

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
CURSO DE DIREITO

DIEGO VINÍCIUS MARTIN GONÇALVES

ABORTO DE ANENCÉFALO

MARÍLIA
2008

DIEGO VINÍCIUS MARTIN GONÇALVES

ABORTO DE ANENCÉFALO

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de Direito da Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador:
Prof. José Eduardo Lourenço dos Santos

MARÍLIA
2008

GONÇALVES, Diego Vinícius Martin

Aborto de Anencéfalo/ Diego Vinícius Martin Gonçalves;
orientador: José Eduardo Lourenço dos Santos. Marília, SP: [s.n.],
2008.

51f.

Trabalho de Curso (Graduação em Direito) – Fundação de
Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro
Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM, Marília, 2008.

1. Aborto. 2. Feto Anencefálico 3. Posições de Especialistas. 4.
Direitos.

CDD: 341.5



FUNDAÇÃO DE ENSINO "EURÍPIDES SOARES DA ROCHA"

MANTENEDORA DO CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM

Curso de Direito

Diego Vinicius Martin Gonçalves

RA: 32875-8

ABORTO DE ANENCÉFALO

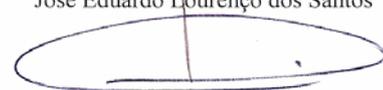
Banca examinadora do Trabalho de Conclusão de Curso apresentada ao Programa de Graduação em Direito da UNIVEM, F.E.E.S.R, para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Nota: 9,5 (NOVE E MEIO)

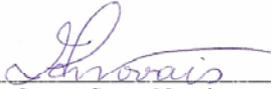
ORIENTADOR(A):


José Eduardo Lourenço dos Santos

1º EXAMINADOR(A):


Mário Furlaneto Neto

2º EXAMINADOR(A):


Elma Soraya Souza Novais

Marília, 02 de outubro de 2008.

A Deus, por me confortar;

Aos meus pais e irmão, pelo respaldo;

Aos meus amigos, por sempre estarem ao meu lado;

Aos professores e juristas, pelas ferramentas de trabalho.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus pela vida e por me acompanhar mesmo nos momentos difíceis e solitários.

A minha família, que sempre acreditou na minha capacidade e me forneceu o respaldo necessário para não desanimar nos obstáculos ao longo dessa longa jornada acadêmica.

Agradeço, também, a todos meus amigos, testemunhas de momentos de tristeza e alegria, mas que sempre estiveram ao meu lado, especialmente a turma do Zap-lo, pois jornadas de estudos, viagens, festas, noites em claro vão deixar saudades.

A todo o pessoal da Procuradoria Federal Especializada de Marília vinculada ao MSS, principalmente o Dr. André Luiz Lamkowski Miguel, que ao longo de 2 (dois) anos me proporcionaram um conhecimento imenso na prática jurídica.

Por fim, mas não menos importante, aos meus professores, em especial meu orientador, o Prof. José Eduardo Lourenço dos Santos, que me guiou e auxiliou com todo seu conhecimento e inteligência, ao longo desse trabalho.

A alegria está na luta, na tentativa,
no sofrimento enbolvido e não na
vitória propriamente dita.

Mahatma Gandhi

GONÇALVES, Diego Vinícius Martin. **Aborto de Anencéfalo**. 2008. 51f. Trabalho de Curso (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2008.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo de estudo o aborto de anencéfalo na legislação brasileira. Expondo de maneira clara a grande discussão que foi buscar auxílio ao judiciário pelo Supremo Tribunal Federal (STF). O estudo começa apresentando aspectos gerais do aborto como um todo, com sua evolução histórica, seu entendimento jurídico, suas espécies e como é aplicado o ilícito na legislação brasileira, frisando suas formas permitidas em lei. O aborto sempre foi tema de grandes debates, porém com o passar dos tempos e o avanço da tecnologia possibilitou a constatação precocemente, durante a gestação, de anomalias sobre o feto. A anencefalia, uma vez constatada, impossibilita totalmente a vida extra-uterina do feto, trata-se de uma vida inviável. Assim, ter a mãe a obrigação de carregar por 9 (nove) meses um filho que não viverá é expor a todos os familiares a um sofrimento desnecessário. Portanto, buscamos nesse trabalho esclarecer alguns pontos quanto à dignidade da pessoa humana, direito à vida e posições de especialistas, para que em breve o Supremo Tribunal Federal (STF) possa tomar a decisão mais sábia.

Palavras-chave: Aborto. Feto. Anencefalia.

LISTA DE ABREVIATURAS

Art.: Artigo

CF.: Constituição Federal

CP.: Código Penal

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	09
CAPÍTULO 1 – ABORTO: ASPECTOS GERAIS.....	12
1.1 Evolução Histórica.....	12
1.2 Conceito.....	14
1.3 Espécies.....	16
1.3.1 Auto-Aborto.....	16
1.3.2 Aborto Consentido.....	17
1.3.3 Aborto Praticado por Terceiro sem o Consentimento da Gestante.....	19
1.4 O Aborto na Legislação Brasileira.....	20
1.4.1 Elementos do Crime.....	21
1.4.2 Consumação.....	23
1.4.3 Tentativa.....	24
1.4.4 Formas Permitidas: Aborto Sentimental e Aborto Necessário.....	24
CAPÍTULO 2 – ANENCEFALIA.....	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 Riscos da Gravidez do Feto Anencefálico.....	29
2.3 Considerações Legais.....	30
2.4 Posições de Especialistas.....	31
2.4.1 Argumentação Médica.....	31
2.4.2 Argumentação Religiosa.....	33
2.4.3 Argumentação Jurídica.....	35
CAPÍTULO 3 – RELEVÂNCIA DO ABORTO ANENCEFALICO.....	38
3.1 Argumentos Favoráveis e Contrários.....	38
3.2 Direitos Humanos.....	40
3.3 Direito à Vida.....	41
3.4 Do Conflito entre os Direitos da Mãe e do Filho.....	44
CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS.....	49

INTRODUÇÃO

As discussões existentes em torno da ilegalidade da prática abortiva de fetos que não possuem viabilidade de vida extra-uterina, pelo fato de serem anencefálicos, têm gerado grande polêmica na sociedade brasileira. Tal situação deu ensejo ao desenvolvimento deste trabalho.

Um dos maiores e mais antigo problema tutelado pela Ciência Jurídica, o direito à vida, foi o que despertou o interesse para o desenvolvimento desse estudo. Direito esse que se viu em debate quando a evolução do tempo se tornou capaz de diagnosticar precocemente durante a gestação a anomalia de anencefalia no feto.

Recentemente voltou átona a problemática onde não se encontrou outra opção, a não ser buscar auxílio ao Supremo Tribunal Federal (STF), que em breve decidirá sobre a legalização ou não da antecipação do parto em casos de fetos anencefálicos.

O objetivo deste trabalho é trazer a lume os questionamentos a respeito da ilicitude do aborto nos casos de feto anencefálico, bem como apresentar algumas contradições presentes em nosso ordenamento jurídico.

Contradições estas, que nos levam, cada vez mais, a perceber a real necessidade de que a realização do aborto em gestações de fetos anencefálicos seja assegurada por lei, evitando sofrimentos maiores.

Para tanto, foi preciso analisar a evolução histórica do aborto, seus conceitos, suas espécies, as legislações pertinentes, as formas permitidas em nossa legislação, bem como procurar definir a patologia (anencefalia) que além de impossibilitar a vida ao feto após o parto, causa riscos de vida à gestante.

Contudo, foi necessário conceituar termos bastante complexos, como por exemplo, a dignidade da pessoa humana, o que vem ser a vida e, também, discussões doutrinárias sobre a ausência de culpabilidade.

O trabalho também traz o posicionamento de especialista em diversas áreas pertinentes e influenciadoras do tema como, por exemplo: médicos, religiosos e juristas. Por fim ele faz relevância aos aspectos dos direitos humanos, à vida da mãe e do filho e os direitos que não se colidem.

Cabe ressaltar que a proposta deste estudo não é tornar obrigatória a interrupção de todas as gestações de fetos com inviabilidade de vida após o parto, ou seja, extra-uterina. Mas

sim, encontrar em nosso ordenamento jurídico norma regulamentadora da referida prática às gestantes que se sujeitarem a tal medida.

Ou seja, tal decisão deve ser opcional da gestante, juntamente com seus familiares, de interromper ou continuar a gerar o feto inviável.

Assim, se evitará inúmeros danos à saúde física e psíquica de várias mulheres (mães) que vivenciam o drama de ter que carregar por nove meses um filho que, certamente, não viverá.

O nascimento de um novo ser humano deve sempre ser motivo para comemoração, não para decepção. “Nascimento é vida” e isso nada tem a ver com o clima trágico que gera a gestação. Assim, como o nascimento do feto anencefálico.

No mais, será desenvolvido ao redor do tema estudado (aborto anencefálico) um paradoxo entre os argumentos de todas as áreas, demonstrando ao final do estudo a importância de refletirmos sobre este tema, pois, desta forma, viabilizaremos razões para que os legisladores possam criar meios de elaborar um dispositivo jurídico adequado, buscando o bem maior do direito.

O momento de nos posicionarmos em favor do não sofrimento inútil do ser humano é agora, aproveitar a discussão no Supremo Tribunal Federal e nos manifestarmos a favor da permissão do aborto em casos de anencefalia do feto.

A maioria dos países desenvolvidos já autoriza o aborto por anencefalia. Somente os países em desenvolvimento é que o proíbem. O pior que se pode sugerir em nosso país atualmente é que alguém sofra desnecessariamente, como se já não bastasse as condições da maioria da população.

As tutelas jurisdicionais que buscam a proteção da vida merecem muita importância, pois se trata do principal e único direito que o indivíduo realmente tem ao nascer, e de onde se deriva os demais.

O debate sobre o aborto anencefálico não deixa de ser polêmico e complexo, pois envolve aspectos religiosos, sociais, políticos, pessoais entre muitos outros. E, mesmo depois de tantas mudanças e das conquistas do mundo moderno, a discussão sobre o aborto continua provocando controvérsias.

Com a evolução do mundo a ciência se aprimora ainda demais, surgem tecnologias avançadas que contribuem para uma vida melhor. Assim, o Direito não pode permanecer estático, tendo a obrigação de andar lado a lado com o avanço do mundo, para proporcionar a todos, uma sociedade harmoniosa.

É claro que esse avanço tem que passar por uma triagem, observando-se nossos ordenamentos jurídicos, nossas legislações, principalmente a Constituição Federal, a política aplicada em nosso país, mas não podemos deixar que costumes e dogmas religiosos prevaleçam sobre o Direito sensato.

CAPÍTULO 1 - ABORTO: ASPECTOS GERAIS

1.1 Evolução Histórica

A prática ou não do aborto sempre foi um assunto constantemente discutido por estudiosos de todas as épocas. As controvérsias sobre o exato momento da concepção, pressuposto fundamental para o aborto, acarretou na permissão do aborto do feto inanimado, sem alma, na Grécia antiga.

Há mais de dois milênios o aborto foi tratado por Aristóteles por motivo demográfico, estabelecendo a prática do aborto desde que antes de se produzir no embrião a sensibilidade e a vida.

Assim, o mesmo entendimento perdurou na Idade Média, conforme expôs Flávio Monteiro de Barros:

O direito canônico da Idade Média distinguia o feto animado e o feto inanimado. Entendia-se que a alma penetrava no feto a partir de 40 ou 80 dias após a concepção, conforme fosse do sexo masculino ou feminino. Santo Agostinho, inspirado em Aristóteles, incentivava essa distinção, que apenas incriminava o aborto contra feto animado, isto é, que já tivesse recebido a alma (BARROS, 1997, p. 61).

