

A DECISÃO DO STF EM FACE DA PROBLEMÁTICA DO ABORTO DO ANENCÉFALO

* WESLEY AUGUSTO DIAS RIBEIRO

Graduado em Economia pelo Instituto Cultural Nilton Paiva Ferreira.
Graduado em Administração Modalidade Comércio Exterior pela União de Negócios de Administração.
Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.
Doutorando em direito publico pela Universidad Del Musel Argentino.
Atualmente é professor titular da Faculdade de Direito de Ipatinga. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Empresarial e Sindical, atuando principalmente nos seguintes temas: contabilidade pública, direito processual civil e direito civil.

** GUSTAVO FERREIRA LANA

Graduado em Direito pela Universidade Federal de Viçosa (2003)
Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho (2007).
Atualmente é professor da Unileste (Centro Universitário do Leste de Minas Gerais) e da Faculdade de Direito de Ipatinga.
Exerceu entre 2007/2010 o cargo de Coordenador do Curso de Direito da da Faculdade Pitágoras de Administração Superior, campus Ipatinga.
É também sócio-proprietário do escritório de advocacia Lana e Valladares Sociedade de Advogados

*** CARLOS ROBERTO DE FARIA

Possui graduação em Bacharel Em Direito pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce.
Atualmente é professor da FACULDADE DE DIREITO DE IPATINGA e juiz de direito - Tribunal de Justiça.
Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito. Atualmente é professor titular da Disciplina de Prática Forense da Faculdade de Direito de Ipatinga (FADIPA).

****ROBSON SILVA DE OLIVEIRA

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ipatinga.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a problemática do aborto do feto anencéfalo, em face aos direitos e garantias fundamentais, levando-se em consideração a recente decisão do Supremo Tribunal Federal. O tema em questão tem se mostrado um dos mais controversos e polêmicos da sociedade, encontrando-se de um lado aqueles que defendem veementemente a decisão do STF e a conseqüente descriminalização do aborto em face do princípio constitucional da Dignidade da Pessoa Humana e de outro os defensores da Vida e dos Direitos do Nascituro. O Código Penal pátrio autoriza a realização do aborto em apenas duas hipóteses: em caso de estupro, com o consentimento da mãe e quando não há outro meio de salvar a vida da gestante. O aborto do anencéfalo não encontra proteção na atual legislação penal e não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade. Importante lembrar que a Constituição Federal da República garante o direito à vida de todo ser humano desde a concepção até a morte. Por outro lado, considerou a dignidade da pessoa humana um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. O assunto é de extrema importância, fato este que o levou a discussão a apreciação da Suprema Corte do País, que contrariando os inúmeros apelos do meio religioso do país, decidiu pela autorização da interrupção da gravidez, enquadrando a prática abortiva em um dos meios

de exclusão da antijuridicidade, previsto no artigo 128 Inciso I do Código Penal.

Palavras-chave: Aborto. Anencefalia. Direitos fundamentais. Conflito.

1 INTRODUÇÃO

A anencefalia é uma doença que afeta os fetos ainda em desenvolvimento. Ela faz com que esses fetos não tenham uma total formação do cérebro, fazendo com que não cheguem a nascer, nasçam mortos, ou, no máximo, durem não mais que poucas horas ou semanas.

Muitas pessoas sofrem ao saber que o fruto da concepção sofre de anencefalia, querendo fazer a retirada antecipada do feto, pois sua prolongação pode trazer, danos às gestantes, que, muitas vezes têm de suportar toda uma dura gestação, para no final, quando o bebê nascer (se chegara nascer), saber que seu filho está morto.

Assim sendo, como fica a saúde mental da mãe que tem que carregar por nove meses uma criatura no intimo de seu ser, mesmo sabendo que este está fadado a morte instantes após o nascimento, isso se este nascer? Um anencefálico não pensa, não tem sentimentos, não desenvolve, não tem vida.

O presente trabalho visa demonstrar toda a problemática que gira em torno do aborto de anencéfalos, tendo como base principalmente a pesquisa doutrinária e jurisprudencial.

Primeiramente será tratado o aborto, revelando o seu conceito, antecedentes históricos, o direito comparado, tipificação penal e as hipóteses previstas no ordenamento jurídico de aborto legal.

Posteriormente será expandida a anencefalia, tratando o seu conceito, as formas de diagnosticá-la, as maneiras de prevenção através do ácido fólico e a perspectiva de vida daqueles que sofrem com essa doença.

Será disposto sobre a possibilidade do aborto nos casos de anencefalia. Mostrar-se-á os entendimentos jurídicos e doutrinários sobre o tema, inclusive falar-se-á da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 54 e o Poder do Supremo Tribunal Federal e a decisão, que no nosso entendimento foi acertada.

Em seguida serão demonstradas as opiniões dos religiosos sobre a anencefalia e os danos físicos e psíquicos causados à mãe e aos familiares.

Enfim, será tratado o confronto entre Princípios Constitucionais, como o Direito à Vida do feto e a Dignidade da Pessoa Humana da gestante e de sua família, pontuando o Princípio da Proporcionalidade para dirimir esse conflito.

2 ABORTO

O aborto do feto anencéfalo não tem proteção na atual legislação penal. O fundamento pelo qual nosso Código não abriga a possibilidade de exclusão da antijuridicidade nas hipóteses do feto anencéfalo deriva simplesmente da época de sua edição, quando as ciências biomédicas ainda não eram avançadas o suficiente a ponto de oferecer um diagnóstico seguro sobre a inviabilidade do feto portador da anencefalia.

Para embasar tal tese, basta se reportar aos comentários dos tratadistas da época quando cuidavam da questão do aborto relacionado com problemas clínicos de produtos da concepção mencionando, por exemplo, o doutrinador Aníbal Bruno:

É impossível definir com segurança o que resultara do jogo entre os genes desfavoráveis provindos dos dois núcleos germinais e submetidos por sua vez à influência das infinitas condições que irão cercar a evolução do novo

ser e imprimi-lhe a extrema complexidade de sua estrutura e do seu comportamento individual [...].

Em verdade, estamos diante de um problema obscuro, sobre o qual a ciência da herança ainda que não possa dizer a palavra decisiva. E nada mais contrário aos princípios que regem o direito do que pretender decidir sobre tais incertezas o destino de um ser humano (BRUNO, 1976, p. 117).

Na época, o problema do aborto eugênico se referia às deformidades físicas e mentais que o feto poderia apresentar e, nestes casos, a defesa do aborto em casos como tais comparavam-se com o horror nazista de proposta de eliminação similares às leis eugênicas então editadas.

Com as novas tecnologias, especificamente na era biomédica, é possível que a gestante, nos primeiros meses de gestação, possa dispor de uma informação que, em época anterior, não lhe era acessível, ou seja, a constatação da anencefalia.

Essa nova situação coloca em pauta a colisão de dois valores relevantes, o direito da mãe preservar suas saúdes físicas, psíquicas e sociais, bem como sua autonomia de vontade, confrontado com o direito à vida do anencéfalo.

O aborto de feto anencéfalo ainda que não regulamentado expressamente na legislação pátria faça jus à tutela jurídica.

É cediço que, com os notáveis avanços tecnológicos da indústria farmacêutica e a técnica médica, os diagnósticos estão cada vez mais precisos do que há poucas décadas atrás.

As intervenções efetuadas no processo gestacional não visam à morte do feto, mas pura e simplesmente por cobro ao sofrimento da mãe gestante, evitando o agravamento de sua saúde psíquica.

Mesmo o cenário de sub-informação que cerca os registros sobre aborto, de um modo geral, a mortalidade.

2.1 Espécies de aborto

Atualmente a doutrina traz uma classificação para o aborto, por hora, utiliza-se a classificação de Genival Veloso de França qual seja:

Aborto Terapêutico: ocorre quando a vida da gestante está em risco, neste caso o médico realiza o aborto com o intuito de salvar a vida da mãe.

Aborto sentimental: é o aborto nos casos de estupro. Genival Veloso de França, explica que essa espécie de aborto surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial tiveram suas mulheres violentadas por invasores, diante da indignação patriota, criou-se a figura do aborto sentimental, para que essas mulheres não fossem obrigadas a carregar no ventre os filhos de seus agressores.

Aborto Eugênico: seria o aborto realizado nos casos de fetos defeituosos, ou até mesmo com possibilidade de se tornarem defeituosos no futuro.

