu contexto histórico, bem como sua aplicabilidade na Legislação Penal atual. Nesse momento, pôde-se constatar que, a despeito de tipificar como crime a conduta da interrupção da gestação, mediante suas figuras típicas, o próprio diploma legal admite exceções, que consistem em causas excludentes da ilicitude, tanto da gestante, quanto do terceiro provocador da prática abortiva.

Sendo assim, pode-se, desde já, inferir, que o direito à vida do feto, para o presente Código Penal, nem sempre se encontra na escala da inviolabilidade, podendo ser preterido, desde que existentes outros direitos que, embora equiparados, gozam de certa preferência conferida pelo legislador em relação àquele, como, por exemplo, a vida da gestante ou sua liberdade sexual.

No decorrer do trabalho, abordou-se ainda a anencefalia como anomalia incurável que é, suas características, conseqüências, bem assim sua irreversibilidade. Também se observou os efeitos advindos de uma gestação em que feto é portador de tal anomalia, principalmente no que diz respeito à saúde da gestante, física e psíquica.

Embora discutível, não restam dúvidas de que tal gestação, não raro, acarreta danos de ordem física, ocasionados pela hipertensão e pelo hidrânio, podendo gerar, por muitas vezes, perigo de vida para as gestantes, principalmente se estas já tinham predisposição, como as que sofrem de eclampsia.

Todavia, não há o que se discutir, e nem os maiores anti-abortistas ousaram contrariar, a completa perturbação psíquica sofrida pela gestante ao saber gerar um feto anencefálico. De fato, nenhuma mulher é capaz de mostrar-se emocionalmente ileso ao se deparar com fatal diagnóstico. Não é à toa que se tem considerado esse drama a uma situação análoga à tortura, e assim o será se, além do abalo e da depressão de preparar-se para gerar a morte, e não a vida, tiver que esperar os nove meses da gestação para, só então, ver seu filho nascer deformado, e logo após, vê-lo morrer, pois que geralmente só vive por poucos minutos.

Sem dúvidas, não pode a sociedade sofrer tamanha injustiça em razão da omissão do legislador, que muito se preocupou em preservar a saúde física da mulher, em detrimento de sua saúde psíquica, mesmo porque, na atualidade, são ambas equiparadas em seu grau de importância, pelo que se vem até admitindo a morte psicológica, causada por traumas irreversíveis que bloqueiam a mente do indivíduo.

Ademais, no tocante à permissão concedida aos casos de gravidez resultante de estupro, tem-se como objetividade jurídica não só a liberdade sexual, como também a questão psíquica da mãe em trazer em seu ventre um ser advindo de violência. Ora, se a lei se preocupa tanto em preservar a saúde psicológica da mulher, mesmo em se tratando de fetos totalmente perfeitos e viáveis, por que não se utiliza do mesmo argumento nos casos de gestação de anencefálicos, em que a inviabilidade da vida extra-uterina é seguramente comprovada logo no início da gestação?

Abordou-se ainda a possibilidade da consecução de autorizações para a realização da antecipação do parto nestes casos de gravidez, pois, do ponto de vista médico, é a única solução eficaz ao problema, haja vista a irreversibilidade da anomalia. Nesse sentido, pode-se indagar: não seria um eufemismo desmedido tal denominação da conduta médica, vez que, em suma, constitui um aborto provocado, apesar de autorizado?

Deva-se entender pela negativa, pois, apesar de interromper a gravidez, o que configura provocação de aborto, nos casos de anencefalia fetal esta constitui a única indicação médica, vez que esgotadas todas as possibilidades de sobrevivência do feto. Ademais, existem alguns entendimentos, jurídicos por sinal, no sentido de que nem aborto seria, tecnicamente, visto que, pela total inviabilidade, é considerado natimorto, pois, quando chega a nascer com vida, não apresenta qualquer vitalidade, não sente, não tem consciência, não tem emoções, ou seja, pode-se inferir, não apresenta vida em seu sentido mais abrangente. Seria, pois, um crime impossível.