A propagação da prática do aborto na Antiguidade, portanto, se deu na dúvida pelo momento de surgimento da alma no corpo humano, o que tornaria o ser completo.

No âmbito religioso, as discussões não foram diferentes, pois em determinado período baseou-se em Aristóteles, com a permissão do aborto em feto inanimado, em outro se proibiu qualquer espécie de aborto.

Explica também Flavio Monteiro de Barros:

Em 1588, o Papa Sisto V pôs termo a essa distinção, aplicando para o aborto as mesmas penas do homicídio, qualquer que fosse a idade do feto. Entretanto, com o Papa Gregório XIX, em 1591, a distinção veio novamente à tona, punindo apenas o aborto contra feto animado, com penas atenuadas, situação que perdurou até 1869, quando o Papa Pio IX proibiu qualquer tipo de aborto, pouco importando a idade do feto (BARROS, 1997, p 61).

No período clássico do direito Romano o aborto não era considerado crime, pois o feto fazia parte do ventre materno, sendo apenas considerado ilícito contra a mulher, o aborto praticado sem o consentimento da gestante.

Por volta dos anos 20 depois de Cristo o aborto passou a ser considerado crime com a dinastia do Imperador Septímio que punia os praticantes como o venefício.

No Brasil após a colonização as tribos indígenas possuíam estágios de evolução antagônicos entre si, e tudo que se entendia sobre Direito, principalmente na área Penal, baseava-se nos costumes que tinham como alicerce a lei do talião.

O Livro V das Ordenações do Reino foi onde o Direito Penal brasileiro se amparou desde o seu descobrimento até a sua independência.

Apesar das Ordenações Afonsinas vigorar no descobrimento do Brasil elas não chegaram a influir, ressaltando apenas as normas que foram adaptadas para a legislação Manuelinas.

Conforme relata José Henrique Pierangelli:

Quando o Brasil foi descoberto, vigoraram as Ordenações Afonsinas, que foram mandadas compor por D. João I. O trabalho, executado sob a influência do direito romano e do direito canônico, foi concluído em 1446, tendo nele trabalhado o Mestre João Mendes, que após longos anos de compilação, não pode terminá-lo, e o jurista Rui Fernandes. D. Manuel, o Venturoso, pretendendo dotar o país de uma legislação mais perfeita, talvez até por vaidade, incumbiu os juristas Rui Boto, Rui da Grã e João Cotrim desse trabalho, vindo a obra ser impressa em 1512 e após ser revisada por outros juristas, foi em 1521 publicada, com o nome de Ordenações Manuelinas. Finalmente, Felipe II, da Espanha, que reinava em Portugal com o nome de Felipe I, ordenou uma nova estruturação dos velhos Códigos, incumbindo dessa tarefa os desembargadores do Paço, Paulo Afonso e Pedro Barbosa, com a colaboração de Damião e Aguiar e Jorge Cabedo. Revisto o trabalho por outros juristas, foram as Ordenações Filipinas publicadas a 11 de janeiro de 1603, já sob o reinado de Felipe II, de Portugal. Restaurada a monarquia portuguesa, foram as Ordenações Filipinas revalidadas pela lei de 29 de janeiro de 1643, de D. João IV (PIERANGELLI, 1980, p. 6).

A legislação Criminal no Brasil de 1830 constituía crime apenas o aborto praticado por terceiro, seja ele com ou sem consentimento da gestante, bem como o fornecimento de medicamentos abortivos, permitindo o auto-aborto.

Esclarece Flávio Augusto Monteiro de Barros:

No Brasil, o Código Criminal de 1830 não punia o auto-aborto. Incriminava apenas o aborto provocado por terceiro, com ou sem o consentimento da gestante, cominando a pena de prisão com trabalho. Outrossim, definia como crime o fornecimento de meios abortivos, ainda que o aborto não ocorresse. O Código vigente manteve-se fiel ao direito anterior. Não prevê, contudo, a atenuação da pena ao aborto *honoris causa*, isto é, praticado pela mulher que concebeu *extramatrimonium* para ocultar a desonra própria. Todavia, perfeitamente sustentável, nesse caso, a incidência da atenuante genérica do relevante valor moral, prevista no art. 65, III, *a*. (BARROS, 1997, p. 61).

A legislação Penal pátria de 1890 passou a considerar como ilícito o aborto praticado pela própria gestante.

O Código Penal brasileiro de 1940 fundou-se em Códigos Europeus, onde a política criminal teve como base as idéias neoclássicas juntamente com o positivismo.

Elenca José Henrique Pierangelli:

Em 1964, o Ministro Milton Campos designou uma comissão revisora, da qual fizeram parte não só o próprio autor do anteprojeto, como também os professores Aníbal Bruno, seu presidente, e Heleno Cláudio Fragoso, cujo trabalho, embora revisto, não chegou a ser divulgado.

O projeto foi submetido a uma nova revisão, por uma comissão composta pelos professores Benjamin Moraes Filho, Heleno Cláudio Fragoso e Ivo D'aquino, levando-se em conta, inclusive, a necessidade de uniformizar os textos dos projetos de Código Penal e de Código Penal Militar.

Embora não se pretendesse elaborar em Código totalmente novo, uma vez que o próprio Governo considerava o de 1940 como a melhor de nossas codificações, o novo estatuto, convertido em lei pelo Decreto-lei n. 1.004, de 21 de outubro de 1969, passou a receber inúmeras críticas, entre as quais podemos mencionar, a adoção da pena indeterminada, considerada uma inovação extremamente infeliz, e a redução, para dezesseis anos, da idade mínima para a imputabilidade, dependente esta de exame criminológico para a verificação de sua capacidade de entendimento e auto-determinação, questão que foi abordada em diversos congressos de Direito Penal e Criminologia, merecendo contundentes críticas. (PIERANGELLI, 1980, p. 14).

Após seus trinta e sete anos de vigência, o Código Penal de 1940 foi reformulado, mas apesar de suas falhas foi um grande salto para o ordenamento jurídico pátrio, onde encontramos a base de nossa legislação penal atual, principalmente no que tange às normas sobre aborto

Como relata Fernando Capez:

Finalmente, o Código Penal de 1940 tipificou as figuras do aborto provocado (CP, art. 124 --- a gestante assume a responsabilidade pelo abortamento), aborto sofrido (CP, art. 125 --- o aborto é realizado por terceiro sem o consentimento da gestante) e aborto consentido (CP, art. 126 --- o aborto é realizado por terceiro com o consentimento da gestante) (CAPEZ, 2004, p. 109).

1.2 Conceito

A expressão “aborto” foi empregada na legislação brasileira por ser mais comum, mas a palavra “abortamento” é a que melhor define o nosso estudo. Enquanto a primeira

significa o produto da concepção cuja gravidez foi interrompida, a segunda indica a conduta de abortar.

Aborto do Latim significa abortu, abortare: ab = privação + ortus = nascimento, ou seja, impedir nascimento. É a interrupção do processo de gestação, conseqüentemente com a morte do feto.

Assim, aborto se caracteriza pelo simples fato de se interromper a gravidez pela morte do feto, não importando a fase em que se encontra a gestação.

Conforme ensina Rodrigo Pires da Cunha Boldrini:

O aborto consiste na eliminação da vida intra-uterina. Considera-se aborto a interrupção da gravidez, com a conseqüente destruição do produto da concepção.

A lei não diferencia o óvulo fecundado (três primeiras semanas de gestação), o embrião (três primeiros meses) ou o feto (a partir de três meses), afinal, em qualquer etapa da gravidez estará configurado o delito de aborto, ou seja, entre a concepção e o início do parto, pois após o início do parto poderemos estar diante do delito de infanticídio ou homicídio (BOLDRINI, 2003).

Para se caracterizar o aborto necessita-se da existência da gravidez, estado fisiológico da mulher durante o período da gestação, pois na falta será crime impossível, haja vista que a gravidez é pressuposto indispensável do aborto.

Entende Paulo Silva Franco:

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto, sendo assim, irrelevante que a morte ocorra no ventre materno ou depois da prematura expulsão provocada; no entanto, não se pode justificar o aborto sob o pretexto de legítima defesa putativa da honra quando a gravidez é resultante de relacionamento fora do casamento ou de relações incestuosas. É necessário que a gravidez seja “normal” para que a interrupção constitua crime de aborto. Na interrupção da gravidez extra-uterina (tubária, ovárica) ou molar (patológica), portanto, não há crime. (FRANCO, 2008).

Em tese, no aborto a morte do feto acontece no ventre da mãe ou fora onde o falecimento ocorre por conseqüência da precoce expulsão estimulada.

O crime de aborto causa divergência entre os Estados, baseando-se em teses sociais, filosóficas ou jurídicas, alguns países consideram crime contra a vida e outros sequer punem como ato ilícito.

São inúmeras as modalidades de aborto. Alguns países permitem o aborto sustentando-se em razões como: econômica, social, incapacidade da mulher, deformação do feto ou ainda prole numerosa.

Porém, em nosso ordenamento jurídico é legalmente autorizado apenas os abortos necessários e sentimentais, punindo-se qualquer outra forma de privação do feto durante o período de gestação.

Tal fundamentação encontra-se no dispositivo 128, incisos I e II do CP.:

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

Aborto necessário

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

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro

II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. (BRASIL, 1940).

1.3 Espécies

1.3.1 Auto-Aborto

O auto-aborto é um ilícito de mão própria, portanto apenas a gestante se enquadra como sujeito ativo, ou seja, a própria genitora emprega meios ou manobras abortivas em si mesma.

Assim, apenas o feto é quem tem seus direitos atingidos, sendo único sujeito passivo do delito por ter seus direitos civis do nascituro violados.

Fernando Capez ensina:

À primeira análise tem-se a impressão que a gestante também seria o sujeito passivo do delito em estudo, contudo não se concebe a possibilidade de alguém ser ao mesmo tempo sujeito ativo e passivo de um crime. (CAPEZ, 2004 p.111)

Explica sobre o auto-aborto e participações de terceiros Damásio E. de Jesus:

O auto-aborto é delito próprio, pois o tipo exige da autora uma especial capacidade penal, contida na condição de gestante (condição de fato). Em face disso, recebe a denominação de sujeito ativo qualificado. Não é a gestante a destinatária principal na norma penal. O mandamento proibitivo também se dirige aos “extranei”, que podem ser partícipes. Isso se reveste de interesse na questão do concurso de agentes. Assim, embora seja crime próprio, responde por ele não só a gestante. Mas também o estranho que dele porventura participe. (JESUS, 2001, p. 121).

Por se tratar de crime de mão própria não se admite co-autoria, respondendo terceiro que induz, instiga ou auxilia por participação no ilícito, baseando-se na teoria monista da ação.

Ressalva Fernando Capez:

É possível a participação nessa modalidade delitiva na hipótese em que o terceiro apenas induz, instiga ou auxilia, de maneira secundária, a gestante a provocar o aborto em si mesma, por exemplo, indivíduo que fornece os meios abortivos para que o aborto seja realizado. Nessa hipótese, responderá pelo delito do art. 124 do CP a título de partícipe. Há, contudo, posicionamento na jurisprudência no sentido de que o terceiro, ainda que atue como partícipe, teria sua conduta enquadrada no art. 126 do CP. Finalmente, é importante notar que, por se tratar de crime de mão própria, é impossível ocorrer o concurso de pessoas na modalidade co-autoria. (CAPEZ, 2004, p. 117).