Aborto Social: é o aborto feito por falta de recursos financeiros, em outras palavras, ocorre quando a mãe não possui condições econômicas para sustentar o filho.

Aborto por motivo de honra: é o aborto provocado para esconder motivos que manchem a imagem da mulher perante a sociedade, é utilizado para esconder a desonra (FRANÇA, 2005, p. 172).

Feita a classificação das diversas formas de aborto, cumpre informar que apenas duas são permitidas no ordenamento jurídico brasileiro, quais sejam: o aborto terapêutico ou necessário e o aborto sentimental.

O aborto terapêutico encontra previsão legal no Art. 128, I (aborto necessário), já o aborto sentimental está previsto no inciso II do referido artigo (Aborto no caso de gravidez resultante de estupro).

2.2 Crime de aborto

Tem-se por crime de aborto quando é eliminada a perspectiva de vida do feto intra-uterino sem ser de forma espontânea e sem a permissão legal, com ou sem o consentimento da mãe, interrompendo assim a gravidez.

Este crime está tipificado no Código Penal Brasileiro, Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Nos artigos 124 a 126 são elencados os abortos provocados pela

própria gestante ou com seu consentimento e o aborto provocado por terceiros com ou sem o consentimento da gestante, restando ao artigo 127 descrever as hipóteses qualificadoras, vejamos:

Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Aborto provocado por terceiro

Art. 125 - Provocar aborto, sem o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de três a dez anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou debil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Forma qualificada.

Art. 127 - As penas cominadas nos dois artigos anteriores são aumentadas de um terço, se, em consequência do aborto ou dos meios empregados para provocá-lo, a gestante sofre lesão corporal de natureza grave; e são duplicadas, se, por qualquer dessas causas, lhe sobrevém a morte (BRASIL, 1940).

2.3 Evolução histórica do crime de aborto

O Código Criminal de 1830 foi o primeiro código realmente brasileiro, pois foi editado depois da independência do Brasil a Portugal, ele era bem menos rigoroso, e era “fundado nas sólidas bases da Justiça e Equidade” (conforme determinou a Constituição de 1824 em seu artigo 179, inciso XVIII).

O Código trazia que aquele que ocasionasse aborto com ou sem o consentimento da gestante seria punido, sendo que, se fosse sem o consentimento, a pena era mais gravosa. A gestante que praticasse aborto em si, não era punida no Código Criminal do Império. Mas somente o terceiro que praticasse o aborto. Fazendo valer Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, são garantidas pela Constituição do Império, pela maneira seguinte. [...] XVIII.

Organizar-se quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas sólidas bases da Justiça. O interesse da gestante, mas não deixando de punir aquele que viesse a praticar o aborto.

Em 1890, por conta da República, foi editado às pressas um novo código, que foi, apesar de tudo, de grande valia para a evolução do direito penal (DUARTE, 1999, p. 1).

Apesar de ter sido mal sistematizado, dentre outros defeitos, o Código Criminal da República, constituiu um avanço na legislação penal da época, uma vez que, além de abolir a pena de morte, instalou o regime penitenciário de caráter correccional. Com relação ao aborto, o código trouxe que a mulher que praticasse o auto-aborto também seria punida, porém com redução de pena (terça parte), caso fosse para ocultar sua desonra (artigo 301, parágrafo único).

Além disso, criou a distinção entre feto expulso e não expulso do ventre da mãe, sendo que, se expulso, a pena seria agravada. E, se ocorresse a morte da gestante, consequente do aborto, a pena também era maior a quem o praticasse (artigo 300). O Código Penal vigente se trata de um Decreto-Lei nº 2.848/40. Neste, o crime de aborto não faz diferença entre o tempo do feto ou sua formação, sempre será o aborto doloso punível, a não ser que esteja em alguma das hipóteses de aborto legal.

2.4 Aborto no Direito Comparado

Em todo o mundo são feitos milhões de abortos por ano, sendo que a maioria é praticada de forma precária. A precariedade ocorre pelo fato de que alguns países não permitem o aborto legalizado, sendo assim, incidem muitos danos à saúde das mulheres.

Como se pode notar, diferentemente do Brasil, muitos países permitem o aborto, e diversos são os motivos para tal. Os países comunistas geralmente aceitam com

mais frequência o aborto, como Cuba. Já os países nos quais o catolicismo é intenso, geralmente são contra o método abortivo. Como podemos verificar abaixo: Dentre os vários argumentos a favor da prática do aborto, tem-se o de que é direito da mulher, pois o feto faz parte dela e só ela pode dispor deste, utilizando-se da autonomia da vontade.

O outro argumento utilizado trata que se deve evitar que as mulheres sejam levadas a procurar clínicas clandestinas para praticar o aborto, já que em seus países o mesmo não é permitido, e aí estaria protegendo a vida dessas mulheres que muitas vezes morrem nessas clínicas.

Os Estados Unidos aceitam o aborto com algumas restrições quanto ao tempo de gravidez. Na Alemanha, uma lei de 1974 permitiu o aborto, porém esta foi declarada inconstitucional. Mas logo após, em 1976, foi publicada uma nova lei permitindo o aborto, mas “[...] determinando que a mulher, antes do aborto, participe de programa para se informar sobre as ajudas públicas e privadas para evitar a interrupção da gravidez” (DELMANTO, 2007, p. 372). Além disso, essa interrupção deve ser feita por um médico e até a 22ª semana de gravidez. Ainda segundo o autor, na Nicarágua atualmente não se admite de forma alguma o aborto, ainda que a vida da gestante esteja em risco. Na China também é liberada a prática de aborto, mas sua liberação ocorre para que se tenha um controle populacional, pois, como se sabe, a China é o país com maior população dentre todos no mundo. No Japão também é permitido o aborto, porém não são permitidas as pílulas anticoncepcionais, o que se torna um tanto quanto contraditório. No artigo “Diálogo Necessário”, do Centro Latino-Americano em Sexualidade e Direitos Humanos (CLAM, 2007, p. 1), tem-se o entendimento da pesquisadora Greice Menezes, do Programa de Estudos em Gênero e Saúde do Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia (MUSA/ISC/UFBA), sobre o aborto nos Países latino-americanos:

Existem elementos comuns nos contextos político-sociais das sociedades latino-americanas. Se por um lado temos uma situação onde a prática é interdita, por outro lado, temos um contexto onde o direito ao aborto é garantido, como em Cuba, além das situações intermediárias de países que vêm mudando no intuito de flexibilizar suas legislações, como é o caso da Colômbia e do México. Em Porto Rico, o aborto é legal mas não é acessível a todas as mulheres. E existe o contingente de países que têm legislações

muito restritivas, com poucos permissivos legais, como é o caso do Brasil (CLAM, 2007, p. 1).

Sendo assim, tem-se que os países mais desenvolvidos são os que mais aceitam o aborto, e os menos, por consequência, são os que não aceitam. Percebesse então que, conforme a evolução, a tendência é que se aceite a prática abortiva, como uma forma de liberdade de escolha da mulher.

2.5 A punibilidade do crime de aborto

A proteção que se vislumbra o crime de aborto é o direito à vida do feto, quando o aborto é praticado pela gestante, ou sob o consentimento desta:

O delito de aborto encontra-se no Capítulo I, do Título I, do Código Penal, correspondente aos crimes contra a vida, razão pela qual, de acordo com a sua própria situação topográfica, o bem juridicamente protegido, de forma precípua, por meio dos três tipos penais incriminadores, é a vida humana em desenvolvimento (GRECO, 2005, p. 275).

Já quando o crime é praticado por terceiro e sem o consentimento da gestante, o objeto a ser tutelado passa a ser, não só a vida do feto, mas também a vontade e a vida da própria gestante. Assim é o entendimento de Prado:

Assinala-se, de modo geral, que no aborto provocado por terceiro (com ou sem o consentimento da gestante) tutelam-se também – ao lado da vida humana dependente (do embrião ou feto) – a vida e a incolumidade física e psíquica da mulher grávida (PRADO, 2008, p. 105).

O aborto pode ser provocado tanto por ação quanto por omissão, sendo assim, é um crime de ação livre. Na forma prevista no artigo 124 o sujeito ativo do crime é a mãe, que provoca, ou permite que provoquem o aborto em si.

A primeira hipótese do artigo trata do auto-aborto, quando a própria gestante, através muitas vezes de remédios ou violência contra o próprio corpo, é responsável dolosamente pelo aborto. A segunda hipótese ocorre quando a gestante permite que outro pratique o aborto em si.