Tratou-se ainda das questões jurídico-sociais acerca do tema, enfocando o posicionamento da igreja acerca da descriminalização da conduta abortiva nesses casos. Nesse tópico, percebeu-se as distintas opiniões existentes, a depender da religião, sendo a igreja católica a mais rígida, constituindo verdadeiro obstáculo à concessão de autorizações para interrupção de gestação, mesmo que de feto inviável. Todavia, não se pode entender ser esse um argumento plausível à não legalização do aborto de anencefálicos, pois, sendo o Brasil um Estado laico, não se pode basear os ditames jurídicos em preceitos meramente religiosos, haja vista a existência de inúmeras religiões, cada uma com princípios próprios.

Dessa forma, observou-se, considerando-se a polêmica inerente ao tema, não se ter, social ou juridicamente, uma posição definida a respeito de sua efetiva legalidade ou abuso. Todavia, de ver-se que, uma vez diagnosticada com segurança e máxima certeza a existência da anomalia, deve-se, a nosso entender, conceder à gestante total liberdade para decidir sobre seu próprio corpo, pois, somente ela pode conhecer o seu limite psíquico, diante da enfermidade acometida ao feto que carrega consigo, sopesando os prós e os contras para, só então, emitir um juízo de valor.

Por outras palavras, deve o legislador observar os projetos de lei analisados nesta pesquisa, de modo a inserir no rol permissivo do art. 128 mais um inciso, referente aos casos de gravidez de fetos inviáveis, entre eles os anencefálicos, pois, dessa forma, estará concedendo à mulher, diante da trágica situação em que se encontra, o direito de exercer o seu livre arbítrio, decidindo ela mesma pela continuidade, ou interrupção da gravidez, e neste caso, será sua conduta acobertada por causa excludente da ilicitude, não configurando, portanto, nenhum crime.

No tocante ao posicionamento dos Tribunais, estes não apresentam ainda uma opinião uniforme, variando caso a caso, mas, pode-se inferir, há uma tendência à descriminalização, inclusive por parte do STF que, não obstante a cassação da liminar do Ministro Marco Aurélio, decidiu pela continuidade do processo, interrompendo os pendentes até ulterior decisão de mérito, que deve ser proferida em breve.

Resta clara a contribuição da pesquisa para a sociedade como um todo, haja vista a complexidade do tema abordado. Mulheres estão sofrendo, e está mais do que na hora de acordarmos para uma nova situação, não prevista na legislação penal mas, infelizmente, presente na realidade.

Por fim, pôde-se concluir que o aborto em anencefálicos ainda suscita muita discussão na hodiernidade; entretanto, deve-se conceder à gestante o direito à livre decisão, observando-se os princípios da autonomia da vontade e da dignidade da pessoa humana, pois essa é a medida da maior justiça.

REFERÊNCIAS

- ANDALAFI NETO, Jorge. Anencefalia: posição da FEBRASGO. Disponível em: <http://www.febrasgo.org.br/anencefalia1.htm>. Acesso em: 10 abr. 2006.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 4834/2005. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoes>. Acesso em: 31 mai. 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus nº 03/02198-40-5. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jap?livre=aborto+e+anencefalia&&b=ACOR8P=true&t=&L=&J=10&J=1>. Acesso em: 28 mai. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Despacho. Disponível em: <http://www.gemini.stf.gov.br/cgi-bin/nph-bis?d=ACPF&s1=+aborto+e+anencefalia&u=http://www.stf.gov.br/processos/adi/default.asp>. Acesso em: 31 mai. 2006.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 84025-6. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp>. Acesso em: 28 mai. 2006.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. Disponível em: <http://www.tj.rj.gov.br/>. Acesso em: 04 jun. 2006.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Mandado de Segurança. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 28 mai. 2006.
- BRASIL. _____. Apelação. Disponível em: http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php. Acesso em: 28 mai. 2006.
- BRASIL. *Vade Mecum Saraiva*. Colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- _____. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Interrupção da gravidez e o anteprojeto de reforma do código penal. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII – nº 174, 15 de abril, 2004.
- DE JESUS, Damásio Evangelista. *Direito penal: parte especial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- 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: 03 abr. 2006.
- FORMENTI, Lígia. CNS apóia aborto para anencéfalo. Disponível em: <http://clipping.planejamento.gov.br/noticia.asp?NOTCOD=182551>. Acesso em: 10 abr. 2006.