Tal co-autoria sendo impossível no auto-aborto estranho que auxiliar diretamente nos atos de execução do crime responderá pelo previsto no art. 126, enquanto a gestante no art. 124, ambos do Código Penal.

1.3.2 Aborto Consentido

O Aborto Consentido está tipificado na parte final do enunciado do artigo 124 do Código Penal.

Nesse crime a gestante apenas permite a prática do aborto em si, haja vista que os atos executórios são praticados por uma terceira pessoa.

Trata-se também de um crime de mão própria não permitindo a co-autoria, porém pode haver concurso na forma de participação quando alguém induz ou instiga a gestante a anuir terceiro a praticar o aborto em si.

O ato de permitir a prática do aborto é personalíssimo, pertencendo exclusivamente à gestante, assim, se após permitir a mulher ajudar ao estranho na prática do aborto, responderá apenas pelo artigo 124, enquanto o terceiro pelo artigo 126 ambos do Código Penal.

Ensina Fernando Capez:

Por ser crime de ação múltipla, a gestante que consentir que terceiro lhe provoque o aborto e logo depois auxiliar no emprego das manobras abortivas em si mesma responderá somente pelo crime do art. 124 do CP. Em tese, a gestante e o terceiro deveriam responder pelo delito do art. 124, pois a figura delitiva prevê: a) o consentimento da gestante; b) a provocação do aborto por terceiro. Contudo, o Código Penal prevê uma modalidade especial de crime para aquele que provoca o aborto com o consentimento da gestante (CP, art. 126). Assim, há a previsão separada de dois crimes: um para a gestante que consente na prática abortiva (CP, art. 124); e outro para o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto (CP, art. 126 – aborto com o consentimento da gestante). (CAPEZ, 2004 p.117).

Assim, nesse caso o Código Penal excepcionalmente não adota a teoria monística (expressa em seu artigo 29), pois dois agentes de um mesmo ato ilícito se enquadram em penas de crimes diferentes, respondendo o terceiro que pratica os atos executórios por uma sanção penal mais gravosa que a gestante que consente.

Entendimento ressaltado por Manoel Sabino Pontes:

O Código Penal prevê, assim, uma modalidade especial de crime para aquele que provoca o aborto com consentimento da gestante (CP, art. 126). Então, há a previsão separada de dois crimes: um para a gestante que consente na prática abortiva (CP, art. 124); e outro para o terceiro que executou materialmente a ação provocadora do aborto. Porém, levando-se em conta a teoria adotada pelo Código Penal em seu art. 29, onde prevê que, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”, percebe-se que há uma exceção à regra de que todos os participantes (co-autor e partícipe) de uma infração incidem nas penas de um único e mesmo crime. (PONTES, 2005).

Portanto, no aborto consentido exige-se a presença de dois agentes, a gestante e o terceiro executor, tratando-se de um crime bilateral, respondendo cada um por um crime autônomo e diverso, caracterizando uma exceção ao ordenamento jurídico penal brasileiro.

Para se caracterizar o delito o consentimento tem que ser válido, ou seja, é necessário que a gestante seja capaz. O parágrafo único do artigo 126 tipifica a falta de capacidade para consentir, não aceitando o consentimento da gestante menor de 14 (quatorze) anos, alienada ou débil mental.

Assim, a capacidade da gestante tem que ser acompanhada da livre vontade de consentir, observando se o consentimento foi obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência.

Não observados os requisitos do artigo 126 o agente que pratica os atos abortivos será enquadrado no artigo 125 (Provocar aborto, sem o consentimento da gestante), ambos da legislação penal pátria.

O consentimento deve pendurar até a consumação do ilícito, podendo ser tácito ou expresso. Considera-se consentimento tácito a passividade e a tolerância esboçada pela gestante.

Basta o consentimento da gestante capaz para a tipificação das figuras supracitadas, pois os modos e os meios que se praticou o aborto são irrelevantes. Assim, permanece válido o consentimento se gestante determinar que o aborto se proceda de tal forma e terceiro praticar com técnicas e meios diversos.

A tipificação de quem auxilia a gestante e o terceiro na prática do delito requer um exame minucioso. Se participar efetivamente da execução do aborto, se enquadra como coautor do delito, respondendo pelo artigo 126 do Código Penal. Porém, se a participação foi meramente auxiliadora, restringindo-se apenas a instigar, incentivar a gestante na prática, sem provocar materialmente o crime, será partícipe, respondendo pela 2ª parte do enunciado do artigo 126 do Código Penal.

1.3.3 Aborto Praticado por Terceiro sem o Consentimento da Gestante

Neste delito, ao contrário do previsto no artigo 126 do Código Penal, não há o consentimento da gestante, caracterizando como sujeito ativo terceiro qualquer e sujeito passivo a gestante e o feto. O agente que pratica os atos abortivos sem o consentimento da gestante responde pelo caput do artigo 125 da legislação penal brasileira, com pena de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos.

Manoel Sabino Pontes explica:

O dissenso da gestante é o elemento essencial à configuração do delito. Pode ser expresso ou presumido. Expresso ou real ocorre quando a gestante opõe-se ao aborto, mas é vencida pela violência física, grave ameaça e fraude. E presumido é o dissenso decorrente de certas condições em que a lei fixa a incapacidade de consentir. Referidas condições estão previstas no parágrafo único do art. 126 do Código Penal. Então, por presunção legal entende-se haver falta de consentimento quando a gestante não é maior de 14 (quatorze) anos, e quando a gestante é alienada mental (doente mental) ou débil mental (desenvolvimento mental retardado). (PONTES, 2005).

O enquadramento do sujeito ativo no artigo 125 do Código Penal se dá por exclusão dos requisitos do parágrafo único do artigo 126.

Entende-se por alienada ou débil mental, a mulher absolutamente incapaz, ou seja, totalmente impossibilitada de autodeterminação e de discernimento de seus atos, tornando-se inimputável.

A fraude ocorre quando a gestante é induzida a erro através de emprego de conduta ardil. Por exemplo, médico que pratica manobras abortivas com a desculpa de realizar exames rotineiros na gestante.

No caso da grave ameaça ocorre quando se dá a promessa de um mal inevitável, chantagem sobre ato irreversível. Exemplo de pai que ameaça expulsar a filha de casa se ela não abortar ou pai que promete se matar caso a gestante não aborte.

Por fim a violência ocorre com emprego da força física na execução do crime. Por exemplo, sujeito que pratica homicídio em mulher com o conhecimento da sua gravidez.

Em relação à participação de terceiro pode ocorrer o erro de tipo por se acreditar no suposto consentimento da gestante. No caso em si ocorre o deslocamento da subsunção penal para o a tipificação do artigo 126 da legislação penal pátria.

Ensina Flávio Augusto Monteiro de Barros:

Para uma corrente, impõe-se a regra do concurso formal, respondendo o agente por dois delitos: aborto sem o consentimento da gestante e constrangimento ilegal (CP, art.146); para outros, porém, o agente deve responder apenas pelo aborto. Acompanhando esse último ponto de vista, entendemos que o caráter acessório do constrangimento ilegal, que, no caso, já funciona como elementar do delito previsto no art. 125 do Código, justifica a aplicabilidade do princípio da subsidiariedade implícita, devendo assim permanecer absorvido pelo delito de aborto. (BARROS, 1997, p. 76).

Assim, entendemos que o constrangimento ilegal está implícito no artigo 125 do Código Penal, sendo quase sempre utilizado nas medidas adotadas pelo sujeito que pratica medidas abortivas na gestante, devendo responder apenas por tal norma.

1.4 O Aborto na Legislação Brasileira

O nascituro é considerado uma expectativa de pessoa, haja vista que a personalidade do homem inicia com o “nascimento com vida”. Porém, o Código Civil Brasileiro em seu artigo 2^a assegura os direitos do nascituro desde sua concepção, mesmo desprovido de personalidade jurídica, faz jus ao direito de vida.

Para o Direito Penal, o aborto é considerado um crime contra a pessoa, portanto, concluímos que o nascituro reputa-se como pessoa de direitos.

O bem jurídico tutelado inicia com a fecundação e acaba com o início do parto, assim que o saco amniótico é rompido, ou seja, o direito assegurado se restringe à vida humana intra-uterina.

Após iniciado o parto, se provocada a morte do feto, observando as devidas legalidades, ocorrerá infanticídio ou homicídio, conforme seus respectivos requisitos.

Cabe relembrar que no aborto provocado por terceiro, o bem jurídico tutelado, além do feto, é a gestante tanto no seu aspecto físico como psíquico.

Fernando Capez entende:

No auto-aborto só há um bem jurídico tutelado, que o direito à vida do feto. É, portanto, a preservação da vida humana intra-uterina. No abortamento provocado por terceiro além do direito à vida e à incolumidade física e psíquica da própria gestante. Na hipótese de embriões mantido fora do útero em laboratório, há um vácuo na legislação. Trata-se aqui da chamada reprodução “in vitro” ou assistida, no qual o sêmen é recolhido, congelado e, em seguida, introduzido no ovo retirado da mulher. Com isso, opera-se a fecundação, após o que óvulo fecundado é recolocado no útero. Trata-se, portanto, da fecundação fora do corpo da mulher, ou seja, em recipiente (“in vitro”). Durante esse processo, alguns embriões (óvulos fecundados) não são aproveitados e acaba por não retornar ao ventre feminino, permanecendo armazenados nas clínicas de reprodução, sem destino certo. Trata-se dos chamados embriões excedentários, quais sejam, aqueles que são congelados e não utilizados pelo casal em inseminação artificial, em razão do sucesso da gravidez obtida, ou da desistência do casal. (CAPEZ, 2004, p. 109).

1.4.1 Elementos do Crime

Vimos que o aborto consiste na interrupção da gravidez com a prematura morte do produto da concepção. Ressaltamos os seguintes elementos necessários para a constituição do ilícito penal:

a) Estado fisiológico da Gravidez:

O início da tutela penal do aborto causa grandes divergências jurídicas; enquanto alguns acreditam que começa na fecundação, outros crêem que se dá com a implantação do óvulo no útero.

A Medicina posiciona-se acreditando que o início da gravidez acontece com a união dos gametas masculinos e femininos, ou seja, na fecundação.

Porém, com os avanços da ciência e da medicina, novos métodos anticoncepcionais atuam após a concepção, algumas pílulas e o dispositivo intra-uterino (DIU), impedem a implantação do ovo no útero acarretando na prematura expulsão do produto.

Alberto Silva e Franco ensina:

Assim, diz-se que essas pílulas e o DIU são abortivos (e não anticoncepcionais), uma vez que não impedem a concepção. Especialmente a esses casos, exclui-se o delito pelo exercício regular do direito, porquanto a própria legislação ordinária admite o uso desses meios “anticoncepcionais”. Porém, esse ponto de vista não prevalece, pois a admissão de meios anticoncepcionais de modo algum constitui franquia para a liberação do aborto, mesmo nos primeiros dias da concepção. (FRANCO, 2008).

É importante ressaltar que havendo vida humana intra-uterina, seja ela através de fecundação natural ou artificial, a interrupção ilícita da gravidez constitui aborto.

Salienta-se que a fecundação deve desenvolver-se dentro do útero materno, pois só assim haverá gravidez. A destruição do ovo fecundado, que ainda se encontra no tubo de ensaio, não constitui delito de aborto, e nem crime de dano, uma vez que não tem valor econômico. Sendo, então, o fato atípico.

Para a comprovação do estado de gravidez fisiológica e a interrupção dolosa, no crime de aborto necessita-se do exame de corpo de delito, pois a gravidez suposta acarreta ao erro de tipo, tornando-se o emprego de meios abortivos crime impossível (art. 17, CP).

b) Métodos Abortivos

Provocar o aborto é dar causa ou produzir a morte prematura do produto da concepção. Essa tal provocação admite diversas modalidades.