De qualquer forma, sendo ela ou outro quem praticar, se for com sua permissão, ela responderá por este crime, e o terceiro (que pode ser qualquer pessoa) responderá pelo crime tipificado no artigo 126. Já no artigo 125, quem será punido é o terceiro que provoca o aborto sem o consentimento da gestante. Este, por ser mais grave, tem a pena maior. Aqui, a gestante não deseja a prática do aborto, mas é forçada a tal, correndo, inclusive, risco à sua própria saúde ou vida.

O crime do artigo 126 ocorre quando o aborto é provocado também por terceiro, porém com o consentimento da mulher grávida, neste caso, o sujeito ativo é o terceiro que praticou o crime. Conforme preceitua França:

Quando um terceiro pratica o aborto com o consentimento da gestante, este fato de consentir a que a lei se refere não tem eficácia jurídica, pois essa vontade não se assenta numa validade legal. O mesmo se entende se essa permissão é obtida mediante fraude, violência ou grave ameaça (FRANÇA, 2005, p. 160).

No caso da gestante consentir, porém ser menor de 14 anos, ou sofrer de alguma deficiência mental, ou até mesmo se o consentimento for obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, aí o terceiro que praticou o aborto responde incurso no parágrafo único do artigo 126.

Se, em consequência do aborto praticado ou da tentativa deste, com ou sem o consentimento da gestante, ocasionar alguma lesão corporal de natureza grave ou até mesmo a morte da mesma, ocorre o aumento da pena, conforme o artigo 127.

A legislação não trata dos casos de embriões criados em laboratórios (reprodução in vitro); conforme explica Capez:

Trata-se aqui da chamada reprodução in vitro ou assistida, na qual o sêmen do homem é recolhido, congelado e, em seguida, introduzido no óvulo retirado da mulher. Com isso, opera-se a fecundação, após o que o óvulo fecundado é recolocado no útero. Trata-se, portanto, da fecundação fora do corpo da mulher, ou seja, em um recipiente (in vitro). Durante esse processo, alguns embriões (óvulos fecundados) não são aproveitados e acabam por não retornar ao ventre feminino, permanecendo armazenados nas clínicas de reprodução, sem destino certo. Trata-se dos embriões excedentários, quais sejam, aqueles que são congelados e não utilizados

pelo casal no processo de inseminação artificial, em razão do sucesso da gravidez obtida, ou desistência do casal (CAPEZ, 2006, p. 110-111).

Entende-se nesse caso, corroborando com o autor, que a não utilização desses embriões não configura o crime de aborto. Pois, só passaria a ter a proteção a partir do momento em que os embriões são introduzidos no óvulo da mulher, passando esta ao estado de gestante, pois só há o aborto em pessoa que está grávida. Sendo assim, antes dessa introdução o fato é atípico para o Direito Penal.

Assim, é crime de aborto quando, por ação ou omissão dolosa humana, for retirada a perspectiva de vida de um embrião ou feto, a partir do momento que este ovo estiver fecundado, impossibilitando-o de desenvolver-se.

2.6 Hipóteses de aborto legal

No Brasil, somente duas são as possibilidades de aborto que não são punidas pelo ordenamento jurídico. São as hipóteses de causas excludentes da ilicitude e estão previstas no artigo 128 do Código Penal Pátrio o aborto necessário ou terapêutico e aborto no caso de gravidez resultante de estupro ou aborto sentimental.

Então o ordenamento jurídico julgou por ser mais preciosa a vida da mulher que a vida de um feto, que, sequer, sabe se vai realmente chegar a viver nessas condições de morte da mãe. “É um caso de estado de necessidade, sacrificando um bem menor”, conforme entendimento de França (2005). Explica Maranhão (2002, p.190), “Trata-se de eventualidade em que doenças de diferentes causas agem no organismo materno e, por vezes, também no fetal e ocasionam o risco mencionado”.

Ainda segundo o autor, doenças como cardiopatias, tuberculose, vômitos gravídicos, hemopatias e diabete são as maiores causadoras desse risco de morte da gestante. Neste caso, a gestante não tem escolha, quem verificará a necessidade é o médico, e, se este afirmar que a gestante corre sérios riscos de morte, o aborto deverá ser feito, ainda que seja sem a permissão da mesma.

O aborto nos casos de gravidez resultante de estupro, também chamado de aborto sentimental, humanitário ou ético por alguns doutrinadores, como é o caso de Greco (2005), Capez (2006) e Prado (2008), está previsto no inciso II do artigo 128, do Código Penal Pátrio.

Como o nome já diz, essa permissão ocorre pelo fato da mulher ter sofrido estupro e deste crime resultou uma gravidez indesejada. Nesse caso a gestante tem o direito de abortar. Muito interessante a forma como nasceu essa permissão legal, como brilhantemente explica França:

A questão surgiu quando alguns países da Europa, na Primeira Guerra Mundial, tiveram suas mulheres violentadas pelos invasores. Nasceu, então, um movimento patriótico de repercussão em todo o mundo contra essa maternidade imposta pela violência [...] (FRANÇA, 2005, p.161-162).

Assim, a partir de então, em quase todas as legislações do mundo, a lei permite que a mulher grávida vítima dessa forma de conjunção carnal, aborte, pois não seria concebível admitir que uma pessoa humana tivesse um filho que não fosse gerado pelo seu consentimento e pelo seu amor.

O que se objetiva é diminuir a pressão psicológica dessa mulher, que, além de ter sofrido um estupro, ainda tem que carregar por nove meses o fruto daquela conjunção carnal que foi indesejada. Seria uma penalidade para quem foi vítima em uma situação completamente inesperada.

Além disso, a mulher nunca aceitaria um filho produto de um crime da mesma forma como se fosse um filho produto de amor. A honra dessa mulher perante uma sociedade tão preconceituosa seria extremamente abalada, e a vida dessa criança seria cheia de desprezos por parte de todos que soubessem do ocorrido.

Até o ano de 2009, havia muita discussão na doutrina e jurisprudência a respeito da gravidez resultante de Atentado Violento ao Pudor, já que a lei só trazia a permissão do aborto quando este decorresse do crime de estupro. Porém, era aplicado por analogia *in bonam partem*, a aceitação do aborto quando a gravidez era resultante

desse ato libidinoso. Vale ressaltar que, com a lei nº12015 de 07.08.2009, que alterou o Código Penal Brasileiro, tanto será considerada a gravidez resultante de conjunção carnal, como a gravidez resultante de qualquer outro ato libidinoso, já que o estupro agora abrange todas essas modalidades (art. 213, Código Penal).

Importante fixar que, nesse caso, a vontade da gestante é o que irá importar, ela é que tem a faculdade de continuar ou não com a gravidez. E, somente se for incapaz, poderão os responsáveis tomar a decisão pela mesma, representando-a. Segundo Maranhão (2002, p. 191), esse aborto só poderá ser praticado por médico, além disso, “[...] há necessidade de autorização judicial e comunicação ao Conselho de Medicina”.

Porém, em entendimento contrário, preceitua Capez:

A lei não exige autorização judicial, processo judicial ou sentença condenatória contra o autor do crime de estupro para a prática do aborto. Nesse sentido para que haja a intervenção a critério do médico. Basta a prova idônea do atentado sexual (boletim de ocorrência, testemunhos colhidos perante autoridade policial, atestado do médico relativo às lesões defensivas sofridas pela mulher e às lesões próprias da submissão forçada à conjunção carnal (CAPEZ, 2006, p. 126).

Entende-se, assim como o autor, que não há necessidade da espera de uma autorização judicial, pois se sabe que a Justiça brasileira, infelizmente, é muito lenta, então seria capaz da gestante ter o bebê e essa autorização judicial não ser fornecida a tempo.

Além disso, sabe-se que quanto antes ocorrer o aborto, menos danos serão causados à gestante, pois a formação do feto ainda estará no início. Questiona-se essa permissão, pois ela está retirando o direito a uma vida por conta de um crime cometido por um terceiro.