GAIOTTI, Thais Tech; SHINZATO Simone. Visão jurídica a respeito do aborto de fetos portadores de anencefalia. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/X/17/73/1773/>. Acesso em: 31 mar. 2006.

GAMBOA, Taisa. Meu filho não tem juízo. Disponível em:

http://www.olharvital.ufrj.br/ant/2005_07_28_faceseinterfaces.htm. Acesso em: 11 abr. 2006.

MELARÉ, Márcia Regina Machado. Livre arbítrio: a mulher deve decidir sobre aborto de feto sem cérebro. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/32456,1>. Acesso em: 03 abr. 2006.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*. 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.institutofernandocapez.com.br/artigo_sandro_04.asp. Acesso em: 10 abr. 2006.

PINOTTI, José Aristodemo. Anencefalia: opinião. Disponível em:

<http://www.febrasgo.org/anencefalia2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2006.

PONTES, Manuel Sabino. A anencefalia e o crime de aborto: atipicidade por ausência de lesividade. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/Doutrina.htm>. Acesso em: 03 abr. 2006.

RAMOS, Luiz de Carvalho. Anencefalia – um decisum polêmico. Disponível em:

<http://www.direitonet.com.br/artigos/X/19/21/1921/>. Acesso em: 03 abr. 2006.

SCHOR, Néia; ALVARENGA, Augusta T. O aborto: um resgate histórico e outros dados. Disponível em: <http://www.fsp.usp.br/SCHOR.htm>. Acesso em: 31 mar. 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 1999.

TELES, Ney Moura. *Direito penal: parte especial*. 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, 2004.

VINHAS, Wagner. O aborto na história. Disponível em:

<http://www.midiaindependente.org/eo/blue/2005/10/332888.shtml>. Acesso em: 31 mar. 2006.

WAMBIER, Teresa Arruda. A defesa da vida do nascituro condenado à morte. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII – nº 174, 15 de abril, 2004.

A guerra dos embriões. Disponível em:

<http://portugues.iwhc.org/bibliotecavirtual/guerradosembrioes.cfm>. Acesso em: 03 abr. 2006.

Aborto: feto com má formação congênita – anencefalia. In: *Revista Jurídica Consulex*, ano VIII - n.º 174, 15 de abril, 2004.

Fotos dos bebês com anencefalia. Disponível em: <http://www.anencephalie-info.org/p/fotografias.htm>. Acesso em: 05 jun. 2006.

Saiba mais sobre a anencefalia. Disponível em: <http://www.1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u96383.shtml>. Acesso em: 03 abr. 2006.

Disponível em: <http://aborto.com.br/historia/ha2.2htm>. Acesso em: 03 abr. 2006.

Disponível em: <http://images.google.com.br/imgres?imgurl=http://escuelamed.puc.cl/paginas/cursos/tercer o/patologia/fotos242-248/244.jpg>. Acesso em: 05 jun. 2006.

GLOSSÁRIO

ALFETOPROTEÍNA: É uma proteína liberada pelo feto, através da urina, no líquido amniótico. A AFP entra na corrente sanguínea da mãe pela placenta, podendo ser a partir daí, medida. Quanto maior a taxa de AFP, maiores são as chances da ocorrência da anencefalia.

CALOTA CRANIANA: Também chamada calvária, é formada pelos ossos temporais, frontais e parietais, onde se encontra a parte cerebral do Sistema Nervoso Central.

CÉREBRO: Constitui a parte mais importante do sistema nervoso central; localiza-se na caixa ou calota craniana, ocupando-a quase totalmente. Tem forma ovóide, dividido em duas partes simétricas chamadas hemisférios. Para cada parte do corpo, corresponde uma área sensitiva e uma motora: estimulando-se com elétrodo uma dessas áreas, obtém-se uma sensação ou provoca-se um movimento.