Lélio Braga Calhau traz:

São vários os meios abortivos. O aborto é crime de forma livre, admite-se uma infinidade de meios executórios, como por exemplo, através de processos químicos, quando ocorre a introdução de certas substâncias químicas no organismo, como o fósforo, chumbo, álcool, ácido etc.; através de processos físicos mecânicos, como a curetagem, jogos esportivos, queda voluntárias etc.; através de processos físicos térmicos, como bolsas de água quente e bolsas de gelo; ou, através de processos psíquicos, como susto, sugestão incutimento de terror etc. (CALHAU,2004).

Assim, inúmeros são os métodos para chegar ao aborto, sejam eles dolosos ou culposos, basta produzir, provocar ou dar causa a expulsão prematura do nascituro que se caracteriza o aborto.

c) Morte do Produto da Concepção

Consuma-se o crime com a morte do produto da concepção.

Se ao praticar métodos abortivos o nascituro expulso continuar a viver por causa independente, haverá apenas a tentativa do crime, haja vista que o fim não foi alcançado.

Porém, se o nascituro expulso com vida vier a morrer posteriormente, decorrente das lesões provocadas pelos métodos abortivos aplicados, os agentes responderão pelo crime consumado.

Fernando Capez relata:

Realizada a manobra abortiva se o feto nascer com vida e em seguida morrer fora do útero materno, em razão das lesões provocadas pelo agente, responderá este último pelo crime de aborto consumado, uma vez que, embora o resultado morte tenha se produzido após o nascimento, a agressão

foi dirigida contra a vida humana intra-uterina, com violação desse bem jurídico. (CAPEZ, 2004, p.113).

d) Dolo

O Dolo é elemento subjetivo. No dolo direto ocorre a espontânea vontade do agente interromper a gravidez causando a morte do produto da concepção. Já no dolo eventual o agente apenas assume o risco do resultado.

Se um terceiro culposamente der causa ao aborto, responde pelo crime de lesão corporal culposa contra a gestante, uma vez que não se admite a forma culposa no crime de aborto.

Porém, se existir dolo ao provocar lesão corporal, conseqüentemente acarretando o aborto culposo na vítima que desconhecia a gravidez, mas poderia conhecer, o agente responde por lesão corporal gravíssima, enquadrando-se no artigo, 129, parágrafo 2º do Código Penal.

1.4.2 Consumação

A consumação se dá com a produção do resultado morte do feto, decorrente da interrupção da gravidez. Contudo, se a gravidez é inexistente ou o feto encontrava-se morto no momento da provocação há crime impossível ocorrendo a improbidade do objeto.

Salienta-se que o crime de aborto apenas ocorre se a morte do feto ocorrer dentro do ventre materno ou fora por força da sua prematura expulsão.

Expõe o Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais Lélvio Braga Calhau:

A ausência de vitalidade do feto, isto é, a falta de capacidade do nascituro em atingir a maturação, não exclui o delito. A lei penal, efetivamente, tutela a vida humana intra-uterina, pouco importando se o feto era, ou não, vital. O início da execução do crime de aborto, ou seja, quando a conduta típica começa a ser realizada e o fato se torna penalmente relevante, verifica-se no exato instante em que começa o ataque ao bem jurídico “vida intra-uterina”. Não existe fato típico antes desse momento, porém, meros atos preparatórios sem repercussão na esfera criminal (CALHAU, 2004).

O embrião já se configura um ser dotado de vida, ou seja, a fecundação (fertilização do óvulo pelo espermatozóide) ainda dentro do ventre materno já tem direitos. Portanto, mesmo se o óvulo ainda não se fixou na parede do útero para se desenvolver, mas já se fertilizou pode haver aborto.

O crime penal ao elencar a conduta e o resultado, taxa o crime de aborto como material. É também crime instantâneo, pois a consumação ocorre e se esgota.

Assim, a consumação ocorre com a interrupção da gravidez e a morte do produto da concepção.

1.4.3 Tentativa

Na tentativa a consumação não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente provocador, ou seja, quando os meios abortivos aplicados não são suficientes para produzir o resultado morte do feto.

Porém, será crime impossível, afastando a tentativa, quando absolutamente inidônea a aptidão para se interromper a gravidez, fundando-se no artigo 17 do Código Penal.

Para Flávio Augusto Monteiro de Barros:

O caso mais comum de tentativa de aborto é quando o agente, pretendendo interromper a gravidez, apenas acelera o parto e o feto nasce com vida e sobrevive. Nessa hipótese, a ação ulterior, nessa hipótese, contra o recém-nascido, depois da expulsão, tendo este maturidade suficiente para continuar a viver, constitui crime de infanticídio ou homicídio (BARROS, 1997, p. 70).

Chegou a se discutir a exclusão de punibilidade da forma tentada no auto-aborto e aborto consentido (artigo 24, CP), haja vista que no crime de lesão corporal não há de se falar em punibilidade quando ocorre auto-lesão.

1.4.4 Formas Permitidas: Aborto Sentimental e Necessário.

O Ordenamento jurídico brasileiro permite a prática do aborto desde que o médico haja amparado em alguma das excludentes de ilicitude do artigo 128 do Código Penal:

Art. 128 - 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 (BRASIL, 1940).

O legislador ao usar a expressão “não se pune” confundiu a interpretação do dispositivo, não se tratando de causa extintiva de punibilidade exclusiva do médico, pois nessa hipótese a enfermeira que auxiliasse o médico na prática do aborto seria punida. No

caso, a norma penal permite expressamente o aborto, excluindo a antijuridicidade, tornando o fato lícito.

O artigo supracitado em seu inciso primeiro elenca a primeira hipótese de aborto permitido em nossa legislação, trata-se do aborto terapêutico ou necessário, admitido somente quando inexistir outra forma de salvar a vida da gestante.

Entende Odon Ramos Maranhão:

O aborto necessário é praticado por médico, se não há outro meio de salvar a vida da gestante, ou seja, é a interrupção da gravidez realizada pelo médico quando a gestante estiver correndo perigo de vida e inexistir outro meio para salva-la.

Então, assim reconhece o Código Penal, em seu art. 128, I, expressamente, a licitude do aborto necessário, desde que presentes dois requisitos: a) perigo real à vida da gestante; b) que não haja outro meio e salvar-lhe a vida (MARANHÃO, 2005).

Podendo ser terapêutico (curativo) ou profilático (preventivo), exigindo-se o perigo à vida da gestante, não permitindo apenas perigo à saúde, caso em que o fato se tornaria ilícito.

Nesse caso o aborto se torna o único modo de preservar a vida da gestante, o legislador optou pela salvação de um bem jurídico e a destruição de outro ao se deparar que ambos estão em perigo.

Ensina Fernando Capez:

Trata-se de espécie de estado de necessidade, mas sem a exigência do que o perigo seja atual. Assim, há dois bens jurídicos (a vida do feto e da genitora) postos em perigo, de modo que a preservação de um (vida da genitora) depende da destruição do outro (vida do feto). O legislador optou pela preservação do bem maior, que, no caso, é a vida da mãe, diante do sacrifício de um bem menor, no caso, um ser que ainda não foi totalmente formado. Não seria nada razoável sacrificar a vida de ambos se, na realidade, um poderia ser destruído em favor do outro (CAPEZ, 2004, p. 123).

Como vimos, a excludente de ilicitude do caput do artigo 128 do Código Penal se refere ao médico, assim, a enfermeira ou parteira não responderá pelo crime se amparada pelo artigo 24 (estado de necessidade, no caso, de terceiro). Nessa hipótese, exige o perigo atual e indelutável da gravidez, caso contrário o fato será ilícito, pois a capacidade de diagnosticar o prejuízo futuro à vida da gestante, elencado no inciso I do artigo 128, é restrita ao médico.

Se diagnosticado erroneamente pelo aborto e futuramente comprovado pela sua desnecessidade, ocorrerá o erro, excluindo o dolo, se enquadrando o delito no elencado no parágrafo 1º do artigo 20 do CP.

Em relação ao aborto sentimental, também chamado de humanitário ou ético, a prática é consequência de uma relação sexual violenta, ou seja, o aborto é realizado em gravidez que se originou de um crime de estupro.

O Código Penal Brasileiro não exige uma sentença penal homologatória para realizar o aborto, basta que haja prova dos fatos e da coagida relação sexual, ou seja, uma vez comprovados os fatos, depende exclusivamente da vontade da vítima.

O Estado busca proteger os danos futuros que uma relação decorrente de um estupro pode acarretar, principalmente psicológicos, não podendo obrigar a vítima a gerar um filho fruto de uma violência.

O artigo 128, II, do Código Penal não distingue entre o estupro com violência real ou presumida (artigo 124, CP.), assim entende-se se presumido, exclui-se a ilicitude.

Para Fernando Capez:

Na interpretação legal da regra é necessário ter em vista que onde a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo, até porque qualquer restrição importaria em interpretação *in malam partem*, já que, se se entendesse estar excluído do dispositivo legal o estupro com violência ficta, a conduta do médico que praticasse o aborto nessas circunstâncias seria considerada criminosa (CAPEZ, 2004, p.124).

Assim provado o estupro e com o consentimento da gestante ou de seu representante, o médico poderá realizar o aborto. Aditem-se todas as provas de Direitos, é suficiente qualquer prova idônea (Boletim de Ocorrência, atestado médico relativo às lesões sofridas etc.).

Porém, basta declaração da gestante ou representante para se realizar o aborto, assim para se garantir, o médico deverá exigir por escrito ou na presença de testemunhas e se existir processo criminal em andamento contra o estuproador, consultar o Ministério Público e o Juiz.

CAPÍTULO 2 – ANENCEFALIA

2.1 Conceito

Atualmente o aborto é tema de muita discussão na sociedade brasileira, chegando até ao judiciário, encontrando defensores de idéias totalmente diversas, como os que são favoráveis à descriminalização do aborto em todas as hipóteses, e os que lutam pela proibição absoluta.

Na maioria das vezes a gestante, mesmo sabendo dos riscos e gravidade da anencefalia, decide pelo não abortamento, seja por convicções religiosas ou simples esperança no nascimento saudável do feto.

Porém, não podemos negar que essa decisão é personalíssima à mãe ou pais, devendo ser respeitada suas vontades, assim, não podem ser privados se optarem pelo aborto para diminuir tamanho sofrimento.

O aborto de feto anencéfalo vem causando constrangimento também na área da saúde, pois até os médicos quando se deparam com esses casos de impossibilidade de vida extra-uterina ficam sem saber como agir.

Para Manuel Sabino Pontes:

O aborto de anencéfalos, como qualquer outro, pode trazer conseqüências serias para a mulher. Por ser portadora de um feto anencéfalo a mulher não está livre das conseqüências do aborto, como por exemplo, as conseqüências físicas que são: laceração do colo do útero provocada pelo uso de dilatadores, perfuração do útero, hemorragias uterinas entre outras (PONTES, 2005).

Assim, antes de discutirmos sobre o abortamento anencefálico, precisamos esclarecer alguns pontos sobre anencefalia, problemática principal encontrada pelo Supremo Tribunal Federal.

A anencefalia se caracteriza pela falta dos ossos cranianos, hemisféricos e do córtex cerebral. Assim, uma falha no início em que se desenvolve o mecanismo de fechamento do tubo neural acarreta numa alteração na formação cerebral do feto.