O feto que poderá ser abortado, de nada teve culpa com relação ao que ocorreu na vida da mulher, mas mesmo assim, será interrompida a gestação. Porém, esse entendimento já está mais que superado, entendendo-se realmente que o aborto,

quando nos casos de estupro, é aceitável pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3 ANENCEFALIA

A anencefalia é uma má-formação do cérebro enquanto o produto da concepção ainda é um embrião. Essa má-formação, ou até mesmo ausência do cérebro, faz com que seu organismo não consiga sobreviver à vida extra-uterina; fazendo os portadores dessa doença morrerem logo do nascimento, isso quando chegam a nascer, já que a grande maioria morre ainda no ventre materno. Um anencéfalo pode ser considerado portador de morte neocortical, pois só está no meio humano de forma vegetativa, já que não possui parte da estrutura cerebral responsável pela existência da consciência. Por isso, um anencéfalo não tem as funções vitais de uma pessoa comum. Há alguns casos em que ocorre a morte cerebral, nestes, há total inexistência da função do encéfalo. O encéfalo, por sua vez, é a “[...] parte do sistema nervoso central contida na cavidade do crânio” (FERREIRA, 2001, p.262).

Portanto, sem o encéfalo, não existe o sistema nervoso, responsável por todas as ações humanas, o que define um ser humano, podendo-se entender, então, que um feto nessas condições, não é um ser humano.

Segundo Behrman, Kliegman e Jenson:

Os defeitos do tubo neural são responsáveis pela maioria das anomalias congênitas do sistema nervoso central (SNC) e resultam de uma falha no fechamento espontâneo do tubo neural entre a 3ª e 4ª semanas de desenvolvimento in útero (BEHRMAN; KLIEGMAN; JENSON, 2003, p. 534).

Sendo a anencefalia uma das mais graves dentre as anomalias congênitas do sistema nervoso central, ela impede que o nascituro tenha sensibilidade, consciência, comunicação, emoção etc.

Difere-se aqui a morte cerebral da morte neurológica, pois pode ser que uma pessoa tenha vida cerebral, mas morte neurológica, pois assim estaria vivendo através de meios mecânicos, como aparelhos respiratórios, ou até mesmo drogas, mas não tem qualquer consciência humana. Não podendo ser considerado humano, um ser assim. O mesmo ocorre com o feto anencefálico, ele tem parte de vida cerebral, mas

não consegue sequer sobreviver ao sair do útero materno. O que o faz conseguir chegar a nascer, é o organismo da gestante, e não o seu próprio.

Esse é o entendimento da doutrina majoritária, conforme dispõe a médica Penna (2005, p. 1), em seu artigo “Anencefalia e Morte Cerebral (neurológica)”:

Como conceito, a morte neurológica é a morte da pessoa, a impossibilidade de consciência. Como morte é irreversível. A manutenção do organismo biologicamente ativo é realizada artificialmente com o auxílio de drogas e máquinas. [...] O conceito de morte neurológica como morte da pessoa é amplamente aceito no mundo, por médicos, teólogos e público em geral, não tendo mudado desde que foi pela primeira vez utilizado. [...] Defendemos a tese de que o feto anencefálico é um feto morto, segundo o conceito de morte neurológica. Esse feto, mesmo que levado a termo, não terá nem um segundo de consciência, não poderá sentir dor, ver, ouvir – em resumo, não poderá experimentar sensações. É, portanto, um feto morto porque não há possibilidade de se tornar uma pessoa, não há possibilidade de consciência devido à ausência de córtex cerebral (PENNA, 2005, p. 1).

Sendo assim, observa-se que o feto anencefálico não dispõe de qualquer estrutura para se tornar um ser humano com possibilidades de vida, lhe falta cérebro, portanto, não pode ser caracterizado aborto, pois não existe vida humana, conforme será visto posteriormente.

3.1 O diagnóstico da doença

A doença geralmente pode ser diagnosticada ainda no início da gravidez, através de pré-natal, com ultra-sonografias, amniocentese, ou até mesmo exames de sangue. Explica Rezende:

Os defeitos do tubo neural (anencefalia, meningocele, mielocelo, encefalocele), presentes em 1% de todos os recém-nascidos, nos Estados Unidos [...] têm, na dosagem alfa-fetoproteína, o melhor método de diagnóstico, conquanto não específico nem corretamente preditivo (REZENDE, 2005, p. 223).

E continua:

Entre nós, é ostensiva a preferência do ultra-som para o diagnóstico da anencefalia, inclusive já possível no 1º trimestre da gravidez. É importante o diagnóstico durante a gravidez, pois permite criar condições psicológicas menos desfavoráveis e, durante o parto, é o reconhecimento fundamental, modificando completamente as eventuais indicações tocúrgicas (REZENDE, 2005, p. 1149).

Também assim entende Behrman, Kliegman e Jenson:

Usam-se vários métodos de identificação das doenças fetais. A ultrasonografia fetal pode detectar anormalidades do crescimento fetal ou mal - formações fetais [...]. A análise do líquido amniótico também ajuda a identificar defeitos do tubo neural [...] (BEHRMAN; KLIEGMAN; JENSON, 2003, p. 214).

Como podemos observar, há inúmeros meios de se identificar a anencefalia, de forma precisa e segura, através da ultra-sonografia, amniocentese e até exames de sangue. O que torna o diagnóstico médico quase incontestável.

3.2 Fatores causadores e prevenção da doença

Não existe um motivo exato para o surgimento da doença, pelo menos ainda não foi descoberta a exata causa. Da mesma forma como não se sabe se existe alguma forma dela ser evitada, em tese.

Entendimentos retirados através de estudos por médicos apontam que, provavelmente, o uso regular de ácido fólico pode diminuir a possibilidade de ocorrência de defeitos de soldadura do tubo neural (DSTN), dos quais a anencefalia está inclusa.

Conforme ensina Rezende:

Como em qualquer patologia, existem três níveis de prevenção das anomalias congênitas, muito úteis para sugerirem estratégias, apesar de não constituírem conceitos absolutos: A prevenção primária está direcionada a pessoas sadias com o fim de evitar a doença, através da redução da suscetibilidade ou exposição aos fatores de risco. Sua ação se dá principalmente no período pré-concepcional. Ela evita as anomalias congênitas. Seria o caso do uso preventivo do ácido fólico na fase periconcepcional [...]. Após a publicação de evidências científicas, várias

entidades governamentais estabeleceram recomendações oficiais que, com pequenas variações, preconizam a suplementação de 0,4 mg de ácido fólico, tendo início um mês antes e prolongando-se até um ou dois meses após a concepção [...]to cirúrgicas (REZENDE, 2005, p. 1039-1040).

Para que isso ocorra, programas de saúde pública nos países devem incentivar e disponibilizar o uso do ácido fólico para a possível prevenção da doença. Infelizmente, como se sabe, o uso do ácido fólico ainda não é disponibilizado desta forma no Brasil. Entende-se também, que a absorção do ácido fólico pode ser diminuída quando da ingestão frequente de alguns produtos, como anticoncepcionais.

Portanto, para que tenha efeito o uso do ácido, é necessário que a pessoa seja saudável, sem usar álcool ou drogas, além de ter a idade adequada de fertilização (geralmente entre 20 e 35 anos). Sabe-se que a influência mútua entre fatores genéricos, ambientais e dietéticos pode influenciar para o aparecimento da doença.

3.3 A perspectiva de vida de fetos anencéfalos

Até a presente data não se conhece a existência de qualquer forma de tratamento para os bebês que nascem com anencefalia. Até porque, sem a totalidade da calota craniana, nenhum ser vivo conseguiria se desenvolver e viver no mundo extra-uterino.

Sendo assim, todos os que chegam a nascer morrem ainda durante as primeiras horas, salvo raras exceções que conseguem sobreviver durante poucas semanas, porém numa vida efêmera:

[...] A condição, como já sinalado, é letal e afeta principalmente os fetos femininos. Cerca de 75% dos conceptos nascem mortos e o restante falece dentro de 1 semana, habitualmente nas primeiras 48 horas. [...] É a anencefalia caracterizada, sobretudo, pela ausência simétrica, parcial, ou total de abóbada craniana, acima da órbita. A desintegração do cérebro fetal é variável. Há preservação dos ossos da base do crânio e proeminência dos olhos o que dá a do feto anencéfalo a típica “face-desapo” (REZENDE, 2005, p. 1147-1149).

Estas crianças, ainda que assegurada toda assistência, não apresentam condições para sobreviver por tempo razoável fora do útero materno. A certeza de uma vida que não vai continuar.

Por isso, em casos de anencefalia, não há dilema ético ou legal, existindo assim uma unanimidade quase absoluta pela interrupção da gravidez, em face de argumentos eminentemente técnicos de sobrevivência e não de qualidade de vida (FRANÇA, 2005, p.163).