CÉREBRO-TRONCO: Muito conhecido por “tronco encefálico”, compreende o mesencéfalo, a ponte e a medula oblonga. Junto com a medula espinhal, controla muitas das funções inconscientes do corpo, tais como o batimento cardíaco, e coordena a maior parte dos movimentos voluntários.

DIENCÉFALO: Região intermediária do encéfalo, situada abaixo dos hemisférios cerebrais.

ENCÉFALO: Parte do sistema nervoso central localizado na caixa craniana. É formado pelo cérebro, pelo cerebelo e pela porção mais alta do bulbo.

ETIOLOGIA: Ramo da medicina que estuda as causas que provocam o aparecimento dos processos patológicos.

HEMISFÉRIO CEREBRAIS: São as subseções a que se divide o cérebro, ligadas entre si por uma ponte de substância branca (corpo caloso).

HIDRÂMNIÓ: Aumento do líquido contido na cavidade amniótica, mais frequentemente observado nos casos de nefrite, diabete, gravidez dupla ou anencefalia do feto.

HIPOTÁLAMO: Parte inferior do diencéfalo, situada abaixo do tálamo.

LÍQUIDO AMNIÓTICO: É o líquido que se encontra dentro da bolsa amniótica e circunda todo o feto.

MASSA ENCEFÁLICA: É a massa do cérebro, formada pelos neurônios. Compreende a massa branca e a massa cinzenta.

MEDULA OBLONGA: Parte do cérebro que fica abaixo da ponte de Varoli.

MESENCÉFALO: Parte do cérebro situada entre o diencéfalo em cima e a ponte e o cerebelo embaixo. Compreende os pedúnculos cerebrais e a lâmina tectal, da qual saem os colículos inferiores e superiores. No mesencéfalo localizam-se os núcleos de origem do

terceiro e do quarto par de nervos cranianos, o núcleo mesencefálico do nervo trigêmeo e o núcleo rubro.

SEGMENTO CEFÁLICO FETAL: É a parte do cérebro compreendida pelos hemisférios, cerebelo e bulbo.

TÁLAMO: Constitui-se de dois núcleos volumosos de substância cinzenta, presentes no diencéfalo, situados de cada lado do terceiro ventrículo e unidos entre si por comissuras.

TELENCÉFALO: Parte do encéfalo que compreende os hemisférios cerebrais e o cérebro.

TUBO NEURAL: Sistema nervoso do embrião. Forma-se pela fusão das células da placa neural, que dobram sobre si mesmas. Mais tarde, este tubo evolui, tornando-se a coluna vertebral. Depois de muitas transformações, seu pólo superior constitui o cérebro.

PROJETO DE LEI Nº, DE 2004 (sic)
(Da Sra. Luciana Genro e 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 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.2º Esta lei entra em vigor na data da sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Tradicionalmente tratadas como cidadãs de segunda classe, as mulheres enfrentam situação de injustiça e de discriminação em nossa sociedade, comprovada em fatos como: preconceitos, salários menores, jornadas sucessivas de trabalho, menores índices de escolaridade, agressões e violências, discriminação profissional, assédio direto e indireto, responsabilidade pelo sustento de famílias, altas taxas de mortalidade materna, abuso sexual na infância/adolescência e grande carga de trabalho doméstico não reconhecido pelo sistema previdenciário. Delas se espera, ainda, que estejam sempre sexualmente disponíveis, não transmitam doenças, não engravidem com muita freqüência, que alimentem, eduquem e limpem as crianças, as roupas e a casa.

Para um grande número de mulheres, a gestação, o parto e o puerpério ainda estão cercados por muitos riscos. Esta realidade ainda inclui o grande estresse e o drama pessoal da gravidez indesejada, o risco físico dos abortos clandestinos, das suas complicações, mutilação e morte. A taxa de mortalidade materna, no Brasil, por exemplo, ultrapassa muito o que poderia ser considerado razoável.

Estas são apenas ilustrações de como o processo de discriminação contra a mulher ainda continua com muita força, sem que a sociedade, muitas vezes, se dê conta de sua extensão e gravidade.