Não se trata de fato novo ou matéria original, feto anencéfalos sempre existiram, porém, antigamente só era percebido com a interrupção espontânea da gravidez ou na hora do nascimento. Agora, com o avanço da tecnologia constata-se precocemente, trata-se da ultra-

sonografia que detecta até o fim do primeiro trimestre da gravidez a ausência simétrica dos ossos da calota craniana, ou seja, a crania, permitindo um diagnóstico específico.

Essa antecipação do diagnóstico que coloca em discussão o que seria inimaginável em épocas passadas, levando ao conflito sobre a legalização do aborto anencefálico, chegando até ao Supremo Tribunal Federal.

Assim, concluímos que a anencefalia é uma anomalia em que o feto geralmente morre na gestação e, os que sobrevivem morrem logo nas primeiras horas de vida, sendo os tratamentos aplicados ao recém nascido exclusivamente anódino, visto que não há prognóstico de cessar tal anomalia. Além do mais, a patologia gera um aumento do risco gestacional para a mãe.

Explica Márcia Regina Machado Melaré:

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

Assim, a anencefalia é caracterizada por ausência do crânio juntamente como os hemisférios cerebrais, que são rudimentares ou estão ausentes. Há também extrema diminuição do tamanho da glândula supra-renal.

A inexistência das estruturas cerebrais (hemisférios e córtex), na anencefalia, provoca ausência de todas as funções superiores do sistema nervoso central. Estas funções têm a ver com a existência da consciência e implicam na cognição, percepção, comunicação, afetividade e emotividade, ou seja, aquelas características que são a expressão da identidade humana. Há apenas uma efêmera preservação de funções negativas que controlam parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Esta situação neurológica corresponde aos critérios de “morte neocortical”, enquanto que, a abolição completa da função encefálica define a “morte cerebral” ou “encefálica (MELARÉ , 2005).

A ultra-sonografia consegue detectar a presença ou não da anencefalia em praticamente 100 % dos casos, colocando em dúvida qual o momento adequado para o parto da gestante, quando diagnosticado a presença do feto anencefálico.

A viabilidade para a vida extra-uterina depende de suporte tecnológico disponível (oxigênio, assistência respiratória mecânica, assistência vasomotora, nutrição, hidratação). Há 20 anos a viabilidade do recém nascido se dava ao completar 28 semanas de vida, enquanto hoje se consideram 24 semanas. Ser viável não corresponde a um conceito absoluto, mas subjetivo podendo variar conforme influências do local onde o feto é gerado

Entretanto, em todos os casos, a viabilidade resulta concebível em relação a fetos intrinsecamente são ou potencialmente são. O feto anencéfalo, ao contrário, é intrinsecamente inviável. Dentro de um quadro de “morte neocortical”, carece de toda

lógica aplicar o conceito de viabilidade em relação ao tempo de gestação. O feto será inviável qualquer que seja a data do parto.

2.2 Riscos da Gravidez do Feto Anencefálico

Analisando a gravidez do ponto de vista físico da genitora, a anencefalia quando diagnosticada pode acarretar riscos à saúde, se a gestação for levada adiante.

Cabe mencionar que entre 30% a 50% dos casos de anencefalia acompanha amiúde de polihidrâmnios com todas as complicações deles decorrentes (dificuldade respiratória, hipotensão em decúbito dorsal, ruptura uterina, embolia de líquido amniótico, desligamento normoplacentário, atonia uterina pós-parto, etc.).

É comprovado também que os fetos podem ser maiores que o comum, trata-se de macrossomia fetal, onde a ausência de pescoço do feto e o tamanho diminuído da cabeça fazem com que o tronco penetre no canal do parto junto à cabeça, provocando uma grave distocia.

Vale, contudo, lembrar que o conhecimento de saúde, enquanto direito fundamental tutelado em nível Constitucional (art. 196 da CF) não se limita à saúde física. A saúde é definida como estado de completo bem estar físico, mental e social e não simplesmente como a ausência de enfermidade, pela Organização Mundial da Saúde.

É inquestionável que a saúde psicológica da genitora de feto anencéfalo passe por transtornos consideravelmente prejudiciais.

Ensina o Desembargador Aposentado Alberto Silva Franco:

O diagnóstico da anencefalia já se mostra suficiente para criar, na mulher, uma grave perturbação emocional, idônea a contagiar a si própria e a seu núcleo familiar.

São evidentes as seqüelas de depressão, de frustração, de tristeza e de angústia suportadas pela mulher gestante que se vê obrigada à torturante espera do parto de um feto absolutamente inviável. Esta morte certa, que não se permite abreviar no tempo, constitui a condenação imerecida da mulher grávida e a abolição do exercício de sua autonomia de vontade. Obrigá-la a carregar, em seu ventre, um ser morto, porque deixará de existir se dela desconectar, constitui ainda uma ofensa à sua dignidade de mulher, e mãe, enfim, de pessoa humana (FRANCO, 2008).

Assim, os riscos em que é submetida a saúde da mãe são inúmeros, tanto físicos como psicológicos, além do que transforma toda a estrutura familiar, haja vista que todos sofrem por um período muito maior até que ocorra o parto do feto anencefálico.

2.3 Considerações Legais

As abordagens de estados intermédios em adulto já são repletas de dúvidas éticas e jurídicas, imagina quando deparado com casos mais complicados que envolvem crianças recém-nascidas com anomalias graves e extremas.

Lembra Alberto Silva Franco:

Dentre os recém-nascidos malformados, há o caso de anencéfalo, onde a formação incompleta do tubo neural embrionário deixa de originar a porção superior do sistema nervoso central, ou a faz de forma bastante rudimentar, bem como a estrutura óssea correspondente, tornando inviável a sobrevivência autônoma, quando apartado do útero materno. (FRANCO, 2008).

Como vimos em regra, a vida após o nascimento dura apenas horas até alguns dias, podendo ser prolongada, implantada a intubação e assistência artificial.

Pela falta de perspectiva de sobrevivência, parece desnecessário a aplicação de tais manobras invasivas que prolonguem por alguns dias a vida do recém-nascido e a dor da família, pois nada mais poderá oferecer-lhes.

Primeiramente, podem imaginar que se trata de um caso específico de colisão de direitos, ou seja, valores potencialmente tutelados em conflito.

De um lado encontramos o direito de vida do nascituro e do outro lado, a liberdade e autonomia da genitora, ou seja, a perspectiva de uma vida de um lado e incolumidade da gestação em outro.

Porém, essa potencialidade de vida do nascituro está prejudicada, haja vista que a vida fora do útero materno não se desenvolverá naturalmente, ficando assim comprometida sua perspectiva de vida.

Entende Manuel Sabino Pontes:

A antecipação desse evento morte em nome da saúde física e psíquica da mulher não pode ser colocada contra o princípio da dignidade da pessoa humana, em sua perspectiva da liberdade, intimidade e autonomia privada. Bem como, nesse caso, a eventual opção da gestante pela interrupção da gravidez não poderia ser considerada crime, isso porque, ao proceder à ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, a vida extra-uterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher. Entende-se que, no caso em tela, deve prevalecer a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas condições morais e religiosas, seu sofrimento pessoal. (PONTES, 2005).

Por se tratar de feto com a vida extra-uterina inviável, a principal questão é esclarecer que, qualquer que seja o momento do parto ou a interrupção da gravidez o resultado morte será o mesmo, não havendo possibilidade alguma do feto sobreviver fora do útero materno naturalmente.

2.4 Posições de Especialistas

2.4.1 Argumentação Médica

O Código de Ética Médica prevê que por objeção de consciência os profissionais da saúde podem deixar de realizar o aborto.

A medicina, ao longo do tempo, sempre foi escrava da religião, sofrendo influências da rigorosa tradição. Nessa época os médicos tinham, antes de tudo, de aparentar ser um bom homem, ou seja, se aproximavam mais da bondade e caridade do que de um profissional que enfrenta situações complexas e desafiadoras no dia a dia.

A ética dos médicos amparada pelo todo corpo hipocrático sempre se baseou pela teoria das virtudes, sendo a prudência a virtude mais salientada no juramento.

Conforme se evolui, a medicina enfrenta situações novas no cotidiano que nem sempre acarreta numa tomada de decisão coerente. A responsabilidade do médico perante o paciente e a sociedade, ampara-se em uma necessidade que está em constante progressão, ficando os aspectos éticos e morais presos a essa evolução.

Para Marcos Ralston de Oliveira Rodeguer:

À medida que a medicina avança em suas conquistas e investigações, maiores se tornam os riscos desse desenvolvimento. Longe de se diluir ou atenuar a significação da Ética, faz-se ela doravante mais mister do que nunca.

A Norma Técnica de Atendimento Humanizado do Aborto, em fase da redação pelo Ministério da Saúde, autoriza os médicos do Sistema Único de Saúde (SUS) a realizar o aborto em mulheres que alegam ter engravidado em decorrência de estupro. E, segundo a interpretação do Ministério da Saúde, o Código Penal descarta a punição judicial de médicos, caso se comprove, posteriormente, que a gravidez abortada não resultou de estupro.

A nova norma torna obsoleta a orientação anterior, em vigor desde 1998, que obrigava os médicos a exigir da vítima o Boletim de Ocorrência (BO).

O Ministério da Saúde alega que cancelou a exigência do BO porque o Código Penal, no art. 180, não obriga a mulher registrar o crime na polícia. (RODEGUER, 2005).

A medicina classifica a interrupção da gestação em eugênica, terapêutica, seletiva e voluntária, mas apenas a primeira hipótese não leva em conta a vontade dos pais, levando a exceção do princípio bioético da autonomia do paciente diretamente, levando as demais a uma discussão ética mais ampla.

A medicina classifica a anencefalia pela ausência de: grande parte do cérebro, pele que teria de cobrir o crânio na zona do cérebro anterior, hemisférios cerebrais e pela exposição exterior do tecido nervoso hemorrágico e fibrótico.

O feto anencéfalo não se resume apenas às anomalias supracitadas. Inclui ainda a falta do hipotálamo, o desenvolvimento incompleto da hipófise e do crânio, com estruturas faciais alteradas, que dão ao anencéfalo uma aparência peculiar, e anormalidades nas vértebras cervicais.

Os olhos podem até apresentar, na primeira impressão, normais, mas o nervo ótico, quando existente, não chega até o cérebro, ficando o feto com aparência de uma rã, haja vista que não está presente a calota craniana e a cobertura das estruturas neurológicas restantes, com uma protrusão dos olhos secundada pela ausência do osso frontal que conforma a parte superior da órbita craniana.

Marcos Ralston de Oliveira Rodeguer, explica:

O feto anencéfalo, em razão do tronco cerebral, preserva, de forma passageira, as funções vegetativas, que controlam, parcialmente a respiração, as funções vasomotoras e as dependentes da medula espinhal. Por todas essas graves carências do processo de desenvolvimento embrionário, o anencéfalo guarda, em altíssimo percentual, incompatibilidade com os estágios mais avançados da vida intra-uterina e total incompatibilidade com a vida extra-uterina.

As características unanimemente reconhecidas, em nível médico, desencadeiam, no entanto, uma discussão acirrada acerca de sua exata qualificação em face dos conceitos de vida e de morte.

Nenhuma tomada de posição mostra-se adequada se não se partir de uma consideração básica: vida e morte constituem um processo contínuo, gradual e complexo, não um episódio isolado e, como um processo, têm um desenrolar encadeado no tempo. É evidente, assim, que o conceito de vida ou de morte se insere num dado momento desse desenvolvimento biológico, mas aí não se cuida mais de um conceito de biologia ou de medicina e, sim, de algo que ultrapassa esses limites e chama à colação a filosofia, a ética, a lei e a própria sociedade. (RODEGUER, 2005).