3.4 O aborto do feto anencéfalo

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), o Brasil é o quarto país do mundo que tem mais casos de anencefalia (conforme o documento feito pelo Prof. Dr. Gollop, da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência – SBPC).

No Brasil, ainda que demonstrado através de exames que o feto sofre de anencefalia, os pais não podem dispor da continuação da gravidez. “Na verdade, se positivada a presunção clínica, a paciente é condenada, entre nós, a levar a termo a gestação de filho malformado ou a interrompê-la na clandestinidade [...] posto que a deliberação do casal fica cerceada pelo obsoletismo legal” (REZENDE, 2005, p. 222).

O entendimento da maioria da doutrina é que esse aborto deve ser permitido. Como pode ser evidenciado através do entendimento de Capez:

No que toca ao abortamento do feto anencéfalo ou anencefálico, porém, entendemos que não existe crime, ante a inexigibilidade de bem jurídico. O encéfalo é a parte do sistema nervoso central que abrange o cérebro, de modo que sua ausência implica inexistência de atividade cerebral, sem a qual não se pode falar em vida (CAPEZ, 2006, p. 128).

A Lei n. 9434, de 4-2-1997, em seu art. 3º, permite a retirada post mortem de tecidos e órgãos do corpo humano depois de diagnosticada a morte encefálica. Ora, isso

significa que sem atividade encefálica não há vida, razão pela qual não se pode falar em crime de aborto, que é a supressão da vida intra-uterina. Fato atípico, portanto.

Explica Maranhão (2002, p. 192), que a vida extra-uterina “[...] está comprometida e o êxito letal ocorre em curto prazo após o nascimento. A assistência hospitalar e as medidas cirúrgicas mostram-se incapazes de impedir esse resultado”.

A medicina evolui a cada minuto, podendo ser que no futuro seja descoberta a cura para a Anencefalia, assim como poderá ser descoberta a cura para a AIDS, para o Câncer etc. O fato é que, até hoje, não se obteve qualquer resultado satisfatório em relação a melhoras na anencefalia, o que cabe deduzir que, pode até ser que algum tipo de cura possa surgir, mas com certeza não será tão cedo.

3.5 O aspecto religioso

Como visto anteriormente, a religião sempre influenciou no processo de desenvolvimento do mundo, desde tempos antigos, e até hoje continua a interferir e influenciar. Já tiveram tempos em que só se ouvia as “leis de Deus”, e se elas mandassem que queimassem pessoas, estas seriam queimadas, como muito ocorreu; porém, com a evolução, os pensamentos das pessoas mudaram, e passou-se a enxergar alguns abusos por parte de alguns religiosos, e começou-se a pensar com a própria mente, e evoluir, através da tecnologia.

Contudo, ainda hoje determinados religiosos são contra algumas mudanças feitas no mundo, como a união de pessoas do mesmo sexo, o uso métodos contraceptivos, o aborto de gravidez decorrente de estupro, etc.:

As bancadas ligadas a algumas religiões são cada vez mais fortes. Existem quatro frentes parlamentares contra a legalização do aborto, uma delas com mais de 200 deputados (a Câmara tem 513 cadeiras). Muitos declaram abertamente estar a serviço de sua Igreja, deixando de lado o dever de representar eleitores. Um exemplo que ilustra o fato é o parecer dado pelo relator Jorge Tadeu Mudalen ao projeto de descriminalização quando ainda estava na CSSF. Membro da Igreja Internacional da Graça de Deus,

Mudalen citou palavras bíblicas do profeta Jeremias (ROSCOE; ZAIDAN, 2009, p.4).

Diretamente sobre a anencefalia, os religiosos são extremamente contra a possibilidade de retirada do feto, alegando que somente Deus teria o poder e o direito de levar embora um fruto da concepção, e seria completamente contra as leis de Deus qualquer tipo de aborto, inclusive os decorrentes de anencefalia. Segundo o entendimento religioso a mulher que aguentar o tempo e a dor que for, para ter esse filho, por questões divinas e dogmáticas.

O Brasil, conforme preceituado na Constituição Federal é um Estado laico, ou seja, não se vincula a qualquer religião específica, sendo todos livres para seguirem ou não a religião que for. Assim, os argumentos religiosos, por mais fervorosos que sejam, não podem influenciar no momento de decidir questões que irão mudar todo o modo de agir quanto a um assunto.

Além disso, em uma questão médica, como é a anencefalia, onde se sabe que a continuação dessa gravidez só levará males para a família, não pode se sacrificar por questões religiosas. O Prof. Gomes menciona que:

Não se pode confundir Direito com religião. Direito é Direito, religião é religião (como bem sublinhou o Iluminismo). Ciência é ciência, crença é crença. Razão é razão, tradição é tradição. [...] A religião não pode contaminar o Direito. As crenças não podem ditar regras superiores à ciência. Do Renascimento até o Iluminismo, de Erasmo a Rousseau, consolidou-se (entre os séculos XVII e XIX) a absoluta separação das instituições do Estado frente às tradições religiosas. O Estado tornou-se laico (ou secular). A Justiça e o Direito, desse modo, também são seculares (laicos) (GOMES, 2008, p. 1).

Vários julgados contra o aborto de anencéfalos ocorreram por conta da convicção religiosa. Aí então pergunta-se: E a imparcialidade do Juiz? O Magistrado deve julgar de acordo com aquilo que a sociedade como um todo espera que ele julgue, ou seja, de forma justa, fazendo prevalecer sempre a Justiça em primeiro lugar.

É justo, por tanto, que a mulher seja condenada a ficar por nove meses servindo como uma “pré-cova”? Nesse sentido, Gomes (2008, p. 1), preleciona no mesmo artigo, que “[...] não nos parece correto conceber que um juiz (que é ‘juiz de direito’)

possa ditar sentenças ‘segundo a dogmática cristã’, ‘de acordo com suas convicções religiosas’.”

Certamente só Deus tem o direito de retirar uma vida, porém, a indagação que se faz é a dignidade de uma mulher em ter que carregar um ser que nunca chegará a viver realmente; pois vida é princípio de existência, força, alimentação, desenvolvimento etc.

Logo, não estaria se tirando uma vida, pois, como já citado, um feto anencefálico não tem qualquer perspectiva de vida, não ouve, não vê, não sente dor, é comparável a um vegetal.

3.6 Os danos sofridos pela mãe e pela família com a prolação da gravidez

O que se questiona também é o direito à saúde, pois um parto de um feto anencefálico, gera sim danos à saúde da gestante, ela perde muito mais sangue que o normal, um líquido amniótico que é solto pelo feto, prejudica também a saúde desta, sem falar no psicológico, que é totalmente abalado, e aí não se fala só em quem gera o feto, mas também de todos que estão acompanhando o processo de gestação, toda a família.

Infelizmente, em meio a tantas discussões sobre o tema, quase não se fala do drama familiar, do sofrimento causado às pessoas, em especial à mãe, que sabe que seu filho nunca terá possibilidade alguma de sobrevivência fora de seu organismo.

Alguns dizem que não há qualquer mudança no estado físico da mãe diferente de uma gestação normal. Porém, se sabe que uma gestação com anencefalia pode sim causar danos. A Federação Brasileira das Associações de Ginecologia e Obstetrícia (FEBRASGO) fez um parecer, apresentado ao Supremo Tribunal Federal na Petição Inicial da ADPF n. 54, no qual listou as complicações maternas, quais sejam:

A manutenção da gestação de feto anencefálico tende a se prolongar além de 40 semanas;
Sua associação com polihidrâminio (aumento do volume no líquido amniótico) é muito frequente;
Associação com doença hipertensiva específica da gestação (DHEG);
Associação com vasculopatia periférica de estase;
Alterações do comportamento e psicológicas de grande monta para a gestante;
Dificuldades obstétricas e complicações no desfecho do parto de anencéfalos de termo;
Necessidade de apoio psicoterápico no pós-parto e no puerpério;
Necessidade de registro de nascimento e sepultamento desses recém-nascidos, tendo o cônjuge que se dirigir a uma delegacia de polícia para registrar o óbito
Necessidade de bloqueio de lactação (suspender a amamentação);
Puerpério com maior incidência de hemorragias maternas por falta de contratilidade uterina;
Maior incidência de infecções pós-cirúrgicas devido às manobras obstétricas do parto de termo (FEBRASGO, 2004).