Hoje, entretanto, estamos agravando ainda mais a carga já insuportável da grande maioria das mulheres brasileiras ao impedir a interrupção da gravidez quando o feto, comprovadamente, padece de anencefalia, ou seja, não possui o cérebro desenvolvido.

A anencefalia é uma anomalia congênita do sistema nervoso central resultante da falha de fechamento do tubo neural entre o 23º e o 26º dia de gestação, incapacitando o concepto para a vida extra-uterina. Pela anomalia do cerebelo, não há controle de temperatura corpórea e da frequência respiratória, o que torna impossível a sobrevivência dessas crianças (Hunter, 1983).

Nos EUA a incidência de anencefalia é 1:1000 nascimentos. Na Irlanda e Países de Gales, 5 a 7:1000 nascimentos. Na França e no Japão, 0,1 a 0,6:1000 nascimentos. No Brasil, 1:1.600 (Gorlin et al., 2001; Ogata et al., 1992; Rotta et al., 1989).

Na maioria dos casos a anencefalia é do sexo feminino e de etiologia multifatorial decorrente da interação entre fatores genéticos e ambientais. Os fatores ambientais envolvidos estão relacionados à exposição materna no primeiro trimestre de gestação a produtos químicos (solventes orgânicos, etc), irradiações, ruptura da membrana amniótica (brida amniótica), hipertemia materna, diabetes materno, deficiência materna de ácido fólico, alcoolismo, tabagismo, fármacos como antidepressivos tricíclicos, antiácidos, antidiarréicos, corticoesteróides, analgésicos, antieméticos, antibióticos, antiparasitários e antigripais (Ogata et al., 1992; Mutchinick et al., 1990; Sanford et al., 1992). A incidência de malformações do concepto em mães diabéticas é de 6 a 16 vezes maior do que na população geral.

Hoje em dia o diagnóstico pré-natal dos casos de anencefalia tornou-se simples. Não é necessária a realização de exames invasivos, apesar dos níveis de alfa-fetoproteína aumentados no líquido amniótico obtido por amniocentese ser método de diagnóstico mais citado (Cohen & Zapata, 1985).

O reconhecimento de concepto com anencefalia é imediato. O crânio está ausente ou bastante hipoplásico. Não há ossos frontal, parietal e occipital. A face é delimitada pela borda superior das órbitas que contém globos oculares salientes. A abóboda craniana é substituída por massa mole de coloração violácea e aspecto angiomatoso. O cérebro encontra-se exposto e o tronco cerebral é deformado. Os nervos cranianos são hipoplásicos. A hipófise está ausente ou vestigial, com neuro-hipófise hipoplásica. O hipotálamo está ausente na maioria dos casos, assim como as conexões entre adeno-hipófise e o sistema nervoso central (Ogata et al., 1992).

A confirmação diagnóstica é realizada pelo ultra-som, no qual não é visualizado o contorno ósseo da calota craniana do concepto. Esse diagnóstico pode ser realizado hoje a partir de 12 semanas de gestação (Brimdage, 2002; Ross & Elias, 1997).

No que diz respeito a prática da interrupção de gestação com fetos anencéfalos a Organização Mundial da Saúde publicou tabela que mostra os percentuais em que ocorrem em diferentes regiões e países do mundo. Nela, pode-se verificar a alta incidência do aborto induzido na prática de atendimentos desses casos.

Em países como a França, Suíça, Bélgica, Áustria, Israel e Rússia, a interrupção da gravidez ocorre quase sempre em 100% dos casos. Mesmo em países com extensa tradição católica, como Itália e Espanha, a interrupção da gravidez com fetos anencéfalos é realizada na imensa maioria dos casos: de 80% a 85%. No Reino Unido, Alemanha e Finlândia, as taxas aproximam-se a 90%.