Podemos concluir que a medicina nos leva a crer que o feto anencéfalo é um projeto embriológico falido, não podendo ser considerado um processo de vida, e sim um processo de morte. No feto não preexiste uma vida propriamente humana, pois ele nunca chegará a ser “pessoa humana”.

Indo mais além, na anencefalia não estão presentes os requisitos de morte cerebral, mas os de morte neocortical, não podendo ser considerado o feto tecnicamente como vivo. Portanto, não se está diante de um nascituro.

2.4.2 Argumentação Religiosa

É muito antiga a polémica sobre o aborto, apesar se sua prática nem sempre ser discriminada. Durante o período clássico, o Direito Romano não considerava o aborto como crime, apenas ato imoral.

Contudo, a Igreja Católica sempre foi contrária ao aborto, às vezes dando mais valor à vida do filho que à da mãe. Preocupação se dava quanto ao fato do feto morrer sem o batismo da igreja, pois de acordo com os ensinamentos católicos, indivíduo que morresse sem o devido batismo iria para o limbo.

O entendimento cristão considera ilícito o que eles entendem como “fazer um mal para conseguir um bem”, condenando rigorosamente o aborto terapêutico, alegando que o estado de necessidade não legitima, em hipótese alguma, o sacrifício do inocente.

A Cúria Romana em um dos seus mais firmes pronunciamentos, em 1988, radicalizou moralmente ao considerar excomungados todos os católicos que, de alguma forma, der a causa morte ao feto, não importando motivos, métodos e fase da gravidez.

Os Estados Unidos não recebeu muito bem a decisão de que todos católicos que praticassem o aborto estariam automaticamente excomungados, onde houve várias manifestações de rejeição e repúdio à Santa Sé, alegando que a decisão de abortar pertence exclusivamente à mãe ou pais.

Freqüentemente a Igreja Católica se pronuncia em relação à sua oposição ao aborto. O falecido Papa João Paulo II sempre pregou sua oposição à prática do aborto nos países que excursionou, considerando certos métodos contraceptivos como abortivos.

Explica Ricardo Di Bernardi:

O Papa João Paulo II condenava o aborto nas suas viagens a diversos países. Condenava até o sexo por prazer mesmo entre os casais unidos pelo matrimônio e exigiu o respeito pela vida desde a concepção até o momento natural da morte. Criticava duramente o aborto e a permissividade sexual, afirmava que as experiências e tendências dos anos enfatizavam claramente os efeitos profundamente negativos dos programas anticoncepcionais, e que esses programas aumentavam a permissividade sexual e, que com isso, promoviam a conduta irresponsável com graves conseqüências, especialmente, para a educação da juventude e a dignidade das mulheres.

Condenava toda e qualquer política oficial de controle à natalidade que defendia a prática do aborto e o uso de métodos artificiais de contracepção, ressaltava que o planejamento familiar deve ser de responsabilidade exclusiva da família, que, por meio de métodos naturais e orientada para uma paternidade responsável, decidiria sobre sua prole. (BERNARDI, 2003).

O Espiritismo entende que a alma se junta ao corpo na concepção e, caso o corpo escolhido falece antes do nascimento, escolherá outro corpo. Com base nesse pensamento a doutrina espírita aceita o aborto necessário, acreditando que no caso em que a genitora estiver correndo perigo com o nascimento da criança é preferível sacrificar o ser que “não existe” ao já existente.

A Igreja Unida do Canadá entende que toda gravidez que acarreta seriamente risco à saúde física e mental da mãe, admitindo-se também distúrbios mentais, devidamente diagnosticados por profissionais insuspeitos, podem, conseqüentemente, realizar-se o aborto.

Logo depois, foi aprovado o aborto em caso de gravidez perigosa à saúde ou vida da genitora pelo Conselho Nacional das Igrejas do Cristo dos Estados Unidos.

Em seguida se pronunciou a Assembléia Geral das Igrejas Presbiterianas Unidas, entendendo que cada caso deve ser analisado separadamente ficando a responsabilidade de decidir nas mãos dos profissionais da saúde, aplicando juridicamente o exame de prioridade dos casos.

Já a Assembléia Geral dos Unitários Universalistas foi mais além requerendo permissão a diversas formas de aborto, como explica Ricardo Di Bernardi:

Na Assembléia Geral dos Unitários Universalistas, corrente religiosa de credo protestante, foi requerida a legalização do aborto em todos os casos em que a gravidez implique perigo físico ou mental para a mãe, assim também como risco de nascimento de criança com grave defeito físico ou psíquico, quando a gravidez provenha de estupro ou incesto, da mesma forma que ocorrendo fortes razões materiais, psicológicas, mentais ou econômicas (BERNARDI, 2003).

Assim, diante do estudo na área religiosa, concluímos que existe bom senso entre as diversas religiões em admitir a prática de aborto em ocasiões variáveis, inclusive por anomalias do feto. Apenas a Igreja Católica apresenta uma opinião mais radical e antiquada ao não aceitar o aborto em nenhuma de suas modalidades.

2.4.3 Argumentação Jurídica

Como já abordado, desde antigamente o aborto causa polêmicas discussões, sempre com cada lado defendendo seu ponto de vista, surgindo sempre alegações ponderáveis de ambos os lados.

O avanço da tecnologia ajuda a afrontar esse debate, é o caso do microscópio óptico capaz de identificar alguma anomalia precocemente no feto, justificando a causa do aborto. Mas a base das contradições sempre foram as mesmas.

Quando elaborado, o nosso ordenamento jurídico penal caracterizou-se por ser conservador no que se trata de aborto, influência sofrida pelo legislador de religiões predominantes em nosso país.

Como analisado, o Código Penal permite a prática do aborto em somente duas ocasiões: risco concreto à gestante e gravidez resultante de estupro. São os chamados, respectivamente, aborto necessário e humanitário.

A anencefalia diagnosticada ainda na gestação é sem dúvida a maior encruzilhada das vertentes, ficando difícil de esclarecer alguns pontos na justificação do legislador ao decretar sua proibição ou sua permissão.

Para Alberto Silva Franco:

O aborto por anencefalia não está expressamente previsto na lei penal brasileira. Tampouco outras situações de má formação do feto (aborto eugênico ou eugenésico). Também não se permite no Brasil o chamado aborto a prazo (que ocorre quando a gestante pode abortar o feto até a décima segunda semana, conforme decisão da própria gestante), nem o aborto social ou econômico (feito por razões econômicas precárias). (FRANCO, 2008)

Em um Estado Social e Democrático de Direito, as idéias e entendimentos jurídicos expressados têm que condizer com a forma de Estado adotado por nosso país, sem espaço para se conflitar razões tipicamente jurídicas com a moralidade, fundando-se em um modelo de Estado que prega a dignidade da pessoa humana.

Entende Manoel Sabino Pontes:

O Direito não é, não deve ser, pois a razão jurídica não o permite, nem a razão moral o pretende, um instrumento de reforço da moral. O seu objetivo não é o de oferecer um braço armado à moral, ou melhor, dada a existência de várias concepções morais da sociedade, a uma determinada moral. O Direito tem o dever, diferente e mais limitado, de assegurar a paz e a convivência civil, impedindo os danos que umas pessoas podem causar às outras, sem lhes impor sacrifícios inúteis ou insustentáveis. Destarte, o

direito e a moral são sistemas distintos. Todos estamos submetidos ao mesmo direito: é uma condição da igualdade e, antes ainda, da certeza e do próprio papel normativo do direito. Ao contrário, nem todos temos, e nem sequer devemos ter, numa sociedade liberal, as mesmas opiniões, ou crenças, ou valores morais ou culturais. Por isso, o Estado não tem, portanto, de se meter na vida moral dos cidadãos, defendendo ou impedindo estilos morais de vida, crenças ideológicas ou religiosas, opções ou atitudes culturais. O seu dever é apenas o de garantir a igualdade, a segurança e os mínimos vitais. E pode fazê-lo através do estabelecimento e da garantia, no pacto constitucional, dos direitos fundamentais de todos os cidadãos: a começar pelos direitos de liberdade, que equivalem a outros tantos direitos à própria identidade cultural, quer seja ela homogênea ou diferente, majoritária ou minoritária e até liberal ou antiliberal. (PONTES, 2005).

É importante esclarecer que embora o homicídio e o aborto estejam taxados pelo Código Penal nos crimes contra a vida, possuem divergências quanto ao período do bem tutelado. Enquanto o primeiro protege a vida extra-uterina, o segundo protege a vida intra-uterina.

Ademais, o aborto não permitido a modalidade culposa, tendo o diferencial de a mãe poder ser duplo agente, possuindo seus próprios direitos, podendo ser autora ou vítima do delito, e ainda é portadora do bem jurídico tutelado.

Esses diferenciais são de extrema relevância para aplicação do quantum punitivo, tanto em relação ao aborto, como ao homicídio.

Por força de um processo patológico, na anencefalia o feto ou embrião apesar de estar se desenvolvendo irreversivelmente irá morrer, causando a morte neocortical.

Porém, a anencefalia não está prevista em nosso Código Penal como excludente de ilicitude, sendo um fato atípico, mesmo tendo indícios para se pensar na possibilidade do aborto, falta uma norma legal regularizadora

Ensina Alberto Silva Franco:

É evidente que a hipótese de anencefalia não se acomoda em nenhuma das hipóteses, de aborto, relacionadas no Código Penal brasileiro. No caso, embora a gestante possa vir a sofrer agravos na sua saúde física, psíquica e social, sua vida não está em jogo.

Sendo a anencefalia, em nível jurídico-penal, um flagrante caso de atipicidade, não tem o menor sentido exigir-se autorização judicial para que se proceda à interrupção do processo gestacional ou o adiantamento do parto (FRANCO, 2008).

O Estado ao transmitir direitos ao juiz busca que o mesmo aplique em suas decisões os princípios adotados por nossa sociedade, não ficando a mercê dele analisar os fatos e sentenciar, punindo ou não, se baseando no seu código particular de princípios.

Tal procedimento acarreta danos irreversíveis quando aplicados, pois deixam os litigantes reféns do Judiciário, contando com a “sorte” de encontrar juízes com pensamentos, costumes e dogmas religiosos equivalentes aos seus.

Quando a mãe busca auxílio do Estado, no caso de anencefalia, a utilização do direito será exclusiva para reafirmação de valores morais ou religiosos, impondo a mulher a maiores sacrifícios, como se já não bastasse a dor da certeza de estar carregando no ventre um filho que não terá condições naturais de viver.

O Judiciário se depara então com um conflito onde sua decisão certamente irá contradizer nossa legislação, buscando analogias para se fundamentar. Pois, se o juiz entender que a conduta do médico e da mãe são criminosas, não poderá permitir a antecipação do parto, por se tratar de fato típico e ilícito e, se considerar ele as condutas dos mesmos como atípicas, se tornam totalmente dispensável e autorização judicial.

CAPÍTULO 3 – RELEVÂNCIA DO ABORTO ANENCEFÁLICO

3.1 Argumentos Favoráveis e Contrários

Legalizar não significa liberar a prática do aborto, sem nenhuma restrição. Atualmente, mesmo sendo considerado crime, ele ocorre desta maneira, sem nenhuma restrição, ocasionando, conseqüentemente, um elevado custo social.

Isto, pois, as mulheres melhores favorecidas interrompem a gravidez com grande freqüência em clínicas privadas, que oferecem um trabalho de alta qualidade e higiene.