O entendimento é no sentido de que a prolação da gravidez não gera qualquer dano para a gestante, está completamente descartada. Como dito, pouco se pensa no trauma que uma gestação dessa traz para uma mãe que sonha em ter seu filho e, infelizmente, quando este nasce, morre logo em seguida.

Por que prolongar uma gestação nestas circunstâncias? A saúde física, psíquica e social da mulher pode ser profundamente abalada em uma gestação de conceito anencéfalo. A discussão do aborto do anencéfalo e das consequências desse ato só pode ser enfrentada a partir da discussão de uma gravidez nessas circunstâncias.

Todas as transformações físicas e psíquicas manifestadas durante a gestação de conceito anencéfalo devem ser consideradas para compreenderem-se os sentimentos da mulher durante esse período (LIMA, 2009, p. 109).

Claro que, se a mulher entender que qualquer dor que seja não importa e o mínimo de tempo possível com seu filho já lhe basta, independente do que tenha que passar por isso, é critério dela, e ninguém jamais lhe forçará do contrário. Mas, e aquela mulher que muitas vezes tem que se afastar do serviço porque está grávida, passa longos meses, até porque uma gestação de fetos anencéfalos dura, como visto, mais que uma gestação normal, para, ao final, ter que enterrar seu filho?

Não é só a mulher que sofre com isso, seu cônjuge, por exemplo, para dar apoio à esposa, muitas vezes também se afasta do emprego, e então, simplesmente por não ter retirado aquele feto, pode ser que uma família normal se desestruture completamente.

Além disso, causas psicológicas, podem trazer doenças mentais ou até físicas muito sérias. Não há que se falar em gestação de fetos anencéfalos que não afete o psicológico de uma família; por mais moderna e consciente que seja a família, sempre uma situação dessa irá lhe afetar. Não há como dizer que um pai que tem que registrar seu filho em cartório, fazer o boletim de ocorrência informando a morte, e ter que fazer todo o funeral, entre outros, não vá sofrer psicologicamente com a situação, por mais que a criança tenha vivido apenas minutos.

4 CONFRONTO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CASO ANENCEFALIA

A Constituição Federal de 1988, como se sabe, valorizou princípios nunca tão valorizados anteriormente por qualquer outra Constituição, sendo assim, os princípios são as bases do Direito.

Como nos ensina Luís Roberto Barroso:

[...] os princípios constitucionais são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição [...] não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos (BARROSO, 1996, p. 142-143).

Os princípios constituem a base, o alicerce de um sistema jurídico. São verdadeiras proposições lógicas que fundamentam e sustentam um sistema.

Os princípios constitucionais têm uma função estruturante dentro do sistema jurídico. Na sistemática constitucional brasileira, observa-se desde os princípios mais abertos aos mais densos, chegando-se ao patamar normativo das regras.

Nos princípios jurídicos fundamentais, por exemplo, aqueles que estruturam o Estado Democrático de Direito, encontram-se fundamentos para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo constitucional e infra-constitucional.

4.1 Direito a vida

A Constituição Federal ampara o direito à vida em seu artigo 5º, caput, “Todos são iguais perante a lei [...], garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida [...]”.

Somente a partir da Constituição de 1946 que o direito à vida foi amparado. As constituições brasileiras anteriores não o protegiam expressamente, tendo este que ser aplicado de forma implícita (LIMA, 2009).

Tem-se por direito à vida, aquele direito que toda a pessoa tem de existir da forma que melhor lhe convier, sem a interrupção desse direito a não ser que seja por formas naturais. Tentando melhor conceituar o que seja a vida, Silva, diz que:

É mais um processo (processo vital), que se instaura com a concepção (ou germinação vegetal), transforma-se, progride, mantendo sua identidade, até que muda de qualidade, deixando, então, de ser vida para ser morte. Tudo que interfere em prejuízo deste fluir espontâneo e incessante contraria a vida (SILVA, 2005, p. 197).

E continua, dizendo que “[...] por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos fundamentais [...] se não erigisse a vida humana num desses direitos” (SILVA, 2005, p. 198).

A constituição preceitua que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante. Toda e qualquer pessoa que atente contra a vida de outrem, responderá como praticante de crime contra a vida, como é o caso do aborto, o qual visa proteger o direito da criança de viver normalmente.

O Direito à Vida, como prelecionado no início deste trabalho, começa com a fecundação. Sendo assim, há discussão no sentido de não se permitir a retirada dos anencéfalos, porque seria uma violação a este direito.

4.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A Dignidade da Pessoa Humana é o direito que todos têm de viver com toda a decência que lhe couber. Este princípio está situado logo no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, como sendo um Princípio Fundamental:

O artigo 1º, ao eleger a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado brasileiro, revela o fundamento e a essência do próprio Direito, que é servir ao homem para que ele tenha uma vida digna. O princípio da dignidade da pessoa humana foi erigido ao patamar de princípio constitucional fundamental expresso, por força desse artigo (LIMA, 2009, p.23).

A dignidade da pessoa humana “[...] existe independentemente de os ordenamentos jurídicos a reconhecerem, pois é preexistente a qualquer ordem jurídica” (LIMA, 2009, p. 127).

A partir deste princípio, podem ser retirados vários outros princípios constitucionais no que tange o assunto “permissão da antecipação do parto de anencéfalos”, como a liberdade, a autonomia da vontade, o direito à saúde etc. Dentro desse Direito, pode se verificar que um feto anencéfalo jamais teria uma vida digna, já que sequer vida ele tem.

Todo o constrangimento pelo qual a gestante passa fere, sem dúvidas, a dignidade da pessoa humana. Para Gomes (2008, p. 1), a proibição do aborto de um anencéfalo é um desrespeito à dignidade da pessoa humana, conforme tem-se:

O não reconhecimento do aborto anencefálico é um atraso civilizatório incomensurável, que se deve à sobreposição das tradições sobre a ciência, das crenças sobre a dignidade humana. Temos que recuperar as Luzes do século XVIII. A OMS reconhece a anencefalia (verdadeira) como doença incompatível com a vida. Conclusão: o aborto anencefálico não é uma eutanásia pré-natal arbitrária, não ofende o princípio da dignidade humana (do feto). Ofensa à dignidade (da gestante) existe quando ele não é permitido (GOMES, 2008, p. 1).

Assim como o autor, entende-se que seria uma violação à dignidade da pessoa humana não permitir a retirada antecipada do anencéfalo, quando for esta a vontade da gestante.

A autonomia da vontade individual (Art. 5º, II, Constituição Federal), neste caso, deve prevalecer, pois somente a mulher sabe o quanto seu corpo e sua mente sofrerão com a prolação da gravidez nos casos de anencefalia, preservando sua intimidade e liberdade de escolha. Neste ponto entraria o direito à saúde que essa mulher tem.

Evidente que o Direito Penal permite que ocorra o aborto quando há risco de morte para a gestante. Nos casos de anencefalia, não há o risco de morte imediata, mas há riscos de danos mediatos e imediatos à sua saúde, conforme já mencionado anteriormente. O Estado tem a obrigação de prezar pela saúde das pessoas, evitando que estas absorvam lesões que não têm qualquer necessidade. Sabe-se que saúde não significa meramente que a pessoa não tenha doença, mas que esteja bem tanto física quanto psiquicamente.

Pode-se, inclusive, entender que a obrigação da gestante de continuar com a gravidez, seja um caso de tortura, pois lhe atinge tanto psicológica, quanto física e moralmente, sendo completamente evitável esse sofrimento.

A relevância desses direitos para a hipótese aqui em discussão é simples de ser demonstrada. Impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causando-lhe dor, angústia e frustração, importa violação de ambas as vertentes de sua dignidade humana.

A potencial ameaça à integridade física e os danos à integridade moral e psicológica na hipótese são evidentes. A convivência diuturna com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto dentro de seu corpo, que nunca poderá se tornar um ser vivo, podem ser comparadas à tortura psicológica.

4.3 Princípio da Proporcionalidade dirimindo o conflito entre a Dignidade da Pessoa Humana e o Direito à Vida

Há um conflito aparente entre os princípios do Direito à Vida do feto e o da Dignidade da Pessoa Humana da gestante, nos casos da aplicação no aborto de fetos anencefálicos. Neste diapasão, alguns entendem que a possibilidade do aborto do anencéfalo viola o Direito à Vida intra-uterina. Enquanto outros defendem que a não permissão desta retirada fere a Dignidade da Pessoa Humana da mãe.