Entendemos que, ao se diagnosticar um feto anencéfalo, deverá ser permitido ao casal decidir, de uma maneira totalmente informada e livre, sobre a interrupção ou o seguimento da gravidez. Essa opinião baseia-se nos seguintes fatos:

a) não há nenhuma possibilidade de sobrevivência prolongada para esse tipo de patologia;

b) a gravidez com anencéfalo traz à mãe maior probabilidade de doença hipertensiva específica da gravidez e polidramnio, além de causar, com grande frequência, um parto distócico pela própria condição de anencefalia;

c) com a metodologia propedêutica mais moderna, o diagnóstico da anencefalia pode ser realizado com total segurança, devendo ser obrigatória, antes da interrupção, uma segunda opinião de um obstetra experimentado.

Este projeto de lei tem o propósito de incluir, entre as causas que não incriminam a realização do aborto, no Código Penal, a situação da gravidez com feto anencéfalo.

Não queremos obrigar o casal à interromper a gravidez, mas apenas permitir que a decisão seja tomada por eles livremente, após todas as informações específicas do seu caso, com o cuidado de se exigir dois laudos independentes para que não paire nenhuma dúvida sobre o diagnóstico.

Evidente que, uma vez tornada lei essa possibilidade de interrupção, os serviços públicos deverão oferecê-la àqueles casais que a desejarem, cabendo aos médicos a possibilidade de alegarem objeção de consciência, mas cabendo ao serviço a obrigatoriedade do atendimento de acordo com desejo dos pais e o relatório feito pelos médicos especialistas. Tais detalhamentos, no entanto, podem ser feitos na regulamentação da lei, pelo órgão competente do Poder Executivo.

Sabemos que a questão envolve grande polêmica, por interferir com problemas sociais, religiosos, médicos e éticos. O aborto provocado, que não pode ser desvinculado do contexto da situação da mulher em nossa sociedade, é sem dúvida um dos mais complexos e controversos fenômenos sociais que a humanidade enfrenta.

Independentemente de qualquer conceito religioso, é indiscutível que o aborto provocado é uma agressão, é uma situação de violência que se faz sentir em diferentes níveis. Ninguém em sã consciência é a favor do aborto. Os médicos, formados em defesa da vida, e particularmente os ginecologistas, não podem senão abominar a própria idéia da interrupção da gravidez. Como então conciliar esta postura frente ao sofrimento e angústias de uma paciente gestante portadora de um feto anencéfalo cuja probabilidade de sobrevivência é nenhuma?

Afirmamos que equivale à prática da tortura a exigência de que a mulher gestante suporte a situação de manter o feto anencéfalo até o fim do período gravídico. Além do mais, esta gestante estará submetida a um parto complicado, de alto risco, que envolve sofrimento e um esforço desgastante e infrutífero, sem contar as despesas ao casal e/ou ao sistema de saúde.

Todos esses motivos nos levam a apresentar este Projeto de Lei para o qual solicitamos a aprovação dos colegas, Deputados desta Casa, pois temos a firme convicção de que facultar ao casal a decisão de interromper a gravidez com feto anencéfalo é a melhor alternativa.

ANEXO-B

ADPF 54 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO
FUNDAMENTAL

Relator(a)

MIN. MARCO AURÉLIO

Partes

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 54-8
PROCED.: DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. MARCO AURÉLIO
ARGTE.(S): CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES NA SAÚDE -
CNTS
ADV.(A/S): LUÍS ROBERTO BARROSO E OUTRO(A/S)

Julgamento

01/07/2004

Publicação

DJ 02/08/2004 P - 00064

Despacho

DECISÃO-LIMINAR ARGUIÇÃO 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 DA PESSOA HUMANA - SAÚDE - GRAVIDEZ - INTERRUÇÃO - FETO ANENCEFÁLICO. 1. Com a inicial de folha 2 a 25, a Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde - CNTS formalizou esta arguição 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 a qual são partes legítimas para a arguição 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 sobrevivência, 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 nº 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 7º, § 2º, da Lei nº 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 nº 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 conclusivo 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 argüição 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, entretanto, 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-a-dia, 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 sobrevivência é diminuta, não ultrapassando período que possa ser tido como razoável 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. Brasília, 1º de julho de 2004, às 13 horas. Ministro MARCO AURÉLIO Relator. (SIC).