Entretanto, as mulheres menos favorecidas economicamente se sujeitam às clínicas clandestinas, quando não o fazem sozinhas em casa, utilizando utensílios inadequados e anti-higiênico. Não obstante, acabam enfrentando seqüelas terríveis ou até morrendo, vitimadas por graves infecções ou hemorragias, como ocorre na maioria das vezes.

Para Luiz Flávio Gomes:

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. E 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 se pode impedir o exercício do direito ao abortamento para aquelas que não querem padecer tanto sofrimento (GOMES, 2004, p. 35 e 36).

Ocorre, assim, um conflito entre dois princípios constitucionais, a saber: direito à vida e direito à liberdade, o qual, no caso, somente poderá ser delimitado pelo bom senso, considerando sempre a alta possibilidade do feto vier a morrer durante a gestação ou logo após o parto.

Outro importante direito assegurado pela Constituição Federal, porém não respeitado é o da dignidade humana, isto pois, ao proibir a interrupção da gravidez estamos atentando contra a dignidade humana. Haja vista, a dignidade da pessoa assegura o direito à integridade física e psíquica.

Contudo, nestes casos, tal ato configura, sem dúvida alguma, uma grande “tortura psicológica” à gestante e seus familiares, além da violação da integridade física da mulher pelo fato do seu corpo sofrer alterações inutilmente.

Concluímos, então que esta antecipação do parto de feto anencefálico não pode ser considerada crime, vez que a gestante deve ter o direito de defender sua integridade física, além de que somente o feto com capacidade potencial de ser pessoa poderá ser sujeito passivo do crime de aborto.

Porém, são inúmeros os argumentos contrários e pressões no intuito de não descriminalizar a prática abortiva em fetos anencéfalos. É tanto que o STF acabou cedendo à pressão da Igreja e cassando a liminar que permitia tal prática em outubro de 2004, por sete votos a quatro.

A saber, a liminar concedida em julho de 2004, por Marco Aurélio de Mello, o então ministro do Supremo Tribunal Federal, permitia a antecipação do parto nos casos em que fosse diagnosticada a anencefalia.

Uns dos argumentos mais utilizados pelos defensores da não permissão da prática abortiva do feto anencéfalo é o caso da menina Marcela de Jesus. O caso causou muita divergência e discussão na área médica, a criança sobreviveu 1 ano e 8 meses após ser diagnosticada a anencefalia, ainda durante a gestação.

Assim, os contrários ao aborto se encheram de força alegando que tinha ocorrido uma exceção a ciência médica, onde os julgamentos que estavam amparados pelos conhecimentos científicos sistemáticos, estariam comprometidos.

Como já demonstrado, a anencefalia se caracteriza pela ausência total ou parcial da calota craniana, dos hemisférios cerebrais, do cerebelo, com presença de tronco cerebral rudimentar. Contudo, ficou verificado na tomografia de Marcela apresentada na primeira audiência pública de instrução ao STF que ela tinha tronco cerebral, cerebelo e uma parte do hemisfério cerebral, caracterizando um desenvolvimento incompleto do cérebro

Para os favoráveis, o que realmente aconteceu, não foi uma exceção a menina sobreviver por 20 meses, mas um caso típico de erro de diagnóstico por não estarem presentes em Marcela as características da anencefalia.

Entretanto, é necessário refletir sobre referidas pressões, principalmente pela insistência da Igreja Católica em interferir nas questões legais e políticas do Estado, que é laico de acordo com a Constituição. Atitudes como estas que provocaram inúmeros retrocessos.

3.2 Direitos Humanos

A grande questão sempre foi quanto à interpretação jurídica da personalidade das pessoas, pelos diversos costumes das populações, ou seja, a capacidade do homem de contrair direitos e deveres, observando aspectos morais e humanos.

Ensina Mirian Cristina Generoso Ribeiro Crispin:

Na atualidade, é pacífica sua titulação por todos os homens. Observando-se a longa evolução porque passou a humanidade. A escravidão bastante arraigada nos hábitos dos povos clássicos da Grécia e de Roma, implicava na privação do estado de liberdade do indivíduo, sendo reputada como a *capitis deminutio* máxima.

Fundado na fraternidade, coube ao pensamento cristão provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Essa luta, que teve seu lugar ainda no final do Império Romano, com a proibição de crueldades aos escravos, imposta pelo Imperador Constantino, continuara, com o ressurgimento da escravidão, provocados pelas navegações. (CRISPIN, 2005).

Os ordenamentos atuais colocam o homem como principal objeto nas relações de Direito. Isso porque guerras e políticas implantadas, ao longo da história, foram arrasadoras com determinados povos, levando à implantação de políticas que tenham como base a dignidade da pessoa humana, como o Estado Democrático de Direito adotado por nosso país.

O artigo 1º, III da CF. fundamenta a dignidade da pessoa humana em relação ao Estado Democrático de Direito.

Cabe ressaltar que estão relacionados no rol dos direitos da personalidade a integridade física, a vida, o corpo e até o cadáver.

Fica claro observar que os direitos à dignidade, bem como à liberdade da gestante conflita com seus próprios direitos de reprodução, ou seja, seus direitos se relacionam.

A dignidade da pessoa humana coloca a espécie humana como centro dos ordenamentos jurídicos.

Esse ensinamento, que exclui as demais espécies de vida, abrange juridicamente a coletividade como um todo e cada um individualmente, ou seja, separadamente.

A Constituição Federal de 1988 tipificou em seu artigo 5º os direitos e deveres individuais e coletivos, trazendo importantes exigências em relação à ofensa da dignidade da pessoa humana, onde o Estado deverá punir as infrações de tais normas.

Exemplificando, o supracitado artigo assegura princípios básicos relacionados à dignidade da pessoa humana como em seus incisos III e X:

- III - ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante;
- X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988)

Ampara-se também, o respectivo artigo, basicamente em direitos humanos a serem observados na aplicação dos ensinamentos jurídicos, para que a população seja protegida pelos princípios do Estado Democrático de Direito.

3.3 Direito à Vida

O Direito à vida é um direito natural, decorrente simplesmente da condição de ser humano, tornando-se um direito fundamental do homem, no qual a maioria dos direitos e deveres vão se amparar.

A Constituição Federal do Brasil elenca no caput do artigo 5º a inviolabilidade do direito à vida.

Para Rodrigo Pires da Cunha Boldrini:

Todos os direitos são invioláveis, não existe direito passível de violação. Mas a Constituição Federal fez questão de frisar a inviolabilidade do direito à vida exatamente porque esse é um direito fundamental. E é importante lembrar que a Constituição Federal é a Lei Maior do país, à qual deve se reportar todas as demais leis. Além disso, os direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal, são cláusulas pétreas, isto é, são direitos que não podem ser suprimidos da Constituição (BOLDRINI, 2003).

Não obstante a nossa legislação maior tornar inviolável o direito à vida, o nosso país também assinou diversos tratados internacionais de direitos humanos que declaram a inviolabilidade da vida.

Podemos considerar, aprofundando-se, que a vida é o primeiro e principal direito resguardado por nossa Constituição Federal, deixando os direitos à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade em segundo plano, por ser inobservado quando a vida deixar de existir.

Desta forma, podemos analisar que a vida é o bem maior de qualquer ser humano, bem como o primeiro valor moral.

Ensina Mirian Cristina Generoso Ribeiro Crispin:

Nenhum homem conseguiu criar ou inventar a vida, dominar o começo da vida, ou seja, não são os homens que criam a vida. No máximo os homens são capazes de perceber que em determinadas condições, quando se juntam certos elementos, a vida começa a existir. Os cientistas podem até juntar num vidrinho, numa proveta, os elementos que geram a vida, porém, não conseguem criar esses elementos.

Assim, não sendo, o homem, capaz de criar a vida de um ser humano, não tem o direito de tirar a vida de ninguém. O homem não pode ter o direito de matar outro ser humano (CRISPIN, 2005).

Além de nenhum bem humano ser superior à vida, todas as vidas se equiparam sem distinção de raça, religião, condição financeira ou qualquer outra forma de preconceito. Nenhuma vida humana é diferente das outras, não valem mais e nem menos.

Respeitar a vida humana de uma pessoa representa buscar atender todas as necessidades fundamentais para sua existência natural e não apenas deixar de colocar em risco sua vida.

Assim, todas as pessoas têm o dever de respeitar a vida alheia. Entende-se como respeito entre outros aspectos a dignidade da pessoa humana.

Para Celso Spitzcovsky:

Em nosso País, o direito à existência digna é refletido, entre outros aspectos, pela obrigação atribuída ao Estado e à sociedade de realização de ações integradas para a implementação da seguridade social, destinada a assegurar a prestação dos direitos inerentes à saúde, a previdência e à assistência social. Nesse contexto, estão incluídas as ações no campo da saúde, realizadas mediante políticas sociais e econômicas que objetivem a redução dos riscos de doença e de outros agravos, garantindo-se o acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação (SPITZCOVSKY, 2006).

Quando se fala que o Estado tem a obrigação de diminuir riscos de doenças na área da saúde, busca-se a implantação de métodos modernos para preservação da vida, que devem ser acompanhados por novas normas jurídicas.

O avanço da tecnologia acarretou no precoce descobrimento de anomalias como do feto anencefálico na gestação criando um conflito jurídico que, independente de liberação ou não, deve ser respaldado por nossa legislação pátria.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal se deparou com um julgamento em que a grande questão, assim como no nosso caso, se dava quanto ao exato momento em que se começa a vida. Trata-se das células-tronco, cujas pesquisas quase foram impedidas de continuarem.

O nascimento de feto anencéfalo é um problema muito menor que o da deficiência física. Estudos do IBGE mostram que em nosso país existem por volta de 1 milhão de tetraplégicos, paraplégicos ou com algum do lado do corpo paralisado. O fato de não poder se mexer leva a não circulação do sangue, provocando feridas que podem levar até a morte.

Assim, desde a década de 1980, ocorrem pesquisas sobre as células-tronco, dando esperanças a pessoas que nunca imaginaram que podiam ter seus movimentos, sejam eles completos ou parciais, de volta.

As células-tronco se assemelham às primeiras células que dão origem ao embrião humano, ainda não passaram por uma triagem onde cada parte formará um determinado tecido na composição do organismo. Dependendo do que se necessita e da capacidade regenerativa de cada órgão, as células podem se transformar em células ósseas, renais, neurônios, entre outros.

Depois do nascimento os organismos humanos ainda contêm essas células, principalmente na medula óssea e no cordão umbilical.

Os cientistas, em suas pesquisas, já conseguiram fazer o principal órgão humano se regenerar, injetando ou incentivando a migração de células-tronco da medula óssea para o coração.

Para Marcos Ralston de Oliveira Rodeguer:

Fulcro das polêmicas é quanto a produção de pré-embriões com o fim específico, não de gerar novos seres humanos, mas sim de fabricar contra patologias graves. É sabida a capacidade das células-tronco desencadearem a formação de tecidos variados, sendo inestimável o valor dessa capacidade para se reporem, no “vivo” tecidos e órgãos vitalmente prejudicados. A polêmica passa também pela preocupação de que a utilização dessas novas técnicas possa levar, progressivamente, a uma desumanização, com dano irreparável ao respeito à vida, vigente em nossa cultura.

A sempre renovada discussão referente ao momento no qual o embrião humano passa a merecer respeito à sua vida e integridade, apenas comprova a aleatoriedade e o caráter pragmático da caracterização do início da vida. Esta observação encontra esteio, por semelhança na recente mudança do conceito de morte, quando a morte encefálica, por motivação essencialmente utilitária, foi identificada com morte (RODEGUER, 2005).