O Princípio da Proporcionalidade visa impor limites aos poderes dos representantes do povo. Ele evolui em conjunto com os direitos e garantias individuais da pessoa humana, impossibilitando que o Poder Estatal se sobressaia aos Direitos da Humanidade. Este princípio deve ser a base de aplicação de toda e qualquer lei pelo Judiciário, todas as decisões dos magistrados devem pautar-se na proporcionalidade, valorando algumas normas, e deixando de valorar outras, dependendo do caso em concreto, de forma a sempre utilizar os direitos fundamentais da pessoa humana, como objetivo principal.

Segundo Ávila (2008), o Princípio da Proporcionalidade é usado para dirimir os conflitos quando há vários meios adequados para se atingir um fim, utilizando daquele que melhor defenda os direitos fundamentais. A proporcionalidade é justamente a balança da Justiça, que é um dos principais símbolos do Direito, de forma que se colocam os direitos nesta balança, e se ajusta até que se atinja uma igualdade. Neste caso, aplicar-se-á o Princípio da Proporcionalidade como um meio de solucionar a problemática em volta do conflito entre o Direito à Vida e a Dignidade da Pessoa Humana.

Nas situações em que algo é permitido por um princípio e vedado por outro, um deles deverá ceder, sem que o outro seja declarado inválido, ou se estabeleça uma regra de exceção. “Isso porque o conflito entre princípios é solucionado na dimensão do valor e não da validade [...]”. (LIMA, 2009, p. 139).

No caso do aborto dos fetos anencéfalos, questiona-se se essa retirada iria estar extraindo o direito deste feto de viver, conforme já mencionado. Diferencia-se aqui o direito de nascer do direito de viver. O feto anencefálico pode, em poucos casos, nascer, mas de maneira nenhuma irá conseguir viver efetivamente. Entende-se que a retirada do feto anencéfalo não fere o Direito à Vida, pois o feto de qualquer forma não viverá. O prolongamento da gestação seria apenas para garantir seu direito de nascer, mas nunca de nascer saudável, com consciência, com funções etc.

Os médicos utilizam a morte encefálica para decidir a hora de tirar os aparelhos que fazem com que uma pessoa “viva artificialmente”. E também o momento de poder retirar os órgãos para transplantes, conforme o artigo 3º da Lei 9434/97:

Art. 3º A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina (BRASIL, 1997).

A morte encefálica significa morte do cérebro, ou seja, o cérebro não tem as funções vitais. Sendo assim, com base na Hermenêutica, um nascituro com anencefalia pode ser considerado morto, já que não há função do encéfalo, que é o que caracteriza a vida, sendo assim, ele jamais chegou a ter vida, desde a concepção já é um natimorto, essa conclusão de perfaz diante da interpretação da norma acima citada.

Nesse sentido, o Conselho Federal de Medicina, na Resolução n. 1752, de 08 de setembro de 2004, informou que “[...] os anencéfalos são natimortos cerebrais (por não possuírem os hemisférios cerebrais)” (BRASIL, 2004).

Sendo assim, questiona-se o motivo exato pelo qual se deve prolongar a gravidez quando o nascituro tem anencefalia. Será que o Direito à Vida de um ser que não

tem possibilidades de vida seria mais forte que a dignidade de toda uma família que terá que conviver com essa dor eternamente?

A autora Lima (2009, p. 89), entende que, “[...] apesar da ausência de quase todo o encéfalo, o anencéfalo é um ser vivo. A presença do tronco encefálico permite que as funções vegetativas sejam preservadas”.

Mesmo se esse for o entendimento, então seria digno viver assim? Como a própria autora afirma, de forma vegetativa? Seria isso humano? Entende-se que, de qualquer forma, sendo ou não sendo considerado o anencéfalo um natimorto, a prolação da gravidez contra a vontade da gestante estaria indo de encontro ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana em todos os aspectos.

Quando a mulher tem garantido seu direito de escolha quanto a interromper a gestação de anencéfalo e ela opta por fazê-lo, o fundamento principal da bioética, que é o respeito à dignidade da pessoa humana, assim como os princípios que a fundamentam, fazem-se presentes, como se demonstra a seguir:

Respeitar o direito de escolha da mulher significa respeitar sua autonomia da vontade e, conseqüentemente, sua dignidade da pessoa humana. A contrário sensu, impor a uma mulher, por meio da força do Direito, a continuação de uma gestação, não mais desejada, da qual se tem a certeza, diagnosticada por meio do exame pré-natal, tratar-se de concepto anencéfalo, configura pleno desrespeito aos seus direitos fundamentais (LIMA, 2009, p.102).

Neste sentido, entende-se que, na aplicação da proporcionalidade entre o Direito à Vida de um nascituro que é tido pela medicina como natimorto, e a Dignidade da Pessoa Humana da gestante que quer cessar com a gravidez não mais desejada, certamente o que deve ser valorado é a dignidade.

A mulher, de qualquer forma, podendo ou não fazer o aborto, irá sofrer muito, mas essa retirada antecipada seria uma forma de amenizar esse sofrimento, pois, sofrimento maior ela padece quando, contra sua vontade, tem que prosseguir longos nove meses de gestação.

4.4 A decisão do STF em face da ADPF nº. 54

A Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde do Brasil ingressou com uma ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental no Supremo Tribunal Federal (ADPF n.º 54) pedindo que a Corte Constitucional conferisse ao Código Penal uma interpretação conforme a Constituição e declarasse que o aborto de fetos anencéfalos não é crime.

A ação foi assinada pelo grande constitucionalista Luis Roberto Barroso e tinha, entre outros, os seguintes argumentos:

Como o feto anencéfalo não desenvolveu o cérebro, ele não teria qualquer condição de sobrevivência extrauterina;
Perdurar a gestação por meses seria apenas prolongar o sofrimento da mãe considerando que a morte da criança ao nascer, ou mesmo antes do parto, seria cientificamente inevitável;
Rigorosamente, não haveria nem mesmo aborto porque o feto anencéfalo é desprovido de cérebro e, segundo a Lei n.º 9.434/1997, o marco legislativo para se aferir a morte de uma pessoa ocorre no momento em que se dá sua morte cerebral (BARROSO, 2000, p. 34).

Outros setores da sociedade e, em especial a Igreja Católica, mostraram-se completamente contrários à possibilidade de aborto de fetos anencefálicos. Para tanto, valeram-se das seguintes razões:

O feto já pode ser considerado um ser humano e deve ter seu direito à vida respeitado;
Haveria chances de sobrevivência extrauterina, como no caso raro de uma criança chamada Marcela de Jesus Galante Ferreira, que foi diagnosticada como feto anencéfalo, mas teria sobrevivido alguns meses após o parto (conhecido como "Caso Marcela"). (obs: os médicos rechaçam essa afirmação, sustentando que não se trataria de feto anencéfalo, tendo havido erro no diagnóstico);
A legalização do aborto de fetos anencefálicos representaria o primeiro passo para a legalização ampla e irrestrita dos abortos no Brasil;
O aborto de fetos anencefálicos seria um tipo de aborto eugênico, isto é, uma espécie de aborto preconizada por regimes arianos, como o nazista, no qual se eliminariam indivíduos com deficiências físicas ou mentais, em uma forma de purificação da raça (FEBRASCO, 2004).

A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) chegou, inclusive, a pedir para intervir na ADPF como *amicus curiae* (intervenção processual atípica de terceiros), o que, no entanto, foi negado pelo Ministro Relator da ação.

Em 1º de julho de 2007, o Min. Marco Aurélio, do STF, concedeu, em decisão monocrática, medida cautelar na referida ação, declarando que não haveria crime nesses casos e determinando a suspensão dos processos que versassem sobre o tema. O Pleno do STF se reuniu, cassou a liminar concedida pelo Relator, mas determinou que os processos que tratassem sobre o assunto em outros juízos continuassem suspensos.