Para se tornar viável, no Brasil, a doação de órgãos vitais a partir de doadores “mortos”, passou a exigir a definição exata da morte, ou seja, em que momento podemos considerar a pessoa morta.

Na quinta-feira do dia 29/05/2008 o Supremo Tribunal Federal (STF) aprovou por seis votos favoráveis e cinco contrários, as pesquisas de células-troncos, sem restrições. A

decisão se portou contrária a Ação Direta de Inconstitucionalidade (Adin) que objetivava revogar a Lei de Biossegurança (11.105/2005).

Sem dúvida, tal decisão representou o não retrocesso de um direito que foi garantido anteriormente, sendo amplamente comemorada pela maioria da população, principalmente pelos deficientes e familiares que, ao verem as pesquisas serem retomadas novamente, se enchem de esperança.

A decisão apertada não deve ser levada em consideração, pois não se trata de uma competição, cabe a todos nós levar em consideração o avanço médico e jurídico da decisão, que certamente será levada em consideração em um futuro próximo, na decisão sobre a antecipação do parto em caso de feto anencefalo.

3.4 Do Conflito entre os Direitos da Mãe e do Filho

Ao analisar a gestação de fetos anencefálicos aplica-se uma abordagem que se interliga com diferentes áreas do direito, relacionando o direito penal e civil juntamente com a constituição federal buscando garantir o direito à vida e a dignidade da pessoa humana.

O Poder Judiciário brasileiro vem enfrentando ao longo dos últimos anos, como maior empecilho, os aspectos religiosos, morais e ideológicos, conflitando com as necessidades e obrigações de uma gravidez de feto anencefálico.

Ressalva-se que a interrupção do feto anencefálico não pode ser considerada como aborto, haja vista que será impossível a vida natural desse indivíduo fora do ventre materno, ou seja, a vida extra-uterina não existirá normalmente.

Posição essa aceitável e aplicável ao elencar os ditames do nosso ordenamento, principalmente a legislação maior, ao equiparar com os preceitos da dignidade da pessoa humana.

É importante, contudo, salientar que não existe qualquer dispositivo legal que exclui ilegalidade do delito ou permite a gestação optar por interromper a gestação em virtude de feto anencefalo. O Estado somente permitiu, por meio de alguns juízes em suas decisões, uma forma não incriminadora para aquele fato específico.

Para Miriam Cristina Generoso Ribeiro Crispin:

É alicerçado na ordem jurídica de um país democrático e com caráter laico, como o Estado brasileiro, se impõe que o debruçar sobre a questão da interrupção da gravidez de fetos que são portadores de anencefalia seja feita livre de dogmas e valores religiosos particulares, pois se assim não for, estaríamos divorciados do caráter plural e tolerante em que está edificada a

sociedade brasileira. E, sendo com base nessa premissa que já se consignou que as leis não podem ser subordinadas aos dogmas religiosos ou a fé de quem quer que seja (CRISPIN, 2005).

Com base no ensinamento acima exposto, estamos indo contra a lógica de que as leis são superiores aos costumes, religiões e ideologias, por falta de uma norma típica e específica que regulamente tal entendimento.

Uma pesquisa realizada pelo Programa de Apoio a Projetos em Sexualidade e Saúde Reprodutiva, do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, constatou que 56% dos pedidos de antecipação foram concedidos, 35% dos pedidos foram negados e 11% dos pedidos foram decididos após a morte do feto, no período de 2001 a 2006.

O estudo ainda destacou que quando autorizada a antecipação do parto do feto, os juízes se amparam em laudos médicos e, quando negados tais provimentos, se apoiava em justificativas religiosas.

CONCLUSÃO

Este estudo tem como objetivo demonstrar a necessidade de adequarmos à legislação pátria, no sentido de buscar a exclusão da culpabilidade na ação da gestante, bem como a do médico, quando interromperem a gravidez em função da constatação de se tratar de feto anencéfalo.

Isto porque, hoje em dia, é perfeitamente possível diagnosticar, logo nos primeiros meses da gestação, se o feto possui anomalias graves, principalmente as que o impossibilitará de viver após o parto sem a utilização de meios artificiais, como no caso em que o feto é anencéfalo.

O trabalho não objetiva que a mulher seja obrigada a interromper a gravidez, mas apenas permitir-lhe o ato se este for desejado; com isso, os casais terão o direito de escolha, respeitando inclusive aqueles que por outras razões, éticas, religiosas, costumeiras ou simplesmente generosidade ao doar os órgãos do bebê, desejem levar a gravidez até o fim.

Necessita-se apenas da oportunidade de livre escolha dos pais para análise e julgamento da melhor decisão.

Acima de tudo, têm que permanecer os Princípios da liberdade e do respeito à dignidade da pessoa humana, assim como o direito da mãe de interromper, se assim optar, uma gestação de feto anencefálico.

Haja vista que o Direito não é, nem pode ser estático, não aceitando uma realidade ultrapassada, que ignora os avanços tecnológicos da ciência.

Entendemos que o feto, desde o momento de sua concepção até a constatação clínica da anomalia da anencefalia, é merecedor de tutela penal. Contudo, a partir do diagnóstico onde se comprova a morte encefálica, concluímos, então, pela inexistência de vida.

Portanto, se faz necessário constatar a atipicidade da interrupção da gestação de fetos anencefálicos, por não haver bem jurídico a ser tutelado, possibilitando, assim, à gestante a opção de antecipação terapêutica do parto do feto, desde que comprovada a anomalia.

Debates como este são de grande valor, uma vez que são fundamentais para o estudo da exclusão da culpabilidade na ação praticada pela gestante e pelo médico, buscando a permissão para interromper a gravidez quando diagnosticada a anencefalia no feto.

Em relação aos formadores de opiniões contrárias à realização da antecipação do parto, pode dar a impressão que as justificativas são exclusivamente religiosas. Entretanto, eles se amparam, também, na explicação da própria ciência, fundamentando que a retirada da

vida do feto anencéfalo durante a gestação se equipara com a morte de qualquer outra vida humana.

Como vimos, com o avanço da tecnologia e métodos medicinais, a anencefalia é detectada logo nos primeiros meses de gestação, ficando prejudicados os últimos meses da gravidez, quando o feto ainda se encontra no ventre, e totalmente descartada a vida extra-uterina.

Frisando sobre a área da saúde, os transtornos provocados ao ser detectada a anencefalia são enormes, fisicamente e socialmente toda a família é afetada, mas, principalmente a gestante, que ao saber que está carregando um ser que não viverá, fica passível de danos psicológicos irreversíveis.

Assim, ficou claro que o feto anencéfalo não pode ser considerado tecnicamente vivo, pois se trata de um processo embrionário completamente falido, desprovido de aptidão biológica para obter uma vida humana viável.

Não podemos considerar o feto anencéfalo como um processo de vida, e sim de morte.

Se a vida do feto anencefálico pode ser considerada inviável, não há de falar em colisão dos valores da mãe e do filho.

A grande questão é que o Direito não pode ficar refém de dogmas religiosos ou considerações morais.

Não pode se admitir em uma sociedade pluralista, em um estado laico de Direito, que a opção da gestante, portadora do feto anencéfalo, em interromper a gravidez, antecipar o parto ou ainda dar continuidade à gestação, esteja vinculada a questões como a moral ou religião.

Para se caracterizar o crime de aborto necessita-se do elemento básico da existência da vida humana intra-uterina, o que não encontramos na anencefalia, pois os elementos da vida humana extra-uterina se tornam inviáveis.

Portanto, não podemos considerar crime de aborto a interrupção do processo gestacional ou a antecipação do parto, nos casos de anencefalia, uma vez que inexistente o elemento para reconhecer o tipo.

Com essa discussão se arrastando por algum tempo, o Supremo Tribunal Federal (STF) realizou algumas audiências públicas, ouvindo todas as opiniões inerentes na sociedade, e anunciará brevemente sua posição no caso, assim como já decidiram a maioria dos países desenvolvidos.

Assim, que nessa decisão o Direito não se mostre estático e arcaico como em várias áreas e aceite os avanços da ciência, concorrendo ao seu lado para uma melhor qualidade de vida, contribuindo para a diminuição do sofrimento de todos que estiverem envolvidos com essa situação.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Crimes contra a pessoa**. São Paulo: Saraiva, 1997.

BERNARDI, Ricardo Di. **Uma análise científica das conseqüências espirituais do aborto provocado**. Disponível em:

<<http://www.ippb.org.br/modules.php?op=modload&name=news&file=article&sid=2432>>.

Acesso em: 15 ago. 2008

BOLDRINI, Rodrigo Pires da Cunha. **A Proteção da dignidade da pessoa humana como fundamentação constitucional do sistema penal**. Disponível em:

<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4171>>. Acesso em: 21 jun. 2008.

BRASIL. **Código civil**. legislação Civil em Vigor por Theotonio Negrão e José Roberto F. Gouveia. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Constituição (1998)**. Constituição da República Federativa do Brasil, por Anne Joyce Angher. 10 ed. São Paulo: Rideel, 2004.

_____. **Lei n. 2.848 de 07 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em: 16 ago. 2008.

CALHAU, Lélío Braga. **Ampla discussão: sociedade deveria se manifestar sobre a anencefalia**. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30908,1>>. Acesso em: 28 jun. 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte especial – vol. 2**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CRISPIN, Mirian Cristina Generoso Ribeiro. **A dignidade da pessoa humana da gestante e o problema de fetos anencefálicos**. Disponível em:

<<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/23/25/2325/?email>>. Acesso em: 21 jun. 2008.

CRUZ, Luiz Carlos Lordi da. **A grande diferença**. Disponível em:

<<http://www.providaanapolis.org.br/agrandif.htm>>. Acesso em: 08 jul. 2008.

FRANCO, Alberto Silva. Anencefalia. Disponível em:

<http://www.usp.br/nemge/textos_relacoes_juridicas/anencefalia_silvafranco>. Acesso em 26 jul. 2008.

GALLUCCI, Mariângela. **O estado de são paulo**. Disponível em:
<http://www.estadao.com.br/vidae/not_vid232485,0.htm>. Acesso em: 28 ago. 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **Nem todo aborto é criminoso**. Disponível em:
<<http://www.feth.ggf.br/aborto.htm>>. Acesso em: 13 ago. 2008.

_____. **Revista síntese de direito penal e processual penal**. ano v, n.º 28- Out-Nov 2004

JESUS, Damásio E. de. **Código penal anotado**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Direito penal**: parte especial. São Paulo: Saraiva, 2001.v.2

MANTOVANI, Fernando. Uso de gametas, embriões e fetos na pesquisa genética sobre cosméticos e produtos industriais. In: CASABONA, Carlos Maria Romeo. **Biotecnologia, direito e bioética**. Belo Horizonte: PUC-Minas/Del Rey, 2002.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

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: 27 ago. 2008.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. **Em Defesa da Vida**. São Paulo: Saraiva, 1995.

PERSAUD, Moore. **Embriologia básica**. 5 ed. Guanabara Koogan S. A. RJ.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos penais brasileiros**: evolução histórica. Bauru: Jalovi, 1980.

PONTES, Manuel Sabino. **A Anencefalia e o Crime de Aborto**: atipicidade por ausência de lesividade. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7538>>. Acesso em: 02 ago. 2008.

RODEGUER, Marcos Ralston de Oliveira. **pesquisa de células-tronco embrionárias e o direito constitucional à vida**. Disponível em:
<<http://www.direitonet.com.br/artigos/x/20/53/2053/?email>>. Acesso em: 05 set. 2008.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito à vida e as obrigações do estado em matéria de saúde.** Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8382>>. Acesso em: 18 ago. 2008.