Em um artigo publicado alguns dias depois da revogação, o Ministro assim se manifestou:

Anui à lógica irrefutável da conclusão sobre a dor, a angústia e a frustração experimentadas pela mulher grávida ao ver-se compelida a carregar no ventre, durante nove meses, um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá. Para qualquer pessoa nessa situação, ficar à mercê da permissão do Estado para livrar-se de semelhante sofrimento resulta, para dizer o mínimo, em clara violência às vertentes da dignidade humana, física, moral e psicológica. Não tive como aquiescer à ignomínia de condenar-se a gestante a suportar meses a fio de desespero e impotência, em frontal desrespeito à liberdade e à autonomia da vontade, direitos básicos, imprescindíveis, consagrados em toda sociedade que se afirme democrática. [...] Ao fim e ao cabo, a pergunta que não quer calar é: quem poderá, efetivamente, dimensionar a dor alheia? Quem poderá condenar outrem por querer, antes de tudo, preservar a si mesmo, colocando à margem outros valores? Porque se deve respeitar os valores de quem tem fé e olvidar as convicções de quem ignora dogmas religiosos ou trajetórias espirituais? Em nome de que deus ou sob a égide de que premissas humanitárias defende-se o direito à efêmera sobrevivência de um em detrimento do risco e do padecimento, sabe-se lá a gravidade das conseqüências, de outro? No cerne da questão está a dimensão humana que obstaculiza a possibilidade de se coisificar uma pessoa, usando-a como objeto. São muitos e de crucial importância os valores em jogo. 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 (MELO, 2007).

Antes de examinar o mérito, ainda no julgamento da cautelar concedida pelo Min. Marco Aurélio, o Procurador Geral da República suscitou uma questão de ordem no sentido de que a ADPF não seria o meio processual adequado para tratar sobre tal

tema. O STF, no entanto, rejeitou a questão de ordem e, por 7 votos contra 4 (à época) declarou que não havia qualquer empecilho processual e que a ADPF poderia ser utilizada para discutir o assunto.

Desde então o STF realizou audiências públicas e ouviu inúmeros representantes da área médica a fim de recolher maiores subsídios para julgar a ação. Após longos anos de tramitação, nos dias 11(onze) e 12(doze) de abril de 2012, o STF julgou o mérito da ADPF e por 8(oito) votos a 2(dois), os Ministros entenderam que não é crime interromper a gravidez de fetos anencéfalos.

O Plenário do STF, em decisão com eficácia erga omnes e efeito vinculante, decidiu que é atípica a conduta da interrupção da gravidez de um feto anencefálico. Não há, portanto, crime, para interromper a gravidez de feto anencefalo não é necessária decisão judicial que a autorize, bastando, tão somente, o diagnóstico de anencefalia do feto. Assim, os médicos que fazem a cirurgia e as gestantes que decidem interromper a gravidez não cometem crime de aborto.

Sete Ministros que participaram do julgamento consideraram que não se trata de aborto porque não há a possibilidade de vida do feto fora do útero. O Min. Gilmar Mendes votou pela descriminalização da prática, mas considerou que tal prática configura sim aborto. Segundo o Min. Mendes, o aborto de feto anencefalo pode ser enquadrado no inciso II do art. 128 do CP, que afirma que não se pune o aborto praticado por médico se não há outro meio de salvar a vida da gestante.

Ao proferir seu voto, o Ministro Marco Aurélio, Relato da ADPF, reforçou ainda o caráter laico do Estado brasileiro, previsto desde a Carta Magna de 1891, quando da transição do Império à República. “A questão posta nesse processo – inconstitucionalidade da interpretação segundo a qual configura crime a interrupção de gravidez de feto anencefalo - não pode ser examinada sob os influxos de orientações morais religiosas”, frisou.

As decisões condenatórias que, eventualmente tenham sido proferidas, podem ser desconstituídas mediante habeas corpus ou revisão criminal considerando que

violam preceito fundamental da Constituição Federal segundo decisão do STF, repita-se, com eficácia erga omnes e efeito vinculante.

5 CONCLUSÃO

A escolha do tema para o presente trabalho foi para desenvolver um estudo aprofundado sobre o caso em questão. Percebe-se que o legislador, ao tipificar como crime o aborto, visou proteger o Direito à Vida que o feto tem.

Porém, protegeu o direito a uma vida digna e saudável, diante da Constituição Federal. Sendo assim, não visou proteger apenas uma gravidez independente do que venha a ter dentro do ventre materno.

Como já demonstrado, se o feto não possui qualquer possibilidade de vida extra-uterina, por não possuir parte da calota craniana, o mesmo não consegue sobreviver no mundo real e não vislumbra melhoras, mesmo com os avanços medicinais. Neste caso se a vontade da gestante for de a de interromper a gestação não há motivo para forçar sua prolongação.

Não se tem qualquer notícia ou registro de um anencéfalo que tenha durado tempo razoável de vida fora do útero materno, geralmente ele vive por cerca de poucas horas, de forma sempre vegetativa, e morre. Com isso as gestantes, em sua maioria, preferem fazer o aborto quando desses casos, logo que descobrem a doença.

Com a conclusão do julgamento da ADPF N°54, o Supremo Tribunal Federal, em acertada decisão, decidiu que nos casos de anencefalia o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana da gestante se sobressairia ao Direito à Vida do anencéfalo, tendo em vista que este não tem perspectiva qualquer de vida. É o Princípio da Proporcionalidade, dirimindo um conflito aparente entre os demais princípios constitucionais.

De qualquer forma o feto, ainda que tenha anencefalia, é considerado um nascituro enquanto no ventre materno, portanto, é possuidor do direito à vida. Sendo assim, se a mãe quiser que seu filho nasça ninguém poderá tirar o direito do feto de nascer. E ele terá o direito ao apoio médico-hospitalar que necessitar, ainda que seu futuro já seja sabido.

O presente artigo visou demonstrar que a decisão do Supremo Tribunal Federal, foi acertada e demonstrou que não cabe ao Estado intervir no direito de escolha da mãe nesse assunto.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BEHRMAN, R. E.; KLIEGMAN, R. M.; JENSON, H.B. **Fundamentos de Nelson: tratado de pediatria**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11^a ed. São Paulo: Malheiros Editores.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº54-8**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencia-PublicaAdpf54>>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-8/DF**. Rel. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudiencia-PublicaAdpf54>>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Constituição (1924). **Constituição Política do Império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm>. Acesso em: 17 nov. 2013.

BRASIL. Código Penal (1890). **Código Penal dos Estados Unidos do Brasil**. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 16 nov. 2013.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Altera o Título VI da Parte Especial do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal e revoga a Lei nº 2.252, de 1º de julho de 1954, que trata de corrupção de menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12015.htm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 22 nov. 2013.

BRASIL. **Lei de 16 de dezembro de 1930**. Manda executar o Código Criminal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 15 nov. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 nov. 2013.

BRUNO, Aníbal. **Crimes contra a pessoa**. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte especial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2006. v. 2.

CENTRO LATINO-AMERICANO EM SEXUALIDADE E DIREITOS HUMANOS (CLAM). **Diálogo necessário**. 2007.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DINIZ, Debora et al. A magnitude do aborto por anencefalia: um estudo com médicos. **Ciênc. saúde coletiva [online]**. 2009, vol.14, suppl.1, pp. 1619-1624

DUARTE, Joana. **Comissão de Cidadania e Reprodução**. 2009.

DUARTE, Maércio Falcão. Evolução histórica do direito penal. **JusNavigandi**. Teresina, a. 3, n. 34, ago. 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Mini Aurélio Século XXI escolar: o minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FRANÇA, Genival Veloso de, **Fundamentos de medicina legal**. 30. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

GRECO, Rogério. **Direito penal: parte especial**. 10. ed. Niterói: Impetus, 2005, v. 2.

GOMES, Luiz Flávio. Aborto anencefálico: direito não é religião. **JusNavigandi**. Teresina, a. 12, n. 1908, 21 set. 2008.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia**: direitos fundamentais em colisão. Curitiba: Juruá, 2009.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Marco Aurélio Mendes de Faria, **A dor a mais**. Disponível em: <<http://www.sistemas.aids.gov.br/imprensa/Noticias.asp?NOTCod=60452>>. Acesso em: 29 nov. 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais**: 2ª parte - teoria geral: comentários aos artigos 1º. a 5º. Da Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo. Atlas, 2007.

PENNA, Maria Lúcia Fernandes. **Anencefalia e morte cerebral (neurológica)**. 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro, v.1**: parte especial – arts. 121 a 249. 7. ed. rev. atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

REZENDE, Jorge de. **Obstetrícia**. 10. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2005.

ROSCOE, Alessandra; Z Aidan, Patrícia. As leis de aborto no Brasil e no mundo. **Cláudia**. jun. 2008.

SANCHES, Leonardo Antonio. **O STF e os fetos anencefálicos**. 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.